

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA

– *SERIA DREPT* –

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA

– *LAW SERIES* –

***Liber Amicorum* prof. univ. dr. Emilia MIHAI**

**Nr. 2/2019**

*Revistă indexată în bazele de date internaționale HeinOnline, EbscoHost*

*și CEEOL*

---

**COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:**

---

Prof. univ. dr. Attila BADÓ – Universitatea din Szeged (Ungaria)  
Prof. univ. dr. Bernardo CORTESE – Universitatea din Padova (Italia)  
Prof. univ. dr. Csaba FENYVESI – Universitatea din Pécs (Ungaria)  
Prof. univ. dr. Dušan NIKOLIĆ – Universitatea din Novi Sad (Serbia)

---

**REFERENȚI ȘTIINȚIFICI:**

---

Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA – Drept civil și Drept comercial  
Prof. univ. dr. Viorel PAȘCA – Drept penal și Drept procesual penal  
Prof. univ. dr. Radu BUFAN – Drept financiar și Drept fiscal  
Prof. univ. dr. Anton TRĂILESCU – Drept administrativ  
Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN – Drept civil  
Prof. univ. dr. Lucian BERCEA – Drept comercial

---

**COLEGIUL DE REDACȚIE:**

---

Prof. univ. dr. Claudia ROȘU – redactor-șef – secțiunea Drept procesual civil  
Lect. univ. dr. Codruța GUZEI-MANGU – redactor – secțiunea Drept civil  
Lect. univ. dr. Voicu PUȘCAȘU – redactor – secțiunea Drept procesual penal  
Lect. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD – redactor – secțiunea Dreptul proprietății intelectuale  
Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ – redactor – secțiunea Drept penal  
Lect. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN – redactor – secțiunea Drept comercial  
Lect. univ. dr. Alin TRĂILESCU – redactor – secțiunea Drept administrativ

## **Cuvânt-înainte**

### **Liber Amicorum prof. univ. dr. Emilia MIHAI**

Doamna profesor Emilia Mihai a împlinit, în 6 iulie 2019, 65 de ani. Sub acțiunea rigorilor normative ale sistemului universitar românesc, acest moment a ajuns să marcheze despărțirea dintre o facultate și profesorul aniversat. Una dintre formele de temperare, și chiar de dezavuare a acestei rupturi „automate” sunt volumele *Liber Amicorum* reunind texte semnate de colegi și colaboratori ai celui omagiat, prin care este recunoscută contribuția sa științifică și este (re)confirmat faptul că mai importante decât raporturile instituționale sunt relațiile dintre oameni, construite în timp și făcute să dureze o viață.

\*\*\*

Volumul de față este un număr special al *Analelor Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept* dedicat doamnei profesor Emilia Mihai la această aniversare și destinat să sublinieze contribuția sa esențială la profilarea Facultății de Drept din Timișoara ca una dintre școlile de drept importante ale României contemporane.

Doamna profesor Emilia Mihai este, de două decenii, marca recunoscută a Facultății de Drept din Timișoara în domeniile dreptului concurenței și dreptului consumului, la a căror dezvoltare în România aportul domniei sale a fost de primă însemnătate. Este suficient să fie amintite câteva dintre cărțile și articolele care reprezintă repere doctrinale incontestabile: *Dreptul concurenței*, Editura All Beck, București, 2004; *Concurența economică: libertate și constrângere juridică*, Editura Lumina Lex, București, 2004; *Lección de dreptul consumului*, Editura Mirton, Timișoara, 2007; *Ajutoare de stat și politici publice europene*, Editura C.H. Beck, București, 2008; *Controlul concentrărilor în dreptul comunitar. Studiu teoretic și practic (I)*, în Revista de Drept Comercial nr. 11/2002; *Controlul concentrărilor în dreptul comunitar. Studiu teoretic și practic (II)*, în Revista de Drept Comercial nr. 12/2002; *Câteva considerații privind art. 7 din Legea nr. 21/1996 a concurenței*, în Curierul Judiciar nr. 11-12/2004; *Despre raportul juridic de concurență*, în Curierul Judiciar nr. 1/2005 (scris în coautorat cu profesorul Gheorghe Mihai); *Despre contractul de vânzare a serviciilor turistice*, în Pandectele Române nr. 5/2007; *Clauzele abuzive sau avatarul consumerist al echilibrului contractual*, în Pandectele Române nr. 10/2007; *Despre contractul de credit pentru consum (I)*, în Curierul Judiciar nr. 10/2007; *Despre contractul de credit pentru consum (II)*, în Curierul Judiciar nr. 11/2007; *Despre contractul de credit pentru consum (III)*, în Curierul Judiciar nr. 12/2007; *Contractul de credit pentru consum în viziunea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 5/2012; *Principiul echilibrului contractual în noul Cod civil și în dreptul consumului*, în Pandectele Române nr. 1/2013; *Class action și clauzele abuzive*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 7/2013.

\*\*\*

Gestul de a-i oferi doamnei profesor Emilia Mihai acest semn al continuității apartenenței sale la comunitatea academică a Facultății de Drept din Timișoara îmi oferă ocazia să reafirm afecțiunea și aprecierea acestei comunități pentru domnia sa și să reînnoiesc gândurile bune și urările cordiale pe care i le-am transmis la aniversare: „La mulți ani, cu sănătate și pace, doamnă profesor Emilia Mihai!”

Prof. univ. dr. **Lucian Bercea**  
Decanul Facultății de Drept  
Universitatea de Vest din Timișoara

*I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII*

---

*Secțiunea de Drept privat*

---



# Consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor personale în contractele *business to consumer* – condiția consimțământului granular

## Consumer's consent to the processing of personal data in business to consumer contracts – the requirement of granular consent

Lect. univ. dr. **Juanita GOICOVICI\***  
Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca  
Facultatea de Drept

### Abstract

*The article emphasises the prerequisites of the granular consent in business to consumer contracts, as a ground for the legitimacy of the personal data collecting and processing. The central points of the discussion are represented by the dispositions of article 5 par. (1) (b) of the Regulation (EU) 2016/679, imposing supplementary requirements for the validity of the concerned person's consent, which mentions that the consent should be collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner incompatible with those initial purposes. In business to consumer contracts, in the hypotheses in which the data subject's consent is given in the context of a written declaration which also concerns other contractual matters, the request for consent to data processing must be presented in a manner which is clearly distinguishable from the other contractual matters, in an intelligible and easily accessible form even for a profane consumer, using clear and plain language, while avoiding technical jargon.*

**Keywords:** *personal data; consumer; business to consumer contracts; granular consent; Regulation (EU) 2016/679*

### Rezumat

*Studiul tratează problematica cerinței consimțământului granular, ca temei al prelucrării datelor cu caracter personal ale consumatorilor și ca fundament al legitimității colectării acestor date de către profesioniștii serviciilor și comerțului. Punctul central îl reprezintă dispozițiile art. 5 par. (1) lit. (b) din Regulamentul (UE) 2016/679, care impune exigențe suplimentare privind maniera de colectare a datelor personale, specificând faptul că aceste date pot fi colectate în scopuri determinate, explicite și legitime, fără a putea fi prelucrate într-un mod incompatibil cu aceste scopuri. Vom*

---

\* jgoicovici@yahoo.com.

*aborda exigențele specifice care decurg pentru operatorii de date personale în cazul în care prelucrarea se bazează pe consimțământul consumatorului. În cazul în care consimțământul la prelucrarea datelor personale este dat în contextul unei declarații care se referă și la alte aspecte contractuale, solicitarea trebuie prezentată într-o formă inteligibilă pentru consumatorul profan, utilizând un limbaj clar, cu evitarea jargonului tehnic.*

**Cuvinte-cheie:** *date cu caracter personal; consumator; contracte încheiate cu profesioniștii; consimțământ granular; Regulamentul (U.E.) 2016/679*

## 1. Observații introductive

Abisal și provocator, subiectul consimțământului consumatorilor la prelucrarea datelor personale continuă să genereze controverse, îndeosebi din perspectiva detalierii scopurilor și a operațiunilor vizate de operatorul de date cu caracter personal. După cum a subliniat d-na profesor Emilia Mihai, în materia obligației profesioniștilor de informare a consumatorilor pot fi distinse trei reguli cardinale<sup>1</sup>: principiul complitudinii, care impune ca informațiile furnizate să fie complete, fără omiterea informațiilor esențiale; principiul caracterului inteligibil al informației, care impune o formă comprehensibilă<sup>2</sup> de furnizare a informațiilor către consumator; principiul loialității, din care decurge condiția corectitudinii informațiilor furnizate, ca element al loialității contractuale<sup>3</sup>. Acest „trepied” pe care este așezată obligația de informare a profesioniștilor<sup>4</sup> în contractele *business to consumer* poate fi regăsit<sup>5</sup>, cu contururi mai mult sau mai puțin reliefate și în materia prelucrării<sup>6</sup>

<sup>1</sup> A se vedea E. Mihai, *Principiile care guvernează obligația de informare în dreptul consumului*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara. Seria Drept* nr. 2/2011, p. 87.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>5</sup> L. Tigelaar, *How to Sanction a Breach of Information Duties of the Consumer Rights Directive?*, în *European Review of Private Law*, vol. 27, nr. 1/2019, p. 27-57; M. Schaub, *How to Make the Best of Mandatory Information Requirements in Consumer Law*, în *European Review of Private Law*, vol. 25, nr. 1/2017, p. 25-44; M. J. Sorensen, *In the Name of Effective Consumer Protection and Public Policy*, în *European Review of Private Law*, vol. 24, nr. 5/2016, p. 791-822.

<sup>6</sup> Ca regulă generală, dispozițiile Regulamentului (UE) 2016/679 din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE se aplică datelor referitoare la o persoană fizică identificată (a) sau identificabilă (b). Sub incidența dispozițiilor acestui regulament intră și datele cu caracter personal care au fost supuse pseudonimizării și care ar putea fi atribuite unei persoane fizice prin utilizarea de informații suplimentare, întrucât acestea sunt considerate date referitoare la o persoană fizică *identificabilă*. Menționăm că, pentru a se determina dacă o persoană fizică este *identificabilă*, pot fi luate în considerare toate mijloacele pe care, în mod rezonabil, le-ar putea utiliza fie operatorul de date personale, fie o altă persoană, în scopul identificării, în mod direct sau indirect, a persoanei fizice respective. La polul opus se situează datele anonimizate, astfel încât persoana vizată nu este sau nu mai este identificabilă. Prin urmare, dispozițiile Regulamentului (UE) 2016/679 nu se aplică prelucrării unor astfel de informații anonime, inclusiv în cazul în care acestea sunt utilizate în scopuri statistice sau de cercetare.



datelor cu caracter personal ale consumatorilor<sup>7</sup>. Afacerile profesioniștilor devin *data-centric*<sup>8</sup> și, implicit, *data-dependente*<sup>9</sup>, iar prin consacrarea unei accepțiuni vaste a noțiunii de date cu caracter personal se produce o veritabilă „juridicizare” a tuturor elementelor personalității, în exprimarea profesorului Valeriu Stoica, ceea ce va avea reverberații semnificative asupra accepțiunii pe care noțiunea de persoană fizică o îmbracă în dreptul contemporan<sup>10</sup>.

Provocările aduse de dispozițiile Regulamentul (U.E.) nr. 679 din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal sub aspectul cerinței consimțământului<sup>11</sup> granular al consumatorului sunt în mare parte aceleași cu cele aplicabile în celelalte situații în care are loc prelucrarea datelor cu caracter personal, independent de existența sau inexistența calității de consumator a persoanei vizate. Pentru definirea nivelului de protecție, alegerea standardului consumatorului mediu este decisivă, întrucât acest standard servește ca reper *in abstracto* într-un inevitabil test de proporționalitate<sup>12</sup>, astfel încât un consumator concret poate beneficia de protecția juridică numai în măsura în care „consumatorul mediu” ar avea nevoie de respectivul nivel de protecție, după cum în mod just s-a subliniat<sup>13</sup>. Există, însă, în cuprinsul Regulamentului (UE) 2016/679 și dispoziții speciale care i-ar putea viza doar pe consumatori, cum ar fi cazul dispozițiilor art. 21 din Regulamentul (UE) 2016/679, privind dreptul de a se opune prelucrării datelor în temeiul art. 6 alin. (1) lit. (e) și (f) sau al art. 6 alin. (1), inclusiv pentru crearea de profiluri pe baza respectivelor date colectate sau în scopul *marketingului* personalizat. Ca urmare a exercitării dreptului de opoziție al consumatorului, operatorul de date personale trebuie să înceteze prelucrarea acestor date, cu excepția cazului în care operatorul demonstrează că are „motive legitime și imperioase care justifică prelucrarea și care prevalează asupra intereselor, drepturilor și libertăților persoanei vizate sau că scopul prelucrării vizează constatarea, exercitarea sau

---

<sup>7</sup> V. Robertson, „*excessive data collection: Privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data*”, în *Common Market Law Review*, vol. 57, nr. 1/2020, p. 161-190; E. Tjong Tjin Tai, *Data ownership and consumer protection*, în *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 7, nr. 4/2018, p. 136-140; K. Pormeister, *Informed consent to sensitive personal data processing for the performance of digital consumer contracts*, în *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, nr. 1/2017, p. 17-23; P. Rott, *Data protection law as consumer law – How consumer organisations can contribute to the enforcement of data protection law*, în *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, nr. 3/2017, p. 113-119.

<sup>8</sup> L. Bercea, *Standardul consumatorului mediu și consimțământul pentru prelucrarea datelor*, în *Revista română de drept privat* nr. 1/2018, V. Stoica (coord.), *Drepturile personalității și protecția datelor cu caracter personal*, p. 27.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> V. Stoica, *Ce sunt datele cu caracter personal?*, în *Revista română de drept privat* nr. 1/2018, V. Stoica (coord.), *Drepturile personalității și protecția datelor cu caracter personal*, p. 217.

<sup>11</sup> O definiție a noțiunii de consimțământ valabil la prelucrarea datelor personale o oferă textul art. 4 par. (11) din Regulamentul (UE) 2016/679, conform căruia consimțământul persoanei vizate „înseamnă orice manifestare de voință liberă, specifică, informată și lipsită de ambiguitate a persoanei vizate prin care aceasta acceptă, printr-o declarație sau printr-o acțiune fără echivoc, ca datele cu caracter personal care o privesc să fie prelucrate”.

<sup>12</sup> L. Bercea, *op. cit.*, p. 29.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

apărarea unui drept de-al său în instanță”. Utilizarea datelor colectate în scopul derulării unor operațiuni de *marketing* direct către potențialii consumatori este vizată de dispoziții speciale în textul art. 21 din RGDP. Astfel, după cum vom avea prilejul să observăm în paginile care urmează, în situațiile când prelucrarea datelor cu caracter personal ale consumatorului are ca scop *marketingul* direct, persoana vizată are dreptul de a se opune în orice moment prelucrării în acest scop a datelor cu caracter personal care o privesc<sup>14</sup>, inclusiv creării de profiluri, în măsura în care este legată de operațiunile de *marketing* direct. Menționăm că, în cazul în care consumatorul se opune prelucrării în scopul *marketingului* direct, datele cu caracter personal nu mai pot fi prelucrate în acest scop.

Ne vom concentra analiza, în paragrafele următoare, asupra exigențelor impuse prin dispozițiile Regulamentului (U.E.) nr. 679 din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal sub aspectul cerinței consimțământului granular al consumatorului, din perspectiva „stratificării” scopurilor prelucrării datelor personale (a) și a „stratificării” consimțământului pentru fiecare tip de operațiune de prelucrare a datelor (b).

## 2. Colectarea datelor personale ale consumatorilor în scopuri determinate secvențial

**2.1. Limitări legate de secvențierea scopurilor prelucrării.** În situațiile în care colectarea și prelucrarea datelor personale se bazează pe existența consimțământului consumatorului, „stratificarea” scopurilor prelucrării<sup>15</sup> datelor personale, cât și „stratificarea” consimțământului pentru fiecare tip de operațiune de prelucrare în parte reprezintă cerințe speciale care decurg din condiția consimțământului granular, motiv pentru care nu va fi valabil un consimțământ solicitat în termeni generali, „pentru orice operațiune de prelucrare a datelor personale” sau pentru așa-numitele „scopuri ce țin de executarea contractului”, fără o enunțare explicită și distinctă a fiecăruia dintre scopurile prelucrării datelor (așa-numita „secvențiere a scopurilor prelucrării”).

După cum s-a subliniat în Ghidul elaborat de Comitetul European pentru Protecția Datelor (CEPD, cunoscut anterior sub denumirea de Grupul de lucru Articol 29)<sup>16</sup>, datele

---

<sup>14</sup> C. Jugustru, *Reforma europeană în materia datelor cu caracter personal. Regulamentul (UE) 2016/679 (I)*, în *Dreptul* nr. 6/2017, p. 12-14.

<sup>15</sup> După cum în mod just s-a subliniat, este evidentă tendința de „convergență” a dreptului persoanei la viață privată (a) și a dreptului persoanei vizate la protecția datelor sale cu caracter personal (b), pe de altă parte, justificată prin faptul că mecanismele de protecție a datelor personale respectă dezideratul prezervării vieții private, funcționând inclusiv ca fundament pentru o suită de drepturi concrete, precum dreptul de control asupra datelor sale personale, dreptul de acces la datele personale furnizate operatorilor, dreptul de opoziție la prelucrarea datelor personale, dreptul de retragere a consimțământului la prelucrarea datelor, dreptul la portabilitatea datelor personale. Pentru detalii, a se vedea D. Chirică, *Bazele de date personale, obiect al convențiilor oneroase încheiate de către operatorii de date*, în *Revista română de drept privat* nr. 1/2018, V. Stoica (coord.), *Drepturile personalității și protecția datelor cu caracter personal*, p. 81-82.

<sup>16</sup> După intrarea în vigoare a Regulamentului General 2016/679 privind Protecția Datelor cu Caracter Personal, care a înlocuit Directiva privind Protecția Datelor cu Caracter Personal, s-a schimbat atât titulatura, cât și conținutul prerogativelor Grupului de Lucru Articol 29 în sensul augmentării importanței acestuia. Grupul de Lucru Articol 29 (în prezent, Comitetul European pentru Protecția Datelor – CEPD) este un organism

personale pot fi colectate în scopuri determinate, explicite și legitime, fără a putea fi prelucrate ulterior într-un mod incompatibil cu aceste scopuri. În alți termeni, în calitate de operator / împuternicit al operatorului de date personale, agenții economici trebuie să se asigure că oferă persoanelor vizate, în mesajul informativ prezentat la momentul colectării datelor lor personale, o trecere în revistă punctuală și secvențială<sup>17</sup> a scopurilor pentru care colectează fiecare categorie<sup>18</sup> de date personale (i) și că nu modifică pe parcurs<sup>19</sup> scopul / scopurile pentru care au fost colectate inițial datele, fără informarea prealabilă<sup>20</sup> a persoanelor vizate și fără parcurgerea tuturor pașilor tranzitorii necesari pentru obținerea consimțământului<sup>21</sup> consumatorului, atunci când este cazul (ori de câte

---

consultativ creat în 1996 din reprezentanți ai Autorităților de Supraveghere ai statelor membre UE, alături de care mai sunt reprezentate Autoritatea Europeană de Supraveghere a Protecției Datelor, precum și Comisia Europeană. Denumirea inițială a fost consacrată pornind de la faptul că structura și scopul său au fost create prin aplicarea Articolului 29 al Directivei privind Protecția Datelor Personale. Inițial, Grupul de Lucru Articol 29 a putut oferi consultanță Statelor UE cu privire la implementarea legislației privind protecția datelor personale; de asemenea, a promovat aplicarea unitară a Directivei privind Protecția Datelor Personale în UE și Zona Economică Europeană; a oferit Comisiei Europene opinii asupra legislației europene în domeniul prelucrării datelor. În prezent, acest organism are în componență reprezentanții fiecărei Autorități de Supraveghere Naționale (APD), precum și ai Autorității Europene pentru Protecția Datelor (AEPD), iar reprezentanții Comisiei Europene participă la reuniunile CEPD fără a avea drept de vot. CEPD este conceput să contribuie la asigurarea aplicării consecvente a Regulamentului (UE) 2016/679 privind protecția datelor cu caracter personal la nivelul statelor-membre U.E. și va depune eforturi pentru a asigura cooperarea eficace între APD-urile naționale. În plus, nu numai că va publica orientări privind interpretarea conceptelor principale ale Regulamentului 2016/679, dar va fi solicitat și să ia decizii obligatorii în cazul unor litigii privind prelucrarea transfrontalieră a datelor personale, asigurând astfel o aplicare uniformă a normelor U.E. pentru a evita tratarea diferită a aceluiași tip de cazuistică în diferite jurisdicții.

<sup>17</sup> P. Rott, *Data protection law as consumer law – How consumer organisations can contribute to the enforcement of data protection law*, cit. supra, p. 116.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 117.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Consimțământul reprezintă unul dintre cele șase temeiuri de legalitate pe care poate fi fondată prelucrarea datelor cu caracter personal, astfel cum sunt aceste temeiuri enumerate în cuprinsul art. 6 din Regulamentul (UE) 2016/679 (celelalte cinci posibile temeiuri referindu-se la: (b) prelucrarea necesară pentru executarea unui contract la care persoana vizată este parte sau pentru a face demersuri la cererea persoanei vizate înainte de încheierea unui contract; (c) prelucrarea necesară în vederea îndeplinirii unei obligații legale care îi revine operatorului; (d) prelucrarea necesară pentru a proteja interesele vitale ale persoanei vizate sau ale altei persoane fizice; (e) prelucrarea necesară pentru îndeplinirea unei sarcini care servește unui interes public sau care rezultă din exercitarea autorității publice cu care este investit operatorul; (f) prelucrarea necesară în scopul intereselor legitime urmărite de operator sau de o parte terță, cu excepția cazului în care prevalează interesele sau drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei vizate, care necesită protejarea datelor cu caracter personal, în special atunci când persoana vizată este un copil).

În măsura în care inițiază activități sau operațiuni care presupun prelucrarea de date cu caracter personal, operatorul de date trebuie întotdeauna să evalueze în ce măsură consimțământul persoanei vizate (independent de calitatea de consumator a acesteia) reprezintă sau nu temeiul legal adecvat pentru prelucrarea datelor personale colectate, în caz contrar fiind indispensabilă identificarea altui temei legal. După cum s-a subliniat, în contractele *business to consumer*, consimțământul consumatorului poate reprezenta temeiul juridic adecvat doar în situațiile în care persoanei vizate i s-a acordat controlul și posibilitatea alegerii reale și efective între acceptarea sau respingerea termenilor conferiți de către operatorul de date, iar eventuala

ori este nevoie să obțină consimțământul persoanei vizate pentru noul scop al prelucrării datelor)<sup>22</sup>. Simpla disparitate între scopurile enunțate la momentul colectării datelor personale și scopurile reale<sup>23</sup> ale prelucrării acestor date poate justifica angajarea răspunderii civile a operatorului de date, în situațiile în care prelucrarea datelor a avut ca temei legitim consimțământul consumatorului<sup>24</sup>.

**2.2. Absența efectului eluziv asupra răspunderii civile.** Normele Regulamentului (U.E.) nr. 679 din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal care reglementează răspunderea civilă a operatorilor de date personale și a împuterniciților acestora nu înlătură incidența dispozițiilor din dreptul național privind răspunderea civilă pentru prejudiciul creat altuia, neavând efect eluziv asupra normelor din dreptul intern privind răspunderea civilă, aspect creionat și în textul considerentului 146 din regulamentul european<sup>25</sup>. Reamintim, în acest context, că normele Regulamentului (UE) 2016/679 generează un efect dual, atât orizontal, întrucât aceste norme pot fi invocate de către persoanele vizate în mod direct față de alte persoane fizice / juridice, cât și un efect vertical, decurgând din „calitatea de drept primar a normelor” Regulamentului General privind prelucrarea datelor cu caracter personal<sup>26</sup>.

**2.3. Dreptul potestativ al consumatorului de retragere a consimțământului la prelucrarea datelor.** Consimțământul emis de consumator pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal poate fi retras în orice moment, fără aplicarea de penalități, fără alte sancțiuni, în mod discreționar, fără limite ținând de motivele retractării. Ca regulă generală, exercitarea dreptului de retractare a consimțământului trebuie să poată avea loc într-o manieră la fel de facilă ca cea în care a fost solicitat consimțământul acestuia de către operatorul de date. Precizăm că retragerea consimțământului privind prelucrarea datelor personale poate fi, la rândul său, secvențială, putând viza unul sau mai multe dintre scopurile prelucrării enunțate inițial, cu menținerea consimțământului pentru unul sau mai multe dintre aceste scopuri, în funcție de decizia consumatorului. Tot astfel, secvențializarea retragerii consimțământului poate viza toate operațiunile de prelucrare a

---

respingere a opțiunilor de prelucrare a datelor sale personale să nu aducă acestor consumatori niciun prejudiciu (fără aplicarea de penalități). A se vedea V. Robertson, *op. cit.*, p. 168.

<sup>22</sup> K. Pormeister, *Informed consent to sensitive personal data processing for the performance of digital consumer contracts*, *cit. supra*, p. 21.

<sup>23</sup> Menționăm că, dacă scopul prelucrării datelor personal pentru care s-a obținut acordul inițial al consumatorului nu a fost acela al *marketing*-ului direct, al *marketing*-ului personalizat sau al creării de profiluri pentru preferințele potențialilor cumpărători, un nou consimțământ al consumatorului va trebui să fie solicitat pentru ca prelucrarea ulterioară a datelor personale în scopul creării de profiluri / *marketing* direct să poată avea un temei legitim.

<sup>24</sup> V. Robertson, *op. cit.*, p. 172.

<sup>25</sup> A se vedea, pentru dezvoltări, I.-F. Popa, *Impactul Regulamentului privind protecția datelor cu caracter personal asupra răspunderii civile*, în Revista română de drept privat nr. 1/2018, V. Stoica (coord.), *Drepturile personalității și protecția datelor cu caracter personal*, p. 160-162.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 157.

datelor la care a consimțit inițial consumatorul, operațiuni multiple sau, după caz, doar una din categoriile de operațiuni pentru care a existat acordul inițial al consumatorului (de exemplu, își poate retrage ulterior acordul pentru prelucrarea datelor sale personale în scopuri de *marketing* direct, menținând, dacă dorește, consimțământul la colectarea și prelucrarea datelor în scopul realizării de statistici). De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 21 din Regulamentul (UE) 2016/679, în orice moment, persoana vizată are dreptul de a se opune prelucrării datelor sale în temeiul art. 6 alin. (1) lit. (e) și (f) sau al art. 6 alin. (1), putându-se opune inclusiv creării de profiluri pe baza respectivelor date colectate. Ca urmare a exercitării dreptului de opoziție al consumatorului<sup>27</sup>, operatorul de date personale trebuie să înceteze prelucrarea acestor date<sup>28</sup>, cu excepția cazului în care operatorul demonstrează că are motive legitime și imperioase care justifică prelucrarea și care prevalează asupra intereselor, drepturilor și libertăților persoanei vizate<sup>29</sup> sau că scopul prelucrării vizează constatarea, exercitarea sau apărarea unui drept de-al său în instanță. Pe de altă parte, în situațiile când prelucrarea datelor cu caracter personal ale consumatorului are ca scop *marketingul* direct, persoana vizată are dreptul de a se opune în orice moment prelucrării în acest scop a datelor cu caracter personal care o privesc, inclusiv creării de profiluri<sup>30</sup>, în măsura în care este legată de operațiunile de *marketing* direct. Menționăm că, în cazul în care consumatorul se opune prelucrării în scopul *marketingului* direct, datele cu caracter personal nu mai pot fi prelucrate în acest scop. În ipotezele în care prelucrarea datelor cu caracter personal în scopuri de *marketing* direct este menționată într-o clauză-standard, în măsura în care această clauză „condiționează încheierea contractului de exprimarea consimțământului la permisiunea viitoare de utilizare a datelor cu caracter personal în vederea punerii în practică a *marketing*-ului îndreptat către persoana vizată, atunci o asemenea clauză trebuie considerată abuzivă sau direct invalidă”<sup>31</sup>, soluție justificată, după cum în mod corect subliniază autorul citat, prin „lipsa probabilă de transparență și crearea unui dezechilibru imediat între drepturile și obligațiile părților, în defavoarea consumatorului”<sup>32</sup>.

#### **2.4. Consimțământul consumatorului la prelucrarea automatizată a datelor cu caracter personal și profiling-ul automat.** Dreptul persoanei vizate de a nu face obiectul

<sup>27</sup> P. Rott, *op. cit.*, p. 117-118.

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

<sup>29</sup> După cum s-a evidențiat, operatorii de date personale le pot cesiona contra cost altor operatori, întrucât „valorificarea oneroasă a bazelor de date personale nu este interzisă, în principiu, dar nu se poate realiza decât cu respectarea strictă a următoarelor reguli: datele să fi fost obținute cu consimțământul persoanelor vizate; prelucrarea să se facă cu respectarea condițiilor prevăzute de lege; înstrăinarea să se facă în mod transparent, cu consimțământul persoanei vizate; consimțământul respectiv să fie dat în cunoștință de cauză, adică persoana vizată să fi fost informată atât asupra operațiunii în sine, cât și asupra eventualelor consecințe ale acesteia.”: D. Chirică, *Bazele de date personale, obiect al convențiilor oneroase încheiate de către operatorii de date*, *cit. supra*, p. 86.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 119.

<sup>31</sup> I.-F. Popa, *Impactul Regulamentului privind protecția datelor cu caracter personal asupra răspunderii civile*, *cit. supra*, p. 165.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

unei decizii automatizate este enunțat în art. 22 alin. (1) din Regulamentul (UE) 2016/679, fiind un răspuns al legiitorului european la pericolele care pot rezulta pentru persoana ale cărei date personale au fost colectate, din operațiunile mașinale de prelucrare a acestor date. Relevantă în acest context este explicația furnizată în Considerentul 71 din regulamentul european citat<sup>33</sup>, care menționează dreptul persoanei vizate de a se opune unei decizii automatizate, „atunci când aceasta produce efecte juridice care privesc persoana vizată sau o afectează în mod similar într-o măsură semnificativă”<sup>34</sup>. Pentru a

<sup>33</sup> Conform Considerentului 71, par. (1) din Regulamentul (UE) 2016/679, „Persoana vizată ar trebui să aibă dreptul de a nu face obiectul unei decizii, care poate include o măsură, care evaluează aspecte personale referitoare la persoana vizată, care se bazează exclusiv pe prelucrarea automată și care produce efecte juridice care privesc persoana vizată sau o afectează în mod similar într-o măsură semnificativă, cum ar fi refuzul automat al unei cereri de credit online sau practicile de recrutare pe cale electronică, fără intervenție umană. O astfel de prelucrare include *crearea de profiluri*, care constă în orice formă de prelucrare automată a datelor cu caracter personal prin evaluarea aspectelor personale referitoare la o persoană fizică, în special în vederea analizării sau preconizării anumitor aspecte privind randamentul la locul de muncă al persoanei vizate, situația economică, starea de sănătate, preferințele sau interesele personale, fiabilitatea sau comportamentul, locația sau deplasările, atunci când aceasta produce efecte juridice care privesc persoana vizată sau o afectează în mod similar într-o măsură semnificativă.

Cu toate acestea, luarea de decizii pe baza unei astfel de prelucrări, inclusiv crearea de profiluri, ar trebui permisă în cazul în care este autorizată în mod expres în dreptul Uniunii sau în dreptul intern care se aplică operatorului, inclusiv în scopul monitorizării și prevenirii fraudei și a evaziunii fiscale, desfășurate în conformitate cu reglementările, standardele și recomandările instituțiilor Uniunii sau ale organismelor naționale de supraveghere, și în scopul asigurării securității și fiabilității unui serviciu oferit de operator sau în cazul în care este necesară pentru încheierea sau executarea unui contract între persoana vizată și un operator sau în cazul în care persoana vizată și-a dat în mod explicit consimțământul. În orice caz, o astfel de prelucrare ar trebui să facă obiectul unor garanții corespunzătoare, care ar trebui să includă o informare specifică a persoanei vizate și dreptul acesteia de a obține intervenție umană, de a-și exprima punctul de vedere, de a primi o explicație privind decizia luată în urma unei astfel de evaluări, precum și dreptul de a contesta decizia. O astfel de măsură nu ar trebui să se refere la un copil.” De asemenea, în alin. (2) al considerentului citat se arată că „Pentru a asigura o prelucrare echitabilă și transparentă în ceea ce privește persoana vizată, având în vedere circumstanțele specifice și contextul în care sunt prelucrate datele cu caracter personal, operatorul ar trebui să utilizeze proceduri matematice sau statistice adecvate pentru crearea de profiluri, să implementeze măsuri tehnice și organizatorice adecvate pentru a asigura în special faptul că factorii care duc la inexactități ale datelor cu caracter personal sunt corecți și că riscul de erori este redus la minimum, precum și să securizeze datele cu caracter personal într-un mod care să țină seama de pericolele potențiale la adresa intereselor și drepturilor persoanei vizate și care să prevină, printre altele, efectele discriminatorii împotriva persoanelor pe motiv de rasă sau origine etnică, opinii politice, religie sau convingeri, apartenență sindicală, caracteristici genetice, stare de sănătate sau orientare sexuală sau care să ducă la măsuri care să aibă astfel de efecte. Procesul decizional automatizat și crearea de profiluri pe baza unor categorii speciale de date cu caracter personal ar trebui permise numai în condiții specifice”.

<sup>34</sup> În literatura de specialitate, dispozițiile art. 22 RGDP au fost interpretate în sensul instituirii unei „prohibiții generale de luare a unei decizii automatizate cu efecte individuale”, cu sublinierea că „dispoziția ar fi lipsită de sens dacă ar avea caracter cvasidispozitiv”: I.F. Popa, *Impactul Regulamentului privind protecția datelor cu caracter personal asupra răspunderii civile*, cit. supra, p. 169. Interpretarea dispozițiilor art. 22 RGDP este una dificilă și constituie subiect de controversă; ne exprimăm părerea că este vorba despre instituirea unui drept general de opoziție al persoanei vizate, fiind puțin probabil ca un regulament general privind protecția datelor cu caracter personal să își propună eradicarea unor practici frecvente din domeniul creditării bancare sau din domeniul serviciilor financiare în general, dacă ar fi să dăm doar aceste două exemple. Mai degrabă, dacă într-un prim pas consumatorul a fost supus unei decizii automatizate care aduce deservicii intereselor sale economice, va putea solicita ca decizia automatizată să fie re-evaluată în cazul său de către o persoană, deturnând caracterul deciziei dinspre zona rezolvărilor mașinale, către zona intervenției factorului uman.

contracarea opacitatea unor astfel de decizii, consumatorul are dreptul de a fi informat, în momentul solicitării consimțământului său la colectarea și la prelucrarea datelor personale<sup>35</sup>, cu privire la faptul că aceste date pot face obiectul<sup>36</sup> unei decizii automatizate<sup>37</sup> și cu privire la dreptul său de opoziție<sup>38</sup>, în termenii art. 22 alin. (1) din Regulamentul (UE) 2016/679.

### **3. Granularitatea acordurilor de prelucrare a datelor și separarea informațiilor privind acordul de prelucrare a datelor de restul informațiilor furnizate**

**3.1. Sistemul de tip *opting-in* de solicitare a consimțământului consumatorului.** Regulamentul (UE) 2016/679 instituie un sistem de tip *opting in*<sup>39</sup>, care exclude cazurile în care comportamentul pasiv sau lipsa de reacție a consumatorului ar putea fi speculate de către operatorii de date în sensul prezumării existenței consimțământului persoanei vizate la colectarea și prelucrarea datelor cu caracter personal. Absența răspunsului consumatorului, ca și neinițierea unei acțiuni din partea acestuia sau simpla omisiune de demarcare

---

<sup>35</sup> Deciziile automatizate se pot baza pe orice tip de date, cum ar fi: (i) datele furnizate în mod direct de către consumator (cum ar fi răspunsurile la un chestionar); (ii) date observate în legătură cu respectivul consumator (cum ar fi datele despre locație colectate prin intermediul unei aplicații); (iii) date derivate sau obținute prin inferență, cum ar fi un profil deja creat al consumatorului (de exemplu, un punctaj de bonitate): B. Goodman, S. Flaxman, *European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a Right to Explanation*, în *Artificial Intelligence Magazine*, vol. 38, nr. 3/2017, p. 51-57.

<sup>36</sup> Nu numai sectoarele bancar și financiar, ci și serviciile de asistență medicală, sectorul fiscal, asigurările, marketingul și publicitatea reprezintă exemple de domenii în care crearea de profiluri are loc în mod frecvent. Art. 4 par. (4) RGDP definește crearea de profiluri ca fiind „orice formă de prelucrare automată a datelor cu caracter personal care constă în utilizarea datelor cu caracter personal pentru a evalua anumite aspecte personale referitoare la o persoană fizică, în special pentru a analiza sau prevedea aspecte privind performanța la locul de muncă, situația economică, sănătatea, preferințele personale, interesele, fiabilitatea, comportamentul, locul în care se află persoana fizică respectivă sau deplasările acesteia”. Din textul citat, rezultă trei elemente-cheie pentru înregistrarea operațiunilor în categoria „creării de profiluri”: (a) să fie vorba despre o formă de prelucrare *automată* a datelor colectate; (b) să fie efectuată *asupra datelor cu caracter personal* și (c) obiectivul creării de profiluri trebuie să fie acela de a *evalua aspecte personale* în legătură cu o persoană fizică.

<sup>37</sup> De exemplu, prelucrarea automatizată ar putea conduce la refuzul unei cereri de creditare completată online de către consumator. De altfel, procesul decizional automat, fără implicarea decisivă a unui factor uman reprezintă practici uzuale în domeniul creditării bancare. Desigur, în conformitate cu dispozițiile art. 22 RGDP, în acest caz consumatorul are dreptul de a contesta decizia automată de excludere a sa din categoria debitorilor potențiali și să solicite intervenția unei persoane care să valideze sau să invalideze în situația sa decizia luată pe baza algoritmului utilizat.

<sup>38</sup> B. Goodman, S. Flaxman, *op. cit.*, p. 53-54. După cum subliniază autorii citați, crearea de profiluri și luarea unei decizii automatizate care să afecteze interesele persoanei vizate nu reprezintă o pereche de operațiuni succesive: crearea de profiluri poate să nu fie urmată de luarea unei decizii automatizate; tot astfel, luarea unei decizii automatizate nu are întotdeauna la bază existența unui profil creat pornind de la datele personale colectate. De asemenea, autorii citați evidențiază că procesul creării de profiluri este adesea invizibil pentru persoana vizată, întrucât acesta funcționează prin crearea de date derivate sau obținute prin inferență despre persoanele în cauză, fiind adesea date cu caracter personal care nu au fost furnizate în mod direct de către persoanele vizate.

<sup>39</sup> A se vedea B. Kamleitner, V. Mitchell, *Your Data Is My Data: A Framework for Addressing Interdependent Privacy Infringements*, în *Journal of Public Policy and Marketing*, vol. 38, nr. 4/2019, p. 433-449.

a opțiunilor privind prelucrarea datelor personale nu reprezintă temeiuri legale pentru respectivele operațiuni, iar consimțământul consumatorului în acest caz este practic inexistent<sup>40</sup>. Dimpotrivă, acordul valabil exprimat pentru prelucrarea datelor personale necesită o manifestare de voință *lipsită de ambiguitate* prin intermediul unei declarații neechivoce sau printr-o acțiune afirmativă clară a persoanei vizate, ceea ce implică faptul ca persoana vizată să fi luat o acțiune deliberată pentru consimțirea la acea prelucrare a datelor. Prin urmare, în economia dispozițiilor Regulamentului (UE) 2016/679, consimțământul bazat pe tăcerea sau pe inacțiunea persoanei vizate nu constituie, în sine, un consimțământ neechivoc<sup>41</sup>.

**3.2. Condiții specifice pentru validitatea consimțământului la prelucrarea datelor personale.** Care sunt elementele pe baza cărora poate fi apreciat caracterul liber și neviciat al consimțământului consumatorului la prelucrarea datelor sale personale de către profesioniștii comerțului și ai serviciilor, în contractele *business to consumer*? Din textul art. 4 par. (11) din Regulamentul (UE) 2016/679 pot fi deduse 5 astfel de elemente:

(a) libertatea de a opta sau de a refuza colectarea / prelucrarea datelor sale cu caracter personal; menționăm că un consimțământ „liber” la prelucrarea datelor cu caracter personal implică o alegere reală și posibilitatea exercitării unui control real din partea persoanelor vizate asupra datelor colectate; dimpotrivă, în ipotezele în care persoana vizată nu beneficiază de o alegere reală ori aceasta se simte obligată să accepte<sup>42</sup> prelucrarea datelor sale de către operator sau există temerea că va suferi consecințe negative<sup>43</sup> dacă nu își exprimă acordul cu privire la prelucrarea datelor, consimțământul consumatorului nu va fi valabil exprimat<sup>44</sup>; tot astfel, dacă acordul privind prelucrarea

<sup>40</sup> Conform Considerentului 32 RGDP, „Consimțământul ar trebui acordat printr-o acțiune neechivocă care să constituie o manifestare liber exprimată, specifică, în cunoștință de cauză și clară a acordului persoanei vizate pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal, ca de exemplu o declarație făcută în scris, inclusiv în format electronic, sau verbal. Acesta ar putea include bifarea unei căsuțe atunci când persoana vizatează un site, alegerea parametrilor tehnici pentru serviciile societății informaționale sau orice altă declarație sau acțiune care indică în mod clar în acest context acceptarea de către persoana vizată a prelucrării propuse a datelor sale cu caracter personal. Prin urmare, absența unui răspuns, căsuțele bifate în prealabil sau absența unei acțiuni nu ar trebui să constituie un consimțământ”.

<sup>41</sup> De altfel, acceptarea „în alb” a termenilor și condițiilor generale nu poate fi văzută ca o acțiune afirmativă clară de a consimți la utilizarea datelor cu caracter personal. Dispozițiile Regulamentului (UE) 2016/679 nu permit operatorilor de date cu caracter personal să pună la dispoziție casete pre-bifate sau modalități de tip auto-excludere sau „excludere voluntară” a consumatorilor de la prelucrarea datelor personale (*opt-out*), fiind interzise orice mijloace de prezumare a existenței consimțământului, care pretind o intervenție din partea persoanei vizate pentru a refuza acordul (*opt-out boxes*) și care mizează pe tăcerea sau pasivitatea consumatorului. Conform explicațiilor incluse în Ghidul Grupului de lucru Art. 29 (3.4.1. *Consimțământul în format electronic*), „plimbarea cursorului în jos sau glisarea prin termenii și condițiile care includ declarația consimțământului (în situația în care pe ecran apare o alertă prin care i se aduce la cunoștință persoanei vizate că plimbarea cursorului în jos reprezintă consimțământ) nu satisface cerința unei acțiuni clare și afirmative. Aceasta se întâmplă deoarece alerta poate fi omisă de către persoana vizată atunci când plimbă cursorul repede prin texte ample și o astfel de acțiune nu este suficient de clară”.

<sup>42</sup> P. Rott, *op. cit.*, p. 116.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 117.



datelor personale este solicitat în baza unei clauze ce nu poate fi negociată<sup>45</sup> în cadrul unor termeni generali și condiții de afaceri<sup>46</sup> unilateral elaborate de către profesionist, se prezumă<sup>47</sup> că acest consimțământ al consumatorului nu este exprimat în mod liber, îndeosebi atunci când persoana vizată se află în imposibilitatea de a refuza sau a-l retrage fără a suferi un prejudiciu material;

(b) consumatorul să-și fi dat acordul în mod specific pentru operațiunile de colectare / prelucrare a datelor în scopul / scopurile declarate de către operator; consumatorul nu poate fi silit să accepte un pachet de operațiuni de prelucrare a datelor pentru care acordul să nu fi fost solicitat în mod individual, pentru fiecare tip de operațiune în parte; aceeași regulă se aplică și pluralității de scopuri ale prelucrării datelor personale<sup>48</sup>;

(c) consimțământul persoanei vizate să fi fost dat în cunoștință de cauză, ceea ce presupune informarea completă, corectă și transparentă a persoanei vizate de către operatorul de date în legătură cu tipul operațiunilor de prelucrare, cu fiecare dintre scopurile prelucrării și cu privire la dreptul discreționar de retragere a acestui consimțământ în orice moment;

(d) exprimarea lipsită de ambiguitate a persoanei vizate prin care aceasta acceptă, (printr-o declarație sau printr-o acțiune fără echivoc), ca datele cu caracter personal care o privesc să fie prelucrate; menționăm, în acest sens, că din textul art. 7, par. (4) din Regulamentul (UE) 2016/679, tentația operatorilor de date personale, de „asociere” a consimțământului la prelucrarea datelor personale cu acordul consumatorului pentru acceptarea termenilor și condițiilor generale de utilizare a *site*-ului sau de contractare, precum și „condiționarea aplicării” prevederilor unui contract<sup>49</sup>, de furnizarea de către consumator a consimțământului la prelucrarea datelor cu caracter personal, fără ca aceasta din urmă să fie necesară pentru executarea aceluși contract sau pentru prestarea serviciului respectiv, este considerată a fi indezirabilă, reprezentând o încălcare a principiului libertății consimțământului la prelucrarea datelor personale; în această situație, operează în opinia noastră o prezumție absolută, irefragabilă, că pentru prelucrarea datelor cu caracter personal ale consumatorului, consimțământul a nu a fost liber manifestat (în acord cu exigențele care rezultă din considerentul 43 din Regulamentul 2016/679). Totodată, operatorii de date trebuie să se asigure<sup>50</sup> că scopul prelucrării datelor personale ale consumatorilor nu este deghizat sau solicitat în mod indisociabil cu prestațiile datorate în baza unui contract *business to consumer* pentru executarea căruia

---

<sup>45</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Menționăm că, în aceste ipoteze, consimțământul consumatorului va fi prezumat a nu fi acordat în mod liber, cât timp O asemenea interpretare este în acord cu considerentul 32 din Regulamentul (UE) 2016/679, care prevede: „Consimțământul ar trebui să vizeze toate activitățile de prelucrare efectuate în același scop sau în aceleași scopuri. Dacă prelucrarea datelor se face în mai multe scopuri, consimțământul ar trebui dat pentru toate scopurile prelucrării”.

<sup>49</sup> V. Robertson, *op. cit.*, p. 172.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

colectarea și prelucrarea acestor date cu caracter personal nu sunt strict necesare<sup>51</sup>. În acest sens, dispozițiile art. 7 par. (4), coroborate cu cele ale art. 4 par. (11) din Regulamentul (UE) 2016/679 sunt fundamentate pe ideea ca prelucrarea de date cu caracter personal pentru care este solicitat consimțământul persoanei vizate să nu devină niciodată, direct sau indirect, o contraprestație a executării contractului<sup>52</sup>, iar solicitarea consimțământului la prelucrarea datelor personale să nu fie lipsită de claritate<sup>53</sup>;

(e) solicitarea consimțământului să aibă loc prin mecanisme de tip *opting-in*, iar nu *opting-out* (printr-o declarație sau printr-o acțiune neechivocă, cu excluderea variantelor de pre-bifare a opțiunilor de către operator): după cum am evidențiat în secțiune precedentă, consimțământul consumatorului poate fi considerat valid doar dacă persoana vizată poate avea exercițiul unei alegeri reale și în măsura în care nu există un risc de comportament dolosiv sau voit netransparent din partea operatorului de date, un risc de constrângere a consumatorului în orice mod sau riscul suportării unor consecințe negative semnificative (spre exemplu, costuri suplimentare substanțiale) dacă profanul nu-și oferă consimțământul la prelucrarea datelor sale personale. Considerăm că, în acest caz, consimțământul consumatorului nu va fi liber, la fel ca și în cazurile în care există vreun element de constrângere, presiune sau incapacitate de exercitare liberă a voinței persoanei vizate. Din dispozițiile art. 4 par. (11) din Regulamentul (UE) 2016/679 poate fi dedusă necesitatea unei opțiuni de tip *opting-in*, ceea ce exclude variantele de tip *opting-out* de solicitare a consimțământului consumatorului.

**3.3. Ce se înțelege prin „denaturarea funcției prelucrării” datelor personale?** După cum s-a evidențiat în literatura de specialitate<sup>54</sup>, necesitatea consimțământului specific la prelucrarea datelor personale, coroborată cu noțiunea de „limitare a scopului prelucrării” prevăzută în art. 5 par. (1) lit. (b) din Regulamentul (UE) 2016/679 funcționează ca o veritabilă garanție împotriva tentativelor augmentării treptate a categoriilor de operațiuni presupuse de prelucrarea datelor sau a estompării scopurilor pentru care sunt prelucrate<sup>55</sup> datele personale colectate, posterior momentului la care persoana vizată a fost de acord cu colectarea inițială a datelor și cu prelucrarea lor în anumite scopuri menționate mai mult sau mai puțin clar de către operator. În mod evident, fenomenul descris, cunoscut și

---

<sup>51</sup> De altfel, dacă un operator de date urmărește să inițieze operațiuni de prelucrare a datelor cu caracter personal care sunt în mod real necesare pentru executarea în sine a contractului, cel mai probabil că baza legală a acestei prelucrări o constituie art. 6 alin. 1 lit. b) din Regulamentul (UE) 2016/679 (executarea contractului ca temei al prelucrării datelor personale, iar nu consimțământul consumatorului). În acest caz, evident că, pentru operatorul de date nu este necesar (și nici posibil) să utilizeze un alt temei juridic, precum consimțământul persoanei vizate, întrucât există deja un temei de legalitate a prelucrării datelor personale, și anume contractul a cărui executare presupune prelucrarea datelor personale respective: K. Pormeister, *op. cit.*, p. 21.

<sup>52</sup> P. Rott, *op. cit.*, p. 116.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 117.

<sup>54</sup> V. Robertson, *op. cit.*, p. 173.

<sup>55</sup> După cum rezultă din considerentul 32 din Regulamentul (UE) 2016/679, consimțământul persoanei vizate poate să acopere diferite operațiuni, atât timp cât acestea servesc aceluiași scop, iar scopul prelucrării a fost menționat explicit de către operatorul de date.

sub denumirea de „denaturare a funcției prelucrării”, prezintă un risc semnificativ<sup>56</sup> pentru persoanele vizate, întrucât acesta poate conduce la o utilizare a datelor cu caracter personal de către operator care nu a putut fi anticipată<sup>57</sup> de către consumator sau la utilizarea de către terți a datelor personale în scopuri pentru care nu s-a consimțit inițial și, deci, la pierdere sau la diminuarea semnificativă a controlului<sup>58</sup> persoanelor vizate asupra prelucrării datelor personale.

**3.4. Există o sinonimie perfectă între „granularitatea” scopurilor prelucrării și „specificitatea” consimțământului la prelucrarea datelor personale?** În mod cert, condiția specificității consimțământului persoanei vizate nu poate fi înțeleasă în absența noțiunii de „granularitate” a consimțământului, care potențează în mod semnificativ înțelesurile primei sintagme. Însă sunt acestea sinonime sau, în realitate, cele două sintagme acoperă condiții distincte, autonome și cu aplicabilitate conjugată în aprecierea validității consimțământului consumatorului la prelucrarea datelor cu caracter personal? Răspunsul la întrebarea din titlul secțiunii nu poate fi decât negativ. Fără a fi sinonime, cele două expresii acoperă două atribute distincte pe care acordul solicitat consumatorului la prelucrare datelor personale trebuie să le îmbrace. Specificitatea consimțământului reprezintă opusul generalizării sau al admiterii ca valabil a consimțământului cu privire la prelucrarea datelor personale în scopuri nespecificate (i), în timp ce granularitatea consimțământului implică faptul ca persoanele vizate să aibă libertatea de a alege scopul pe care îl acceptă, fără a fi nevoite să accepte „în bloc” scopurile prelucrării sau să consimtă la un pachet de scopuri ale prelucrării și să poată exclude unele sau altele dintre aceste scopuri (ii). De altfel, în cazul în care procedura de obținere a consimțământului nu permite persoanelor vizate să acorde consimțământul separat pentru diferitele operațiuni de prelucrare a datelor cu caracter personal sau pentru diferitele scopuri ale prelucrării,

---

<sup>56</sup> E. Politou, E. Alepis, C. Patsakis, *Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions*, în *Journal of Cybersecurity*, vol. 4, nr. 1/2018, p. 5-18.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Conform Considerentului 39 RGDP, controlul pe care îl poate exercita persoana vizată asupra datelor sale personale colectate de operatorii de date depinde într-o măsură decisivă de respectarea de către aceștia din urmă a principiului transparenței, conform căruia operatorii de date trebuie să se asigure că „orice informații și comunicări referitoare la prelucrarea respectivelor date cu caracter personal sunt ușor accesibile și ușor de înțeles și că se utilizează un limbaj simplu și clar. Acest principiu se referă în special la informarea persoanelor vizate privind identitatea operatorului și scopurile prelucrării, precum și la oferirea de informații suplimentare, pentru a asigura o prelucrare echitabilă și transparentă în ceea ce privește persoanele fizice vizate și dreptul acestora de a li se confirma și comunica datele cu caracter personal care le privesc care sunt prelucrate. Persoanele fizice ar trebui informate cu privire la riscurile, normele, garanțiile și drepturile în materie de prelucrare a datelor cu caracter personal și cu privire la modul în care să își exercite drepturile în legătură cu prelucrarea. În special, scopurile specifice în care datele cu caracter personal sunt prelucrate ar trebui să fie explicite și legitime și să fie determinate la momentul colectării datelor respective.” De asemenea, în Considerentul 39 RGDP se mai precizează că datele cu caracter personal colectate „ar trebui să fie adecvate, relevante și limitate la ceea ce este necesar pentru scopurile în care sunt prelucrate. Aceasta necesită, în special, asigurarea faptului că perioada pentru care datele cu caracter personal sunt stocate este limitată strict la minimum. Datele cu caracter personal ar trebui prelucrate doar dacă scopul prelucrării nu poate fi îndeplinit în mod rezonabil prin alte mijloace”.

este afectată în mod serios însăși cerința unui consimțământ liber exprimat, din pricina elementului de constrângere prezent în asemenea ipoteze. Ca un corolar al libertății consimțământului și al specificității acordului persoanei vizate, caracterul granular al consimțământului reprezintă o condiție indispensabilă atunci când prelucrarea datelor personale vizează scopuri multiple, soluția pentru a îndeplini condițiile validității consimțământului constând în granularitatea acordului consumatorului, și anume în separarea acestor scopuri de către operator și obținerea consimțământului distinct<sup>59</sup>, pentru fiecare dintre scopurile prelucrării<sup>60</sup>. După cum rezultă din Considerentul 47 al Regulamentului (UE) 2016/679, interesele legitime ale unui operator de date cu caracter personal, inclusiv cele ale unui operator căruia îi pot fi divulgate datele cu caracter personal sau ale unei terțe părți, pot constitui un temei juridic pentru prelucrarea acestor date în absența unei acțiuni clare a consumatorului în sensul consimțirii la prelucrare, cu condiția să fie vorba despre situații în care asupra interesului operatorului nu prevalează interesele sau drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei vizate; acest din urmă aspect va fi evaluat, după cum rezultă din Considerentul 47, teza a doua, din Regulamentul General privind protecția datelor cu caracter personal, „luând în considerare așteptările rezonabile ale persoanelor vizate bazate pe relația acestora cu operatorul de date”. Acest interes legitim ar putea exista, de exemplu, după cum specifică legiuitorul european în textul considerentului citat, „atunci când există o relație relevantă și adecvată între persoana vizată și operatorul de date”, cum ar fi cazul în care persoana vizată este un client al operatorului de date (un consumator de servicii sau produse comercializate de acesta). Cu toate acestea, existența unui interes legitim al operatorului de date care să facă dispensabilă solicitarea consimțământului consumatorului, ar necesita o evaluare atentă, care să stabilească inclusiv dacă o persoană vizată poate preconiza în mod rezonabil, în momentul și în contextul colectării datelor cu caracter personal, că datele sale

---

<sup>59</sup> După cum rezultă din art. 7 par. (2), solicitarea consimțământului la prelucrarea datelor personale în contextul încheierii și executării unui contract trebuie să aibă loc într-o formă care o diferențiază în mod clar de celelalte aspecte contractuale, ceea ce implică faptul că problematica consimțământului la prelucrarea datelor cu caracter personal ar trebui soluționată într-un mod aparte sau într-un document separat. De asemenea, în cazul în care consimțământul este solicitat prin mijloace electronice, cererea de consimțământ trebuie să fie separată și distinctă, neputând fi rezumată la un simplu paragraf cuprins în termenii și condițiile generale de afaceri.

<sup>60</sup> Conform art. 6 alin. (4) RGDP, „în cazul în care prelucrarea în alt scop decât cel pentru care datele cu caracter personal au fost colectate nu se bazează pe consimțământul persoanei vizate sau pe dreptul U. E. sau dreptul intern, care constituie o măsură necesară și proporțională într-o societate democratică pentru a proteja obiectivele menționate în art. 23 alin. (1), operatorul de date, pentru a stabili dacă prelucrarea în alt scop este compatibilă cu scopul pentru care datele cu caracter personal au fost colectate inițial, ia în considerare, printre altele: (a) orice legătură dintre scopurile în care datele cu caracter personal au fost colectate și scopurile prelucrării ulterioare preconizate; (b) contextul în care datele cu caracter personal au fost colectate, în special în ceea ce privește relația dintre persoanele vizate și operator; (c) natura datelor cu caracter personal, în special în cazul prelucrării unor categorii speciale de date cu caracter personal, în conformitate cu dispozițiile art. 9, sau în cazul în care sunt prelucrate date cu caracter personal referitoare la condamnări penale și infracțiuni, în conformitate cu dispozițiile art. 10; (d) posibilele consecințe asupra persoanelor vizate ale prelucrării ulterioare preconizate; (e) existența unor garanții adecvate, care pot include criptarea sau pseudonimizarea”.

personale vor fi prelucrate în respectivul scop (de marketing, de exemplu) de către operatorul de date.

Este posibil ca operatorul de date să se bazeze pe temeuri juridice distincte și multiple pentru a justifica procesarea datelor personale colectate de la consumatorii de servicii și / sau produse, dacă prelucrarea datelor în cauză are loc în scopuri multiple? În opinia noastră, răspunsul la această întrebare este afirmativ, având în vedere că fiecare scop al procesării trebuie să fie consolidat de o bază legală. Cu toate acestea, după cum s-a subliniat în Ghidul Grupului de lucru art. 29 (în prezent, Comitetul European pentru Protecția Datelor – CEPD), operatorul de date trebuie să identifice aceste scopuri și bazele legale aferente anterior începerii procesării datelor personale, iar nu posterior. Mai mult, experții Grupului de lucru Articolul 29 au menționat în respectivul ghid că temeiul legal al procesării datelor personale nu poate fi modificat în cursul acestor operațiuni de prelucrare. În consecință, operatorul nu poate „comuta” de pe un temei legal al prelucrării la altul, după ce colectarea și prelucrarea datelor a fost inițiată. De exemplu, în Ghidul Grupului de lucru art. 29 (Comitetul European pentru Protecția Datelor – CEPD), se arată că nu este permisă utilizarea retroactivă a interesului legitim de către un operator de date personale pentru a justifica procesarea acestor date, în ipotezele în care au fost întâmpinate probleme privind validitatea consimțământului persoanei vizate. Prin urmare, sub imperiul dispozițiilor art. 5 alin. (1) și ale art. 6 alin. (1) din Regulamentul (UE) 2016/679, operatorii de date personale care solicită consimțământul persoanelor vizate pentru prelucrarea datelor cu caracter personal, „nu ar trebui să se poată baza pe un alt temei legal al prelucrării dintre cele menționate în art. 6 din regulament, ca un plan de rezervă atunci când aceștia nu pot demonstra validitatea consimțământului persoanei vizate sau dacă consimțământul valabil al acesteia a fost retras ulterior. Prin prisma obligației de a divulga temeiurile juridice pe baza cărora operatorul acționează la momentul în care se colectează datele cu caracter personal, acesta trebuie să se decidă înainte de inițierea colectării datelor, care sunt temeiurile legale aplicabile”<sup>61</sup> fiecăruia dintre scopurile prelucrării datelor personale.

---

<sup>61</sup> Ghidul Comitetului European pentru Protecția Datelor – CEPD, „Orientări asupra Consimțământului în temeiul Regulamentului 2016/679”, adoptat în 28.11.2017. Cel mai recent ghid adoptat de acest grup de experți este *Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*, disponibil la adresa web [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/publication-type/guidelines\\_ro](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/publication-type/guidelines_ro). De asemenea, sunt relevante în contextul discuțiilor cu privire la interpretarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. b) RGDP, legate de executarea unui contract ca temei legal al prelucrării datelor personale în absența consimțământului (în special în relațiile dintre profesioniști și consumatori), „Orientările 2/2019 privind prelucrarea datelor cu caracter personal în temeiul art. 6 alin. (1) lit. (b) din RGDP în contextul furnizării de servicii online persoanelor vizate”, document adoptat de CEPD în 8 oct. 2019, disponibil la adresa web [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/publication-type/guidelines\\_ro](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/publication-type/guidelines_ro). După cum rezultă din cuprinsul acestui din urmă document, relevant îndeosebi în contractele din categoria *business to consumer*, operatorul de date personale își poate fundamenta operațiunile de prelucrare pe dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. (b) RGDP pentru a prelucra date cu caracter personal atunci când, conform obligațiilor de responsabilitate care îi revin în temeiul art. 5 alin. (2), poate să stabilească că prelucrarea are loc în contextul unui contract valabil încheiat cu persoana vizată (i) și că prelucrarea este necesară pentru a executa respectivul contract cu persoana vizată (ii). În cazul în care operatorii de date nu pot demonstra: (a) existența contractului, (b) faptul că respectivul contract este valabil

**4. Concluzii.** Ghidat de premisa unei distribuții asimetrice a controlului asupra informațiilor necesare pentru emiterea unui consimțământ liber și neviciat, mecanismul prevăzut în Regulamentul general privind protecția datelor personale pentru colectarea în mod granular a consimțământului persoanei vizate are drept fundament nevoia de transparență resimțită de persoanele vizate la momentul colectării acestor date. Exigențele specifice care decurg pentru operatorii de date personale din perspectiva detalierii scopurilor colectării și a stratificării operațiunilor implicate de prelucrarea datelor personale ale consumatorilor continuă să suscite interogații pentru practicienii dreptului. În cazul în care prelucrarea datelor personale se bazează pe consimțământul consumatorului, operatorul trebuie să fie în măsură să demonstreze că persoana vizată și-a dat consimțământul pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal. Cerința consimțământului granular implică, între altele, faptul că, în cazul în care consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor sale personale este dat în contextul unei declarații care se referă și la alte aspecte, cererea privind consimțământul trebuie să fie prezentată într-o formă care o diferențiază în mod clar de celelalte aspecte, într-o formă inteligibilă pentru consumatorul profan, utilizând un limbaj clar, cu evitarea termenilor excesiv de tehnici. Următoarele concluzii pot fi desprinse pe marginea considerațiilor de mai sus:

(a) „stratificarea” scopurilor prelucrării datelor personale, cât și „stratificarea” consimțământului pentru fiecare tip de operațiune de prelucrare în parte reprezintă cerințe speciale care decurg din condiția consimțământului granular, motiv pentru care nu va fi valabil un consimțământ solicitat în termeni generali, „pentru orice operațiune de prelucrare a datelor personale” sau pentru așa-numitele „scopuri ce țin de executarea contractului”; o enunțare explicită și distinctă a fiecăruia dintre scopurile prelucrării datelor, cât și a fiecărui tip de operațiune este decisivă în evaluarea validității consimțământului persoanei vizate;

(b) dispozițiile Regulamentului (U.E.) nr. 679 din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal care reglementează răspunderea civilă a operatorilor de date personale și a împuterniciților

---

încheiat conform dreptului național aplicabil în materia contractelor și (c) faptul că prelucrarea datelor personale ale partenerului contractual este obiectiv necesară pentru executarea contractului, operatorul de date va trebui să ia în considerare un alt temei juridic pentru prelucrarea datelor. Se evidențiază totodată că simpla referință sau mențiune privind prelucrarea datelor inserată de către profesioniștii comerțului / serviciilor într-un contract nu este suficientă pentru a considera respectiva prelucrare a datelor ca intrând sub incidența domeniului de aplicare al art. 6, alin. (1), lit. (b). Experții CEPD au subliniat că prelucrarea datelor personale poate fi obiectiv necesară chiar dacă nu este menționată în mod specific în respectivul contract, însă operatorul de date trebuie să își îndeplinească obligațiile care decurg din principiul transparenței prelucrării datelor cu caracter personal. În această optică, în situațiile în care un operator de date personale urmărește să invoce faptul că prelucrarea acestor date se bazează pe executarea unui contract încheiat cu persoana vizată, este important să se evalueze ce reprezintă în respectivul context, așa-numitul „obiectiv necesar pentru executarea contractului”. Sintagma „prelucrare necesară pentru executarea contractului”, din perspectiva dispozițiilor art. 7 alin. (4) RGDP, care privesc valabilitatea consimțământului, este necesar să se facă în mod explicit distincție între activitățile de prelucrare necesare pentru executarea unui contract (i) și clauzele care condiționează prestarea serviciului către consumator de acordul acestuia la derularea anumitor activități de prelucrare a datelor care nu sunt efectiv necesare pentru executarea contractului de tip *business to consumer* (ii).

acestora nu înlătură incidența dispozițiilor din dreptul național privind răspunderea civilă pentru prejudiciul creat altuia, neavând efect eluziv asupra normelor din dreptul intern privind răspunderea civilă, inclusiv din perspectiva răspunderii civile pentru încălcarea dispozițiilor privind consimțământul granular al consumatorilor la prelucrarea datelor personale;

(c) în situațiile când prelucrarea datelor cu caracter personal ale consumatorului are ca scop *marketingul* direct, persoana vizată are dreptul de a se opune în orice moment prelucrării în acest scop a datelor cu caracter personal care o privesc, inclusiv creării de profiluri, în măsura în care este legată de operațiunile de *marketing* direct; în toate cazurile în care consumatorul se opune prelucrării în scopul *marketingului* direct, datele cu caracter personal nu mai pot fi prelucrate în acest scop, conform art. 21 par. (3) din Regulamentul (UE) 2016/679;

(d) după cum rezultă din textul art. 4 par. (11) din Regulamentul (UE) 2016/679, pot fi deduse următoarele elemente care circumscriu un consimțământ valabil exprimat în legătură cu procesarea datelor personale: operatorul să fi prezervat libertatea persoanei vizate de a opta sau de a refuza colectarea / prelucrarea datelor sale cu caracter personal; consumatorul să-și fi dat acordul în mod specific pentru operațiunile de colectare / prelucrare a datelor în scopul / scopurile declarate de către operator; consimțământul persoanei vizate să fi fost dat în cunoștință de cauză, ceea ce presupune informarea completă, corectă și transparentă a persoanei vizate de către operatorul de date în legătură cu tipul operațiunilor de prelucrare, cu fiecare dintre scopurile prelucrării și cu privire la dreptul discreționar de retragere a acestui consimțământ în orice moment; să existe exprimarea lipsită de ambiguitate a persoanei vizate prin care aceasta acceptă, (printr-o declarație sau printr-o acțiune fără echivoc), ca datele cu caracter personal care o privesc să fie prelucrate;

(e) solicitarea consimțământului consumatorului la prelucrarea datelor cu caracter personal poate avea loc numai prin mecanisme de tip *opting-in*, iar nu *opting-out*, ceea ce presupune o declarație sau o acțiune neechivocă a consumatorului în acest sens, cu excluderea variantelor de pre-bifare a opțiunilor de către operator, care nu vor fi valabile în contextul cerințelor descrise în textul art. 4 par. (11) din Regulamentul (UE) 2016/679 privind protecția datelor cu caracter personal;

(f) dacă procedura de solicitare a consimțământului nu permite persoanelor vizate să își dea consimțământul separat pentru diferitele operațiuni de prelucrare a datelor cu caracter personal (de exemplu, numai pentru anumite operațiuni de prelucrare a datelor, refuzând alte operațiuni de prelucrare nominalizate de operator), consimțământul consumatorului va fi prezumat a nu fi fost acordat în mod liber;

(g) proba faptului că retragerea consimțământului la prelucrarea datelor cu caracter personal nu conduce la niciun cost suplimentar pentru persoana vizată și, prin urmare, nu prezintă un dezavantaj patrimonial sau alte consecințe negative pentru consumatorii care își retrag consimțământul, incumbă operatorului de date cu caracter personal;

(h) consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor personale nu trebuie să fie doar granular pentru a îndeplini cerința unui consimțământ liber, ci trebuie să întrunească

și cerința de „specificitate” a acordului la prelucrarea datelor; aceasta implică, pentru operatorii de date personale care intenționează să obțină consimțământul consumatorului pentru diferite scopuri ale prelucrării, să ofere o opțiune separată pentru fiecare scop, pentru a permite consumatorului să își exprime consimțământul pentru fiecare dintre scopurile prelucrării datelor cu caracter personal.



# ***Reverse engineering: cât de relevantă este dobânda anuală efectivă pentru transparența prețului creditului?***

## ***Reverse engineering: how relevant is the annual percentage rate of charge for the transparency of consumer credit cost?***

Prof. univ. dr. **Lucian BERCEA\***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara

### **Abstract**

*This study analyses, from a law and economics perspective, the evolution of the Court of Justice of the European Union case-law on the relevance of the annual percentage rate of charge on price transparency in consumer credit agreements in Pohotovost' (2010), Kásler (2014), Matei (2017), and Kiss (2019) cases. The study criticizes the annihilation of the original function of this indicator of ensuring the transparency of credit costs.*

**Keywords:** *consumer credit, unfair term, loan price, annual percentage rate of charge (APRC), price transparency, Court of Justice of the European Union, law and economics.*

### **Rezumat**

*Studiul de față analizează, din perspectiva unor argumente avansate de analiza economică a dreptului, evoluția jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene cu privire la relevanța dobânzii anuale efective pentru transparența costurilor în contractele de credit pentru consumatori, în cauzele Pohotovost' (2010), Kásler (2014), Matei (2017) și Kiss (2019). Studiul critică anihilarea funcției originare a acestui indicator de asigurare a transparenței costurilor creditului.*

**Cuvinte-cheie:** *credit pentru consumatori, clauză abuzivă, costul creditului, dobânda anuală efectivă (DAE), transparența prețului, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, analiză a economică a dreptului.*

**1. Preliminarii.** La finele anului 2018, publicam în volumul dedicat profesorului Dan Chirică<sup>1</sup> o analiză a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene privind transparența

---

\* lucian.bercea@e-uvt.ro.

prețurilor în contractele încheiate de profesioniști cu consumatorii, problemă decisivă în aprecierea caracterului abuziv al clauzelor esențiale privind „obiectul [principal]” și „prețul” acestor contracte, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13/CEE<sup>2</sup>. Semnalăm, cu acea ocazie, (supra)alimentarea de către Curte a standardului transparenței, prin instituirea unor obligații excesive în sarcina profesioniștilor, în procesul de formare și executare a contractelor, și avertizăm cu privire la costurile și incertitudinile asociate acestor obligații.

La un an distanță, hotărârea Curții din cauza *Kiss c. CIB Bank Zrt.*<sup>3</sup> îmi dă ocazia să revin asupra acestui subiect, pentru că, deși îmi confirmă criticile, îmi provoacă altele, noi. În studiul de față voi discuta argumentele Curții și ale avocatului general cu privire la funcțiile dobânzii anuale efective<sup>4</sup>, din perspectiva contribuției acestui standard sectorial la asigurarea transparenței contractelor de credit pentru consumatori. În prealabil, voi reaminti, în sinteză, chestiunile relevante din hotărârile de referință *Pohotovost'* (în care Curtea consideră că dobânda anuală efectivă este un element esențial pentru aprecierea transparenței contractului de credit), *Kásler* (în care Curtea ignoră rolul dobânzii anuale efective în aprecierea transparenței contractului de credit) și *Matei* (în care Curtea înlătură dobânda anuală efectivă din aprecierea transparenței contractului de credit).

Cu excepția cauzei *Pohotovost'* (în care absența menționării în contract a dobânzii anuale efective permitea băncii să practice dobânzi excesive), toate celelalte hotărâri sunt

<sup>1</sup> L. Bercea, *Transparența costurilor în contractele de credit pentru consumatori. Cât de departe trebuie să ajungă Curtea de Justiție a Uniunii Europene ca să afle că a greșit drumul?*, în *In Honorem Dan Chirică. Într-o dogmatică dreptului și rațiunea practică* (ed. D.-A. Popescu, I.-F. Popa, S. Golub, L.-M. Harosa), Editura Hamangiu, București, 2018, pp. 997-103. Textul de față preia, din rațiuni de continuitate și coerență a argumentației, unele comentarii despre jurisprudența *Kásler* și *Matei* din acel studiu.

<sup>2</sup> Art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE a fost transpus deficitar în România. Directiva prevede următoarele: „Aprecierii caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definierea obiectului principal al contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil”. Transpunerea din art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori este o mostră de neclaritate și ininteligibilitate: „Evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definierea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil”. Ce legătură poate să existe între „caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte” și „calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, (...) [și] produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte”? De aceea, textul de referință pentru analiză este cel al art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE, în versiunea română menționată și în versiunea engleză: „Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language”.

<sup>3</sup> C.J.U.E., cauza C-621/17, *Gyula Kiss c. CIB Bank Zrt. și alții*, hot. din 3 octombrie 2019. Toate hotărârile Curții menționate în prezentul studiu sunt disponibile pe site-ul curia.europa.eu.

<sup>4</sup> Studiul de față reprezintă o variantă adaptată a comentariilor privind hotărârea *Kiss* pe care le-am făcut în L. Bercea, *Un pas înainte, doi pași înapoi? Evoluția jurisprudenței CJUE privind transparența prețurilor pe axa Kásler – Matei – Kiss*, în *Curierul Judiciar*, nr. 11/2019 (număr special dedicat Conferinței Dreptul Afacerilor 2019), pp. 613-265.

centrate pe problema altor costuri decât dobânda pe care băncile le percep de la consumatori, fie prin indexarea creditului la cursuri de schimb proprii, sancționată pentru inexistența unui serviciu de schimb valutar (*Kásler*), fie prin disocierea prețului creditului, ca serviciu financiar unic, în elemente distincte, a căror artificialitate este sancționată pe motiv de absență a unei contraprestații a băncii (*Matei*) sau, dimpotrivă, este, în mod surprinzător, tolerată, în bună măsură pentru simplul fapt al menționării lor într-o lege (*Kiss*).

Analiza de față poate interesa nu numai aplicarea mecanismului clauzelor abuzive<sup>5</sup>, ci și cerințele de *legal writing* pe care trebuie să le respecte băncile în redactarea transparentă a contractelor lor de credite încheiate cu consumatorii.

**2. Puțină istorie recentă: dobânda anuală efectivă ca element esențial pentru transparența contractului de credit încheiat cu consumatorii, în *Pohotovost'*.** În urmă cu 10 ani, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a fost întrebată, în cadrul unei trimeri preliminare din Slovacia<sup>6</sup>, printre altele, dacă „exprimarea în procente a costului total suportat de consumator ([DAE]) este atât de importantă încât, în cazul în care nu este stipulată în contract, nu se poate considera că costul creditului de consum a fost indicat în termeni transparenți și suficient de clari”. Totodată, transferându-se efectele răspunsului la această primă întrebare pe terenul caracterului abuziv al clauzelor contractuale, Curtea a fost întrebată dacă, în principiu, „cadrul protecției consumatorului, astfel cum este prevăzut de Directiva 93/13 [...], permite să fie calificată drept abuzivă și o clauză dintr-un contract de credit de consum referitoare la cost, pentru motivul că aceasta nu este suficient de transparentă și de inteligibilă, atunci când procentajul costului total al creditului de consum nu este indicat în contract și când prețul este exprimat numai printr-o sumă de bani reprezentând diferite cheltuieli prevăzute, pe de o parte, în contract, iar pe de altă parte, în condițiile generale de vânzare”.

Cu alte cuvinte, este dobânda anuală efectivă esențială pentru transparența costurilor contractului de credit încheiat cu consumatorii? Și dacă da, este abuzivă clauza contractuală privind costurile creditului exprimată într-o altă formă decât cea a dobânzii anuale efective?

Întrebările erau adresate pe fondul unui litigiu dintre o instituție financiară (*Pohotovost' s.r.o.*) și un consumator care era obligat la executarea unei hotărâri arbitrale pronunțate în temeiul unui contract de împrumut al unei sume de 663,88 euro, fiind urmărit silit pentru suma de 1620,53 euro, precum și pentru dobânzile de întârziere și

---

<sup>5</sup> Cu privire la funcționarea mecanismului clauzelor abuzive, analize de referință, dar din „epoci” diferite ale aplicării sale în România, pot fi găsite în I.-F. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în *Pandectele Române* nr. 2/2004, pp. 195 și urm., și în M. Gherghel, R. Rizoiu, *Avem o clauză abuzivă: cum procedăm?*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 1/2018, pp. 242 și urm.; pentru comentarii monografice, tot din „epoci” diferite, J. Goicovici, *Dreptul consumației*, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, pp. 74-80; Gh. Piperea, *Protecția consumatorilor în contractele comerciale*, Editura C.H. Beck, București, 2018, pp. 340-405; nu în ultimul rând, pentru una dintre analizele fundamentale în dreptul românesc al consumului, E. Mihai, *Clauzele abuzive sau avatarul consumerist al echilibrului contractual*, în *Pandectele Române* nr. 10/2007, pp. 39-68.

<sup>6</sup> C.J.U.E., cauza C-76/10, *Pohotovost' s.r.o. c. Iveta Korčková*, ordonanța din 16 noiembrie 2010.

cheltuielile de judecată. Consumatorul, care beneficia de o pensie de invaliditate în cuantum lunar de aproximativ 370 euro, contractase un credit pe termen de 1 an, în cuantum de 663,88 euro, cu costuri de 634,67 euro, urmând să îl ramburseze în rate lunare de 108,21 euro. Dobânda anuală efectivă, de 95,6%, nu era menționată ca atare nici în condițiile generale ale creditelor acordate de instituția financiară, nici în contractul de credit.

Sintetizând întrebările primite, Curtea a considerat că instanța de trimitere solicita, în esență, să se stabilească dacă menționarea dobânzii anuale efective în contractul de credit de consum, potrivit obligațiilor instituite de directiva în materie<sup>7</sup>, constituie „o informație esențială în acest tip de contract” și, deci, dacă absența sa permite să se considere că clauzele privind costul creditului pot fi examinate din perspectiva caracterului abuziv pe motiv că nu sunt exprimate în mod clar și inteligibil, în sensul art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE.

Curtea a răspuns afirmativ, fără rezerve, la aceste întrebări, subliniind că directiva sectorială în materia creditului pentru consumatori are o dublă finalitate: crearea unei piețe comune a creditului de consum și, respectiv, protecția consumatorilor care contractează asemenea împrumuturi. Protecția consumatorilor de credite se bazează pe modelul consumatorului informat, care trebuie „să cunoască pe deplin condițiile executării ulterioare a contractului”, ceea ce ar presupune „să fie în posesia tuturor elementelor care pot avea un efect asupra întinderii obligației sale”. Din această perspectivă, „informarea consumatorului asupra costului global al creditului, sub forma unei dobânzi calculate potrivit unei formule matematice unice, are (...) o importanță esențială”, atât în etapa pre-contractuală, a „publicității”, când „contribuie la transparența contractului, în sensul că permite consumatorului să compare ofertele de creditare”, cât și în etapa infra-contractuală, când „permite consumatorului să aprecieze întinderea obligației sale”.

Plecând de la aceste idei simple și clare, Curtea a apreciat că lipsa menționării dobânzii anuale efective în contractul de credit poate fi „un element decisiv” pentru aprecierea transparenței clauzelor privind costul creditului, ca premisă a controlului caracterului abuziv al clauzelor principale. Mai mult, chiar fără să fie necesară o examinare din perspectiva Directivei 93/13/CEE a caracterului abuziv al clauzei care omite menționarea dobânzii anuale efective, directiva sectorială privind creditul pentru consumatori „permite instanței naționale să aplice din oficiu dispozițiile (...) care prevăd că lipsa menționării DAE într-un contract de credit de consum are drept consecință faptul că creditul aprobat este considerat scutit de dobânzi și de costuri”. Concluziile Curții erau fundamentate, așadar, pe ideea că clauzele contractuale privind prețul care instituie elemente de cost incluse în dobânda anuală efectivă constituie *core terms* în sensul art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE. Soluția era atât de evidentă, încât Curtea a pronunțat-o pe cale de ordonanță, iar nu printr-o hotărâre. Evidența s-a dovedit a fi, însă, doar o aparență.

---

<sup>7</sup> La data încheierii contractului în litigiu, era aplicabilă Directiva 87/102/CEE a Consiliului din 22 decembrie 1986 de apropiere a actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre privind creditul de consum (J.O. L 042 din 12 februarie 1987).

**3. Era pe când nu s-a zărit...: dobânda anuală efectivă ca element ignorat în aprecierea transparenței contractului de credit încheiat cu consumatorii, în *Kásler*.** Mai multe decizii ale Curții de Justiție a Uniunii Europene care fundamentează înțelegerea transparenței contractuale ca transparență substanțială au fost ocazionate în ultimul deceniu de litigii privind contracte de credit încheiate cu consumatorii<sup>8</sup>. Fertilitatea acestui teren de intervenție<sup>9</sup> este justificată de miza economică în general ridicată a contractului în raport cu patrimoniul consumatorului și a fost potențată de contextul crizei financiare. În litigiile respective, judecătorul european a decis că transparența conținutului contractual constituie o cerință care nu poate fi redusă la inteligibilitatea și claritatea formală a textului. Ea este instituită pentru a permite consumatorului să înțeleagă consecințele economice ale încheierii contractului. Pentru înțelegerea corectă și completă de către consumator a riscurilor și a obligațiilor asumate, pe plan juridic și economic, este necesar ca acesta să cunoască și să evalueze „consecințele economice care rezultă din clauza contractuală” („*the economic consequences which derive from the term*”). Definirea în acest mod a standardului transparenței informative creează în sarcina profesionistului o obligație de redactare a textului contractual într-o manieră care să pună consumatorul în poziția de a înțelege consecințele contractării (fapt care asigură transparența contractului) și de a compara ofertele concurente (ceea ce asigură, indirect, transparența pieței)<sup>10</sup>.

Consolidarea jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene cu privire la standardul transparenței substanțiale s-a realizat prin *Kásler*<sup>11</sup>. În această cauză, au fost puse în discuție natura și efectele unui mecanism de creditare care îi permitea băncii să calculeze valoarea împrumutului pus la dispoziția consumatorului în moneda națională – în funcție de propriul curs de schimb la cumpărare al monedei străine, iar nivelul ratelor lunare datorate de consumator – în funcție de propriul curs de schimb la vânzare al monedei străine. Acest mecanism de indexare valutară prezenta particularitatea că valoarea sumei de bani puse de bancă la dispoziția consumatorului, precum și valoarea sumei de bani pe care consumatorul era obligat să o ramburseze erau calculate pe baza propriilor cursuri de schimb valutar ale băncii. Consecința era că în sarcina consumatorului era pusă obligația de a suporta diferența dintre cursul de schimb la cumpărare la data creditării și cursul de schimb la vânzare la data rambursării. Ecarterul de curs avea natura

---

<sup>8</sup> Spre exemplu, C.J.U.E., cauza C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, hot. din 30 aprilie 2014; C.J.U.E., cauza C-143/13, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei c. Volksbank România SA*, hot. din 26 februarie 2015; C.J.U.E., cauza C-348/14, *Maria Bucura c. SC Bancpost SA*, hot. din 9 iulie 2015; C.J.U.E., cauza C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc și alții c. Banca Românească SA*, hot. din 20 septembrie 2017.

<sup>9</sup> Trimiterile preliminare privind serviciile financiare ocupă primul loc în statistica jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene din ultimii ani [H.W. Micklitz, B. Kas, *Overview of Cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008-2013) – Part I*, în *European Review of Contract Law*, vol. 10, nr. 1/2014, p. 1].

<sup>10</sup> C. Leone, *Transparency Revisited – On the Role of Information in the Recent Case-law of the CJEU*, în *European Review of Contract Law*, vol. 10, nr. 2/2014, pp. 312-325, p. 314.

<sup>11</sup> Pentru comentarii extinse asupra acestei hotărâri, L. Bercea, *Adnotări la Kásler c. OTP Jelzálogbank. Cheie de lectură a unei hotărâri a Curții de Justiție a Uniunii Europene privind clauzele abuzive în contractele de credit de consum*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 5/2014, pp. 32-48.

unui cost suplimentar pe care consumatorul îl plătea ca efect al aplicării mecanismului de indexare valutară, dar în absența unui serviciu de schimb valutar prestat în mod efectiv de bancă.

Explicația Curții privind permiterea controlului judiciar al raportului asimetric între cursul de schimb la care împrumutul este pus la dispoziție și cel la care împrumutul este restituit rezidă în faptul că existența și nivelul ecartului dintre cursuri nu privesc adecvarea unei remunerații pretinse de la consumator, în mod transparent, pentru un serviciu prestat de bancă. Clauzele care utilizează cursurile de schimb ale monedei străine au ca unică finalitate calcularea sumei împrumutate și a ratelor de rambursare a împrumutului, fără ca acest calcul să corespundă unui serviciu de schimb valutar. Prin urmare, în speță nu se pune problema unei contrapartide, care să nu poată face obiectul controlului eventualului caracter abuziv din perspectiva nivelului său (in)adecvat. Dimpotrivă, Curtea a constatat că respectivele clauze puteau genera o creștere a costurilor serviciului financiar în sarcina consumatorului, aparent fără o limită maximă, întrucât confereau băncii posibilitatea de a manipula propriul curs de schimb valutar. Prin urmare, costul împrumutului risca să crească teoretic nelimitat, fără ca această creștere să poată fi evaluată de consumator la momentul încheierii contractului.

Curtea a reținut că cerința transparenței ar fi fost îndeplinită numai dacă în contractul de credit s-ar fi indicat „motivul și particularitățile mecanismului de schimb al monedei străine, precum și relația dintre acest mecanism și cel prevăzut prin alte clauze referitoare la deblocarea împrumutului”, astfel încât consumatorul să poată să prevadă, pe baza unor criterii clare și inteligibile, consecințele economice ale contractării. Răspunzând astfel, dar fără să sublinieze explicit acest lucru, Curtea a schimbat referința transparenței față de termenii în care a fost formulată întrebarea preliminară: în condițiile în care instanța de trimitere a întrebat dacă trebuie să fie clare și inteligibile „motivele economice” („*economic reasons*”) pe care se bazează aplicarea clauzei contractuale, Curtea a răspuns că modul în care clauza este formulată trebuie să permită consumatorului să prevadă „consecințele economice” („*economic consequences*”) pe care le generează. Altfel spus, Curtea a considerat, în *Kásler*, că nu fundamentul economic al clauzei trebuie să fie înțeles de consumator, ci efectele acesteia asupra propriului său patrimoniu.

Curtea a ignorat, în raționamentul său, funcția pe care dobânda anuală efectivă o are în economia contractului de credit încheiat cu consumatorii. Indicatorul numit „dobândă anuală efectivă” a fost creat din rațiuni de transparență informativă, integrând toate elementele de cost, principale (dobânzi) sau secundare (comisioane), pe care banca le include în contract cu titlu de contraprestații pentru serviciul de creditare și eventualele servicii accesorii acestuia. Justificarea utilizării dobânzii anuale efective a fost aceea de a nu îi permite băncii să disimuleze în clauze principale netransparente sau în clauze secundare elemente de cost care să nu poată fi observate și evaluate de consumator. Or, includerea în contractul din *Kásler* a unei metode de calcul al sumei împrumutate și al ratelor de rambursat pe baza unor cursuri de schimb valutar stabilite discreționar de bancă nu făcea altceva decât să instituie pentru consumator costuri suplimentare, distincte față de dobânda și comisioanele incluse în dobânda anuală efectivă. Aceste costuri erau

netransparente, putând fi manipulate unilateral de către bancă pe parcursul executării contractului. Prin urmare, ele erau neglijate de consumator, pe fondul deficitului de atenție cu care acesta tratează costurile nespecifice creditului. Nefiind luate în calcul la evaluarea ofertelor de pe piață, concurența nu putea să le optimizeze în favoarea consumatorului<sup>12</sup>. Pe altă parte, pentru că nu erau determinabile, consumatorul nu putea evalua întinderea obligațiilor sale. Totuși, pentru Curte nu a contat faptul că respectivele costuri nu erau (și nu puteau fi) incluse în dobânda anuală efectivă, deși argumentul ar fi fost suficient pentru a justifica nu numai lipsa de claritate și inteligibilitate a clauzelor care le instituiau, ci și dezechilibrul juridic generat de încălcarea standardului sectorial al transparenței. Tema dobânzii anuale efective este complet absentă din *Kásler*.

**4. ...Azi o vedem, și nu e: dobânda anuală efectivă ca element neesențial pentru aprecierea transparenței contractului de credit încheiat cu consumatorii, în *Matei*.** Trimiterea preliminară românească din cauza *Matei*<sup>13</sup>, care a privit problema includerii în *core terms* a tuturor clauzelor unui contract de credit care cuprind o contraprestație datorată de consumator băncii, cu titlu de remunerație a serviciilor acesteia, a creat Curții ocazia unei periculoase evoluții de la transparența informativă (preventivă) a contractului la transparența sa explicativă (justificativă).

Întrebarea adresată Curții a fost legată de unul dintre cele mai controversate costuri ale creditului, comisionul de risc. S-a pus, astfel, problema dacă în noțiunile „obiect [principal]” și „preț”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13/CEE, sunt incluse toate clauzele privind remunerațiile care fac parte din noțiunea „costul total al creditului pentru consumatori”, definită la articolul 3 litera (g) din Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori<sup>14</sup>, și, prin urmare, din noțiunea de dobândă anuală efectivă, compusă în special din dobândă, fixă sau variabilă, din comisioane bancare și din alte costuri incluse și definite în contract. Răspunzând la această întrebare, Curtea a extins surprinzător de mult standardul transparenței, impunându-le clauzelor contractuale nu numai o funcție informativă, ci și una explicativă.

Extensia standardului transparenței în cauza *Matei* a plecat de la premisa irelevanței cerințelor sectoriale de transparență în materia creditelor acordate consumatorilor pentru analiza caracterului abuziv al clauzelor contractuale. Curtea a reținut că nu ar exista o

---

<sup>12</sup> L. Bercea, *Market for lemons. O aplicație la încheierea contractelor standard între profesioniști și consumatori*, în D.-A. Popescu, I.-F. Popa (ed.), *Liber Amicorum Liviu Pop*, Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 68-75.

<sup>13</sup> C.J.U.E., cauza *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei c. Volksbank România SA*, cit. *supra*.

<sup>14</sup> Potrivit art. 3 lit. (g) din Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori și de abrogare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului (J.O. L 133 din 22 mai 2008), „costul total al creditului pentru consumatori” înseamnă toate costurile, inclusiv dobânda, comisioanele, taxele și orice alt tip de costuri pe care trebuie să le suporte consumatorul în legătură cu contractul de credit și care sunt cunoscute de către creditor, cu excepția taxelor notariale; costurile pentru serviciile accesorii aferente contractului de credit, în special primele de asigurare, sunt incluse, de asemenea, în cazul în care obținerea creditului sau obținerea acestuia potrivit clauzelor și condițiilor prezentate este condiționată de încheierea unui contract de servicii.

suprapunere conceptuală totală între noțiunile de „obiect [principal]” și „preț”, în sensul art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE, pe de o parte, respectiv cea de „cost total al creditului pentru consumatori”, în sensul articolului 3 litera (g) din Directiva 2008/48/CE, pe de altă parte. Această din urmă directivă sectorială ar avea, în opinia Curții, „propriul obiectiv de transparență”. Definierea „într-un mod deosebit de larg” a noțiunii de „cost total al creditului pentru consumatori”, astfel încât contractul de credit să menționeze suma tuturor costurilor sau cheltuielilor aflate în sarcina consumatorului față de bancă sau, eventual, terți, ar fi incompatibilă cu caracterul de excepție al excluderii clauzelor principale din sistemul de protecție a consumatorilor împotriva clauzelor abuzive.

La prima vedere, premisa Curții pare să fie corectă. Standardele europene ale transparenței contractuale în relația dintre profesioniști și consumatori, cu privire la unul și același tip de contract, pot fi diferite. Faptul că un contract este transparent din perspectiva unui anumit standard nu înseamnă că este imunizat împotriva controlului realizat pe baza altui standard, chiar dacă ambele cerințe tind să protejeze unul și același consumator. Cu alte cuvinte, standardele de transparență nu se confundă, nu se suprapun și nu sunt reciproc fungibile.

Cu toate acestea, raționamentul Curții are limitele sale. El încetează să fie valid în ipoteza în care „obiectivele de transparență” ale acestor standarde, așa cum le numește Curtea, converg, iar între domeniile de aplicare a standardelor se poate stabili un raport general – special. Convergența normativă care se presupune că ar caracteriza actele de drept al Uniunii în materia protecției consumatorilor implică atribuirea unui efect util standardelor de transparență speciale pentru atingerea standardului de transparență general. Or, transparența sectorială din domeniul creditelor acordate consumatorilor este o transparență instrumentalizată tocmai în scopul de a facilita informarea cu privire la consecințele economice ale încheierii contractului. Informarea se bazează, *inter alia*, pe indicatori financiari de expresie matematică, cum este dobânda anuală efectivă, care reprezintă „costul total al creditului pentru consumator, exprimat ca procent anual din valoarea totală a creditului (...)”<sup>15</sup>. Aceasta ar trebui să îi permită consumatorului atât să compare ofertele concurente înainte de a lua decizia de a contracta, cât și să evalueze costul total al creditului, ca parte componentă a „valorii totale plătitabile” băncii. Am arătat deja că dobânda anuală efectivă a fost creată chiar din rațiuni de transparență informativă, fiind compusă din toate elementele de cost, principale (dobânzi) sau secundare (comisioane), pe care banca le include în contract cu titlu de contraprestații pentru serviciul de creditare și eventualele servicii accesorii acestuia. Indicatorul urmărește, astfel, reprimarea practicilor băncilor de includere în contract a unor metode de calcul al dobânzii neclare sau ininteligibile ori de instituire a unor costuri distincte față de dobândă, cum sunt comisioanele, care să fie ignorate de consumator, pe fondul deficitului de atenție cu care acesta tratează costurile nespecifice.

Potrivit Curții, simplul fapt că „comisionul de risc”, în discuție în cauză, putea fi considerat ca reprezentând o parte relativ importantă a dobânzii anuale efective și, deci, a

<sup>15</sup> Art. 3 lit. (i) din Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori.



veniturilor obținute de bancă din contractul de credit ar fi lipsit de relevanță pentru aprecierea calificării clauzelor care prevăd acest comision ca parte a „obiectului [principal]” al contractului. Curtea a reținut, în acest sens, că scopul esențial urmărit de „comisionul de risc” ar consta în garantarea rambursării creditului, în condițiile în care acest risc era deja garantat printr-o ipotecă, și că, în schimbul acestui comision, banca nu îi furniza un serviciu „real” consumatorului, „în interesul exclusiv” al acestuia. Obligația consumatorului de a plăti comisionul de risc nu constituia, deci, una dintre prestațiile esențiale, care să caracterizeze contractul de credit, ci una dintre prestațiile neesențiale în economia acestui contract.

Argumentația Curții este discutabilă din mai multe motive. În primul rând, pentru calificarea clauzelor privind „comisionul de risc” ca parte a obiectului principal al contractului, ar trebui să fie relevantă includerea acestui comision în dobânda anuală efectivă, el având, potrivit contractului, natura unui cost secundar cu caracter obligatoriu, iar nu contingent. Întrucât dobânda anuală efectivă include toate elementele de cost obligatorii (atât dobânzi, cât și comisioane) și le exclude pe cele contingente (comisioane de rambursare anticipată, dobânzi penalizatoare etc.), acest indicator elimină, în cazul contractului de credit, diferențele dintre clauzele principale privind prețul și clauzele secundare legate de costurile obligatorii, cel puțin în cazul în care aceste costuri sunt percepute de bancă pentru un serviciu financiar unic. Faptul că numai una dintre componentele dobânzii anuale efective este dobânda *stricto sensu*, ca preț al folosinței sumei de bani, prestație caracteristică pentru operațiunea de creditare, în timp ce celelalte elemente sunt nespecifice, nu contrazice funcția acestui indicator financiar de instrument de evaluare unitară și completă a costurilor creditului. Consumatorul, comparând ofertele concurente de pe piață, ia în calcul costul total al creditului, nu numai dobânda; de asemenea, evaluând consecințele economice ale încheierii contractului considerat cel mai avantajos, ia în calcul costul total al creditului, nu numai dobânda. Cu alte cuvinte, consumatorul contractează (sau ar trebui să o facă) în considerarea dobânzii anuale efective (costul contractual maximal), nu a dobânzii (costul contractual specific). Dobânda anuală efectivă este cea care asigură, în egală măsură, comparabilitatea și transparența prețurilor creditului. Mai mult, la acest indicator se raportează și calculul costului total al creditului, și cel al valorii totale plătitibile de către consumator (ca sumă dintre valoarea totală a creditului și costul total al creditului pentru consumator), toți acești indicatori de transparență financiară fiind interconectați.

În consecință, transparența informativă prevăzută de directiva sectorială este cea care îi asigură consumatorului de credite evaluarea efectivă a consecințelor economice ale încheierii contractului. Înainte ca indicatorul numit „dobândă anuală efectivă” să fi fost creat, consumatorul nu era atent la costurile secundare; după ce acest indicator a fost creat, consumatorul nu mai poate să îl ignore și să rămână atent doar la dobândă; caracterul principal sau secundar al costurilor obligatorii ar trebui să îi fie indiferent, pentru că indicatorul, încorporând toate costurile obligatorii, le nivelează natura. Curtea, însă, ținând să fie coerentă până la capăt în distincția pe care o face între clauzele principale și clauzele secundare ale contractului, transferă această distincție pe terenul costurilor, conservând o diferență între acestea, în realitate eliminată prin crearea unui instrument care uniformizează costurile tocmai pentru a le asigura transparența.

Cerințele sectoriale ale transparenței în materia creditelor acordate consumatorilor nu își pot pierde relevanța pe terenul aprecierii transparenței, ca premisă a controlului caracterului abuziv al clauzelor contractuale. Dimpotrivă, cerințele transparenței specifice nu sunt decât aplicația sectorială a cerinței generale de transparență, particularizând-o în materia respectivă. De aceea, nu (numai) clauzele privind dobânda, ci (și) clauzele privind dobânda anuală efectivă ar trebui să facă parte din obiectul principal al contractului de credit, cel puțin în măsura în care banca prestează un serviciu financiar unic. Judecătorul care analizează caracterul abuziv al clauzelor contractuale ar trebui să nu poată controla clauzele privind dobânda anuală efectivă decât dacă acestea nu respectă cerințele de transparență sectoriale (metoda de calcul, elementele de cost etc.). Judecătorul nu ar trebui să fie autorizat să întreprindă un demers deconstructivist, prin care să descompună formula dobânzii anuale efective în elementele componente, cât timp, pe de o parte, toate aceste elemente sunt matematic transparente și, pe de altă parte, rezultanta este transparentă. Raportul dintre dobândă și comisioane, în alcătuirea dobânzii anuale efective, ar trebui să fie irelevant pentru aprecierea transparenței<sup>16</sup>. Nimic nu poate fi mai clar și inteligibil decât expresia numerică a unui preț; transparența matematică este absolută.

Faptul, reținut de Curte, că, în schimbul comisionului de risc, banca nu îi furnizează un serviciu real consumatorului este rezultatul unei alte linii de argumentare discutabile. Pe de o parte, *de plano*, costurile nejustificate, dar prin ipoteză transparente, pe care banca le percepe aparent în absența unei contraprestații pe care să o ofere consumatorului, nu au legătură cu analiza transparenței contractuale. Problemele de transparență a costurilor sunt legate, în cazul creditului, de costurile disimulate, de cele echivoce sau de cele ajustabile unilateral și discreționar. În condițiile în care costul total al creditului este stabilit în contract prin intermediul dobânzii anuale efective, care integrează și costurile aparent nejustificate, condiția preliminară a transparenței este verificată.

Pe de altă parte, Curtea dă o calificare criticabilă comisionului de risc, reținând că acesta ar avea ca scop garantarea rambursării împrumutului, pentru care oricum era instituită o ipotecă<sup>17</sup>. În realitate, comisionul de risc putea fi calificat fie ca o dobândă deghizată (într-o posibilă interpretare *contra proferentem*), fie ca un element component transparent al dobânzii anuale efective care îi permite băncii ajustarea nivelului general de dobândă în funcție de gradul de risc pe care îl prezintă debitorul (într-o interpretare care ține seama de rațiunea economică a costurilor). Acest din urmă mecanism de calcul al dobânzii este, de altfel, uzual în practica băncilor, care modelează costurile serviciilor

<sup>16</sup> De altfel, criteriul ponderii unui cost în veniturile profesionistului este irelevant și pentru includerea clauzei respective în categoria clauzelor principale sau secundare (M. Schillig, *Directive 93/13 and the Price Term Exemption: A Comparative Analysis in the Light of the Market for Lemons Rationale*, în *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, nr. 4/2011, p. 956).

<sup>17</sup> Nu rezultă din decizie dacă această calificare este rezultatul susținerilor părților sau al propriei analize realizate de Curte. Faptul că decizia menționează că „se susține că” scopul comisionului de risc ar fi garantarea împrumutului ar putea conduce către prima explicație. Totuși, problema este una esențială în economia cauzei, punându-se în discuție chestiunea limitelor inerente ale informațiilor furnizate de instanța de trimitere, care devin limite indezirabile ale argumentelor din raționamentul Curții.

financiare și în funcție de riscul individual de credit. Indiferent, însă, care este explicația economică reală care stă la baza percepției comisionului de risc, calificarea acestuia ca fiind un element complementar dobânzii, ca prestație esențială a contractului de credit, putea fi reținută. Problemele de transparență ridicate în ipoteza caracterului deghizat al dobânzii ar fi fost, oricum, surmontate prin includerea comisionului de risc în dobânda anuală efectivă (care, de altfel, a fost creată, *inter alia*, tocmai pentru a evita perceperea de către bancă a unor costuri disimulate).

În fine, Curtea nu a conferit nicio relevanță distincției esențiale dintre *Kásler* și *Matei* sub aspectul ipotezei, comune celor două cauze, că băncile percepeau remunerații în absența unei contraprestații: în realitate, dacă în *Kásler* mecanismul de calcul al remunerației respective era netransparent și, mai mult, manipulabil discreționar de către bancă, în *Matei* era vorba despre un element de cost care avea o expresie matematică procentuală, transparent față de consumator atât în expresia sa *ut singuli*, cât și ca parte a dobânzii anuale efective. În *Matei*, Curtea a extras comisionul de risc din formula dobânzii anuale efective (a cărei transparență, combinată cu calificarea clauzei ca parte a *core terms*, ar fi trebuit să îi asigure imunitatea) și l-a supus testului aplicabil clauzelor secundare, unde transparența nu este verificată preliminar, ci concomitent cu echilibrul clauzei.

Curtea s-a bazat, așadar, pe argumente criticabile atunci când a decis că în contractul de credit este necesar să se indice în mod transparent „motivele care justifică clauza” („*the grounds justifying the terms*”), respectiv „motivele care justifică remunerația” („*the reasons justifying the remuneration*”), instituind o dimensiune explicativă (justificativă) a transparenței în raportul dintre prestație și contraprestație. Contractul nu poate fi transformat într-un document explicativ de drept și economie bancară prin care profesionistul să fie ținut să își justifice compoziția remunerației percepute. Profesioniștii au libertatea de a stabili nivelul prețurilor pe care le practică, cu respectarea ordinii publice de direcție în domeniul concurenței și a ordinii publice de protecție a consumatorilor. În acest din urmă caz, sunt obligați să asigure transparența prețului, pentru a nu se expune controlului caracterului abuziv al clauzelor care îl reglementează. Or, în cazul în care transparența sectorială impune folosirea instrumentului dobânzii anuale efective, utilizarea corectă a acestuia ar trebui să anihileze orice discuție despre transparență. De altfel, faptul că i se indică judecătorului național să ia în calcul ansamblul elementelor de fapt pertinente, printre care se numără publicitatea și informațiile furnizate de împrumutător în cadrul negocierii contractului de împrumut, pare să contrazică premisa de la care a plecat Curtea, în măsura în care analiza acestor elemente de fapt confirmă că banca a utilizat dobânda anuală efectivă și în informarea publicitară, și în cea pre-contractuală, chiar împreună cu dobânda *stricto sensu*<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Analiza de față nu ia în discuție modul absolut discutabil în care, în speță, banca a gestionat problemele generate de interzicerea, printr-o dispoziție de drept național (O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, Monitorul Oficial, Partea I, nr. 389 din 11 iunie 2010) a percepției comisionului de risc, redenumind comisionul fără schimbarea conținutului clauzei. Curtea remarcă, însă, faptul că banca a procedat astfel și califică acest comportament *ex post* ca fiind o confirmare a lipsei de transparență în redactarea clauzelor contractuale.

Complexitatea și multidimensionalitatea costurilor contractului de credit păreau să fi găsit în dobânda anuală efectivă un instrument integrator, cu rol în compararea și evaluarea prețurilor creditelor<sup>19</sup>. Criticile aduse acestui indicator au privit faptul că el nu ar include toate costurile financiare ale creditului sau că ignoră realitatea rambursării anticipate sau a neperformanței în executarea contractului, neluând în calcul comisionul de rambursare anticipată sau dobânzile penalizatoare. Aceste critici nu s-au referit, însă, la componentele incluse în dobânda anuală efectivă, ci la cele pe care aceasta nu a reușit să le integreze, fie din cauza formulei de calcul, fie din cauza contingenței lor. Cu toate acestea, Curtea, schimbându-și soluția în raport cu *Pohotovost'*, în care reținuse că clauzele privind prețul incluse în dobânda anuală efectivă constituie *core terms* în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13/CEE<sup>20</sup>, privează acest indicator financiar de funcția de securizare a contractului, pe care ar fi asigurat-o în beneficiul ambelor părți, complementar funcției de protecție a consumatorului.

Curtea a realizat, astfel, în *Matei*, o (supra)alimentare a standardului transparenței, care nu ar fi reducibil la transparența informativă (preventivă) a clauzelor, ci s-ar extinde la transparența lor explicativă (justificativă). Pretinzând ca textul contractului să includă motivele care justifică o anumită clauză și, în particular, fiecare element al remunerației, Curtea îl plasează pe profesionist în poziția de profesor de drept și economie al consumatorului. Îngrijorător este că nivelul de detaliu al explicațiilor necesare, conform hotărârii din *Matei*, pentru transparența motivelor clauzelor/remunerațiilor este incert și ar risca să afecteze securitatea juridică a tranzacțiilor.

**5. Reverse engineering: dobânda anuală efectivă ca falsă garanție de imunizare a băncilor împotriva practicilor de *price partitioning*, în *Kiss*. (i) Raționamentul Curții.** Se pare, totuși, că exigența excesivă cu privire la transparența contractelor standard, manifestată de Curte în *Matei*, va rămâne singulară în jurisprudența acesteia. Pasul înapoi a fost ocazionat de trimiterea preliminară din cauza *Kiss*<sup>21</sup>, care ia în discuție alte două comisioane din contractele de credit încheiate cu consumatorii: un comision de acordare, în sumă fixă, și un comision de administrare, calculat procentual<sup>22</sup>. Instanța supremă maghiară i-a adresat Curții întrebarea dacă o clauză contractuală care prevede cu exactitate cuantumul costurilor creditului, precum și metoda de calcul și momentul la care acestea trebuie achitate, trebuie să specifice „serviciile concrete care reprezintă contraprestația acestor costuri”, iar în cazul în care răspunsul este afirmativ, dacă este suficient ca „conținutul serviciului prestat să poată fi dedus din denumirea costului”.

<sup>19</sup> O. Bar-Gill, *The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts*, în *Cornell Law Review*, vol. 94, nr. 5/2009, p. 1084.

<sup>20</sup> S. Cămara Lapuente, *Unfair Contract Terms – Scope of Control of Unfair Terms (Core Terms Included or Excluded?)*, în E. Terry, G. Straetmans, V. Colaert (ed.), *Landmark Cases of EU Consumer Law. In Honour of Jules Stuyck*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, p. 607, cu referire la C.J.U.E., cauza C-76/10, *Pohotovost' s.r.o. c. Iveta Korčkovská*, cit. supra.

<sup>21</sup> C.J.U.E., cauza *Gyula Kiss c. CIB Bank Zrt. și alții*, cit. supra.

<sup>22</sup> Comisionul de administrare era calculat „în prima perioadă anuală asupra întregului quantum al împrumutului, iar în perioadele următoare, asupra cuantumului restant datorat în prima zi a perioadei anuale avute în vedere”.

Curtea a fost pusă, astfel, în situația de a explicita gradul de detaliu necesar pentru ca textul clauzelor privind remunerațiile să fie considerat transparent, în condițiile în care în speță expresia matematică a ambelor comisioane îi permitea consumatorului să evalueze consecințele economice care decurgeau din contract. O precizare liminară: Curtea nu califică expres aceste comisioane ca fiind elemente esențiale ale prestației consumatorului, deci ca făcând parte din noțiunea de „obiect [principal]” al contractului, în sensul art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE. Pentru a răspunde la întrebare, Curtea contrapune jurisprudenței consistente care instituiseră standardul transparenței informative<sup>23</sup> propria hotărâre în *Matei*, subliniind caracterul cu totul particular al acesteia din urmă, despre care arată că a vizat strict cazul „comisionului de risc”, în legătură cu care se contestă că creditorul furnizează o contraprestație reală în schimbul obținerii remunerației. Argumentele Curții merită comentate analitic, pentru că ar putea fi calificate drept un revirement de jurisprudență.

În ceea ce privește comisionul de acordare, Curtea se îndepărtează discret de la răspunsul din *Matei*, deși reține că și în acest caz se contestă existența unei contraprestații reale a băncii. În loc să aplice *mutatis mutandis* soluția avansată pentru comisionul de risc, plasat (în mod greșit, de altfel, așa cum am arătat) în afara noțiunii de „obiect [principal]” al contractului, Curtea a expediat de această dată răspunsul în sarcina instanței de trimitere, sugerându-i să verifice dacă consumatorul a fost informat cu privire la motivele care justifică plata comisionului. Cu alte cuvinte, se induce ideea că informarea consumatorului prin mijloace extrinseci textului contractual ar putea suplini lipsa de transparență a contractului.

Dincolo de echivocul mijloacelor de probă prin care banca ar putea să facă această dovadă (dat fiind gradul ridicat de standardizare legală nu numai a contractului de credit încheiat cu consumatorii, ci și a documentelor pre-contractuale), soluția pare să se dezalinieze de la jurisprudența Curții: ea acreditează ideea că neatingerea standardului de transparență a textului contractual poate să fie complinită prin informarea (prealabilă?) a consumatorului, permițând deci ca textul contractual să nu epuizeze efectele contractului, sau cel puțin să nu le fixeze univoc. Riscul unei asemenea abordări, care i-ar da profesionistului posibilitatea să utilizeze canale de comunicare para-textuale prin care să dea explicații cu privire la efectele contractului, obligă la o interpretare *contra iudicium*, în favoarea consumatorului, a acestui considerent al Curții (de altfel, neinclus în conținutul răspunsului acesteia la întrebarea preliminară). Mai exact, dacă profesionistul face dovada că a informat consumatorul cu privire la motivele care justifică plata comisionului, instanța, profitând de jurisprudența *Matei*, va putea totuși verifica realitatea contraprestației profesionistului pentru acest comision. A *contrario*, o justificare cu caracter formal a percepției comisionului, furnizată de către profesionist, ar imuniza acest element al remunerației contra verificării caracterului abuziv al clauzei care îl instituie. Or, aplicat la contractul de credit, dacă nu există (așa cum susține Curtea) o contraprestație pentru comisionul de risc, este dificil de imaginat ce contraprestație (alta decât însuși serviciul

---

<sup>23</sup> C.J.U.E., cauza *Maria Bucura c. SC Bancpost SA*, cit. *supra*, și jurisprudența acolo citată.

financiar de creditare) ar putea furniza banca în schimbul „acordării” împrumutului. La „nominalismul” costurilor vom reveni, însă, *infra*.

În privința comisionului de administrare, nu s-a pus problema inexistenței complete a contraprestației aferente acestuia, ci s-a discutat netransparența „naturii exacte a diferitelor servicii corespunzătoare” furnizate de bancă. Cu alte cuvinte (decât cele ale Curții), se pare că banca ar presta un serviciu de administrare a creditului, dar nu este clar în ce constă acesta. Curtea reține, în acest sens, că jurisprudența care instituie standardul transparenței informative nu impune profesionistului „să detalieze în contract (...) natura tuturor serviciilor furnizate în schimbul costurilor prevăzute de una sau de mai multe clauze contractuale”. Totuși, protecția consumatorului, aflat într-o situație de inferioritate față de un profesionist, în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și nivelul de informare, ar face „necesar ca natura serviciilor furnizate efectiv să poată fi în mod rezonabil înțeleasă sau dedusă din contractul avut în vedere în ansamblul său”.

Acest nou standard se află, aparent, la jumătatea distanței dintre transparența informativă din *Kásler* și transparența justificativă din *Matei*. Răspunzând că cerința transparenței nu impune ca clauzele contractuale „care stabilesc în mod precis cuantumul costurilor (...) care urmează să fie suportate de consumator, metoda lor de calcul și data de exigibilitate a acestora” să și detalieze toate serviciile furnizate în schimbul sumelor în cauză, Curtea pare că face un pas înapoi față de *Matei*. Ea nu reiterează exigența ca textul contractual să includă motivele care justifică fiecare element al remunerației, arătând, dimpotrivă, că nu este necesară stabilirea unei legături univoce între fiecare componentă a remunerației și o clauză contractuală care să explice serviciul (distinct) furnizat în schimb. Soluția Curții se subordonează argumentului avansat de avocatul general, care critica *Matei* pentru potențialul efect advers asupra profesioniștilor. Aceștia, supuși unei exigențe excesive de transparență explicativă, ar fi indirect stimulați să nu mai stipuleze distinct în contract elementele componente ale prețului, pentru a nu fi nevoiți, corelativ, să le atașeze clauze justificative privind bunurile sau serviciile care constituie contrapartida acestor costuri. Însă Curtea nu utilizează explicit argumentul avocatului general, ci juxtapune cerinței ca „natura serviciilor furnizate efectiv să poată fi în mod rezonabil înțeleasă sau dedusă din contract în ansamblul său” condiția complementară a plasării consumatorului în situația de a fi „în măsură să verifice dacă nu există o suprapunere între diferitele costuri sau între serviciile pe care acestea din urmă le remunerează”.

Aparentul pas înapoi față de *Matei* este, în acest fel, pus sub semnul întrebării. Contractul standard urmează să fie citit de judecătorul național prin ochelarii consumatorului (mediu) și va fi considerat transparent dacă textul, privit în ansamblu, i-ar permite consumatorului să înțeleagă sau măcar să deducă „natura serviciilor” (de ce nu, simplu, serviciile? sau obiectul lor?) furnizate în schimbul elementelor de cost. Tot lentilele consumatorului (mediu) vor servi la evaluarea existenței unei eventuale duble remunerații percepute de profesionist pentru unul și același serviciu. Dificultatea sarcinii la care este supus profesionistul care redactează contractul standard, pentru a satisface exigențele de înțelegere ale acestui personaj vulnerabil, este parțial surmontată de faptul că judecătorul va trebui să examineze această situație „în lumina tuturor elementelor de fapt pertinente,

printre care figurează nu numai clauzele cuprinse în contractul în cauză, ci și publicitatea și informațiile furnizate de creditor în cadrul negocierii contractului”. Din nou, Curtea acceptă ca standardul de transparență să poată fi complinit prin informarea prealabilă (generică sau individualizată) a consumatorului, permițând textului contractual să nu epuizeze efectele contractului sau să nu le fixeze în manieră univocă.

Cu toate acestea, dificultatea sarcinii profesionistului nu este semnificativ redusă: dacă *Matei* îl obliga să includă în textul contractual motivele care justifică o anumită clauză și, în particular, fiecare element al remunerației, *Kiss* îl dezleagă de această exigență, dar cu condiția să redacteze contractul astfel încât un consumator mediu să fie capabil „să înțeleagă sau să deducă natura serviciilor furnizate efectiv” din contract, în ansamblul său. Nu este exclus ca, pus în fața acestei dileme, profesionistul să prefere să ofere un nivel superior de detaliu al explicațiilor necesare pentru fiecare componentă a remunerației (chiar dacă gradul de detaliu cerut rămâne în continuare incert), mai degrabă decât să se supună standardului echivoc al transparenței contractului „în ansamblul său”. Sau chiar să prefere să nu mai stipuleze distinct în contract elementele componente ale prețului, așa cum avertiza (cu privire la *Matei*...) avocatul general.

Pe terenul efectelor lipsei de transparență asupra echilibrului contractual, Curtea a răspuns negativ la întrebarea, subsecventă, dacă o clauză contractuală referitoare la costuri care nu permite identificarea fără ambiguitate a serviciilor concrete furnizate în schimbul acestora, creează, în detrimentul consumatorului, contrar bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Existența unor norme legale privind comisioanele de acordare și de administrare a fost considerată relevantă de Curte, dar recunoașterea lor legală nu face ca clauzele care stipulează aceste costuri în contract să fie imunizate pur și simplu.

Poziția juridică a consumatorului, astfel cum este prevăzută de dreptul național, nu este considerată ca fiind afectată în mod defavorabil decât în două situații: cazul în care „serviciile furnizate în schimbul acestora (al remunerațiilor – n.n.) nu fac parte în mod rezonabil din prestațiile efectuate în cadrul administrării sau al acordării împrumutului” și cel în care „sumele aferente costurilor menționate și comisionului menționat aflate în sarcina consumatorului sunt disproporționate în raport cu valoarea împrumutului”. Ambele ipoteze avansate de Curte sunt ambigue. În prima situație, este declarat dezechilibrat contractul în care banca furnizează anumite servicii în schimbul celor două comisioane, dar aceste servicii se situează în afara „prestațiilor efectuate în cadrul administrării sau al acordării” creditului. De aici rezultă că, dacă banca comisionează „acordarea” și „administrarea” creditului, dar prestează alte servicii, consumatorul s-ar afla într-o situație mai puțin favorabilă decât dacă banca comisionează și prestează aceste servicii, indiferent în ce ar consta ele. Este dificil de înțeles cum ar putea banca să efectueze operațiuni de creditare fără să „acorde” creditul și să-l „administreze”, pretinzând totuși remunerații pentru aceste servicii „neprestate”. În cea de-a doua situație, este vorba despre un dezechilibru pur economic, rezultat din disproporția dintre valoarea creditului și cuantumul comisioanelor de acordare și de administrare. Dincolo de faptul că, în materia clauzelor abuzive, dezechilibrul economic este, în general, efectul, și nu cauza deze-

chilibrului juridic, nu este clar de ce ar fi dezechilibrat un contract în care comisioanele de acordare și de administrare a creditului sunt incluse în dobânda anuală efectivă, chiar într-o proporție semnificativă în raport cu dobânda, care este remunerația caracteristică împrumutului.

În fine, întrebarea principală adresată Curții (dacă o clauză contractuală care prevede cu exactitate cuantumul costurilor creditului, precum și metoda de calcul și momentul la care trebuie achitate, trebuie să specifice „serviciile concrete care reprezintă contra-prestația acestor costuri”) avea și o întrebare consecvențională: în cazul în care răspunsul la prima întrebare era afirmativ, i se cerea Curții să precizeze dacă este suficient ca „conținutul serviciului prestat să poată fi dedus din denumirea costului”. Răspunzând negativ la prima întrebare, Curtea nu a mai considerat necesar să răspundă la a doua.

Totuși, această a doua întrebare își păstra relevanța și în cazul unui răspuns negativ la prima, și chiar mai ales în cazul unui răspuns negativ nuanțat de considerentele care îl preced. Chiar în condițiile în care, așa cum arată Curtea, textul contractului nu trebuie „să detalieze (...) natura tuturor serviciilor furnizate în schimbul costurilor prevăzute de una sau de mai multe clauze contractuale”, dacă este „necesar ca natura serviciilor furnizate efectiv să poată fi în mod rezonabil înțeleasă sau dedusă din contractul avut în vedere în ansamblul său”, ar fi fost util de știut dacă denumirea costului are un potențial explicativ suficient pentru ca din ea să fie dedus „conținutul serviciului prestat” (așa cum întreabă instanța) sau „natura serviciului furnizat” (așa cum cere Curtea). Cu atât mai util ar fi fost acest răspuns, cu cât „noul” standard de transparență este stabilit nu numai prin raportare la ceea ce se poate înțelege din textul contractului, ci și în raport cu ceea ce poate fi dedus din acesta. Raportat la speță, denumirile de „comision de acordare” și „costuri de administrare” erau suficiente pentru a deduce din ele conținutul serviciilor aferente? Mai mult, faptul că aceste denumiri (sau altele, asimilate) pot avea consacrare legală<sup>24</sup> le încarcă cu un anumit tip de conținut informativ prezumat? S-ar putea susține că, dacă legiuitorul însuși găsește necesar, uneori, să explice prin intermediul unui glosar termenii de specialitate pe care îi utilizează, cel puțin același nivel de exigență ar trebui aplicat și profesionistului care redactează textul contractului standard. Fără să fie exclus ca denumirea costurilor să fie în anumite cazuri suficient de explicită, profesionistului nu ar trebui să i se permită să se folosească de calitatea conciziei pentru a fi lapidar atunci când nu este cazul. Mai ales că, de regulă, se dovedește mai degrabă prolix în redactarea textelor contractuale standard. Justa măsură între a nu da decât nume lucrurilor și a spune prea multe despre ele se dovedește, încă o dată, greu de găsit.

**6. Reverse engineering: dobânda anuală efectivă ca falsă garanție de imunizare a băncilor împotriva practicilor de price partitioning, în Kiss. (ii) Opinia Avocatului General.** Hotărârea Curții în Kiss poate fi mai bine înțeleasă dacă este citită în contextul concluziilor

---

<sup>24</sup> Aceste comisioane, prevăzute de legea maghiară aplicabilă speței, au corespondent și în legea română (O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori).



formulate de avocatul general Gerard Hogan<sup>25</sup>, ale cărui opinii sunt, deopotrivă, chei de lectură ale anumitor paragrafe ale hotărârii, care preia unele argumente într-o formă sintetică, și oportunități pierdute, în măsura în care alte argumente nu au fost asumate de Curte. În plus, ideile avansate ar putea oferi indicii cu privire la dezvoltările viitoare în jurisprudența Curții.

Avocatul general nu analizează comisionul de acordare a împrumutului, a cărui ignorare nu poate fi explicată decât prin aprecierea sa ca fiind lipsit de miză, pentru că nu poate fi imaginat că autorul concluziilor ar fi cedat în fața dificultății subiectului. Singura trimitere la problema serviciilor aferente „acordării” împrumutului care ar putea fi interpretată ca referindu-se și la comisionul de acordare este expediată într-o notă de subsol, în care se arată că, dacă s-ar pretinde menționarea în contract a „sarcinilor interne pe care banca trebuie să le îndeplinească drept urmare a acordării împrumutului, care ar justifica aceste clauze referitoare la preț”, atunci „un asemenea nivel de detaliu” i s-ar părea avocatului general „excesiv”. Însă, prin invocarea excesivității gradului de aprofundare a explicațiilor, a fost evitată tocmai problema sensibilă a existenței unei contraprestații reale a băncii în schimbul comisionului de acordare. Iar, profitând de absența unei opinii critice a avocatului general (și, așa cum vom arăta, de „nominalismul” legal greșit înțeleș), Curtea nu a aplicat aici *mutatis mutandis* soluția *Matei*, deși este la fel de dificilă identificarea teoretică a serviciului de „acordare” a creditului, prestat de bancă distinct față de împrumut, cum a fost (în opinia Curții, cel puțin) identificarea serviciului prestat în schimbul comisionului de risc. De altfel, cu toate că își fundamentează întreaga opinie pe premisa existenței unui serviciu unic de creditare, avocatul general nu trage niciun fel de consecințe din absența altor „servicii” asociate împrumutului.

În aceste condiții, singurul cost care face obiectul analizei este cel de administrare, pe care avocatul general îl încadrează explicit în noțiunea de „obiect [principal]” al contractului, în sensul art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE. Această calificare, se afirmă, este susținută de hotărârea din *Matei*, în care Curtea a arătat că clauzele referitoare la preț se încadrează în noțiunea de „obiect [principal]” al contractului dacă bunurile sau serviciile furnizate în contrapartidă se încadrează, la rândul lor, în acest obiect. Clauzele care prevăd remunerații „fac parte din obiectul principal al contractului dacă reprezintă contraprestația pentru bunurile sau serviciile care constituie prestația principală”. Cu alte cuvinte, obligația de plată a unei sume de bani nu are, prin ea însăși, natura unei obligații principale sau secundare. Calificarea costurilor urmează calificarea prestației.

Existența unui serviciu unic de creditare nu este incompatibilă, în opinia avocatului general, cu existența mai multor elemente componente ale prețului acestui serviciu. Avocatul general apreciază ca fiind indiscutabilă existența unei contraprestații furnizate de bancă în schimbul comisionului de administrare, prin simplul fapt că acesta ar acoperi „costurile administrative suportate (de bancă – n.n.) în legătură cu împrumutul acordat”. Or, în condițiile în care împrumutul „reprezintă singurul serviciu prevăzut în contract,

---

<sup>25</sup> Concluziile avocatului general, domnul Gerard Hogan, prezentate în 15 mai 2019, în cauza C.J.U.E., C-621/17, *Gyula Kiss c. CIB Bank Zrt. și alții*, disponibile pe site-ul curia.europa.eu.

aceste costuri trebuie să fie considerate ca făcând parte din prețul plătit în schimbul acestui împrumut”. Formulată în acești termeni, argumentul este discutabil. Faptul că banca are „costuri administrative” în legătură cu creditul nu transformă aceste costuri în contraprestații ale băncii pentru remunerația percepută. Dimpotrivă, existența unor cheltuieli ale profesionistului pentru producerea unui bun sau prestarea unui serviciu sunt naturale pentru orice operațiune economică, dar aceasta nu înseamnă că, în raport cu consumatorul, constituie „contraprestații” ale prețului atât bunul livrat sau serviciul prestat, cât și costurile suportate de profesionist în acest scop.

Avocatul general avansează, în acest context, un contraargument elementar de analiză economică a contractului, față de argumentul consumatorului potrivit căruia instituirea comisionului înseamnă transferarea de către bancă a costurilor sale operaționale la consumatori, inclusiv a celor legate de obligațiile sale legale (argument care, în realitate, pune în discuție proporționalitatea remunerației băncii): „faptul că, totuși, consumatorii sunt cei care plătesc, în mod direct sau indirect, costurile suportate de o întreprindere reprezintă o realitate economică, întrucât nu vedem cine altcineva ar putea să le plătească în locul lor”. Ideea ar fi fost perfect valabilă, dacă ar fi fost plasată în contextul raportului „serviciu (de creditare)” – „comision de administrare”, iar nu în siajul relației „cost (administrativ)” – „comision de administrare”.

Curtea omite să preia de la avocatul general nu numai acest set de argumente, ci și corecta calificare a situației de fapt din speță. Faptul că prețul specificat în clauza privind comisionul de administrare este exprimat sub forma unei rate a dobânzii, arată avocatul general, „nu poate schimba concluzia că această clauză identifică un element al prețului datorat în schimbul împrumutului” (chiar dimpotrivă, am putea adăuga). Pentru a susține această afirmație, se face puțină teorie a costurilor creditului: „remunerația băncilor poate lua forma unei sume fixe sau variabile ori atât a unei sume fixe, cât și a uneia variabile. (...) În majoritatea cazurilor, partea din prețul plătit pentru a acoperi costurile administrative suportate de instituția de credit este inclusă pur și simplu într-o rată a dobânzii unică”. În schimb, specific cauzei *Kiss* este practica diferită la care recurge banca: „deși (...) prețul care trebuie plătit a fost împărțit în trei clauze, fiecare dintre aceste părți ale prețului global este totuși datorată în schimbul împrumutului” – un caz clasic de *price partitioning*<sup>26</sup>, am putea spune.

---

<sup>26</sup> *Price partitioning* este practica profesionistului de divizare a prețului în elemente fals autonome: preț de bază și opțiuni; preț și taxe; preț-per-unitate-de-timp, dobânzi și comisioane etc. (W.H. van Boom, *Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law*, în *Journal of Consumer Policy*, vol. 34, nr. 3/2011, p. 359). Profesiioniștii aleg să ofere informații privind prețul într-o manieră lipsită de transparență prin procedee precum *framing* (prezentarea prețului într-o formă atractivă; e.g., un preț de 24,99 lei în locul unuia de 25 lei), *anchoring* (menționarea unui preț recomandat de vânzare sau a unui preț fictiv înainte de reducere, la care consumatorul să fie determinat să se raporteze), *loyalizing* (prezentarea unui preț redus în raport cu un preț uzual, aplicabil doar în cazul îndeplinirii unor criterii de loialitate), *gifting* (oferirea de bunuri/servicii prezentate ca fiind gratuite), *bundling* (oferirea a două sau mai multor bunuri/servicii la un preț diferit față de suma prețurilor vânzărilor individuale), *locking-in the consumer* (încheierea unor contracte pe termen lung fără o informare cu privire la posibilitatea ajustării prețurilor sau a percepției unor costuri adiționale).

Fiecărui element al prețului îi corespunde o clauză contractuală, iar exceptarea unei clauze de la controlul caracterului abuziv este condiționată de transparența sa. Amintind standardul transparenței informative din *Kásler*, avocatul general apelează la argumentul eficienței costurilor de contractare pentru consumator, arătând că, „în cazul în care contractul este relativ lung și prețul care trebuie plătit în schimbul diferitor servicii furnizate a fost împărțit în mai multe clauze, fiecare dintre ele având o metodă de calcul diferită (...), este necesar ca aceste diferite clauze să fie regrupate în același loc în contract sau cel puțin ca efectul lor combinat să fie specificat”. Fuziunea costurilor într-un preț integrator este indispensabilă pentru consumatorul mediu, care ar fi incapabil să aprecieze consecințele economice ale contractării „dacă, de exemplu, prețul datorat este prevăzut parțial la începutul unui contract foarte lung, parțial la mijloc și parțial la sfârșitul contractului”. Contractarea informată costă (în cel mai bun caz, numai timp), iar consumatorul este prezumat că își optimizează resursele pe care le implică în procesul de contractare.

În acest punct, concluziile avocatului general ating chestiunea sensibilă a intersecției dintre diferitele standarde de transparență aplicabile, în speță standardul (cu aplicare generală) în materia clauzelor abuzive și cel (cu aplicare sectorială) instituit pentru contractele de credit încheiate cu consumatorii. Deși admite că cele două directive sectoriale (Directiva 2008/48/CE și Directiva 2014/17/UE) impun condiția menționării dobânzii anuale efective din rațiuni de informare a consumatorului cu privire la efectele contractului, avocatul general apreciază că acest indicator financiar „nu poate atenua faptul că, atunci când prețul a fost împărțit în mai multe clauze, fiecare dintre acestea fiind bazată pe o metodă diferită de calculare a acestui preț și fiecare fiind inclusă în părți diferite ale contractului, clauzele contractuale referitoare la preț nu pot fi considerate ca fiind exprimate în mod clar și inteligibil”.

Argumentele avansate în acest sens privesc, în primul rând, caracterul ilustrativ al dobânzii anuale efective, justificat de faptul că, în cazul costurilor variabile sau al celor necuantificabile la momentul calculării, ipoteza de calcul al indicatorului este menținerea costurilor la același nivel stabilit în momentul încheierii contractului. Or, în realitate, această ipoteză nu poate fi surmontată nici în aplicarea standardului de transparență din domeniul clauzelor abuzive, pentru că nu vedem cum ar fi explicate consecințele economice ale contractării împrumutului altfel decât acceptând caracterul esențialmente variabil al dobânzii, spre exemplu. Transparența matematică a costurilor nu poate fi evitată: dacă un factor al produsului este variabil, rezultatul este, la rândul său, variabil.

Mai mult, problema variabilității costurilor ar fi impus un tratament disociat în cauzele amintite anterior. Dacă în *Kásler*, raportul asimetric între cursul de schimb la care împrumutul era pus la dispoziție și cel la care împrumutul era restituit avea nu numai caracter variabil, dar amplitudinea variației era controlată de bancă, în *Matei* (la fel ca în *Kiss*) comisionul nu era variabil, ci fix și inclus în dobânda anuală efectivă. Or, apare ca artificial invocat argumentul caracterului ilustrativ al dobânzii anuale efective, bazat pe ipoteza costurilor variabile sau al celor necuantificabile, întrucât niciuna dintre cauzele amintite nu a vizat comisioane variabile, în condițiile în care dobânda variabilă în funcție de indicatori ai pieței, aflați în afara controlului băncii, nu a ridicat niciodată Curții probleme de transparență.

Al doilea argument critic al avocatului general față de capacitatea dobânzii anuale efective de a fi perfect transparentă este cel potrivit căruia acest indicator „nu furnizează nicio indicație cu privire la modul în care prețul trebuie să fie plătit”, putând sugera că prețul trebuie plătit sub formă de rate, deși nu ar fi în mod necesar cazul. Argumentul cedează în fața ideii că dobânda anuală efectivă nu epuizează (și nu are pretenția că epuizează) informațiile privind prețul pe care contractul le furnizează consumatorului. Mai mult, expresia matematică procentuală a acestui indicator, deși induce ideea anuității plății (sau cel puțin a periodicității plăților), nu face altceva decât să uniformizeze calculul costului total al creditului, fără ca expresia procentuală anuală, naturală pentru împrumuturi, să fie incompatibilă cu alte prevederi contractuale care să detalieze modalitatea de plată efectivă a prețului (clauze privind termenele de plată, graficele de plăți care conțin defalcări ale ratelor în raport cu diferitele componente ale costului etc.). Ca atare, necesitatea stipulării mai multor clauze care să conveargă spre informarea consumatorului nu atenuază funcția dobânzii anuale efective de instrument sectorial de evaluare unitară a costurilor creditului. Un standard special de transparență nu poate fi înlăturat de la aplicare în detrimentul celui general și nu poate fi acuzat că ar fi structural netransparent.

Pornind de la aceste argumente, avocatul general propune ca art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE să fie interpretat în sensul că nu ar impune ca fiecare clauză referitoare la preț să specifice serviciile sau bunurile furnizate în contrapartidă. Această propunere de interpretare este plasată în contextul jurisprudenței Curții: se susține că în *Matei* „Curtea a mers cu un pas mai departe” față de jurisprudența sa anterioară (este citată *RWE Vertrieb*<sup>27</sup>), stabilind că cerința de transparență „impune nu numai ca consumatorul să poată înțelege cu ce se confruntă, ci și că acesta ar trebui să cunoască motivele care justifică clauza respectivă”. Contextualizarea este necesară pentru ca pasul făcut de Curte în *Matei* să fie nu numai ultimul în sensul (supra)alimentării standardului transparenței, ci și limitat în efectele sale, prin justificarea caracterului singular, idiosincronic, al „împrejurărilor concrete ale cauzei respective”.

Potrivit raționamentului *ex post* al avocatului general, ceea ce ar determina un tratament diferențiat al comisionului de risc în *Matei* față de celelalte comisioane ale creditului sunt „îndoilele legitime cu privire la existența unui serviciu furnizat în mod efectiv în schimbul acestui comision”, deduse din faptul că banca a propus consumatorilor „înlocuirea denumirii clauzelor menționate cu cea de «comision de administrare credit», fără a modifica însă conținutul acestora”. Or, este cert că alegerea băncii în cauză, confruntate cu apariția unei dispoziții legale imperative de interdicere a practicării comisioanelor de risc, inclusiv pentru contractele în curs de derulare, a fost una absolut nefericită juridic și reprobabilă moral. Însă această practică nu diferențiază pe fond comisionul de risc față de comisioanele de acordare și de administrare a creditului, sub aspectul verificării de către acestea din urmă a cerinței instituite de aceeași hotărâre

---

<sup>27</sup> C.J.U.E., cauza C-92/1, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, hot. din 21 martie 2013.

*Matei*, conform căreia, pentru ca clauza care instituie comisionul să nu fie cenzurată ca abuzivă, banca trebuie să furnizeze în schimb „un serviciu real consumatorului în interesul exclusiv al acestuia”.

Mai exact, Curtea a stabilit că funcția comisionului de risc ar fi aceea de garantare a unui credit deja garantat, refuzându-i un statut asimilabil dobânzii (de element de ajustare a acesteia în funcție de gradul de risc al categoriei din care face parte consumatorul), statut care l-ar fi imunizat împotriva controlului caracterului abuziv. În aceste condiții, este greu de înțeles de ce ar fi tratate altfel două comisioane pentru care denumirea (este adevărat, prevăzută de lege și, în plus, neschimbată de bancă) nu reușește să deghizeze suficient faptul că, în realitate, ele nu remunerează niciun serviciu prestat de bancă (comisionul de acordare) sau, cel puțin, niciun serviciu prestat de bancă în interesul „exclusiv” al consumatorului (comisionul de administrare – în condițiile în care gestiunea creditului profită în egală măsură băncii). Iată, însă, cum „nominalismul” normativ (înțeles ca atribuire a unor denumiri legale pentru noțiuni care capătă astfel existență juridică) face ca serviciile care nu au decât nume, nu și justificare economică, să poată fi remunerate, în detrimentul celor care au primit un nume neinspirat, dar care ar putea avea o rațiune economică. Un caz de *form over substance*, în care denumirile legale „bat” rațiunile economice?

Astfel înțeleasă și contextualizată, jurisprudența anterioară a Curții nu ar determina, în opinia avocatului general, instituirea unei cerințe de transparență potrivit căreia profesioniștii ar trebui „să menționeze în fiecare clauză referitoare la preț serviciile sau bunurile concrete furnizate în contrapartidă”. Argumentele în favoarea acestui răspuns la întrebarea preliminară provin din mai multe registre.

Întâi, este folosită așa-numita interpretare literală, cititorul Directivei 93/13/CEE nereușind să identifice în textul acesteia „nicio trimitere la o asemenea cerință”. Cu alte cuvinte, dacă ar fi urmărit să instituie această cerință de transparență, era de așteptat ca directiva să fie transparentă în acest sens.

Apoi, nu este necesar ca fiecare clauză referitoare la preț să reprezinte contrapartida unui serviciu „concret”, întrucât un serviciu unic poate necesita mai multe clauze referitoare la preț. Argumentul este relativ slab, pentru că „unicitatea” serviciului la care se referă mai multe clauze privind prețul nu presupune ca serviciul respectiv să fie mai puțin „concret”. Chiar exemplul avansat de avocatul general susține această idee: o clauză prin care banca solicită ca împrumutul „să fie rambursat jumătate sub formă de dobândă procentuală și jumătate sub formă de rată fixă” (*sic!*) este licită, în măsura în care diferitele „metode de remunerație alese să fi fost aduse la cunoștința consumatorului și, în consecință, acesta să fi fost în măsură să anticipeze efectele produse de clauza referitoare la obiectul principal al contractului, iar nu cauza sau rațiunea de a fi a acesteia”. Or, dacă mai mult clauze privind modalitatea de remunerare se referă la unul și același serviciu de creditare, nu înseamnă că ele nu pot fi legate univoc de acest serviciu „concret”, pe care îl remunerează în mod integrat.

Mai departe, se apreciază că, „atunci când clauzele se referă la obiectul principal al contractului, consumatorii ar trebui să se informeze cu privire la conținutul acestora și să

fie de acord cu contractul numai după luarea în considerare a acestor elemente”, indiferent dacă consumatorul nu a participat la elaborarea acestor clauze, pentru că „spre deosebire de alte clauze ale unui contract de adeziune pe care, în general, consumatorii nu le citesc, aceste clauze nu ar fi susceptibile de a trece neobservate”. Un argument (de economie comportamentală) neobișnuit în materia clauzelor abuzive, care explică corect de ce clauzele principale trebuie să fie tratate altfel decât cele secundare și, în special, de ce ar fi necesar ca destinatarul transparenței – consumatorul – să fie nu numai „mediu”, ci și responsabil. Altfel spus, dacă este de așteptat, din perspectiva costurilor contractării, ca un consumator să nu citească clauzele secundare, care au în general o aplicare contingentă și, deci, o miză redusă, el este, dimpotrivă, rezonabil ținut să se informeze cu privire la clauzele principale, care nu sunt susceptibile să treacă neobservate, dat fiind că ele depozitează substanța economică a contractului. Așa încât, adaugă avocatul general, cerința ca clauzele să fie exprimate în mod clar și inteligibil nu trebuie să permită consumatorului să înțeleagă „motivul specific pentru care a fost introdusă fiecare clauză”, ci doar „efectele derivate din încheierea contractului”.

În fine, este avansat argumentul potrivit căruia dacă, în ceea ce privește fiecare clauză referitoare la preț, profesioniștii ar trebui să indice serviciile furnizate în contrapartidă, aceștia „ar fi descurajați să detalieze prețul care urmează să fie plătit pentru serviciile furnizate, pentru a nu trebui să justifice fiecare clauză referitoare la preț”. Acest lucru ar putea contraveni unuia dintre obiectivele-cheie ale dreptului Uniunii privind protecția consumatorului, și anume acela de „a asigura consumatorului posibilitatea să facă o alegere economică în cunoștință de cauză înainte de a încheia contractul”. În plus, o asemenea cerință de transparență ar fi „excesiv de prescriptivă și de împovărătoare”. Analiză economică a contractului își face loc, în fine, în raționalizarea elaborării contractelor standard: exigențele exagerate de transparență pot avea efecte secundare care să le anihileze pe cele pozitive, eficiența contractului fiind afectată prin gradul excesiv (și, totodată, incert) de detaliu pretins textului contractual și prin inhibarea acelor practici licite de *price partitioning* în care divizarea prețului în elemente autonome servește informării consumatorului.

Pe baza acestui set de argumente, avocatul general propune Curții „să își mențină linia jurisprudențială tradițională”, care înțelegea cerințele de claritate și inteligibilitate ale clauzelor principale „ca impunând numai ca consumatorul să fie în măsură să evalueze consecințele economice care rezultă din contract în ceea ce îl privește, iar nu însăși rațiunea de a fi a fiecărei clauze”. Pasul înapoi față de *Matei* s-ar dori să fie, de fapt, o jumătate de pas: avocatul general apreciază că serviciile furnizate în contrapartida clauzelor referitoare la preț ar trebui să poată fi identificate, dar nu neapărat în virtutea cerinței de a fi exprimate în mod clar și inteligibil, ci, mai degrabă, pentru a face diferența dintre clauzele principale și cele secundare, al căror regim de control este diferit. Este reluat, în acest scop, argumentul din *Matei*, care decisese că, „dacă sunt furnizate mai multe servicii, unele cu titlu principal, iar altele cu titlu accesoriu, judecătorul național va trebui să stabilească pentru fiecare clauză referitoare la preț serviciul pentru care reprezintă contrapartida pentru a determina dacă clauza respectivă face parte din obiectul

principal al contractului”. Profesionistul nu este obligat, însă, „să menționeze ce servicii sau bunuri sunt furnizate în contrapartida fiecărei clauze referitoare la preț”, ci, în ipoteza în care sunt furnizate mai multe servicii, „este suficient ca cel oferit în legătură cu clauza referitoare la preț să poată fi dedus în mod rezonabil din conținutul contractului”.

Problema efectelor lipsei de transparență asupra echilibrului contractual a fost rezolvată avansându-se ideea că cerințele de redactare a clauzelor într-un limbaj clar și inteligibil „nu constituie un criteriu alternativ de apreciere a caracterului abuziv”, nerespectarea standardului de transparență neconducând, în mod automat, la calificarea unei clauze ca fiind abuzivă. Aplicat la speță, dacă o clauză referitoare la preț nu stabilește care sunt serviciile concrete furnizate în contrapartidă, această clauză va fi declarată netransparentă numai dacă „natura serviciilor furnizate în mod efectiv” nu se înțelege sau nu poate fi dedusă în mod rezonabil din contract în ansamblul său, și va fi declarată abuzivă numai dacă, netransparentă fiind, generează un dezechilibru între drepturile și obligațiile părților.

Pentru coloratură, merită amintit un ultim paragraf din concluziile avocatului general (altfel, de o calitate generală mai bună decât cea a hotărârii Curții, cel puțin din perspectiva argumentelor de analiză economică a contractului standard): „ceea ce prezintă importanță nu este modul în care consumatorul înțelege o clauză, ci mai degrabă dacă aceasta este, în mod obiectiv, ambiguă”. Singură, această idee ar merita un comentariu aparte, legat de consecințele pe care o eroare de filosofie a limbajului riscă să le producă asupra standardelor de transparență a textului contractului: cum ar putea fi un text „în mod obiectiv ambiguu”?

În schimb, cel mai important merit al concluziilor avocatului general face parte nu din categoria cheilor de lectură, ci din cea a oportunităților pierdute. Premisa de la care pornește avocatul general este aceea că scopul Directivei 93/13/CEE nu este de a armoniza dreptul contractelor, în general, și nici măcar problema consimțământului, în special, în sensul că „directiva nu urmărește să abordeze orice tip posibil de practică incorectă în materie comercială sau în materie de contracte încheiate cu consumatorii”. Cu alte cuvinte, întrucât practicile comerciale incorecte nu se reduc la practicarea de către profesioniști a clauzelor abuzive, soluția la problema pusă în discuție ar putea fi identificată pe un alt teren. În acest context, avocatul general propune abordarea problemei mai degrabă din perspectiva practicilor comerciale înșelătoare, decât din cea a clauzelor abuzive.

Motivul real pentru care banca a împărțit prețul datorat pentru împrumut în trei clauze referitoare la preț (dobânda, comisionul de administrare și comisionul de acordare) ar fi putea fi acela că mecanismul de divizare a prețului îi permite băncii să prezinte pe piață o ofertă aparent mai atractivă de creditare, al cărei mesaj informativ este ancorat în nivelul dobânzii *stricto sensu*, prin ipoteză mai redus. Acest comportament poate să fie examinat, în opinia avocatului general, din perspectiva art. 6 alin. (1) lit. (d) din Directiva 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale. Astfel, practica băncii de a diviza prețul total al împrumutului, exprimat sub forma dobânzii anuale efective, în mai multe elemente componente poate induce în eroare consumatorul mediu de credite, în măsura

în care acesta va lua în calcul, la adoptarea deciziei de a contracta, numai dobânda *stricto sensu*, astfel cum este prezentată de bancă, adică doar o fracțiune a costului total al creditului. Or, dobânda anuală efectivă, ca indicator financiar care include toate elementele de cost obligatorii, atât cele specifice împrumutului, cum sunt dobânzile, cât și pe cele nespecifice, cum sunt comisioanele, a fost creat tocmai pentru a integra aceste elemente și pentru a nu permite băncilor să le manipuleze prin practici de *price partitioning*. În urma divizării indicatorului, banca inversează acest proces, descompunând prețul unui serviciu financiar unic în elemente artificial autonome și prezentându-l pe unul dintre acestea, cel specific împrumutului, drept preț al creditului. Chiar dacă informația astfel furnizată este corectă în fapt (celelalte elemente de cost fiind, la rândul lor, menționate în contract), modul de prezentare a acesteia influențează decizia comercială a consumatorului, a cărei atenție este îndreptată spre costul specific, nu spre cele secundare. Curtea nu a făcut, însă, nicio referire la această propunere de abordare a problemelor de structură a dobânzii anuale efective.

**7. Concluzii.** Deși conceput în principal pentru clauzele secundare, mecanismul de control al clauzelor abuzive a fost utilizat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în ultimii ani, în mod constant, pentru a ghida intervențiile judiciare asupra clauzelor principale privind prețul. Contractele de credit încheiate cu consumatorii au reprezentat laboratorul în care au fost experimentate cele mai agresive intervenții, transparența acestor contracte a fost supusă celor mai atente analize, iar costurile creditului au suferit cele mai notabile mutații. După stabilirea standardului transparenței informative în *Kásler* și (supra)alimentarea sa cu funcții explicative în *Matei*, Curtea încearcă, în *Kiss*, să facă un pas înapoi, abandonând proprietățile justificative ale transparenței. Dacă la origini, în *Pohotovost*, transparența clauzelor principale din contractele de credit a fost configurată în așa fel încât să permită, prin intermediul dobânzii anuale efective, evaluarea de către consumator a costurilor creditului, ultimele hotărâri ale Curții au vizat cu predilecție identificarea serviciilor oferite consumatorului în schimbul respectivelor costuri. Printr-un proces de *reverse engineering*, a fost autorizată descompunerea dobânzii anuale efective și conectarea elementelor sale componente la serviciile furnizate de bancă. Dacă este să fie generalizate constatările sectoriale ale Curții, practicile de *price partitioning* îi expun pe profesioniști riscului ca structura internă a contractelor să le fie examinată anatomic pentru determinarea costurilor care nu au acoperire în servicii prestate în interesul exclusiv al consumatorului.



# Posibilitatea invocării existenței unor clauze de natură abuzivă în cadrul contestației la executare

## The possibility to invoke the existence of unfair terms in the challenge on enforcement proceedings

Prof. univ. dr. **Tiberiu MEDEANU\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

### Abstract

Numerous legal regulations in Romania and the European Union refer to the prevention and elimination of unfair terms from different types of contracts.

The possibility to invoke unfair terms in the challenge on enforcement proceedings has determined divergent opinions in the literature and the case law. These opinions have also persisted after the passing of the new Civil Procedure Code determining legislative amendments, decisions of the Constitutional Court and opinions of the specialized legal bodies.

In this context, the Court of Justice of the European Union has decided in Case C-75/19 that should the forced execution be based on an enforceable title other than a court judgment, the challenge on enforcement can also be filed after the expiry of the 15-day statutory time limit if the existence of unfair terms is invoked.

**Keywords:** consumer contracts; consumer protection; unfair terms; challenge on enforcement; The Court of Justice of the European Union.

### Rezumat

Numeroase reglementări legale din România și din Uniunea Europeană fac referire la prevenirea și înlăturarea clauzelor abuzive din diferite tipuri de contracte.

Posibilitatea invocării clauzelor abuzive în cadrul contestației la executare a determinat opinii divergente în doctrină și în jurisprudență. Acestea au persistat și după adoptarea noului Cod de procedură civilă, determinând modificări legislative, decizii ale Curții Constituționale și opinii ale organismelor juridice specializate.

În acest context, în cauza C-75/19, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a decis că în cazul în care executarea silită se face în temeiul unui alt titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească, contestația la executare se poate formula și după expirarea termenului legal de 15 zile, dacă se invocă existența unor clauze de natură abuzivă.

**Cuvinte-cheie:** contracte cu consumatorii; protecția consumatorului; clauze abuzive; contestație la executare, Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

---

\* medeanu@gmail.com.

## 1. Reglementări referitoare la clauzele abuzive

În numeroase tipuri de contracte a fost semnalată existența unor clauze abuzive, constând în: comisioanele de acordare; comisioanele de gestionare; analiza de risc; dobânzile; penalitățile de întârziere; cumulul penalităților de întârziere contractuale cu dobânda legală; penalitățile de rambursare anticipată; rezilierea unilaterală; clauzele de risc valutar etc.

Frecvența și gravitatea acestora au determinat numeroase inițiative legislative și luări de poziție din partea unor parlamentari<sup>1</sup>. Astfel, în luna septembrie 2019 a fost depus pentru a treia oară în Parlament pachetul de legi de protecție a consumatorilor împotriva abuzurilor, care cuprinde: Legea de protecție a consumatorilor împotriva dobânzilor excesive; Legea de protecție a consumatorilor împotriva cesiunilor speculative de creanțe; Legea de protecție a consumatorilor împotriva executărilor silite abuzive și intempestive; Legea de protecție a consumatorilor împotriva riscului valutar. La sfârșitul anului 2019 cele patru legi au primit aviz pozitiv de la senatorii comisiei economice și ai celei de buget, finanțe și bănci<sup>2</sup>.

Multe situații de această natură au survenit în cazul documentelor asimilate cu titlurile executorii, între care se includ contractele de credit încheiate de o instituție financiară nebancaară, precum și garanțiile reale și personale afectate garantării creditului.

Existența clauzelor abuzive a fost semnalată în diferite tipuri de contracte, iar soluțiile judiciare favorabile consumatorilor nu au fost suficiente pentru reducerea semnificativă a numărului acestora<sup>3</sup>.

Organismele Uniunii Europene au fost preocupate de existența acestui fenomen la nivel comunitar, adoptând numeroase reglementări în acest sens<sup>4</sup>.

Cea mai importantă reglementare comunitară din acest domeniu o reprezintă Directiva nr. 93/13/CEE a Consiliului Europei privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii<sup>5</sup>. Aceasta se referă la protejarea consumatorilor împotriva clauzelor și a condițiilor abuzive care ar putea fi incluse în contractele pentru bunuri și

---

<sup>1</sup> Senatorul Daniel Zamfir a precizat: „*Legile vizează circa patru milioane de familii care sunt expuse abuzurilor creditorilor, fie că vorbim de bănci, de IFN-uri sau colectori de creanțe*”, [https://www.bursa.ro, legile anti-cămătărie](https://www.bursa.ro, legile-anti-camatarie).

<sup>2</sup> <https://www.senat.ro/FisaSenator.aspx>.

<sup>3</sup> C.D. Enache, *Clauze abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori; practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 3-167.

<sup>4</sup> Directiva 85/577/CEE privind protecția consumatorilor în cazul contractelor negociate în afara spațiilor comerciale, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 372/1985, p. 31-33; Directiva 87/102 CEE de apropiere a actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind creditul de consum, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 42/1987, p. 48-53; Directiva 2002/22/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind drepturile utilizatorilor cu privire la rețelele și serviciile electronice de comunicații, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 108/2002, p. 51-77; Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind contractele de credit pentru consumatori, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 133/2008, p. 66-92.

<sup>5</sup> Directiva Consiliului nr. 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, din 5 aprilie 1993, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 95/29 din 21 aprilie 1993.

servicii achiziționate de consumatori. Se stabilește că includerea acestor clauze într-un contract dintre un consumator și un profesionist nu creează obligații pentru consumator, iar contractul continuă să angajeze părțile potrivit dispozițiilor sale, în cazul în care poate continua să existe fără clauzele abuzive<sup>6</sup>.

Statele membre trebuie să se asigure că există mijloace adecvate și eficiente pentru a preveni utilizarea în continuare a clauzelor abuzive în contractele încheiate cu consumatorii de către profesioniști<sup>7</sup>. Persoanele sau organizațiile cu interes legitim în acest domeniu trebuie să aibă posibilitatea să atace clauzele abuzive la autorități judiciare sau administrative, care pot decide cu privire la reclamații și pot iniția procedurile legale corespunzătoare<sup>8</sup>.

Pe baza Directivei nr. 93/13/CEE fost adoptată Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori<sup>9</sup>.

În prima parte a acestei legi se instituie interdicția ca profesioniștii să stipuleze clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, cu precizarea că astfel de clauze nu vor produce efecte asupra consumatorilor<sup>10</sup>.

Articolul 4 din acest act normativ stabilește că o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor buneii-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Clauza se consideră ca nefiind negociată dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitate consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de unii comercianți. Faptul că unele clauze au fost negociate direct cu consumatorul nu exclude caracterul abuziv pentru restul contractului, în cazul în care o evaluare globală evidențiază că acesta a fost prestabilit unilateral de profesionist.

Articolul 7 face referire la dreptul consumatorului de a cere rezilierea contractului dacă acesta nu mai poate produce efecte după anularea clauzelor abuzive. Deși această reglementare nu prevede explicit anularea clauzelor cu caracter abuziv, ci inopozabilitatea acestora în raport cu consumatorul, regimul juridic al sancțiuni este cel al nulității absolute, producând efectele prevăzute de articolul 1247 C. civ.<sup>11</sup>.

Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat în acest sens, precizând că în ceea ce privește natura interesului protejat, norma respectivă se referă la un interes general și nu la unul individual, fiind evident faptul că legea ocrotește categoria generică a consumatorilor, și nu o persoană particulară. Sancțiunea care intervine în acest caz este

<sup>6</sup> Directiva Consiliului nr. 93/13/CEE, art. 6 alin. (1).

<sup>7</sup> Directiva Consiliului nr. 93/13/CEE, art. 7 alin. (1).

<sup>8</sup> Directiva Consiliului nr. 93/13/CEE, art. 7 alin. (2).

<sup>9</sup> Legea nr. 193 din 6 noiembrie 2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 543 din 3 august 2012.

<sup>10</sup> Legea nr. 193/2000, art. 1 și 6.

<sup>11</sup> Codul civil, art. 1247 alin. (1)-(3): *Nulitatea absolută poate fi invocată de orice persoană interesată, pe cale de acțiune sau de excepție. Instanța este obligată să invoce din oficiu nulitatea absolută. Contractul lovit de nulitate absolută nu este susceptibil de confirmare decât în cazurile prevăzute de lege.*

nulitatea absolută, care poate fi invocată oricând pe cale de acțiune sau pe cale de excepție, acțiunea în declararea nulității absolute fiind imprescriptibilă<sup>12</sup>.

În același sens este și opinia formulată la una din întâlnirile reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate de la nivelul curților de apel în materia litigiilor cu profesioniști<sup>13</sup>.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat dreptul judecătorului de a se sesiza din oficiu cu privire la existența clauzelor abuzive, fapt care confirmă aplicabilitatea nulității absolute<sup>14</sup>. În același sens pledează faptul că în altă cauză s-a decis că: *Instanța națională trebuie să dispună din oficiu măsuri de cercetare judecătorească pentru a stabili dacă o clauză ce figurează în contractul care face obiectul unui litigiu cu care este sesizată și care a fost încheiat între un vânzător și un consumator, intră în domeniul de aplicare al Directivei 93/13 și, în caz afirmativ, trebuie să aprecieze din oficiu eventualul caracter abuziv al unei astfel de clauze*<sup>15</sup>.

Legea nr. 193/2000 cuprinde o listă care redă, cu titlu exemplificativ, clauzele considerate ca fiind abuzive, cu precizarea că natura abuzivă a unei clauze contractuale se evaluează în funcție de: produsele sau serviciile care fac obiectul contractului la momentul încheierii acestuia; toți factorii care au determinat încheierea contractului; alte clauze ale contractului sau ale altor contracte de care acesta depinde<sup>16</sup>.

Controlul respectării acestor prevederi legale revine Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor și specialiștilor autorizați ai altor organe ale administrației publice, potrivit competențelor, care efectuează verificări la sesizarea persoanelor prejudiciate sau din oficiu. În cazul în care constată utilizarea unor contracte de adeziune care conțin clauze abuzive, organele de control trebuie să sesizeze tribunalul, solicitând modificarea contractelor aflate în curs de executare, pentru eliminarea clauzelor abuzive<sup>17</sup>.

Declanșarea acestei proceduri nu aduce atingere dreptului consumatorului de a invoca nulitatea clauzei abuzive pe cale de acțiune ori pe cale de excepție, la organele judecătorești, în conformitate cu prevederile Codului civil și ale Codului de procedură civilă<sup>18</sup>.

Majoritatea clauzelor de această natură nu sunt însă cunoscute sau evaluate corect de consumatori în prima fază a derulării contractului, din cauza modului în care sunt

---

<sup>12</sup> Înalta Curte de Casație și Justiție, s. a II-a civ., dec. nr. 686 din 21 februarie 2013, <http://www.LegeAZ, ICCJ, decizii din anul 2013>.

<sup>13</sup> Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate de la nivelul curților de apel în materia litigiilor cu profesioniști, din 27-28 aprilie 2015, pct. 1, [http://www.inm-lex.ro/fisiere/d\\_1164](http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1164).

<sup>14</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Camera a 4-a, cauza C-243/08, Oceano Grupo Editorial SA contra Rocio Marciano Quintero, hotărârea din 27 iunie 2000, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 95/2000, p. 29.

<sup>15</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Marea Cameră, cauza C-137/08, Pénezügyi Lizing Zrt contra Ferenc Schneider, hotărârea din 9 noiembrie 2010, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C-165/2010, p. 26.

<sup>16</sup> Legea nr. 193/2000, art. 4 alin. (1)-(5).

<sup>17</sup> Legea nr. 193/2000, art. 8, 9 și 12 alin. (1).

<sup>18</sup> Legea nr. 193/2000, art. 12 alin. (4) și art. 14.

formulate, iar altele ele sunt acceptate tacit în contractele cu clauze prestabilite. Majoritatea clauzelor de această natură devin evidente pe parcursul executării contractului sau în faza declanșării executării silită.

Persoana prejudiciată prin executarea silită are dreptul să formuleze contestație împotriva actelor de executare în termen de 15 zile de când a luat cunoștință de primul act de executare<sup>19</sup>, conform prevederilor art. 715 NCPC<sup>20</sup>.

Contestația la executare a fost calificată ca fiind demersul procesual ce are ca punct de pornire atacarea unuia sau unor acte de executare silită pentru motive ce țin de nelegalitatea și, în unele cazuri, netemeinicia lor.

Articolul 713 alin. (1) C. pr. civ. exclude posibilitatea invocării unor motive de fapt sau de drept, dacă executarea silită se face în temeiul unei hotărâri judecătorești sau arbitrale<sup>21</sup>.

Articolul 713 alin. (2) din același cod<sup>22</sup>, în forma republicată în anul 2015, prevedea că: *În cazul în care executarea silită se face în temeiul unui alt titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească, se pot invoca în contestația la executare și motive de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, numai dacă legea nu prevede în legătură cu acel titlu executoriu o cale procesuală specifică pentru desființarea lui*

În literatura de specialitate s-a argumentat că în acele situații debitorul avea posibilitatea invocării oricăror apărări de fond pe calea contestației la executare, cum ar fi: existența, întinderea și valabilitatea creanței, modalitatea de executare, cauze de stingere a creanței, forța majoră, cesiunea creditului, existența unor clauze abuzive etc. Se argumenta că sintagma „*cale procesuală specifică pentru desființare*” din articolul respectiv are în vedere un mijloc special reglementat de legiuitor prin intermediul căruia se poate obține desființarea titlului executoriu, iar nu calea unei acțiuni judiciare de drept comun<sup>23</sup>.

În altă opinie se aprecia că termenul de 15 zile pentru formularea contestației la executare constituie un drept special în raport de dispozițiile generale cuprinse în Codul civil<sup>24</sup>.

Posibilitatea eliminării clauzelor abuzive în cadrul acțiunii referitoare la contestația la executare prezenta importanță deosebită din cauza frecvenței acestora și a faptului că erau sancționate cu nulitatea absolută<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> A. F. Moca, C. Roșu, *Contestația la executare în Noul Cod de procedură civilă*, Revista de Științe Juridice nr. 1/2013, p. 80; C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, ed. 10, Editura C.H. Beck, București, 2020, p. 299-310.

<sup>20</sup> Codul de procedură civilă din 1 iulie 2010 adoptat prin Legea nr. 134/2010, a fost republicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 247 din 10 aprilie 2015.

<sup>21</sup> Codul de procedura civilă, art. 713 alin. (1): „*Dacă executarea silită se face în temeiul unei hotărâri judecătorești sau arbitrale, debitorul nu va putea invoca pe cale de contestație motive de fapt sau de drept pe care le-ar fi putut opune în cursul judecării în primă instanță sau într-o cale de atac ce i-a fost deschisă*”.

<sup>22</sup> C. Lungănașu, *Natura juridică a contestației la executare*, Analele Universității de Vest din Timișoara, seria Drept, nr. 2/2018, p. 188.

<sup>23</sup> M. Dinu, R. Stanciu, *Executarea silită în Codul de procedură civilă*, ed. a 2-a, Editura Hamangiu, 2019, p. 359.

<sup>24</sup> C. Lungănașu, *Contestația la executare. Instituție fundamentală a dreptului procesual civil*, Editura C.H. Beck, București, 2019, p. 359.

Acțiunea în constatarea existenței unor clauze abuzive nu era supusă niciunui termen, dar invocarea existenței acestor clauze în cadrul unei contestații la executare declanșată după expirarea termenului de 15 zile specific acestei acțiuni, a determinat respingerea acțiunii, cu motivarea că a fost formulată tardiv<sup>26</sup>.

În cazul invocării existenței clauzelor abuzive în cadrul contestației în anulare formulată în termenul legal de 15 zile, unele instanțe au respins ca inadmisibil capătul de cerere prin care se solicita anularea acestora, cu motivarea că exista posibilitatea formulării unei acțiuni separate<sup>27</sup>. În situațiile de această natură se considera că este aplicabilă calea procesuală prevăzută de articolul 14 din Legea nr. 193/2000<sup>28</sup>.

În cadrul întâlnirilor reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel<sup>29</sup>, au existat încercări de uniformizare a practicii judiciare referitoare la invocarea clauzelor abuzive în contestația la executare, dar jurisprudența a rămas neunitară.

Aplicarea prevederilor art. 713 alin. (2) C. pr. civ. a determinat soluții juridice divergente cu privire la posibilitatea solicitării anulării clauzelor abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori. În anul 2018, opiniile divergente din acest domeniu au determinat modificarea art. 713 alin. (2), prin adăugarea sintagmei „*inclusiv o acțiune de drept comun*”<sup>30</sup>.

Conform noii modificări a art. 713 alin. (2) C. pr. civ.<sup>31</sup> includerea

în text a sintagmei „*o acțiune de drept comun*” elimina posibilitatea formulării apărărilor de fond cu privire la dreptul cuprins în titlul executoriu, pe calea contestației la executare, chiar dacă acestea erau specifice nulității absolute.

Acest impediment a fost invocat la Curtea Constituțională încă înaintea intrării în vigoare a actualului Cod de procedură civilă, fiind emise câteva decizii referitoare la acest aspect. Astfel, prin decizia nr. 454/2003 s-a respins excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 399 alin. (3) din anteriorul Cod de procedură civilă, care reglementa limitele contestației la executare, cu motivarea: *Dacă însă legea pune la dispoziția debito-*

---

<sup>25</sup> Înalta Curte de Casație și Justiție, s. a II-a civ., dec. nr. 1393/2013, nr. 992/2014 și nr. 3234/2014, <http://www.LegeAZ, ICCJ, Decizii civile 2014>.

<sup>26</sup> Jud. Arad, sent. civ. nr. 2027 din 20 aprilie 2017, nepublicată.

<sup>27</sup> Jud. Bârlad, sent. civ. nr. 2150 din 30 septembrie 2015, nepublicată.

<sup>28</sup> Legea nr. 193/2000, art. 14: *Consumatorii prejudiciați prin contracte încheiate cu încălcarea prevederilor prezentei legi au dreptul de a se adresa organelor judecătorești în conformitate cu prevederile Codului civil și ale Codului de procedură civilă.*

<sup>29</sup> Minuta intalnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate de la nivelul curților de apel, din 27 aprilie 2015, [http://www.inm-lex.ro/fisiere/d\\_1164/Intalnirea presedintilor sectiilor specializate](http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1164/Intalnirea%20presedintilor%20sectiilor%20specializate).

<sup>30</sup> Articolul 713 alin. (2) a fost modificat prin pct. 67 din Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1074 din 18 decembrie 2018.

<sup>31</sup> Articolul 713 alineatul (2): *În cazul în care executarea silită se face în temeiul unui alt titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească, se pot invoca în contestația la executare și motive de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, numai dacă legea nu prevede în legătură cu acel titlu executoriu o cale procesuală pentru desființarea lui, inclusiv o acțiune de drept comun.*

rului o cale de atac specială, așa cum este acțiunea în anulare în materia titlurilor executorii care nu provin de la organe de jurisdicție, acesta nu mai poate să utilizeze apărări de fond în cadrul contestației la executare<sup>32</sup>.

Soluția a fost similară în Decizia nr. 1082/2011, cu motivarea: *Procedura contestației la executare este destinată să înlăture neregularitățile comise cu prilejul urmăririi silită sau să expliciteze titlul executoriu ce urmează a fi valorificat. În cadrul soluționării contestației, instanța nu poate examina împrejurări care vizează fondul cauzei*<sup>33</sup>.

Ca urmare, persoanele care contestau executarea silită erau dezavantajate de termenul relativ scurt pentru introducerea acțiunii, de numai 15 zile<sup>34</sup>, care era uneori depășit, determinând respingerea acțiunii. Mai existau dezavantaje determinate de blocarea conturilor bancare, imposibilitatea achitării taxelor judiciare, cuantumul ridicat al cauțiunii pentru suspendarea executării silită, dificultatea realizării procedurii de întoarcere a executării silită și limitarea situațiilor în care era posibilă anularea clauzelor abuzive.

Până în anul 2018, când a fost completat art. 713 alin. (2), doctrina juridică accepta faptul că pe calea contestației la executare debitorul poate invoca caracterul abuziv al unor clauze contractuale<sup>35</sup>.

Completarea art. 713 alin. (2) C. pr. civ. prin stabilirea posibilității de a se acționa printr-o *acțiune de drept comun* a redus dreptul de a se corela contestația la executare cu anularea clauzelor abuzive, deși acestea intrau sub incidența nulității absolute, care putea fi invocată pe cale de acțiune sau de excepție<sup>36</sup>.

În acest context, dreptul la acțiune reglementat de Legea nr. 93/2000 era uneori în defavoarea celor care sunt prejudiciați prin clauze abuzive, deoarece necesita formularea unei acțiuni separate de contestația la executare.

## **2. Efectele Ordonanței nr. C 75/19 din 6 noiembrie 2019 a Curții de Justiție a Uniunii Europene.**

Ordonanța nr. C 75/19 din 6 noiembrie 2019 a Curții de Justiție a Uniunii Europene<sup>37</sup>, a decis că există posibilitatea de a se formula contestație la executare chiar dacă a trecut termenul de 15 zile, pentru a se solicita anularea clauzelor contractuale abuzive.

---

<sup>32</sup> Curtea Constituțională a României, dec. nr. 454/2003 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 926 din 23 decembrie 2003.

<sup>33</sup> Curtea Constituțională a României, dec. nr. 1082/2011 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 769 din 1 noiembrie 2011.

<sup>34</sup> Codul de procedură civilă, art. 715 alin. (1) pct. 1.

<sup>35</sup> E. Oprina, *Problematika apărărilor de fond în cadrul contestației la executare*, în E. Oprina, V. Bozeșan, *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Editura Universul juridic, București, 2016, vol. I, p. 411; M. Dinu, R. Stanciu, *Executarea silită în Codul de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 410.

<sup>36</sup> Codul civil, art. 1249.

<sup>37</sup> *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C-164/2019*, p. 16.

Procedura a fost inițiată ca urmare a cererii formulate de Tribunalul specializat Mureș<sup>38</sup>, în temeiul articolului 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Obiectul cauzei respective îl constituia un contract de credit întocmit în anul 2008 între numita M.F. și C... IFN București, destinat achiziționării unor bunuri de consum de la un magazin de electrocasnice. Contractul prevedea rata anuală a dobânzii de 12,70 %, comisioane lunare de 0,87%, primă de asigurare lunară de 7,52 lei și dobânda anuală efectivă (DAE) de 29,82%. Anexa 1 la contract cuprindea condițiile generale în care erau definiți termenii utilizați și era stabilit cuantumul comisioanelor și al penalităților de întârziere.

Nerambursarea unor rate a determinat preluarea contractului de BNP P...P...F... SA Paris, Sucursala București, în calitate de succesoare în drepturi a SC C... IFN București SA.

Aceasta a apelat la societatea de recuperare S.... Sarl, apoi la un executor, care a declanșat procedura executării silită, determinând înființarea unei poprii asupra venitului salarial.

La data de 14 noiembrie 2014 numita M.F. a formulat contestație la executarea silită, solicitând anularea tuturor actelor de executare, cu motivarea că dreptul de a cere executarea era prescris. Ulterior a completat contestația, solicitând instanței să constate nulitatea absolută a contractului de credit, invocând caracterul abuziv al clauzelor din contract.

Societatea creditoare a invocat excepția inadmisibilității contestației, întemeiată pe tardivitatea introducerii acesteia. A mai susținut că această acțiune nu poate avea ca obiect anularea clauzelor abuzive, care pot face numai obiectul altei acțiuni civile, conform Legii nr. 193/2000.

Prima instanță a respins excepția inadmisibilității acțiunii invocată de societatea creditoare, considerând că pentru desființarea titlului executoriu există calea acțiunii în justiție, care cuprinde inclusiv contestația la executare, prevăzută la art. 712 alin. (1) C. pr. civ. Pe de altă parte, instanța a admis excepția tardivității contestației la executare și a respins cererea contestatoarei M.F., în temeiul art. 715 C. pr. civ., care prevede un termen de 15 zile pentru introducerea contestației<sup>39</sup>.

Contestatoarea a formulat apel la Tribunalul specializat Mureș, care a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze două întrebări preliminare Curții de Justiție a Uniunii Europene. Prin intermediul acestora a solicitat să se stabilească dacă Directiva 93/13 a Consiliului Uniunii Europene se opune unei norme de drept național, în temeiul căreia un consumator care a încheiat un contract cu o instituție de credit și împotriva căruia s-a început o procedură de executare silită, este decăzut din dreptul de a invoca existența unor clauze abuzive după expirarea termenului de 15 zile de la comunicarea primelor acte ale executării silită.

În cererea de decizie preliminară instanța de trimitere a arătat că există în dreptul național o procedură care permite invocarea caracterului abuziv al unei clauze

<sup>38</sup> Tribunalul specializat Mureș, hotărârea din 27 decembrie 2018, nepublicată.

<sup>39</sup> Jud. Târgu Mureș, sent. nr. 5810/2016, nepublicată.



contractuale, fără termen de prescripție, dar o astfel de împrejurare nu produce efecte asupra procedurii de executare silită, în măsura în care aceasta din urmă îi poate fi impusă consumatorului înainte de soluționarea acțiunii în constatarea existenței unor astfel de clauze abuzive.

Curtea de Justiție a analizat speța prin prisma unor prevederi din Directiva 93/13 a Consiliului Uniunii privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, iar în partea introductivă a prezentat importanța clarificării acestui aspect în virtutea unor principii specifice Uniunii Europene, cum ar fi: protejarea persoanelor care achiziționează bunuri și servicii împotriva abuzului de putere; evitarea excluderii abuzive a unor drepturi esențiale pentru consumatori; specificul contractelor de adeziune; responsabilitatea statelor membre de a se asigura că contractele încheiate cu consumatorii nu conțin clauze abuzive etc.

Se mai precizează că lista clauzelor abuzive are doar valoare orientativă, iar în mod excepțional poate fi luat în considerare raportul calitate/preț al bunurilor sau serviciilor furnizate în considerare la aprecierea corectitudinii altor clauze. Se mai subliniază faptul că statele membre ar trebui să aibă posibilitatea de a le asigura consumatorilor un nivel mai ridicat de protecție prin dispoziții de drept intern mai stricte decât cele din directivă, fiind exemplificate acțiunile în fața unui autorități judiciare, fie în fața unei autorități administrative, care trebuie să aibă la dispoziție mijloace adecvate și eficiente pentru a împiedica aplicarea în continuare a clauzelor abuzive.

Curtea de Justiție a motivat că reglementarea națională din litigiu prevede un termen strict de 15 zile pentru formularea contestației la somația de plată, dar caracterul abuziv al unor clauze ale contractului care constituie temeiul acțiunii nu poate fi examinat înainte de executarea acestei somații. A invocat faptul că Directiva Consiliului nr. 93/13CEE se opune unei reglementări naționale care permite emiterea unei ordonanțe de plată împotriva unui consumator fără ca acesta să fie în măsură să beneficieze de garanția că o instanță va decide în privința eventualelor clauze abuzive. În ipoteza în care procedura de executare silită ia sfârșit înaintea pronunțării hotărârii instanței de fond prin care se declară caracterul abuziv al clauzei contractuale aflate la originea executării silite, această decizie ar asigura consumatorului numai o protecție de natură financiară *a posteriori*, care s-ar dovedi incompletă și insuficientă. Ca urmare hotărârea respectivă nu ar constitui un mijloc adecvat și eficient pentru a preveni utilizarea clauzelor abuzive în continuare, contrar prevederilor articolului 7 alineatul (1) din Directiva 93/13CEE.

În consecință, instanța europeană a apreciat că interpretarea dată de unele instanțe reglementărilor legale din România generează un risc pentru consumatorul care nu formulează contestația în termenul de 15 zile de la comunicarea procedurii de executare silită, pierzând astfel posibilitatea de a înlătura eficient clauzele abuzive.

Pentru aceste motive, Curtea de Justiție, camera a 9-a, a decis că Directiva 93/13/CEE trebuie interpretată în sensul că se opune unei norme de drept național în temeiul căreia un consumator care a încheiat un contract de credit și împotriva căruia s-a început o procedură de executare silită este decăzut din dreptul de a invoca existența unor clauze abuzive pentru a contesta procedura menționată după expirarea unui termen de 15 zile de

la comunicarea primelor acte ale acestei proceduri, chiar dacă acest consumator are la dispoziție o acțiune în justiție în scopul constatării existenței unor clauze abuzive a cărei introducere nu este supusă niciunui termen.

Aplicarea acestei hotărâri este obligatorie, deoarece în temeiul art. 148 alin. (2) și (4) din Constituție, România trebuie să respecte prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și să asigure ducerea la îndeplinire a cerințelor celorlalte reglementări ale Uniunii Europene cu caracter obligatoriu, în acest sens fiind și unele decizii ale Curții Constituționale<sup>40</sup>.

### **3. Concluzii**

Există numeroase reglementări referitoare la prevenirea și sancționarea clauzelor abuzive din contractele cu consumatorii, dar aplicarea acestora a determinat soluții judiciare și opinii divergente în doctrină. Acestea au vizat și momentul sau modalitatea invocării existenței clauzelor abuzive, includerea lor în categoria nulităților absolute, prescrierea dreptului la acțiune, invocarea lor în acțiunea referitoare la contestația la executare, posibilitatea introducerii contestației la executare după expirarea termenului legal etc.

În anul 2018 s-a încercat uniformizarea jurisprudenței prin modificarea unui articol referitor la limitele contestației la executare, care excludea invocarea în această acțiune a existenței clauzelor abuzive.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reglementat același aspect prin Ordonanța nr. C 75/19, decizând că există posibilitatea de a se formula contestație la executare chiar dacă a trecut termenul de 15 zile, dacă se solicită și anularea clauzelor contractuale abuzive.

Ca urmare, în cazul în care executarea silită se face în temeiul unui alt titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească, contestația la executare prin care se invocă și existența clauzelor abuzive nu mai este supusă termenului de decădere de 15 zile, iar instanța poate analiza din oficiu caracterul abuziv al unor clauze.

---

<sup>40</sup> Curtea Constituțională a României, dec. nr. 64/2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 286 din 28 aprilie 2015.

# Procedura specială a evacuării din imobilele folosite sau ocupate fără drept

## Special evacuation procedure for buildings used or occupied without right

prof. univ. dr. **Claudia ROȘU\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

### Abstract

*The article analyzes the Evacuation of buildings used or occupied without right, introduced in the Code of civil procedure in Title XI, of Book VI, Special Procedures.*

*The scope of this procedure refers to disputes regarding the evacuation of the used buildings or, as the case may be, occupied without right by the former tenants or other persons.*

*This procedure is very useful because it is limited to summary debates and the judgment is enforceable.*

*The promotion of the appeal or the appeal during the execution, is not suspensive. In order to suspend the execution the defendant must give in cash, at the disposal of the creditor: the rent or lease to which he was obliged; the amount established to insure the rent or lease rates due up to the date of the suspension application and the amount related to the rent or lease rates that would become due during the trial.*

**Keywords:** *special procedures; evacuation of used or occupied buildings without right; summary debates; executory judgment*

### Rezumat

*Articolul analizează Evacuarea din imobilele folosite sau ocupate fără drept, introdusă în Codul de procedură civilă în Titlul XI, din Cartea a VI-a, Proceduri speciale.*

*Domeniul de aplicare al acestei proceduri se referă la litigiile privind evacuarea din imobilele folosite sau, după caz, ocupate fără drept de către foștii locatari sau alte persoane.*

*Această procedură este foarte utilă, deoarece se rezumă la dezbateri sumare, iar hotărârea este executorie.*

*Promovarea apelului sau a contestației la executare, nu are caracter suspensiv. Pentru suspendarea executării pârâtul trebuie să consemneze în numerar, la dispoziția creditorului: chiria sau arenda la care a fost obligat; suma stabilită pentru asigurarea ratelor de chirie sau arenda, datorate până la data cererii de suspendare și suma aferentă ratelor de chirie sau arenda ce ar deveni exigibile în cursul judecării procesului.*

---

\* claudia.rosu@e-uvt.ro.

*Cuvinte-cheie: proceduri speciale; evacuarea din imobilele folosite sau ocupate fără drept; dezbateri sumare; hotărâre executorie.*

**Dispoziții generale.** Dacă așa cum s-a spus, dreptul de proprietate nu este un simplu drept real, ci baza întregului sistem al drepturilor reale, iar între acestea cel mai important este dreptul de proprietate privată, nu trebuie să surprindă că pentru a i se asigura acestuia din urmă, cel puțin sub aspectul unora dintre atributele ce-o alcătuiesc conținutul juridic, o protecție cât mai adecvată, între procedurile speciale reglementate în Codul de procedură civilă se regăsește și cea privind evacuarea din imobilele folosite sau ocupate fără drept<sup>1</sup>.

Procedura evacuării din imobilele folosite sau ocupate fără drept este reglementată de art. 1034-1049 C. pr. civ.

Domeniul de aplicare al acestei proceduri se referă la litigiile privind evacuarea din imobilele folosite sau, după caz, ocupate fără drept de către foștii locatari sau alte persoane<sup>2</sup>.

De la început, legiuitorul a stabilit sfera persoanelor care pot fi pârâte în astfel de cereri: foștii locatari care, deși au avut un titlu locativ valabil, acesta a încetat într-unul din modurile prevăzute de lege și în prezent nu mai au vreun temei pentru a folosi în continuare imobilele și alte persoane care fie nu au avut niciun titlu locativ și au ocupat abuziv, fără drept, imobilele, fie au avut acceptul proprietarului.

Pentru claritatea reglementării, legiuitorul a definit sensul noțiunilor utilizate în cadrul acestei proceduri:

– locațiune – este orice locațiune scrisă sau verbală, incluzând și sublocațiunea; se dă astfel eficiență și locațiunii constituite verbal, dar și sublocațiunii, prin care chiriașului i-a fost recunoscut dreptul de a subînchiria o parte din imobil;

– locatar – este locatarul principal, chiriaș sau arendaș, sublocatarul sau un cesionar al locatarului, indiferent dacă persoana care solicită evacuarea este locatorul sau sublocatorul ori dobânditorul imobilului; prin sublinierea *locatar principal* s-ar putea ajunge la ideea că doar pe acesta l-a avut în vedere legiuitorul, deși alături de el, de regulă, sunt și alți locatari. Credem că interpretarea corectă, este cea potrivit căreia s-a avut în vedere locatarul principal, pentru simplificarea raporturilor dintre acesta și locator, deoarece, în cazul mai multor locatari, trebuie desemnat un locatar principal care să încheie contractul cu locatorul, fără ca aceasta să însemne că ceilalți locatari ar avea drepturi mai puține sau că locatarul principal ar fi privilegiat;

– locator – este locatorul principal, sublocatorul, cesionarul și dobânditorul imobilului;

– imobil – este construcția, terenul cu sau fără construcții, împreună cu accesoriile acestora; categoria de imobil are în vedere definirea din Codul civil care detaliază noțiunea de bunuri imobile, bunuri care rămân sau devin imobile și bunurile accesorii;

<sup>1</sup> V. Mitea în I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. III, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 703.

<sup>2</sup> C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, ed. 9, Editura C.H. Beck, București, 2019, p. 174 și urm.

– ocupantul – este oricare persoană, alta decât proprietarul sau locatarul, care ocupă în fapt imobilul cu sau fără permisiunea ori îngăduința proprietarului;

– proprietar – este titularul dreptului de proprietate asupra imobilului, inclusiv locatarul. Este inclus și locatarul deoarece, dacă este permisă sublocățiunea, contractul se încheie între locatar și sublocatar. Calitatea de reclamant în acest caz o va avea locatarul.

Calitate procesuală activă vor avea: locatorul principal, sublocatorul, cesionarul și dobânditorul imobilului.

Procedura evacuării din imobilele folosite sau ocupate fără drept nu este obligatorie pentru reclamant, care are alegerea între procedura specială și procedura de drept comun, ci, are caracter facultativ.

Obiectul principal al acestei proceduri speciale îl reprezintă evacuarea. De aceea, recurgerea la această procedură nu aduce nicio atingere drepturilor locatorului sau proprietarului la plata chiriei sau arenzii, la plata de despăgubiri și nici altor drepturi născute în temeiul contractului sau al legii, după caz.

Pentru plata chiriei, a arenzii, a despăgubirilor sau a altor drepturi izvorând din contract sau lege, titularul are posibilitatea să opteze între mai multe proceduri:

– ordonanța de plată;

– soluționarea cererilor cu valoare redusă;

– în condițiile dreptului comun;

– procedura evacuării din imobilele folosite sau ocupate fără drept. În acest ultim caz, cererea de plată a chiriei, arenzii, despăgubirilor și altor drepturi va avea caracter accesoriu față de cererea principală de evacuare.

Condițiile de exercitare a cererii privind evacuarea pe calea procedurii speciale prevăzute de art. 1943 și urm. C. pr. civ., sunt cele generale pentru exercitarea oricărui mijloc procedural care intră în conținutul acțiunii civile, și anume: formularea unei pretenții, interesul, calitatea procesuală și capacitatea procesuală<sup>3</sup>.

Instanța competentă să soluționeze cererile este judecătoria în circumscripția căreia se află situat imobilul ocupat fără drept ori, după caz, închiriat sau arendat, chiar dacă locatarul a părăsit imobilul sau contractul a încetat. Competența teritorială este în acest caz exclusivă, fiind determinată de locul situării imobilului și nu de domiciliul pârâtului.

Prin excepție de la regulile de drept comun ale citării, locatarul și ocupantul imobilului sunt socotiți ca având domiciliul lor obligatoriu la imobilul pe care îl ocupă fără niciun drept.

Dacă însă, imobilul este închis, toate notificările, citațiile și celelalte acte de procedură vor fi afișate la ușa imobilului.

Procedura începe cu o notificare scrisă adresată de locator, prin intermediul executorului judecătoresc, către locatar prin care îi pune în vedere să elibereze și să-i predea liber imobilul, în termen de cel mult 30 de zile de la data comunicării notificării.

Notificarea se poate trimite atunci când dreptul locatarului de a folosi un imobil s-a stins ca urmare a încetării locațiunii prin expirarea termenului, prin acțiunea locatorului,

<sup>3</sup> G. Boroj, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 856.

prin neplata chiriei sau a arenzii, precum și din orice altă cauză și locatorul dorește să intre în posesia imobilului.

Dacă locațiunea este pe durată nedeterminată, denunțarea cerută de lege pentru încetarea contractului va fi considerată și notificare de evacuare a imobilului.

Când locațiunea este pe durată determinată, notificarea de evacuare a imobilului trebuie făcută cu cel puțin 30 de zile înainte de expirarea termenului, dacă prin lege nu se prevede altfel.

Notificarea va preceda cererea de chemare în judecată numai dacă nu s-a recunoscut dreptul locatarului de a recurge imediat la procedura de evacuare. Locatarul poate renunța la notificare prin act scris și se trece la evacuare, dacă locațiunea încetează din orice motive, iar dreptul locatarului este socotit stins.

Dacă dreptul ocupantului în imobil a încetat și proprietarul dorește să îl evacueze, proprietarul îl va notifica în scris, punându-i în vedere să elibereze imobilul pe care îl ocupă fără niciun drept, în termen de 5 zile de la comunicarea notificării.

Observăm deosebirea de tratament între locatar și ocupant, justificată prin absența sau existența unui titlu locativ, care a stat la baza folosirii imobilului.

Importanța notificării a fost subliniată în practica judiciară, de ex. fiind respinsă o cerere de chemare în judecată, în absența acesteia. Astfel, în speță, reclamantul a depus la dosar un înscris denumit notificare, care însă nu este datat și nici nu s-a făcut dovada că a fost înmânat părâtei. Prin urmare având în vedere că nu s-a făcut dovada îndeplinirii condițiilor prevăzute de art. 1039 C. pr. civ., respectiv, dovada comunicării către părâtă a notificării de eliberare a imobilului ocupat în mod abuziv, instanța a respins acțiunea ca neîntemeiată<sup>4</sup>.

**Procedura de evacuare.** După primirea notificării, locatarul sau ocupantul pot să evacueze în mod voluntar imobilul, evitând astfel un proces sau, dacă refuză, locatorul sau proprietarul vor putea recurge la procedura specială de evacuare.

În primul caz, dacă locatarul sau ocupantul care a fost notificat a părăsit imobilul, locatorul sau proprietarul poate intra în posesia acestuia, de drept, fără nicio procedură judiciară de evacuare.

Părăsirea imobilului poate rezulta și din alte fapte; art. 1040 alin. (2) C. pr. civ. prezumă că imobilul este părăsit în caz de încetare a activității economice ori de încetare a folosirii imobilului de către locatar sau ocupant ori de către persoanele aflate sub controlul lor, precum și în cazul returnării cheilor imobilului, ridicării echipamentelor, mărfurilor sau altor bunuri mobile din imobil.

Sesizarea instanței de judecată are loc dacă locatarul sau ocupantul notificat refuză să evacueze imobilul ori dacă locatarul a renunțat la dreptul său de a fi notificat și a pierdut, din orice motive, dreptul de a folosi imobilul. În acest caz, locatorul sau proprietarul va solicita instanței să dispună, prin hotărâre executorie, evacuarea imediată a locatarului sau ocupantului din imobil, pentru lipsa de titlu.

---

<sup>4</sup> Sentința civilă nr. 1189/2018 a Judecătoriei Panciu, <http://www.rolii.ro/hotarari/5c36b2bce49009740a00002a>.

Evacuarea imediată se justifică prin faptul că procedura este precedată de notificare sau locatarul a renunțat la acest drept și se poate solicita direct evacuarea.

Dacă s-a dispus citarea pârâtului, în prezenta procedură, prin derogare de la dreptul comun, acesta nu poate formula cerere reconvențională, cerere de chemare în judecată a altei persoane sau în garanție, pretențiile sale urmând a fi valorificate numai pe cale separată.

Dintre formele de intervenție a terților în proces nu sunt admise chemarea în judecată a altei persoane și chemarea în garanție și nu este admisă cererea incidentală reconvențională. Prin urmare, este admisă intervenția voluntară, arătarea titularului dreptului și introducerea forțată din oficiu a altei persoane.

Derogarea se justifică prin rapiditatea care caracterizează această procedură, incompatibilă cu soluționarea cererilor incidentale, ceea ce nu împiedică valorificarea pretențiilor pârâtului pe calea dreptului comun.

Pârâtul însă, poate invoca apărări de fond privind temeinicia motivelor de fapt și de drept ale cererii, inclusiv lipsa titlului reclamantului.

Spre exemplu, pârâtul poate invoca tacita relocațiune sau lipsa operării rezilierii de drept a contractului de locațiune ori poate opune reclamantului un titlu de proprietate asupra bunului<sup>5</sup>.

Regula este că cererea de evacuare se judecă cu citarea părților, în afară de cazul în care evacuarea imobilului pentru neplata chiriei sau a arenzii se solicită în baza unui contract care constituie, pentru plata acestora, titlu executoriu, potrivit legii.

Dacă contractul constituie în caz de neplată titlu executoriu, cererea se soluționează fără citarea părților. În acest caz, derogarea se întemeiază pe caracterul de titlu executoriu al contractului, datorită căruia nu se mai impune citarea, debitorul consimțind de la data încheierii contractului la executare în caz de neplată.

Dacă s-a dat cu citarea părților, cererea de evacuare se judecă de urgență, în camera de consiliu, cu dezbateri sumare, motiv pentru care nici întâmpinarea nu este obligatorie. Totuși, dacă pârâtul invocă temeinicia motivelor de fapt și de drept ale cererii reclamantului, considerăm că pentru verificarea titlului reclamantului, se poate deroga de la caracterul sumar al dezbaterilor.

Consacrarea unei asemenea proceduri este utilă, întrucât oferă proprietarului posibilitatea de a obține, în cadrul unei proceduri accelerate, o decizie judiciară favorabilă și în baza căreia poate reintra în stăpânirea bunului ce-i aparține<sup>6</sup>.

Dacă s-a solicitat și plata chiriei ori a arenzii exigibile, instanța, cu citarea părților, va putea dispune odată cu evacuarea și obligarea pârâtului la plata acestora, inclusiv a sumelor devenite exigibile în cursul judecății.

Prin urmare, dacă cererea se judecă fără citarea părților, instanța poate dispune numai evacuarea din imobil, în timp ce în cazul soluționării cererii cu citarea părților, pe

---

<sup>5</sup> D. N. Theohari, în *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. II, Art. 527-1133 (coordonator Gabriel Boroș), Editura Hamangiu, București, 2013, p. 651.

<sup>6</sup> I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, art. 1-1133, Editura C.H. Beck, București, 2013, p. 1324.

lângă evacuare, instanța va putea obliga pârâtul și la plata sumelor exigibile legate de folosința imobilului.

În ceea ce privește probele, legea nu stabilește reguli speciale derogatorii de la dreptul comun referitor la admisibilitatea și administrarea acestora. Dat fiind că întâmpinarea nu este obligatorie, pârâtul va propune probele până la primul termen de judecată, sub sancțiunea decăderii<sup>7</sup>.

Probele uzuale în astfel de litigii, sunt înscrisurile. În acest sens, exemplificăm cu situația dintr-o speță, în care reclamantul a solicitat evacuarea pârâtului din imobilul proprietatea sa, depunând actul de proprietate, adică, contractul de vânzare-cumpărare autentificat. Instanța a admis cererea reclamantului și a dispus evacuarea pârâtului din imobilul proprietatea reclamantului, având în vedere că pârâtul a fost tolerat în locuința reclamantului și a manifestat un comportament violent verbal și fizic<sup>8</sup>.

Hotărârea de evacuare este executorie. Calea de atac prevăzută este numai apelul, care se poate promova într-un termen scurt de 5 zile, derogatoriu de la termenul general de apel. Momentul începerii curgerii termenului diferă după cum cererea a fost soluționată cu sau fără citarea părților. Dacă hotărârea a fost pronunțată cu citarea părților, termenul de apel curge de la pronunțare, dacă s-a dat fără citarea lor, de la comunicare.

Împotriva modului în care a avut loc executarea hotărârii de evacuare, cei interesați pot introduce contestație la executare.

Promovarea apelului sau a contestației la executare nu determină suspendarea executării. Cu toate acestea, în cazul evacuării pentru neplata chiriei sau a arenzii se va putea dispune suspendarea executării hotărârii în cadrul contestației la executare sau a apelului exercitat de către pârât numai dacă acesta îndeplinește anumite cerințe. Astfel, el trebuie să consemneze în numerar, la dispoziția creditorului:

- chiria sau arenda la care a fost obligat;
- suma stabilită pentru asigurarea ratelor de chirie sau arenda datorate până la data cererii de suspendare;
- suma aferentă ratelor de chirie sau arendă ce ar deveni exigibile în cursul judecării procesului.

Suspendarea încetează de drept dacă, la expirarea termenului pentru care chiria sau arenda a fost astfel acoperită, debitorul nu cere și nu depune suma ce se va fixa de instanța de executare pentru acoperirea unor noi rate, în aceleași condiții, adică atât sumele datorate până la data cererii de suspendare, cât și cele devenite exigibile în cursul judecării procesului.

**Dispoziții speciale.** Dacă, prin conduita lor, locatarul sau proprietarul aduc atingere folosinței normale a imobilului, partea prejudiciată poate recurge la procedura ordonanței președințiale.

<sup>7</sup> G. Boroj, M. Stancu, *op. cit.*, p. 863.

<sup>8</sup> Sentința civilă nr. 606/2019 a Judecătorei Focșani, <http://www.rolii.ro/hotarari/5c5a4b8ee49009c01600003e>.



Astfel, dacă locatarul, nerespectând obligațiile ce îi revin privind folosirea normală, cu prudență și diligență, a imobilului închiriat ori arendat, săvârșește următoarele fapte:

- întrebuințează imobilul în alt scop decât cel prevăzut în contract;
- îi modifică structura stabilită prin construcție;
- îi produce stricăciuni ori săvârșește orice alte abuzuri de folosință va putea fi obligat, prin ordonanță președințială, dată cu citarea părților, la următoarele măsuri:

- încetarea acestor abuzuri;
- restabilirea situației anterioare.

Aceeași procedură se aplică și pentru soluționarea cererii privind încetarea oricăror abuzuri săvârșite de proprietarul care:

- prejudiciază folosința normală a părților sau instalațiilor aflate în proprietate comună din imobilele cu mai multe etaje sau apartamente;
- tulbură buna conviețuire în acel imobil.

Tot procedura ordonanței președințiale este utilizată când este necesar să fie efectuate reparații, dar și pentru restrângerea folosinței spațiului închiriat sau evacuarea.

În acest sens, locatarul sau, când este cazul, sublocatarul poate fi obligat la efectuarea reparațiilor necesare ce îi revin potrivit legii, prin ordonanță președințială, dată cu citarea părților.

Din acest punct de vedere, soluția evocată diferă parțial de cea promovată în cazul ordonanței președințiale obișnuite, situație în care cererea poate fi judecată și fără citarea părților [art. 999 alin. (2) C. pr. civ.]<sup>9</sup>.

De asemenea, pe calea ordonanței președințiale se poate solicita restrângerea folosinței spațiului închiriat ori chiar evacuarea din acest spațiu dacă aceste măsuri se justifică pentru efectuarea reparațiilor ori lucrărilor prevăzute de lege în sarcina locatorului.

Procedura ordonanței președințiale este utilizată și în cazul obligării locatorului sau, după caz, a sublocatarului de a permite, în condițiile legii, examinarea imobilului deținut în locațiune.

Datorită deselor situații de abuz din partea unor proprietari care s-au opus sau chiar au obstrucționat lucrările necesare pentru părțile comune din imobile, era necesară o procedură specială de soluționare rapidă și eficientă a acestor piedici.

Răspunzând acestui imperativ, legiuitorul a extins dispozițiile speciale de la evacuarea din imobilele folosite sau ocupate fără drept la cererile formulate de o asociație de proprietari.

Cererea se introduce împotriva proprietarilor, membri ai asociației, în următoarele cazuri:

- neefectuarea reparațiilor ce sunt în sarcina fiecărui proprietar;
- neefectuarea reparațiilor sau a oricăror lucrări la părțile sau la instalațiile aflate în coproprietatea acestora;

---

<sup>9</sup> I. Leș, *op. cit.*, p. 1333.

– neefectuarea reparațiilor la spațiile aflate în proprietate exclusivă, afectează folosința normală a părților comune sau a altor spații locative din imobil, precum și siguranța locuirii în acel imobil.

Cererile de evacuare din imobilele folosite sau ocupate fără drept, soluționate potrivit procedurii speciale, se taxează cu 100 lei.

**Concluzii.** Titlul XI, din Cartea a VI-a, *Proceduri speciale*, a instituit o procedură simplificată și facultativă pentru soluționarea litigiilor privind evacuarea din imobilele folosite sau ocupate fără drept, pe care o apreciem foarte utilă pentru locatorul care intenționează să își redobândească bunul.

Apreciam inovatoare introducerea în Codul de procedură civilă, în contextul modernizării procedurilor speciale, în scopul clarificării rapide și eficiente a situațiilor litigioase, printre altele, a procedurii evacuării din imobilele deținute sau ocupate fără drept<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Expunerea de motive la Legea privind Codul de procedură civilă, <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/400/10/3/em413.pdf>.

## OPINIE JURIDICĂ

Referitoare la cererea în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, dacă instanța investită prin hotărâre de declinare a competenței poate invoca necompetența materială/funcțională, fără a-și verifica competența materială/funcțională în temeiul dispozițiilor de drept aplicabile, doar cu motivarea că instanța care a declinat competența în favoarea sa nu a invocat excepția necompetenței materiale în termenul prevăzut de dispozițiile art. 131 C. pr. civ., apreciindu-se astfel că această instanță a devenit competentă să soluționeze cauza ca urmare a pronunțării unei încheieri interlocutorii prin care a reținut că este competentă material/funcțional

## LEGAL OPINION

Regarding the application for a preliminary ruling to rule out a point of law, if the court seised as a result of decision of decline jurisdiction may invoke material / functional incompetence, without verifying its material / functional competence under the applicable legal provisions, only on the grounds that the court that has declined jurisdiction in favor of another court did not invoke the exception of the material incompetence within the term provided by the provisions of art. 131 C. pr. civ., thus considering that this court has become competent to resolve the case as a result of pronouncing an interlocutory conclusion in which it held that it is materially / functionally competent

*Prof. univ. dr. **Claudia ROȘU**\**

*Lect. univ. dr. **Florina POPA**\**

*Lect. univ. dr. **Alin SPERIUSI-VLAD**\**

*Asist. univ. dr. **Cătălin LUNGĂNAȘU**\**

*Universitatea de Vest din Timișoara*

*Facultatea de Drept*

### **Abstract**

*The article analyzes how the material incompetence of the court should be invoked by the court invested with the decision of decline jurisdiction.*

---

\* claudia.rosu@e-uvv.ro.

\* florina.popa@e-uvv.ro.

\* alin.speriusi@e-uvv.ro.

\* catalin.lunganasu85@e-uvv.ro.

*Through the new Code of Civil Procedure, the legislature no longer allows the exception of material and territorial incompetence to be invoked until the debates on the substance begin, drastically limiting the time period during which it can be invoked, without the possibility of derogation. In relation to the provisions contained in art. 130 paragraph 2, art. 131 paragraph 1 and art. 132 par. 2 C. pr. civ., the first court seized became competent following the interlocutory conclusion pronounced in terms of general, material and territorial competence, which is why the exception of the material incompetence can no longer be questioned before this court. At the same time, the second court invested (in favor of which the power of resolving the case has declined) has the obligation to verify its own jurisdiction, if it were not so, it would be impossible to ever arise the negative conflict of jurisdiction*

**Keywords:** *appeal in the interest of the law; application for a preliminary ruling to rule out a point of law; admissibility; procedural material incompetence; first trial; decision of decline jurisdiction; interlocutory conclusion.*

### Rezumat

*Articolul analizează modul în care ar trebui invocată necompetența materială de instanța investită prin hotărârea de declinare a competenței.*

*Prin noul Cod de procedură civilă, legiuitorul nu mai permite invocarea excepției de necompetență materială și teritorială până la începerea dezbaterilor asupra fondului, limitând drastic perioada de timp în care aceasta poate fi invocată, fără posibilitatea derogării. În raport de dispozițiile cuprinse în art. 130 alin. (2), art. 131 alin. (1) și art. 132 alin. (2) C. pr. civ., prima instanță sesizată a devenit competentă ca urmare a încheierii interlocutorii pronunțate sub aspectul competenței generale, materiale și teritoriale, motiv pentru care excepția necompetenței materiale nu mai poate fi pusă în discuție în fața acestei instanțe. Totodată, a doua instanță investită (în favoarea căreia s-a declinat competența de soluționare a cauzei) are obligația verificării propriei sale competențe, dacă nu ar fi așa, fiind imposibil a se naște vreodată conflictul negativ de competență.*

**Cuvinte-cheie:** *recurs în interesul legii, cerere în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, admisibilitate, necompetență materială procesuală, primul termen de judecată, declinare de competență, încheiere interlocutorie*

### I. Cu privire la admisibilitatea sesizării

Curtea de Apel Brașov, prin Colegiul de conducere, a decis sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul competent să soluționeze recursul în interesul legii, prin Hotărârea nr. 51/03.04.2019, pentru a se pronunța asupra unei probleme de drept soluționate diferit de instanțele judecătorești, respectiv: **dacă instanța investită prin hotărâre de declinare a competenței poate invoca necompetența materială/funcțională, fără a-și verifica competența materială/funcțională în temeiul dispozițiilor de drept aplicabile,**

doar cu motivarea că instanța care a declinat competența în favoarea sa nu a invocat excepția necompetenței materiale în termenul prevăzut de dispozițiile art. 131 C. pr. civ., apreciindu-se astfel că această instanță a devenit competentă să soluționeze cauza ca urmare a pronunțării unei încheieri interlocutorii prin care a reținut că este competentă material/funcțional.

Se poate considera că, raportat la prevederile art. 521 alin. (3) și (4) NCPC coroborate cu cele de la art. 518 NCPC, **recursul în interesul legii este inadmisibil**, dat fiind faptul că asupra acestei probleme Înalta Curte de Casație și Justiție s-a mai pronunțat, asigurând coerența practicii judiciare, pe care instanțele inferioare o cunosc și pe care trebuie să o respecte, astfel încât scopul urmărit de autorul sesizării – de unificare a practicii judiciare – a fost deja atins. Mai precis, recursul în interesul legii ridică două probleme: regimului de invocare a excepției de necompetență materială (excepție de ordine publică) și modalitatea de soluționare a acesteia. Instanța supremă a constatat deja, prin considerentele de la pct. 66 ale Deciziei nr. 28/2015, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, că aceste două probleme sunt deja soluționate după cum urmează: (1) necompetența materială de ordine publică se poate invoca numai până la un anumit moment procesual și (2) excepția necompetenței materiale se poate invoca numai în fața primei instanțe. Chiar și din jurisprudența anexată sesizării se poate observa că a doua opinie exprimată este împărțită de puține instanțe judecătorești și doar în mod izolat.

Chiar dacă în mod formal condițiile de admisibilitate ale recursului în interesul legii, de la art. 514 și 515 NCPC sunt diferite de cele ale sesizării instanței supreme în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, de la art. 519 NCPC, premisele recursului în interesul legii sunt acelea că o dispoziție legală conține reglementări îndoielnice, lacunare ori neclare, necesar a fi lămurite sub aspectul interpretării [a se vedea pct. 28 din Decizia ÎCCJ nr. 23/2017 din 6 noiembrie 2017 referitoare la examinarea recursului în interesul legii declarat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Constanța referitor la interpretarea și aplicarea art. 480 alin. (3) C. pr. civ.], premisa întâlnindu-se și în cazul sesizării instanței supreme în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, atât timp cât ambele proceduri vizează asigurarea unei practici judiciare unitare, fiind reunite sub Titlul III din NCPC. În plus, ambele proceduri se finalizează printr-o dezlegare dată problemelor de drept judecate care este obligatorie de la data publicării deciziei instanței supreme în Monitorul Oficial al României, Partea I [art. 517 alin. (4) și art. 521 alin. (2) NCPC] până la data modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării [art. 518 și art. 521 alin. (4) NCPC]. Practic, o decizie pronunțată de instanța supremă în recursul în interesul legii, cum solicită Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov, nu poate fi contrară unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, precum Decizia nr. 28/2015, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, atât timp cât dispozițiile legale interpretate, în cazul de față art. 131 și art. 132 NCPC, nu au fost modificate, abrogate sau declarate neconstituționale.

Pe de altă parte este necesar a se constata că Înalta Curte de Casație și Justiție este investită, prin promovarea prezentului recurs în interesul legii, cu solicitarea de a statua pe calea interpretării unitare a dispozițiilor care reglementează regimul excepției necompetențe materiale/funcționale în procesul civil, prin coroborarea dispozițiilor art. 131-133 și ale art. 135 NCPC care este soluția pe care o va pronunța instanța competentă să soluționeze conflictul negativ de competență și care sunt argumentele în favoarea alegerii uneia dintre instanțele aflate în conflict. Chiar dacă titularul sesizării, Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov, solicită o dezlegare care privește ceea ce ar putea invoca instanța investită prin hotărârea de declinare a competenței, în realitate soluția instanței supreme din acest recurs în interesul legii privește modalitatea de soluționare a unui conflict negativ de competență, când ambele instanțe aflate în conflict își invocă necompetența materială/funcțională. Astfel că, din această perspectivă, titularul sesizării trebuia să anexeze cererii sale hotărâri definitive prin care instanțele care soluționează conflictul negativ de competență au decis în mod definitiv că instanța investită prin hotărârea de declinare este competentă să soluționeze cauza, argumentând că aceasta nu își poate invoca necompetența materială/funcțională, fără a-și verifica competența materială/funcțională în temeiul dispozițiilor de drept aplicabile, doar cu motivarea că instanța care a declinat competența în favoarea sa nu a invocat excepția necompetenței materiale în termenul prevăzut de dispozițiile art. 131 C. pr. civ. Din sesizarea formulată de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov, nu rezultă că ar fi anexate hotărâri definitive pronunțate de instanțele care au soluționat conflictul negativ de competență, ci cel mult hotărâri ale instanțelor investite prin hotărârea de declinare a competenței.

Pentru a se constata lipsa de unitate a jurisprudenței este necesar ca practica judiciară atașată să se circumscrie obiectului recursului în interesul legii, respectiv să identifice în mod concret dispoziția sau reglementarea ce constituie obiect al sesizării și să conțină, relativ la interpretarea și aplicarea ei, raționamentul pentru care s-a optat pentru o anume dezlegare [în acest sens pct. 31 din Decizia nr. 20/2018 privind examinarea recursului în interesul legii declarat de Avocatul Poporului vizând „interpretarea și aplicarea unitară a prevederilor art. 26 alin. (1) lit. a)-g), l) și n), art. 27 alin. (1)-(3) și alin. (5) și art. 32 alin. (1) din Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, republicată, cu modificările și completările ulterioare (Legea nr. 50/1991), art. 8 din Legea poliției locale nr. 155/2010, republicată, cu modificările și completările ulterioare (Legea nr. 155/2010), precum și ale art. 27 din Regulamentul-cadru de organizare și funcționare a poliției locale, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 1.332/2010”]. În cazul de față, ipoteza concretă din practica judiciară neunitară ar trebui să fie cea a reținerii (sau nu) în cadrul regulatorului a competenței instanței investite prin hotărârea de declinare a competenței, pe motivul că aceasta și-a invocat necompetența materială/funcțională, fără a-și verifica competența materială/funcțională în temeiul dispozițiilor de drept aplicabile, doar cu motivarea că instanța care a declinat competența în favoarea sa nu a invocat excepția necompetenței materiale în termenul prevăzut de dispozițiile art. 131 C. pr. civ. Raportat la modul concret de formulare a sesizării Colegiului de conducere al Curții de Apel Brașov este irelevant ceea ce poate sau nu invoca instanța investită prin hotărârea de declinare a competenței,

*importante fiind soluția instanței care soluționează conflictul de competență și argumentele pe care se bazează această soluție. Aceasta întrucât o sesizare pentru un recurs în interesul legii care implică în mod expres instanța investită prin hotărârea de declinare a competenței se referă implicit și la instanța inițial investită, dar și la instanța care soluționează conflictul de competență (raportat la ipoteza specială invocată de titularul sesizării). În aceste condiții, ceea ce contează este aplicarea dispozițiilor legale referitoare la competența materială/funcțională de către instanța care soluționează conflictul de competență și raționamentul pentru care această instanță a optat pentru o anume dezlegare. În aceste condiții nu este îndeplinită condiția referitoare la existența unei probleme de drept soluționate în mod diferit de instanțele judecătorești, prin hotărâri definitive, ce trebuie dovedită prin anexarea la cererea formulată de titularul sesizării a unei jurisprudențe relevante, care trebuie să emane de la instanța care soluționează conflictul de competență.*

Pe de altă parte, în cazul unei interpretări formale a condițiilor de admisibilitate ale recursului în interesul legii de la art. 515 NCPC, raportat la formularea exactă a titularului sesizării, se poate constata că aceste condiții sunt îndeplinite având în vedere că, potrivit art. 514 C. pr. civ., Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov are calitate procesuală să sesizeze instanța supremă pentru a se pronunța asupra problemei de drept care face obiectul sesizării și care a fost soluționat diferit de instanțele judecătorești. Așadar, dacă s-ar trece peste argumentele expuse de noi deja cu privire la chestiunea inadmisibilității, apreciindu-se ca fiind, totuși, întrunite condițiile prevăzute de dispozițiile art. 515 C. pr. civ., argumentat de faptul că „deși la nivelul Curții de Apel Brașov s-a constatat că instanțele din circumscripția acesteia au soluționat diferit problema supusă analizei, din corespondența administrativă cu celelalte curți de apel, s-a constatat că nu există un punct de vedere unitar cu privire la această chestiune de drept”, atunci recursul în interesul legii ar urma să fie admis pe fond, pentru considerentele pe care le vom expune în cele ce urmează:

## **II. Cu privire la obiectul sesizării**

Pentru a răspunde la problema supusă recursului în interesul legii, trebuie să pornim de la prevederile care reglementează excepția de necompetență și invocarea excepției. După ce în art. 129 alin. 2 pct. 2 C. pr. civ., legiuitorul a stabilit că necompetența este de ordine publică în cazul încălcării competenței materiale (s.n.), când procesul este de competența unei instanțe de alt grad sau de competența unei alte secții sau altui complet specializat, în art. 130 alin. (2) C. pr. civ. limitează momentul procesual până la care se pot invoca. Astfel, necompetența materială și teritorială de ordine publică trebuie invocate de părți ori de către judecător la primul termen la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe și pot pune concluzii.

Apoi, potrivit art. 131 alin. 1 C. pr. civ., la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe și pot pune concluzii, judecătorul este obligat, din oficiu, să verifice și să stabilească dacă instanța sesizată este competentă general, material

și teritorial să judece pricina, consemnând în cuprinsul încheierii de ședință temeiurile de drept pentru care constată competența instanței sesizate. Această încheiere are caracter interlocutoriu.

Față de aceste prevederi legale, considerăm corectă prima opinie jurisprudențială invocată exprimată, care a ajuns la concluzia că necompetența materială poate fi invocată de părți ori de judecător doar în fața primei instanțe, până la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate, în condițiile art. 131 C. pr. civ. Invocarea excepției de necompetență materială, ulterior primului termen de judecată la care părțile sunt legal citate și pot pune concluzii, nu mai este posibilă, competența materială fiind câștigată în mod definitiv de instanța pe rolul căreia a fost introdusă cererea.

Pentru susținerea acestei interpretări, în opinia noastră, trebuie să avem în vedere și prevederile art. 132 alin. (1) C. pr. civ., care dispun că atunci când în fața instanței de judecată se pune în discuție competența acesteia, din oficiu sau la cererea părților, ea este obligată să stabilească instanța judecătorească competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent.

Soluționarea excepției este determinată în funcție de soluția la care s-a oprit instanța, trecerea la judecarea cauzei, la declinarea de competență sau la respingerea cererii ca inadmisibilă.

Excepția de necompetență materială și teritorială de ordine publică, dacă nu a fost invocată în termenul legal, nu va mai putea fi invocată până la finalul procesului, nici în faza judecării în primă instanță, nici în căile de atac, ceea ce reprezintă o caracteristică a excepțiilor relative. Excepția de necompetență materială și teritorială de ordine publică a dobândit, în acest fel, o natură mixtă, îmbinând trăsăturile specifice excepțiilor absolute și a celor relative.

Prin noul cod, legiuitorul nu mai permite invocarea excepției de necompetență materială și teritorială până la începerea dezbaterilor asupra fondului, limitând drastic perioada de timp în care aceasta poate fi invocată, fără posibilitatea derogării.

În acest sens, menționăm și Decizia nr. 28/2015, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, care a fost sesizată să se pronunțe asupra următoarelor chestiuni: dacă explicitarea pretențiilor în apel determină schimbarea cadrului procesual sub aspectul obiectului și posibilitatea de a invoca în fața instanței de apel necompetența materială.

Pentru susținerea opiniei noastre, avem în vedere dezlegarea dată celei de-a doua chestiuni. Instanța supremă a respins, ca inadmisibilă, sesizarea privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea modului de interpretare se aplicare a dispozițiilor art. 130 alin. (2) și art. 131 C. pr. civ., în sensul de a se stabili dacă se poate invoca excepția necompetenței materiale în limitele efectului devolutiv al judecării unei cauze, în apel.

Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat asupra acestei chestiuni prin decizia nr. 113/21.01.2013, pronunțată de Secția I civilă – decizie prin care s-a stabilit că necompetența materială, deși este de ordine publică, nu mai poate fi invocată în orice fază a procesului, ci numai în fața primei instanțe, *in limine litis*, iar „art. 159<sup>1</sup> alin. (2) din vechiul C. pr. civ., introdus prin art. I pct. 23 din Legea nr. 202/2010, prevede că



necompetența materială și teritorială de ordine publică poate fi invocată de părți ori de către judecător la prima zi de înfățișare în fața primei instanțe, dar nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului. În consecință, necompetența de ordine publică nu mai poate fi invocată direct în apel sau recurs”.

În opinia noastră, instanța investită prin hotărârea de declinare a competenței poate invoca excepția necompetenței materiale/funcționale deoarece termenul stabilit de legiuitor, *primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe și pot pune concluzii*, a expirat în fața primei instanțe sesizate și, chiar dacă ne aflăm în prezenta unei excepții de ordine publică, legiuitorul nu a mai permis invocarea acestei excepții oricând.

Astfel, în raport de dispozițiile cuprinse în art. 130 alin. (2), art. 131 alin. (1) și art. 132 alin. (2) C. pr. civ., prima instanță sesizată a devenit competentă ca urmare a încheierii interlocutorii pronunțate sub aspectul competenței generale, materiale și teritoriale, motiv pentru care excepția necompetenței materiale nu mai poate fi pusă în discuție în fața acestei instanțe. Dacă totuși se dispune, ulterior momentului procesual reglementat de art. 131 C. pr. civ., declinarea competenței către o altă instanță din considerente privitoare la competența materială sau funcțională, cea de a doua instanță investită este ținută, la rândul său, a face aplicarea dispozițiilor art. 131 C. pr. civ., concluzie la care se ajunge și prin aplicarea ipotezei reglementate de art. 133 pct. 2 C. pr. civ. Dacă a doua instanță investită (în favoarea căreia s-a declinat competența de soluționare a cauzei) nu ar avea obligația verificării propriei sale competențe, prevederile art. 133 pct. 2 C. pr. civ. nu s-ar aplica în nicio situație, fiind imposibil a se naște vreodată conflictul negativ de competență. Or, o asemenea ipoteză este *de plano* exclusă, a doua instanță sesizată având astfel îndatorirea de a-și verifica propria competență potrivit art. 131 alin. (1) C. pr. civ.

**Observând că prima instanță sesizată a devenit competentă ca urmare a depășirii momentului procesual menționat de art. 131 C. pr. civ., fiind dată încheierea prevăzută de art. 132 alin. (2) C. pr. civ., în mod corect cea de a doua instanță poate observa că, în privința cauzei civile respective, competența materială și/sau funcțională nu îi mai aparține, fiind deja câștigată de prima instanță. Mai mult, trebuie observat că încheierea interlocutorie pe care a pronunțat-o prima instanță nu poate fi atacată decât odată cu fondul cauzei, de unde rezultă că aceasta devine obligatorie *atât* pentru prima instanță sesizată, *cât și pentru cea de a doua instanță*. Or, invocarea excepției de necompetență materială și/sau funcțională de către a doua instanță sesizată ca urmare a declinării de competență nu reprezintă altceva decât respectarea încheierii interlocutorii pronunțate de prima instanță, fără a mai fi necesare alte verificări. **Drept urmare, admiterea excepției de necompetență materială/funcțională a celei de a doua instanțe sesizate se poate dispune exclusiv în raport de încheierea interlocutorie a instanței mai întâi investite cu soluționarea cauzei.****

Pe de altă parte, nu aderăm la argumentele celei de a doua opinii din următoarele motive: cea de a doua instanță, odată investită ca urmare a soluției de declinare a competenței cu depășirea momentului procesual prevăzut de art. 131 C. pr. civ. nu efectuează un control jurisdicțional al încheierii respective, nici a hotărârii de declinare de com-

petență. În primul rând, cea din urmă instanță investită procedează la verificarea propriei sale competențe, fiind o îndatorire care i se aplică în mod corespunzător. Mai mult, fiind în prezența unei declinări de competență, iar nu a unui regulator de competență, dispozițiile art. 135 alin. (4) C. pr. civ. nu se aplică, sens în care cea de a doua instanță investită nu este ținută de hotărârea inițială de declinare a competenței. În acest sens sunt tocmai dispozițiile art. 133 pct. 2 C. pr. civ. deoarece și instanțele investite ulterior ca urmare a declinării de competență au, la rândul lor, posibilitatea de a dispune declinarea de competență, de unde rezultă că hotărârea inițială de dezinvestire a primei instanțe sesizate nu reprezintă o stabilire definitivă a competenței în favoarea instanței căreia i se declină cauza civilă.

Mai mult, cea de a doua instanță nu se substituie instanței superioare comune și nu procedează conform art. 135 C. pr. civ. deoarece nu verifică legalitatea sau temeinicia hotărârii de declinare a competenței dispuse de prima instanță și nici nu impune acesteia, printr-o hotărâre definitivă, competența de soluționare a cauzei. Cea de a doua instanță doar constată că, în privința respectivei cauze civile, potrivit art. 132 alin. (2) C. pr. civ., o altă instanță, mai întâi sesizată, a dobândit competența de soluționare a dosarului, motiv pentru care, cu privire la aceeași cauză civilă, instanța ulterior sesizată a pierdut competența materială și/sau funcțională tocmai în considerarea încheierii interlocutorii pronunțate de prima instanță sesizată. Ca atare, singura soluție pe care o poate pronunța cea din urmă instanță sesizată, cu aplicarea obligatorie a dispozițiilor art. 131 C. pr. civ., este aceea de declinare a competenței.

Nu în ultimul rând, trebuie reținut că art. 132 alin. (3) C. pr. civ. impune instanței care admite excepția de necompetență de a determina instanța căreia îi va trimite dosarul, considerând că aceasta este competentă a soluționa cauza. Or, aceasta înseamnă că instanța care admite excepția este ținută a realiza o minimă analiză tocmai pentru a identifica instanța pe care o apreciază competentă. Drept urmare, verificându-și propria competență, cea de a doua instanță sesizată trebuie să se raporteze și la încheierea interlocutorie a primei instanțe investite și astfel să determine această instanță ca fiind competentă. De altfel, în toate cazurile în care este admisă o excepție de necompetență materială/funcțională, instanța se raportează la specificul cauzei tocmai pentru a determina instanța cu privire la care apreciază că este competentă a soluționa dosarul. Singura particularitate în problema ce formează obiectul analizei de față este aceea că, spre deosebire de alte situații, elementul de referință este tocmai încheierea interlocutorie a primei instanței investite. Raportându-se la acest aspect esențial, a doua instanță investită nu are posibilitatea de a constata propria sa competență deoarece aceasta a fost deja câștigată de prima instanță.

În schimb, contrar celei de a doua opinii exprimate, noi nu considerăm că instanța din urmă sesizată s-ar poziționa, în fapt, ca o instanță de control judiciar în condițiile în care doar își verifică propria competență și, cu această ocazie, se raportează și la încheierea interlocutorie a primei instanțe investite. Ulterior, stabilirea în mod definitiv a instanței care va soluționa respectiva cauză nu este atributul celei de a doua instanțe sesizate, ci al instanței superioare comune care va pronunța o hotărâre definitivă prin care va lămuri

aspectul privitor la competență. A doua opinie exprimată nu credem că reflectă spiritul dispozițiilor cuprinse în art. 131-135 C. pr. civ. deoarece nu ar permite, teoretic, nicio verificare de competență din partea instanței din urmă sesizate, excluzând astfel *de plano* posibilitatea ivirii unui conflict negativ de competență, deși legiuitorul îl reglementează expres tocmai în scopul producerii de consecințe juridice. Mai mult, se omite faptul că hotărârea celei de a doua instanțe de declinare a competenței nu produce consecințele prevăzute de art. 135 alin. (4) C. pr. civ. și nu leagă instanța în favoarea căreia cauza este din nou declinată (în ipoteza de față, instanța investită inițial), ci doar se declină dosarul și se constată conflictul negativ de competență. Ca atare, **nu se poate considera că instanța din urmă sesizată și-ar aroga competențe pe care legea nu i le atribuie, ba dimpotrivă, procedând astfel, noi considerăm că a doua instanță este cea care respectă dispozițiile procesuale și, constatând ivit conflictul negativ de competență, oferă instanței superioare comune posibilitatea restabilirii legalității sub aspectul determinării instanței competente material și/sau funcțional, adică tocmai instanța inițial investită.**

*În concluzie*, susținem admiterea sesizării și interpretării în favoarea primei opinii exprimate.

Prof. univ. dr. Claudia Roșu  
Lect. univ. dr. Florina Popa  
Lect. univ. dr. Alin Speriusi-Vlad  
Drd. Cătălin Lungănașu

**Soluția Înaltei Curți de Casație și Justiție:** Instanța supremă a admis recursul în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov și, în consecință, a stabilit că în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 131 C. pr. civ., instanța investită prin hotărârea de declinare a competenței poate invoca necompetența materială procesuală dacă instanța care și-a declinat competența în favoarea sa nu a invocat excepția de necompetență în termenul legal, indiferent dacă această din urmă instanță se declarase sau nu competentă prin încheiere interlocutorie pronunțată potrivit prevederilor art. 131 alin. (1) C. pr. civ. Obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 517 alin. (4) C. pr. civ. Pronunțată în ședință publică din 11 noiembrie 2019.

# Principiul disponibilității părților în procesul civil *versus* principiul rolului activ al judecătorului în aflarea adevărului: corelații, interferențe, limite

## The principle of parties' availability in the civil process versus the principle of the judge's active role in finding the truth: correlations, interference, limits

Lect. univ. dr. **Florina POPA\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

### Abstract

*Considered to be one of the specific differences between the civil process and the criminal process, the principle of availability is, at the same time, the most important manifestation of the autonomy of will in the matter of civil procedural law. The current Code of Civil Procedure establishes, more or less explicitly, a mix between the features of the accusatory system, which reserves to the court a neutral role in the trial, of a simple arbitrator, and those specific to the inquisitorial system (more consistent in number), a system that recognizes the judge the prerogative of the active role, in order to find out the truth, – the premise of pronouncing a sound and legal decision. The present approach aims to analyze the extent to which the judge's role in finding the truth in the civil process can limit the prerogatives conferred on the parties by the principle of availability.*

**Keywords:** *the principle of the parties' availability in the civil process; the principle of the active role of the judge in finding the truth; the legal qualification of the acts and facts deduced from the judgment.*

### Rezumat

*Considerat a fi una dintre diferențele specifice de esență între procesul civil și procesul penal, principiul disponibilității reprezintă, în același timp, manifestarea cea mai pregnantă a autonomiei de voință în materia dreptului procesual civil. Actualul Cod de procedură civilă consacră, mai mult sau mai puțin explicit, un melanj între trăsăturile sistemului acuzatorial, care rezervă instanței un rol neutru în proces, de simplu arbitru, și cele specifice sistemului inchizitorial (mai consistente ca număr), sistem care recunoaște judecătorului prerogativa rolului activ, în scopul aflării adevărului, – premisă a pronunțării unei hotărâri temeinice și legale. Prezentul demers își propune să analizeze în ce*

---

\* florina.popa@e-uvt.ro.

*măsură rolul judecătorului în aflarea adevărului în procesul civil poate limita prerogativele conferite părților de principiul disponibilității.*

***Cuvinte-cheie:** principiul disponibilității părților în procesul civil; principiul rolului activ al judecătorului în aflarea adevărului; calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecării.*

### **1. Procedura acuzatorială versus procedura inchizitorială**

Procedura acuzatorială este indisolubil legată de principiul autonomiei de voință, care, corelativ principiul libertății contractuale specific dreptului material<sup>1</sup>, conferă titularilor de drepturi procesuale posibilitatea de a decide „când, cum și împotriva cui trebuie să se îndrepte în căutarea dreptății”<sup>2</sup>. În cadrul procedurii acuzatoriale, părțile sunt libere să decidă soarta litigiului, fără ca instanța judecătorească să poată interveni în numele ordinii publice, pentru a cenzura obiectul sau cauza cererii de chemare în judecată, și nici actele de dispoziție ale părților.

La polul opus, sistemul inchizitorial concretizează rolul intervenționist al statului în desfășurarea procedurilor judiciare, care se transpune în rolul activ al judecătorului în procesul civil. Ca urmare, prerogativele pe care instanța le poate exercita din oficiu – iar uneori este chiar ținută de reguli imperative să le exercite – sunt multiple, și debutează prin verificarea întrunirii simultane și cumulative a condițiilor de exercitare a acțiunii în justiție, la momentul demarării litigiului, dar concretizează numeroase aplicații și pe parcursul derulării etapelor acestuia.

Pe tot parcursul procesului, judecătorul este dator „să stăruie, prin toate mijloacele legale, pentru a preveni orice greșeală privind aflarea adevărului în cauză, pe baza stabilirii faptelor și prin aplicarea corectă a legii, în scopul pronunțării unei hotărâri temeinice și legale (...)” – potrivit art. 22 alin. (2) C. pr. civ. În cuprinsul aceluiași articol, legiuitorul instituie și „instrumentele” la care poate apela judecătorul pentru aflarea adevărului: acesta poate solicita părților explicații, oral sau în scris, cu privire la situația de fapt, dar și cu privire la motivarea în drept, pe care părțile le invocă, urmând să pună în dezbaterea acestora orice împrejurări de fapt sau de drept, **indiferent dacă sunt menționate sau nu în cererea de chemare în judecată sau în întâmpinare**; judecătorul poate dispune administrarea probelor necesare aflării adevărului în cauză, precum și alte măsuri prevăzute de lege, **chiar dacă părțile s-ar împotrivi**. Mai mult decât atât, judecătorul **poate** – iar uneori, chiar **trebuie** – să aibă inițiativa lărgirii cadrului procesual, prin

<sup>1</sup> A se vedea: A.- A. Chiș, Gh.-L. Zidaru, *Rolul judecătorului în procesul civil*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 13. Pentru aplicațiile principiului libertății contractuale în procesul civil, a se vedea: S. Popa, *Aplicarea principiului libertății contractuale în dreptul procesual civil potrivit statornicirilor din noul Cod de procedură civilă*, în „Dreptul” nr. 9/2013, p. 36-61.

<sup>2</sup> C. Alexe, *Rolul activ al judecătorului și abuzul de drept în procesul civil român actual*, în *Pandectele române nr. 2/2005*, p. 189. În opinia autoarei, „îngăduind astfel deplina libertate a părților, se asigură ocazia ca judecătorul să se lase pur și simplu convins de partea care reușea să își „împacheteze” cât mai bine susținerile, indiferent dacă câștigul său de cauză corespundea, ori nu, cu adevărul judiciar”.

introducerea în cauză a altor persoane, însă „în condițiile legii”, potrivit art. 22 alin. (3) C. pr. civ. (reglementarea de principiu a instituției introducerii forțate, din oficiu, a terților în proces fiind reglementată de dispozițiile art. 78 C. pr. civ.).

Așadar, potrivit principiilor procedurii inchizitoriale, chiar dacă inițiativa intentării acțiunii civile aparține, în principiu, subiectului de drept care justifică un interes, statul trebuie vegheze la bunul mers al procedurii de judecată a litigiului, iar ulterior, la desfășurarea procedurii de executare a hotărârii judecătorești, întrucât statul este garantul păcii sociale, iar una din căile de menținere a acesteia este tocmai buna administrare a justiției. Astfel, chiar dacă părților li se recunoaște o anumită autonomie în a dispune de obiectul procesului, aceasta nu le conferă prerogativa de a conduce mersul procedurii<sup>3</sup>. Așa cum s-a spus, justiția nu este doar una dintre puterile statului, ci, în același timp, unul dintre cele mai importante servicii publice datorate cetățeanului, „ce obligă statul să tranșeze cât mai rapid o stare de conflict social privat dar și să caute adevărul obiectiv, dând forță autorității de lucru judecat prin emiterea unei hotărâri legale și temeinice (...)”<sup>4</sup>.

## 2. Principiul disponibilității părților în procesul civil consacră autonomia de voință a acestora în exercitarea anumitor prerogative procesuale

Principiul disponibilității este consacrat *expressis verbis* prin dispozițiile art. 9 C. pr. civ., care statuează că:

„(1) Procesul civil **poate fi pornit la cererea celui interesat, sau, în cazurile anume prevăzute de lege, la cererea altei persoane, organizații ori a unei autorități sau instituții publice ori de interes public.**

(2) **Obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților.**

(3) **În condițiile legii, partea poate, după caz, renunța la judecarea cererii de chemare în judecată sau la însuși dreptul pretins, poate recunoaște pretențiile părții adverse, se poate învoi cu aceasta pentru a pune capăt, în tot sau în parte, procesului, poate renunța la exercitarea căilor de atac ori la executarea unei hotărâri. De asemenea, partea poate dispune de drepturile sale în orice mod permis de lege.”**

În doctrină s-a arătat că, în esență, principiul disponibilității „constă în recunoașterea dreptului părții de a hotărî pornirea procesului civil, de a dispune de obiectul acestuia și de mijloacele de apărare”<sup>5</sup>, iar conținutul acestui principiu include următoarele componente<sup>6</sup>:

<sup>3</sup> În opinia autorului I. Deleanu, „procedura civilă este „acuzatorie” prin însăși natura ei, putându-se spune, metaforic, că procesul este „proprietatea părților” (...)” - a se vedea I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 215.

<sup>4</sup> C. Alexe, *Rolul activ al judecătorului și abuzul de drept în procesul civil român actual*, (op. cit.), p. 191. În același sens, a se vedea și C. Roșu, *Principiul disponibilității în procesul civil*, în volum *In honorem Gheorghe Mihai*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 238, unde autoarea în mod judicios subliniază că „(...) principiul disponibilității în procesul civil nu absolvă statul – prin autoritățile sale competente – de obligațiile pozitive ce-i revin pentru asigurarea efectivității drepturilor procesuale ale părților”.

<sup>5</sup> A se vedea: I. Stoienescu, G. Porumb, *Drept procesual civil român*, (op. cit.), p. 62. În același sens, a se vedea: G. Boroi, M. Stancu, *Fișe de procedură civilă*, Editura Hamangiu, București, 2019, p. 8-12; M. Tăbărcă, *Procedura civilă în fișe de revizuire (Ediția a II-a)*, Editura Solomon, București, 2019, p. 15-18; A. Tabacu, *Drept*

a) dreptul persoanei interesate (sau al unei alte entități dintre cele vizate de art. 37 C. pr. civ., sau al procurorului, în condițiile art. 92 C. pr. civ.) de a porni sau nu procesul;

b) dreptul de a determina cadrul procesual, „*atât din punct de vedere al obiectului, cauzei și părților, cât și din perspectiva apărărilor formulate în proces*”<sup>7</sup>;

c) dreptul de a pune capăt procesului, prin intermediul actelor procesuale de dispoziție (renunțarea la judecată; renunțarea la însuși dreptul pretins; achiesarea; tranzacția).

Principiul disponibilității apare ca fiind o reflexie a libertății de voință a părților litigante, manifestată însă în perimetrul drepturilor procesuale ale acestora. În pofida impresiei de exorbitanță pe care ar putea să o inducă posibila corelație cu principiul autonomiei voinței părților, dacă analizăm principiul disponibilității în contextul celorlalte principii ce guvernează procesul civil remarcăm limitele în care disponibilitatea părților trebuie totuși să se cantoneze. Astfel, observăm că, oarecum contrar sensului neechivoc ce se desprinde din formularea alin. (2) al art. 9 C. pr. civ., prerogativele conferite părților litigante de anterior evocatele dispoziții legale nu pot fi exercitate discreționar, ci doar în corelație cu celelalte principii ale procesului civil<sup>8</sup>: principiul legalității, principiul rolului judecătorului în aflarea adevărului, principiul contradictorialității, principiul respectării dreptului la apărare etc.

### **3. Principiul rolului activ al judecătorului, premisă a aflării adevărului în cauză. În ce condiții poate fi modificat de către judecător cadrul procesual configurat de părți?**

În baza principiului disponibilității persoanele interesate pot decide **dacă și când** să sesizeze instanța de judecată, și **împotriva cui** să pornească procesul, iar persoanele chemate în judecată pot decide **dacă și cum** să – și formuleze apărările, și, respectiv, **dacă** să valorifice sau nu în procesul deja inițiat pretenții proprii împotriva reclamantului, „*derivând din același raport juridic, sau strâns legate de acesta*” [art. 209 alin. (1)

---

*procesual civil. Legislație internă și internațională. Doctrină și jurisprudență*, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 49 și urm.; C. Roșu, *Principiul disponibilității în procesul civil (op. cit.)*, p. 233 și urm.; M. Dinu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2020, p. 28-29.

<sup>6</sup> M. Stancu, D. N. Theohari, M. Eftimie, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. I (art. 1-455), Editura Hamangiu, București, 2016, p. 37. În același sens, a se vedea și: I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Teoria generală (op. cit.)* p. 127-130, care relevă însă că „*atunci când dreptul de a dispune de obiectul procesului – fie de dreptul material, fie de mijloacele procedurale respective – este folosit potrivit legii, intereselor statului, sau pentru a se aduce atingere intereselor legitime ale altor persoane, instanța de judecată trebuie să împiedice actul de dispoziție să-și producă aceste efecte*”. Cu privire la posibilitatea cenzurării actelor de dispoziție de către instanța de judecată, a se vedea și: I. Leș, *Reflecții privitoare la controlul judecătoresc asupra actelor de dispoziție ale părților în procesul civil*, în „Dreptul” nr. 3/2016, p. 9-21

<sup>7</sup> M. Stancu, D. N. Theohari, M. Eftimie, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole (op. cit.)* p. 37. Într-o lucrare recent se arată că „*prin materializarea principiului disponibilității sub unul sau mai multe dintre aspectele sale, se stabilesc limitele investiției instanței*”. – A. Carali, *Rolul activ al judecătorului în procesul civil: Când? În ce limite? Cum?*, în Revista „Themis” nr. 1/2016, p. 63.

<sup>8</sup> În același sens, C. Roșu, *Principiul disponibilității în procesul civil (op. cit.)*, p. 233.

C. pr. civ.], iar în ipoteza în care formulează cerere reconvențională, **dacă** să cheme sau nu în judecată și alte persoane decât reclamantul<sup>9</sup>.

În ceea ce privește crearea cadrului procesual subiectiv, reclamantul<sup>10</sup> este cel care, în principiu, decide pe cine să cheme în judecată, cu unele excepții, însă. Astfel, potrivit art. 78 alin. (1) C. pr. civ., în procedura necontencioasă, precum și în cazurile prevăzute de lege în procedura contencioasă, judecătorul va dispune din oficiu introducerea în cauză a altor persoane, **chiar dacă părțile se împotrivesc (s.n.)**, ceea ce semnifică o limitare neechivocă a efectelor principiului disponibilității<sup>11</sup>. Spre deosebire de ipotezele reglementate de dispozițiile alin. (1) al art. 78 C. pr. civ., cele vizate de alin. (2) al aceluiași articol par să limiteze ingerința instanței în modificarea cadrului procesual, tocmai „în numele” principiului disponibilității. Astfel, dacă instanța ajunge la concluzia că natura dreptului litigios presupune crearea unui litisconsorțiu procesual subiectiv obligatoriu (al cărui caracter obligatoriu a fost ignorat de reclamant), aceasta va da eficiență dispozițiilor art. 78 alin. (2) C. pr. civ. potrivit cu care „*în materie contencioasă, când raportul juridic dedus judecății o impune, judecătorul va pune în discuția părților necesitatea introducerii în cauză a altor persoane*”<sup>12</sup>. Dacă niciuna dintre părțile litigante nu înțelege să solicite introducerea în cauză a terțului, iar judecătorul apreciază că pricina nu poate fi soluționată fără participarea terțului, potrivit dispozițiilor alin. (2) al art. 78 C. pr. civ. instanța va respinge cererea, fără a se pronunța pe fond<sup>13</sup>.

În concluzie, deși „*consecința logică a principiului disponibilității ar trebui să fie imutabilitatea litigiului și a părților din litigiu*”<sup>14</sup>, această caracteristică nu trebuie

<sup>9</sup> Pe de altă parte, cei interesați în soluționarea unui diferend au și opțiunea de a nu sesiza instanțele de drept comun, putând recurge la proceduri de soluționare alternativă a litigiilor, la mediere sau arbitraj.

<sup>10</sup> Și, respectiv, pârâtul – reclamant reconvențional.

<sup>11</sup> Într-o opinie doctrinară, caracterul obligatoriu al introducerii în cauză a terților rezultă din modul de formulare a textului – „*judecătorul va dispune (...)*”. Per a contrario, „*acolo unde legea nu dispune expres, în procedura contencioasă, judecătorul nu este obligat să extindă din oficiu cadrul procesual subiectiv, aspectul fiind lăsat la latitudinea sa*” – a se vedea: A. Tabacu, A. Drăghici, *Disponibilitatea părților și rolul judecătorului în procesul civil*, în *Analele Universității Babeș-Bolyai Cluj Napoca, Studia Jurisprudentia* nr. 2/2010, p. 91. Cu titlu de exemplu, autoarele evocă ipoteza transmiterii convenționale a dreptului litigios *pendente litis*, împrejurare adusă la cunoștința instanței. În situația în care terțul nu este împrocesat nici ca urmare a inițiativei sale de a interveni în proces și nici din inițiativa uneia dintre părțile litigante, instanța *poate* aprecia din oficiu că se impune extinderea cadrului procesual subiectiv, caz în care va pune în discuția părților introducerea forțată a terțului în proces, cu consecința respingerii cererii, fără a se pronunța pe fond, dacă niciuna dintre părți nu își manifestă disponibilitatea în sensul de a cere introducerea în cauză a terțului.

<sup>12</sup> Potrivit art. 22 alin. (3) NCPC teza finală: *terțele persoane introduse forțat în proces în baza art. 78 C. pr. civ. „vor avea posibilitatea, după caz, de a renunța la judecată sau la dreptul pretins, de a achiesa la pretențiile reclamantului ori de a pune capăt procesului printr-o tranzacție”*. În mod similar, persoana introdusă în cauză potrivit dispozițiilor art. 78 alin. (1) și (2) C. pr. civ., deși va lua procedura în starea în care se află în momentul introducerii în proces, va putea solicita readministrarea probelor, sau administrarea de noi probe, iar actele de procedură ulterioare vor fi îndeplinite și față de acesta [art. 79 alin. (2) C. pr. civ.].

<sup>13</sup> Hotărârea judecătorească prin care se procedează la respingerea cererii de chemare în judecată fără a fi cercetată pricina pe fond nu va avea autoritate de lucru judecat – a se vedea G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 141.

<sup>14</sup> I. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă*, vol. I (art. 1 - 621), Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 52; S. Guinchard, Fr. Ferrand, C. Chainais, *Procedure Civile*, Editura Dalloz, Paris, 2009, p. 286-288.



absolutizată. Astfel, chiar dacă reclamantul a creat *ab initio* un anumit cadru procesual, este posibil ca acesta să fie modificat ulterior, fie ca urmare a intervențiilor voluntare ale terților în proces (fie principale, fie accesorii, fie de ambele categorii), fie ca urmare a inițiativei reclamantului<sup>15</sup>, sau a celorlalte părți litigante<sup>16</sup>, sau chiar a instanței de judecată, care poate uza de dispozițiile art. 78 alin. (2) C. pr. civ.<sup>17</sup>, după cum, în situațiile expres prevăzute de lege, este obligată să dea eficiență dispozițiilor art. 78 alin. (1) C. pr. civ., și să introducă din oficiu un terț în cauză, chiar dacă părțile litigante se opun<sup>18</sup>. Prin urmare, imutabilitatea litigiului din perspectiva principiului disponibilității, ar trebui privită într-o manieră relativă, și nu absolută.

#### 4. Dreptul părților de a stabili limitele sesizării instanței, sub aspectul obiectului cererii de chemare în judecată și a cauzei acesteia. Reprezintă recalificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecării o limită a principiului disponibilității?

În principiu, părțile litigante stabilesc obiectul judecării, așa cum statuează în mod neîndoielnic alin. (2) al art. 9 C. pr. civ., potrivit cu care „*obiectul și limitele procesului sunt*

<sup>15</sup>Însuși reclamantul poate modifica cererea de chemare în judecată, în condițiile prevăzute de dispozițiile art. 204 Cod procedură civilă, după cum atât reclamantul cât și pârâtul pot formula cereri de intervenție forțată a terților în proces (chemare în judecată a altei persoane care ar putea pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul (art. 68-71 C. pr. civ.); chemarea în garanție (art. 72-74 C. pr. civ.), iar pârâtul poate formula cerere de arătare a titularului dreptului (art. 75-77 C. pr. civ.) Mai mult decât atât, chiar terțele persoane introduse în proces forțat, din oficiu, vor putea, la rândul lor, să-și exercite drepturile procesuale recunoscute de lege, inclusiv în ceea ce privește atragerea altor terți în proces. Așadar, imutabilitatea litigiului trebuie privită într-o manieră relativă, și nu absolută.

<sup>16</sup>În literatura de specialitate s-a arătat că există cazuri în care pârâtul poate cere instanței să dispună altceva decât a cerut reclamantul, fără însă a fi nevoit să depună cerere reconvențională. Astfel, potrivit art. 1710 alin. (2) C. civ., „*la cererea vânzătorului, instanța, ținând seama de gravitatea viciilor, și de scopul pentru care contractul a fost încheiat, precum și de alte împrejurări, poate dispune o altă măsură prevăzută la alin. (1) decât cea solicitată de cumpărător*” – a se vedea G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 13. Considerăm că, pentru identitate de rațiune, pârâtul nu va fi nevoit să formuleze cerere reconvențională nici atunci când solicită aplicarea dispozițiilor art. 1222 alin. (3) C. civ., potrivit cu care „*în toate cazurile, instanța poate să mențină contractul, dacă cealaltă parte oferă, în mod echitabil, o reducere a propriei creanțe sau, după caz, o majorare a propriei obligații. Dispozițiile art. 1213 (C. civ. – n.n.) se aplică în mod corespunzător*”.

<sup>17</sup>Așa cum s-a remarcat, pot fi incluse în această categorie și cererile de chemare în judecată care vizează desființarea anumitor raporturi juridice cu pluralitate de părți. Astfel, art. 1256 Cod civil stipulează că „*în cazul contractelor cu mai multe părți în care prestația fiecărei părți este făcută în considerarea unui scop comun, nulitatea contractului în privința uneia dintre părți nu atrage desființarea în întregime a contractului, afară de cazul în care participarea acesteia este esențială pentru existența contractului (s. n.)*”. În cea din urmă ipoteză, judecătorul va fi obligat să extindă cadrul procesual, coparticiparea procesuală fiind necesară, față de împrejurarea că un astfel de act juridic nu poate deveni nul pentru unele părți, în timp ce rămâne valabil pentru celelalte – A. Tabacu, A. Drăghici, *Disponibilitatea părților (...)*, op. cit., p. 92.

<sup>18</sup>În doctrină s-a observat că „*modul de soluționare a extinderii cadrului procesual subiectiv din oficiu (...), determină concluzia că nu se trece efectiv peste disponibilitatea părților, însă acestea își asumă consecințele grave ale respingerii cererii, dacă nu împărtășesc aceeași opinie ca instanța până la eventuala cenzurare a acestui punct de vedere în instanța de control judiciar, părțile nu-și vor vedea soluționată cererea în fond*” – A. Tabacu, A. Drăghici, *Disponibilitatea părților (...)*, op. cit., p. 91.

stabilite prin cererile și apărările părților”, și, respectiv, art. 22 alin. (6) din același act normativ, care dispune că „judecătorul trebuie să se pronunțe asupra a tot ceea ce s-a cerut, fără însă a depăși limitele investiției, în afară de cazurile în care legea ar dispune altfel”<sup>19</sup>.

Principiul disponibilității prezintă relevanță inclusiv în ceea ce privește calificarea juridică a cererilor și apărărilor părților<sup>20</sup>, ridicându-se astfel întrebarea în ce măsură, ca efect al respectării disponibilității părților, instanța ar fi ținută de calificarea pe care părțile o dau, pe de o parte, actelor și faptelor deduse judecății, iar pe de altă parte, cererilor și apărărilor cu care investesc instanța.

Miza chestiunii în discuție este importantă, în contextul în care calificarea juridică a cererii decide practic regimul juridic procesual al acesteia: taxa de timbru, competența instanței, mijloacele de probă admisibile, căile de atac, autoritatea de lucru judecat etc., iar o eventuală calificare eronată a actelor și faptelor deduse judecății semnifică, practic, o veritabilă încălcare a dreptului.

Așa cum s-a arătat în doctrină, obiectul și cauza cererii de chemare în judecată sunt elemente definitorii pentru operațiunea de calificare juridică a cererii<sup>21</sup>.

Fie că a fost considerată a fi scopul spre care tinde cel care intenționează demersul judiciar<sup>22</sup>, fie că a fost considerată însuși temeiul juridic al cererii, respectiv fundamentul juridic al dreptului pe care o parte îl valorifică împotriva celeilalte<sup>23</sup>, cauza acțiunii civile este unul dintre elementele esențiale ale acțiunii civile, alături de obiectul acțiunii și părțile

<sup>19</sup> În același sens, art. 397 C. pr. civ. statuează că „instanța este obligată să se pronunțe asupra tuturor cererilor deduse judecății. Ea nu poate acorda mai mult sau altceva decât s-a cerut, dacă legea nu prevede altfel”, iar art. 477 alin. (1) C. pr. civ. conține dispoziții similare cu privire la judecata în apel, statuând că „instanța de apel va proceda la rejudecarea fondului în limitele stabilite, expres sau implicit, de către apelant (s.n.), precum și cu privire la soluțiile care sunt dependente de partea din hotărâre care a fost atacată.” În ceea ce privește căile extraordinare de atac, revizuirea se poate cere atunci când instanța „s-a pronunțat asupra unor lucruri care nu s-au cerut sau nu s-a pronunțat asupra unui lucru cerut, ori s-a dat mai mult decât s-a cerut”.

<sup>20</sup> Pentru o analiză complexă și nuanțată a acestui subiect, a se vedea: Gh.-L. Zidaru, *Este instanța îndreptățită să schimbe calificarea juridică a cererii formulate? Reflecții din perspectiva principiului iura novit curia*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 2/2014, p. 168-204. În mod judicios autorul remarcă faptul că sintagma „a da calificarea juridică unei cereri” nu rezumă prerogativele instanței la activitatea de stabilire a temeiului de drept aplicabil, ci aceasta va fi ținută și să identifice natura juridică reală a cererii, a categoriei ori a instituției juridice aplicabile. – Gh.-L. Zidaru, *op. cit.*, p. 195.

<sup>21</sup> Referitor la acest aspect, într-o opinie s-a spus că: „Trei aspecte sunt esențiale pentru determinarea cadrului procesual obiectiv: **faptele** prezentate de parte, **calificarea lor juridică**, anume invocarea unui temei juridic pentru pretenția formulată și încadrarea în **norma de drept**, respectiv invocarea unui text de lege, în care se găsește reflectată pretenția” – a se vedea A. Tabacu, A. Drăghici, *Disponibilitatea părților (...)*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>22</sup> A se vedea: M. Tăbărcă, *op. cit.*, vol. I (2013), p. 160; V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic (...)*, *op. cit.*, vol. I, 1997, p. 263.

<sup>23</sup> A se vedea: I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil*, 1983, *op. cit.*, p. 237; E. Herovanu, *Principiile procedurii judiciare*, *op. cit.*, 1932, p. 195-198. În opinia autorului Gh.-L. Zidaru, „cauza constituie însă actul sau faptul juridic care constituie fundamentul dreptului reclamat; ea nu trebuie căutată în normele de drept, ci în „principiul generator al dreptului reclamat” (...)- Gh.-L. Zidaru, *Este instanța îndreptățită să schimbe calificarea juridică (...)*, *op. cit.*, p. 192.

între care se leagă raportul juridic de drept procesual. În doctrină se face distincție între *causa petendi*, respectiv cauza acțiunii civile, și *causa debendi* – cauza cererii de chemare în judecată<sup>24</sup>, temeiul ei juridic<sup>25</sup>, specificându-se, totodată, faptul că indicarea fundamentului pretențiilor reclamantului nu echivalează cu indicarea de către acesta a normelor de drept incidente în speță, această din urmă chestiune fiind opera judecătorului, potrivit principiului *iura novit curia*<sup>26</sup>.

Obiectul acțiunii civile îl constituie „*ceea ce părțile înțeleg să supună judecății, ceea ce ele pretind ca judecătorii să verifice, să aprecieze, să constate, să judece*”<sup>27</sup>, prin inter-

<sup>24</sup> Așa cum judicios s-a remarcat, dacă reclamantul se rezumă la a solicita obligarea pârâtului la plata unei sume de bani, fără să arate cauza în temeiul căreia pârâtul ar datora suma respectivă (achitarea prețului pentru bunul pe care pârâtul cumpărat; restituirea de către pârât a sumei împrumutate de la reclamant; repararea unei pagube pe care pârâtul a produs-o reclamantului etc.), respectiv fără să arate motivele de drept care justifică pretenția formulată, această singură precizare nu va putea fi considerată îndestulătoare „*pentru conturarea valabilă a raportului juridic litigios*” – A.-A. Chiș, Gh.-L. Zidaru, *Rolul judecătorului (...)*, op. cit., p. 69. Referitor la același aspect, în doctrina mai veche se arată că: „*(...) o cerere având ca obiect evacuarea sau predarea unei case, fără nicio lămurire alta, fără nimic în conținutul ei care să conducă la caracterizarea și justificarea pretențiunii ridicate, e o cerere neconcludentă, inadmisibilă (după împrejurări, nesperioasă chiar) și cu privire la care niciun tribunal nu ar putea statua printr-o hotărâre favorabilă, adecă de admitere; deși o asemenea cerere de evacuare ar fi la prima vedere o cerere cu obiect precis, deci conformă cu cerințele legii. Că, pentru ca judecătorul să o poată lua în cercetare, ar trebui ca el să cunoască ce semnificație juridică are evacuarea sau predarea imobilului, pe ce temei juridic se bazează, ce o provoacă și ce o legitimează. (...) Evacuarea și predarea unui imobil poate fi deci concluzia unei acțiuni posesorii, a unei acțiuni în revendicare, a unei acțiuni în rezoluțiunea sau anularea unui contract de locațiune; ea poate rezulta dintr-un drept de proprietate, de uzufruct, de habitație, de concesiune, de folosință și așa mai departe*”. – a se vedea: E. Herovanu, *Legea pentru accelerarea judecăților din 11 iulie 1929, comentată și adnotată*, Editura Cultura Poporului, București, 1937, p. 50-53, apud A.-A. Chiș, Gh.-L. Zidaru, *Rolul judecătorului (...)*, op. cit., p. 69.

<sup>25</sup> S-a arătat că, „*în cazul în care se revendică un bun de la o persoană, cauza acțiunii o constituie deținerea abuzivă a bunului de către acea persoană și voința de a face ca această deținere să înceteze, stabilindu-se o stare corespunzătoare a dreptului pretins, iar cauza cererii de chemare în judecată poate fi contractul, succesiunea etc.*” – a se vedea: V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *Drept procesual civil. Curs de bază... (op. cit.)*, p. 119. Referitor la *causa petendi*, într-o altă lucrare s-a arătat că „*judecătorul nu poate să schimbe faptele care reprezintă cauza petendi a acțiunii, numai partea fiind în măsură să le cunoască și să le reclame (...)*”, și nici nu va putea schimba temeiul cererii, în sensul de ivor al dreptului invocat (act sau fapt juridic), însă va putea să interpreteze actul juridic dedus judecății, pentru a aprecia asupra încadrării juridice – A. Tabacu, A. Drăghici, *Disponibilitatea părților... (op. cit.)*, p. 93-94.

<sup>26</sup> A.-A. Chiș, Gh.-L. Zidaru, *Rolul judecătorului (...)*, op. cit., p. 70. Cu toate acestea, în cazul în care instanța dă calificarea juridică exactă a cererii (indiferent dacă aceasta nu fusese calificată în niciun fel de către reclamant, cât și în cazul în care aceasta fusese calificată greșit), este datoare să o pună în discuția părților în prealabil, pentru respectarea principiului contradictorialității. În acest sens, în practica judiciară aferentă Codului civil de la 1865 s-au statuat următoarele: „*instanțele judecătorești nu sunt legate de calificarea juridică pe care partea o dă unui anumit fapt, mai ales atunci când este lipsită de experiență sau pregătire de specialitate, ci, dimpotrivă, sunt îndatorate să-i dea un ajutor activ în vederea ocrotirii drepturilor și intereselor sale; în acest scop, ele au datoria de a pune în dezbatere orice împrejurare de fapt sau de drept care ar duce la dezlegarea justă a pricinii, chiar dacă împrejurarea găsită concludentă de instanță nu este invocată anume în cerere*” – Trib. Supr. civ., Dec. nr. 642 / 14 aug. 1953, *Culegere de decizii*, 1952-1954, vol. I, p. 335, apud G. Porumb, op. cit., p. 302.

<sup>27</sup> V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, 1997 (op. cit.), p. 262. În mod pragmatic, reputatul autor remarcă faptul că „*(...) acțiunea aduce în discuție o problemă de fapt (s.n.) și o*

mediul obiectului urmărindu-se, „*protecția dreptului subiectiv civil sau a unui interes ce se poate realiza doar pe calea acțiunii în justiție*”<sup>28</sup>.

Pentru a lămuri chestiunea supusă dezbaterii, respectiv dacă judecătorul poate schimba calificarea juridică a cererii fără a încălca astfel principiul disponibilității, trebuie să ținem seama în primul rând de dispozițiile art. 22 alin. (1) C. pr. civ., potrivit cu care „*judecătorul soluționează litigiului conform regulilor de drept care îi sunt aplicabile*”, ceea ce înseamnă că, independent de faptul că părțile nu ar indica niciun temei de drept pentru cererile și apărările lor, sau ar indica un temei de drept greșit, **judecătorul are îndatorirea legală** (s.n.) de a identifica normele de drept incidente în speța dedusă judecării, prin raportare la starea de fapt relatată de reclamant prin cererea de chemare în judecată, și, respectiv, starea de fapt invocată de către părât prin întâmpinare sau acțiunea reconvențională<sup>29</sup>.

Această îndatorire a instanței rezultă fără echivoc din dispozițiile art. 22 alin. (4) C. pr. civ., care statuează că „*Judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecării, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire*”<sup>30</sup>, dar și din dispozițiile art. 7 C. pr. civ., care consacră principiul legalității: „*Procesul civil se desfășoară în conformitate cu dispozițiile legii. Judecătorul are îndatorirea de a asigura respectarea dispozițiilor legii privind realizarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor din proces*”. În teza finală a alin. (4) a art. 22 C. pr. civ., legiuitorul stipulează însă că, în cazul în care calificarea juridică la care s-ar ajunge ca urmare a exercitării de către instanță a prerogativei restabilirii calificării juridice, „*judecătorul este obligat să pună în discuția părților calificarea juridică exactă*”, ceea ce reprezintă o recunoaștere de către legiuitor a efectelor principiului contradictorialității, consacrat explicit în art. 14 C. pr. civ., în special în alin. (6) al acestui articol, după cum urmează: „*Instanța își va întemeia hotărârea numai pe motive de fapt și de drept, pe explicații și pe mijloace de probă care au fost supuse, în prealabil, dezbaterii contradictorii*”<sup>31</sup>. Așa cum s-a subliniat în doctrină, dispozițiile art. 22 alin. (4)

---

*problemă de drept (...)*. Cu privire la relevanța modului în care se apreciază valoarea obiectului acțiunii civile, a se vedea I. Leș, *Valoarea obiectului litigiului, – element important al acțiunii civile*, în Revista Română de Executare Silită, nr. 3/2017, p. 54-69.

<sup>28</sup> V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *Drept procesual civil. Curs de bază (...)* op. cit., p. 119.

<sup>29</sup> În acest sens, s-a afirmat că judecătorul „*trebuie să facă încadrarea juridică a cererii*”, pornind de la identificarea categoriei juridice ori instituției pe care reclamantul își întemeiază cererea – A. Tabacu, A. Drăghici, *Disponibilitatea părților (...)*, op. cit., p. 89. În opinia autoarei M. Tăbărcă, „*temeiul de drept*” este reprezentat de normele de drept aplicabile în cauză, respectiv „*textele de lege a căror incidență o evocă partea, spre deosebire de „temeiul juridic”, care este cauza cererii de chemare în judecată, fundamentul raportului juridic litigios*” – M. Tăbărcă, op. cit., p. 146.

<sup>30</sup> Autorul Gh.-L. Zidaru atrage atenția că dispozițiile art. 22 alin. (4) C. pr. civ. nu trebuie să ne ducă cu gândul la instituția cererii greșit denumite, reglementate de art. 152 C. pr. civ., întrucât art. 22 alin. (4) vizează încadrarea juridică greșită a „*actelor și faptelor deduse judecării*”, ceea ce semnifică faptul că eroarea poartă asupra calificării juridice a raportului juridic de drept substanțial dedus judecării, și nu (doar) asupra denumirii cereri. – a se vedea: Gh.-L. Zidaru, *Este instanța îndreptățită să schimbe calificarea juridică...*, (op. cit.), p. 192.

<sup>31</sup> În acest sens, autorul Gh. - L. Zidaru susține următoarele: „*Cu alte cuvinte, instanța nu ar putea pur și simplu să ignore la motivarea hotărârii calificarea juridică și argumentele asupra cărora reclamantul a insistat și să se raporteze exclusiv la propria sa calificare, întrucât, procedând astfel, s-ar nesocoti principii fundamentale*

C. pr. civ. își justifică rațiunea prin aceea că, dacă instanța ar trebui să soluționeze procesul fiind ținută de calificarea juridică propusă de reclamant<sup>32</sup>, și ar ajunge la concluzia că aceasta este eronată, soluția ar fi respingerea cererii de chemare în judecată, cu consecința practică a nerezolvării conflictului dintre părțile litigante<sup>33</sup>. Desigur că chestiunea „sensibilă” este cea referitoare la concilierea principiului disponibilității cu ingerința

*ale procesului civil, respectiv disponibilitatea, contradictorialitatea și dreptul la apărare; după cum rezultă și din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, nu este suficient ca instanța să „audă” un argument, ci mai este necesar să-l trateze, cel puțin în substanța sa, în cuprinsul hotărârii sale, arătând motivat de ce anumite pretenții și apărări au fost primite ori înlăturate” – Gh.-L. Zidaru, Este instanța îndreptățită să schimbe calificarea juridică..., (op. cit.), p. 196, nota de subsol 87.*

<sup>32</sup> Potrivit dispozițiilor art. 194 lit. d) C. pr. civ., „cererea de chemare în judecată va cuprinde: (...) d) motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea”. De menționat că, potrivit modificărilor aduse art. 200 alin. (4) C. pr. civ. prin Legea nr. 310/2018, omisiunea reclamantului de a indica temeiul de drept al cererii de chemare în judecată nu mai poate atrage sancțiunea anulării cererii în etapa regularizării. Modificarea pare să fie justificată de o reflectare mai atentă a legiuitorului asupra semnificației dispozițiilor art. 22 alin. (4) C. pr. civ., care relevă că instanța are nu numai prerogativa, ci și obligația de a califica juridică a unei cereri de chemare în judecată, în cazul în care reclamantul nu a făcut-o, și, respectiv, de „a îndrepta” o calificare juridică eronată, în măsura în care reclamantul ar fi indicat-o greșit. Cum însă exercitarea de către instanță a acestor atribuții poate avea loc numai cu respectarea principiului contradictorialității, sancționarea părții reclamante pentru această omisiune nu poate fi realizată în etapa de regularizare. Modificarea adusă de Legea nr. 310/ 2018 nu este la adăpost de critică, deoarece, așa cum îndreptățit s-a observat, „soluția nu are în vedere situația pârâtului, care în lipsa unei **calificări în drept**, asumată de reclamant, va fi obligat să își „construiască” apărarea, exprimată în întâmpinare, pe baza propriei calificări a faptelor prezentate de reclamant” – a se vedea: T.C. Briciu, M. Stancu, C.C. Dinu, Gh.-L. Zidaru, P. Pop, *Comentarii asupra modificării noului Cod de procedură civilă prin Legea nr. 310/2018. Între dorința de funcționalitate și tendința de restaurație*, <https://www.juridice.ro/essentials/2901/comentarii-asupra-modificarii-noului-cod-de-procedura-civila-prin-legea-nr-310-2018-intre-dorinta-de-funcionalitate-si-tendinta-de-restauratie> (sursă accesată la data de 31 martie 2019).

În concluzie, în opinia acestor autori, „(...)neindicarea **motivelor de drept** poate atrage în continuare nulitatea cererii de chemare în judecată, dar nulitatea este **virtuală**, proba vătămării revenind celui care o invocă, și va opera numai în etapa cercetării procesului iar nu în faza de regularizare. Totodată, credem că nulitatea va interveni doar excepțional, când pretențiile formulate și motivele de fapt invocate sunt insuficient de precise și nu permit instanței să-și exercite prerogativa calificării juridice, reglementată imperativ de art. 22 alin. (1) și (4) NCPC”.

<sup>33</sup> În jurisprudența generată sub auspiciile Codului de procedură civilă de la 1865 s-a statuat că „este îndatorirea instanței și expresia rolului său activ de a da cererilor greșit intitulate calificarea corectă în justiție în funcție de voința reală a părților. În caz contrar, instanța nu soluționează cererea cu care a fost în mod obiectiv investită, ci se pronunță asupra unui lucru care nu s-a cerut, aspect circumscris motivului de casare prevăzut la art. 304 pct. 6 C. pr. civ.” – Curtea de Apel București, Secția a VI-a comercială, *Decizia nr. 562/R/2007*, publicată în *Culegere de practică judiciară pe anul 2007*, vol. 2, Editura Wolters Kluwer, p. 524. În sens contrar, autoarea M. Tăbărcă apreciază că „În orice caz, nu se poate reproșa judecătorului, care s-a pronunțat în raport cu temeiul de drept invocat de către reclamant, respingând acțiunea, că nu a examinat pretențiile reclamantului în baza altor reguli de drept. Art. 22 alin. (4) C. pr. civ. stabilește o facultate, și nu o obligație pentru judecător.” – a se vedea: M. Tăbărcă, *Drept procesual civil. Teoria generală*, vol. I, 2013, (op. cit.), p. 147. În sensul că aplicarea corectă a legii nu reprezintă (doar) un drept al instanței judecătorești, ci devine o obligație, potrivit prevederilor noului Cod de procedură civilă, a se vedea, Gh.-L. Zidaru, *Este instanța îndreptățită să schimbe calificarea juridică...*, (op. cit.), p. 198, unde acest autor afirmă că „instanța fiind în drept și chiar obligată (s.n.) să califice corect cererea, să identifice și să dea eficiență dreptului aplicabil, potrivit adagiului *iura novit curia*”. În același sens, a se vedea și I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Editura Wolters Kluwer, București, 2011, p. 751.

judecătorului pe tărâmul cauzei acțiunii civile, intervenție justificată de imperativul aflării adevărului. În acest sens, s-a spus că „(...) dacă judecătorul dispune recalificarea juridică a cererii împotriva voinței titularului acesteia, el va invita părțile să formuleze motive și apărări, respectiv să administreze probe, și sub aspectul calificării juridice noi, dar va explica în cuprinsul hotărârii și de ce nu este incidentă calificarea juridică asupra căreia reclamantul insistă, urmând ca, în final, să se pronunțe, argumentat, asupra tuturor temeiurilor juridice invocate”<sup>34</sup>.

În concluzie, în temeiul dispozițiilor art. 22 alin. (4) C. pr. civ., judecătorul nu va putea schimba starea de fapt, și, implicit, nici *causa debendi* – aceste elemente configurând imutabilitatea litigiului, din perspectiva principiului disponibilității<sup>35</sup>. În acest sens, pornind de la premisa că, prin cauza cererii de chemare în judecată s-ar înțelege situația de fapt calificată juridic, rezultă că instanța este ținută de cauza cererii de chemare în judecată ori a actului de procedură având această natură juridică (cerere reconvențională, intervenție voluntară principală etc.), neputând să o modifice sub pretextul aplicării principiului *iura novit curia*.

Poate fi limitată prerogativa judecătorului de a schimba calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, și, implicit, calificarea cererilor cu care este sesizat? Dispozițiile alin. (5) ale art. 22 C. pr. civ. îndreptățesc răspunsul afirmativ la această întrebare, statuând următoarele: „Cu toate acestea, judecătorul nu poate schimba denumirea sau temeiul juridic, în cazul în care părțile, în virtutea unui acord expres privind drepturi de care, potrivit legii, pot dispune, au stabilit calificarea juridică și motivele de drept asupra cărora au înțeles să limiteze dezbaterile, dacă astfel nu se încalcă drepturile sau interesele legitime ale altora.”. Prin urmare, chiar dacă, potrivit alin. (4) al art. 22 C. pr. civ., judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, această regulă nu-și va găsi aplicarea în situația în care părțile litigante, „în baza unui acord expres privind drepturi de care, potrivit legii, pot dispune”, au stabilit atât calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, cât și motivele de drept asupra cărora doresc să limiteze dezbaterile, însă sub rezerva ca, prin încheierea unui astfel de acord, să nu fie încălcate drepturile sau interesele legitime ale altora. Așadar, pentru a opera prevederea stipulată în art. 22 alin. (5) C. pr. civ., pe de o parte, acordul părților trebuie să fie „expres”<sup>36</sup>, iar pe de

<sup>34</sup> A se vedea: Gh.-L. Zidaru, *Este instanța îndreptățită să schimbe calificarea juridică...*, (op. cit.), p. 196, unde autorul arată că judecătorul „ (...) va pune calificarea juridică corectă în discuția părților, dar nu într-o manieră ultimativă ori exclusivă, ci sub forma unei ipoteze – care însă nu poate fi sibilinică sau eliptică, sub cuvânt de a evita „antepronunțarea”, ci clar formulată și motivată – de natură a semnala părților că cererea poate fi privită și dintr-o perspectivă pe care, eventual, au ignorat-o ori au înlăturat-o în mod nejustificat”.

<sup>35</sup> Astfel, dacă instanța a fost sesizată cu o acțiune în anularea contractului pentru violență, aceasta nu ar putea desființa contractul pentru lipsa formei *ad validitatem*, sau pe baza unui alt motiv neinvocat de reclamant; dacă se solicită declararea nulității unui testament olograf pe considerentul că acest act nu a fost scris, datat și semnat de mâna testatorului, instanța nu l-ar putea anula pentru incapacitatea testatorului de a dispune de bunurile sale. – a se vedea G. Boroi, M. Stancu, op. cit., p. 15.

<sup>36</sup> Referitor la acest aspect, în mod subtil în doctrină s-a remarcat că „Faptul că părțile nu se află în dispută asupra denumirii ori asupra cauzei cererii de chemare în judecată nu înseamnă că există acordul cerut de textul enunțat” - M. Tăbârcă, op. cit., vol. I, p. 148.

altă parte, instanța trebuie să cerceteze din oficiu dacă limitarea convenită de părți în temeiul principiului disponibilității, nu tinde la o eventuală încălcare a drepturilor terților. În doctrină<sup>37</sup> s-a afirmat că ar putea fi încadrate în această situație convențiile prin care părțile tranzacționează asupra drepturilor minorilor sau cererile în care părțile își dispută de conivență proprietatea unui bun care aparține altei persoane<sup>38</sup>, ori clamează protecția legii insolvenței, cu scopul de a se eschiva de la plata accesoriilor creanțelor, și chiar de la plata creanțelor chirografare.

În concluzie, chiar dacă procesul civil ar putea fi socotit „o afacere privată”<sup>39</sup>, instanța este îndreptățită să cenzureze, în condițiile prevăzute de lege, prerogativele conferite părților litigante de principiul disponibilității, în temeiul principiului legalității procesului civil, în scopul aflării adevărului în cauză.

---

<sup>37</sup> A. Tabacu, A. Drăghici, *Disponibilitatea părților... (op. cit.)*, p. 95.

<sup>38</sup> În sfera cazurilor de simulație privind participanții la proces se regăsesc cazurile de interpunere de persoane (spre exemplu, pentru a atrage competența unei instanțe, este cesionată fictiv creanța susceptibilă de a deveni litigioasă, unei persoane care domiciliază în raza teritorială a instanței „dezirabile”), dar și cazurile de simulație privind obiectul litigiului (un creditor fictiv îl acționează în justiție pe debitor, cu intenția ca, prin emolumentul litigiului, să-i fraudeze pe creditorii reali) – a se vedea C. Leaua, F. Baias, *Unele considerații privind simulația în procesul civil*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 3/2012, p. 47-48.

<sup>39</sup> I. Leș, *Reflecții privitoare la controlul judecătoresc asupra actelor de dispoziție ale părților în procesul civil*, în „*Dreptul*” nr. 3/2016, p. 12; C. Alexe, *Rolul activ al judecătorului și abuzul de drept în procesul civil român actual (lucr. cit.)*, p. 189.

## „Părerea ta contează” conform noilor reguli ale pieței online

### „Your opinion matters” according to the new rules of the online market

Lect. univ. dr. **Flaminia STÂRC-MECLEJAN\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

#### Abstract

*In a context in which, today, millions of consumers rate and review goods and services online and rely, in turn, on ratings and reviews made by other consumers online, finding them valuable in their decision making to buy a product or resort to a company's services, in November 2019, the EU Council adopted a new directive, EU Directive 2019/2161 amending four directives on consumer protection, and setting forth provisions on this issue. From now on, companies shall manage reviews and ratings online in order to protect their reputation, but also to avoid misleading consumers and to ensure compliance with the „truth-in-advertising” regulations that impose on them new duties of transparency and loyalty.*

*The article below contains a proposal for systematization of the potential unfair business practices regarding online reviews and ratings and of the legal remedies at hand, from the perspective of the provisions of EU Directive 2019/2161, in conjunction with the OECD recommendations under The Good Practice Guide on Online Consumer Ratings and Reviews of September 2019 and with the Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices of 2016.*

**Keywords:** *EU Directive 2019/2161; New Deal for consumers; fake reviews and ratings; incentivised reviews and ratings; negative reviews and ratings; UCPD; duties of transparency and loyalty of companies; e-commerce.*

#### Rezumat

*Într-un context în care, astăzi, milioane de consumatori fac recenzii și evaluări online și se bazează, la rândul lor, pe evaluări și recenzii făcute de alți consumatori, considerându-le valoroase în luarea deciziei de a cumpăra un produs sau de a apela la serviciile unui comerciant, în luna noiembrie 2019, Consiliul UE a adoptat o nouă directivă, Directiva UE 2019/2161 de modificare a patru directive privitoare la drepturile consumatorilor, adăugând dispoziții cu privire la acest domeniu.*

*De acum înainte, companiile vor trebui să gestioneze mai atent recenziile și evaluările online, atât pentru a-și proteja reputația, dar și pentru a preveni inducerea în eroare a consumatorilor și a se asigura că respectă reglementările care le impun noi obligații de transparență și loialitate („truth-in-advertising”).*

---

\* flaminia.starc@e-uvt.ro.



Articolul ce urmează cuprinde o propunere de sistematizare a practicilor comerciale neloiiale ale companiilor privitoare la evaluările și recenziile online și a remediilor juridice la îndemână, din perspectiva prevederilor Directivei UE 2019/2161, coroborate cu recomandările OECD conform Ghidului de bune practici privind evaluările și recenziile online ale consumatorilor din luna septembrie 2019 și cu Orientările privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiiale ale Comisiei Europene din 2016.

**Cuvinte-cheie:** Directiva (UE) 2019/2161, New Deal for consumers, recenzii și evaluări false, recenzii și evaluări contra stimulente, recenzii și evaluări negative, DPCN, obligații de transparență și loialitate ale companiilor, comerț electronic.

## 1. Internetul și economia atenției<sup>1</sup>

Internetul e despre tine, tu ai fost desemnat(ă) „Persoana anului” de revista *Time* în 2006<sup>2</sup>. „Împărtășește-ți experiența cu noi”, „Părerea ta contează” sunt mesajele prietenoase care te întâmpină acum, firesc, peste tot, pe platformele de comerț electronic, pe site-urile specializate de recenzii de călătorii și pe rețelele sociale sau pe link-urile atașate e-mailurilor primite în semn de mulțumire din partea comercianților<sup>3</sup>. Dând un clic, dai un verdict pentru produse alimentare, băuturi, îmbrăcăminte, încălțăminte, cosmetice și produse de îngrijire a gospodăriei, mobilier, tehnologie, servicii hoteliere, de sănătate sau de educație, cărți, în fine, pentru orice altfel de produse și servicii digitale îți dorești să achiziționezi.

Milioane de consumatori fac astăzi evaluări online și se bazează, la rândul lor, pe evaluări și recenzii<sup>4</sup> lăsate de alți consumatori. Odată cu expansiunea rețelelor sociale, promovarea produselor și serviciilor de către consumatori – UGC sau *User Generated*

<sup>1</sup> Cea mai prețioasă resursă a erei digitale nu este informația, ci atenția. Economia atenției este o nouă ramură a managementului informației care tratează atenția oamenilor ca fiind o marfă (a se vedea, pentru dezvoltări, J. Bartlett, *Oameni vs. tehnologie. Internetul trebuia să ne elibereze*, Editura Nemira, 2019, p. 23 și urm.).

<sup>2</sup> „For seizing the reins of the global media, for founding and framing the new digital democracy, for working for nothing and beating the pros at their own game, *Time's Person of the Year for 2006 is you*” (Lev Grossman) (date disponibile online la adresa: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1570810,00.html>, accesate la data de 15.12.2019).

<sup>3</sup> Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiiale, COM (2016) 320 final, document disponibil online la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN#footnoteref300>.

<sup>4</sup> Dreptul francez oferă o definiție legală a recenziei online. Este vorba de exprimarea de către un consumator a unei opinii despre experiența sa de consumator, prin orice element de apreciere, calitativ sau cantitativ, în condițiile în care:

– prin experiența de consumator se înțelege atât situația în care consumatorul a achiziționat bunul sau serviciul pentru care lasă o recenzie, cât și situația în care nu le-a achiziționat;

– nu sunt considerate experiențe de consumator – însărcinarea de către comerciant a altor persoane să lase recenzii pentru a-și promova produsele, recomandările din partea utilizatorilor de recenzii online sau recenziile făcute de experți (Decretul nr. 2017-1436 din 29 septembrie 2017 privind obligațiile de informare referitoare la avizele consumatorilor online).

*Content* (conținutul generat de utilizatori) a devenit piesa de rezistență în strategia de marketing a companiilor: dacă o persoană dorește să cumpere un produs, primul pas este să verifice opiniile utilizatorilor, pe internet, indiferent de publicitatea pe care i-ar face-o o companie respectivului produs. Ceea ce contează, în primul rând, sunt recenziile lăsate de alți consumatori, fie că vorbim de membrii generațiilor X, Y sau de nativii digitali, din generația Z<sup>5</sup>. Din perspectiva companiilor, desigur, consumatorii devin în acest fel adevărați *advertiser-i*.

Internetul nu a bulversat doar obiceiurile noastre de consum, ci a modificat echilibrul puterii în relațiile comercianți – consumatori (ar părea). Sistemul de informare din persoană în persoană (*WOM* sau *word of mouth*)<sup>6</sup> îi „împuternicește” pe consumatori, care nu mai trebuie să se bazeze pe criticii privilegiați, adeseori plătiți de companii, ce au acces la un post de televiziune sau la o editură, pentru a-și disemina opiniile. Dar, în acest timp, comercianții investesc sume considerabile pentru a afla de ce consumatorii dau clic pe ceva și a-i face să dea tot mai multe clicuri!

Așadar, companiile (re)cunosc azi puterea și influența evaluărilor și recenziilor consumatorilor și dezvoltă sisteme care le permit să le obțină, gestioneze și să le afișeze online<sup>7</sup>. Renunțând (mai mult sau mai puțin) la o parte din control asupra informațiilor pe care le împărtășesc consumatorii despre brandurile lor, ele devin în schimb parte dintr-o comunitate<sup>8</sup>. Este adevărat că, uneori, recenziile se transformă în adevărate „războaie retorice”, cum a confirmat compania *Amazon* (ale cărei pagini cei mai mulți dintre noi le vizităm frecvent), când a dezvoltat brusc, acum câțiva ani, identitățile a câtorva mii de persoane ce postaseră recenzii de carte pe site-ul american sub semnături de genul „un cititor din...”. Nefericita „eroare”, ale cărei efecte au persistat o săptămână, a oferit o rară ocazie de a arunca o privire asupra modului în care pot fi folosite recenziile online ca instrument de promovare sau realizare a unui produs (în speță, a unor cărți...) <sup>9</sup>. *Amazon*, pentru a continua cu exemplul său, oferă în prezent diverse funcții pentru implicarea utilizatorilor și împărtășirea unui feedback autentic despre produse și servicii, pozitiv sau

<sup>5</sup> Date disponibile online la adresa: <https://simba-digital.ch/pourquoi-la-publicite-digitale-defie-toute-concurrence/>, accesate la data de 15.12.2019. 83% dintre consumatorii din întreaga lume declară că au încredere în *viral media* (media virală), de tip sistemul din persoana în persoană, recomandări din partea familiei / prietenilor, mai mult decât orice altă formă de comunicare, conform celui mai recent studiu la nivel global privind încrederea în publicitate realizat de *Nielsen*, un specialist global în cercetări despre ce urmăresc și cumpără consumatorii (date disponibile online la adresa: <https://www.nielsen.com/wp-content/uploads/sites/3/2019/04/global-trust-in-advertising-report-sept-2015-1.pdf>).

<sup>6</sup> Date disponibile online la adresa: <https://www.wall-street.ro/articol/Marketing-PR/110831/Marketing-ul-la-romani.html>.

<sup>7</sup> Sau chiar să nu le mai afișeze. În urmă cu puțin timp, *AppleInsider raporta că* secțiunea „*Ratings & Reviews*” unde clienții *Apple* făceau recenzii și evaluări la produsele vândute prin magazinul online a fost eliminată. *Apple* nu a dat detalii pe acest subiect, ceea ce e cu atât mai curios cu cât compania americană nu obișnuia să cenzureze recenziile clienților, oricât de aspre ar fi fost criticile. A se vedea și <https://www.profit.ro/povesti-cu-profit/it-c/apple-elimina-sectiunea-de-review-uri-din-magazinul-sau-online-19177192>.

<sup>8</sup> Date disponibile online la adresa: <https://www.netlogiq.ro/blog/cum-creezi-o-comunitate-jurul-bran-dului-tau-prin-user-generated-content/>.

<sup>9</sup> Date disponibile online la adresa: <https://www.nytimes.com/2004/02/14/us/amazon-glitch-unmasks-war-of-reviewers.html?pagewanted=all&src=pm>.

negativ, potrivit *Regulilor de conduită Amazon*. Compania tratează cu multă atenție integritatea *Comunității Amazon*, orice încercare de manipulare a conținutului postat de membri, incluzând contribuții cu conținut fals, înșelător sau neautentic, fiind strict interzisă. Încălcarea *Regulilor* poate duce la restrângerea capacității de a utiliza funcțiile respective, eliminarea conținutului, a produselor conexe sau la suspendarea sau închiderea contului de utilizator. Dacă se constată că un cont *Amazon* a fost folosit de o persoană pentru a se angaja în orice formă de conduită incorectă, remiterile sau plățile pot fi reținute temporar sau definitiv. O conduită incorectă poate constitui, în același timp, o încălcare a legii și va antrena și sancțiuni civile / penale. Oricine suspectează o manipulare a conținutului de pe pagina *Amazon.com* sau o încălcare a sa, în orice formă, este încurajat să notifice compania<sup>10</sup>. Pentru a avea acces la funcțiile clientului (precum *Recenziile clienților*, *Răspunsuri ale clienților*, *Liste de idei*) sau la părerile altor utilizatori, trebuie să fi făcut cumpărături pe *Amazon* în valoare de 50 USD cel puțin, folosind un card valabil, în ultimele 12 luni<sup>11</sup>.

## **2. Noul cadru reglementar al recenziilor și evaluărilor online, conform Directivei UE 2019/2161**

Dacă avantajele pe care recenziile și evaluările online le pot aduce consumatorilor și comercianților sunt numeroase, la fel sunt și problemele ce intervin, în cazul consumatorilor, în prezența evaluărilor și recenziilor false și / sau a practicilor înșelătoare sau a evaluărilor și recenziilor inexacte, care nu oferă întotdeauna indicii obiective de calitate, sau a biasului consumatorilor în producerea și utilizarea evaluărilor și recenziilor<sup>12</sup>.

*WWW* a generat, practic spus, un nou tip de autoritate critică – aceea a semenilor noștri (consumatori)<sup>13</sup>. Este de înțeles de ce credibilitatea noii autorități este deja de mai mult timp subiect de dezbateri (mai mici sau mai mari) și a intrat și sub incidența dreptului Uniunii Europene.

Problemele sunt complexe, din punct de vedere juridic, dacă suntem de acord că recenziile și evaluările online ale consumatorilor sunt forme de exprimare protejate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului (CEDO) (art. 10 – Libertatea de exprimare), Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene (art. 11 – Libertatea de exprimare și de informare) sau constituțiile naționale (art. 30 – Libertatea de exprimare din Constituția României), iar Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CtEDO) nu a pus niciodată la

<sup>10</sup> <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=201929730>.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> OECD (2016), „*Protecting Consumers In Peer Platform Markets: Exploring The Issues*”, OECD Digital Economy Papers, No. 253, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/5jlwvz39m1zw-en> apud OECD (2019), *Understanding online consumer ratings and reviews*, OECD Digital Economy Papers nr. 289, OECD Publishing, Paris (disponibil online la adresa: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/eb018587-en.pdf?expires=1575140063&id=id&accname=guest&checksum=F925D0B356036D972170B87663055AB1>).

<sup>13</sup> B. Tancer, *Everyone's a Critic: Winning Customers in a Review-Driven World*, Portfolio / Penguin, New York, 2014.

îndoială capacitatea companiilor de a beneficia de drepturile protejate prin Convenție<sup>14</sup>, chiar și când vine vorba de atingeri aduse reputației, potrivit celor mai recente evoluții ale jurisprudenței sale<sup>15</sup>.

În acest context, în luna noiembrie 2019, Consiliul UE a adoptat o nouă directivă – Directiva UE 2019/2161<sup>16</sup>, care are ca scop modernizarea în continuare a legislației europene cu privire la protecția consumatorilor, în cadrul măsurilor **New deal for consumers**<sup>17</sup>, și conține mai multe dispoziții privitoare la recenzii și evaluările online<sup>18</sup>.

În principiu, conform considerentelor noii directive, în cazul în care comercianții oferă acces la recenzii ale consumatorilor, aceștia ar trebui să prezinte informații despre aplicarea

---

<sup>14</sup> David J. Acheson, *Corporate reputation under the European Convention on Human Rights*, *Journal of Media Law*, 2018, articol accesibil online la: <https://doi.org/10.1080/17577632.2018.1464536>, accesat la data de 15.12.2019.

<sup>15</sup> „[...] [d]reptul la protejarea reputației este un drept care este protejat de art. 8 din Convenție, fiind un element care ține de viața privată [...] Totuși, pentru ca art. 8 să fie luat în considerare, atacul asupra reputației unei persoane trebuie să atingă un anumit nivel de gravitate și să fie realizat într-o manieră care să prejudicieze beneficiul personal al dreptului la respectarea vieții private [...] De asemenea, Curtea a hotărât că nu poate fi invocat art. 8 pentru a se plânge de o atingere adusă reputației care este o consecință previzibilă a propriilor acțiuni, precum săvârșirea unei fapte de natură penală [...] Atunci când examinează necesitatea unei ingerințe într-o societate democratică în vederea «protejării reputației sau a drepturilor altora», Curții i se poate solicita să verifice dacă autoritățile interne au păstrat un echilibru just între protejarea a două valori garantate de Convenție și care pot fi în conflict în anumite cauze: și anume, pe de o parte, libertatea de exprimare, astfel cum este protejată de art. 10, și, pe de altă parte, dreptul la respectarea vieții private, astfel cum este garantat de dispozițiile art. 8” (*Axel Springer AG împotriva Germaniei*, CtEDO (Marea Cameră), 7 februarie 2012, pct. 83-84) (date disponibile online la adresa: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reputation\\_ROM.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reputation_ROM.pdf)). În cadrul sistemului CEDO, la început, doar art. 1 din Protocolul adițional nr. 1 la CEDO privind dreptul de proprietate prevedea în mod expres aplicarea acestuia în cazul persoanelor juridice. Cu toate acestea, ulterior, atât CtEDO, cât și CJUE au extins în mod gradual protecția drepturilor fundamentale la persoanele juridice în cazurile în care o astfel de abordare părea adecvată cu privire la dreptul fundamental specific în cauză (par. 41). (Concluziile Avocatului General Michal Bobek prezentate la 13 iulie 2017 în Cauza C-194/16 *Bolagsupplysningen OÜ Ingrid IIsjan împotriva Svensk Handel AB* [cerere de decizie preliminară formulată de Riigikohus (Curtea Supremă, Estonia)] (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192713&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=124319#Footref35>). În hotărârea *Magyar Tartalomsgáltatók Egyesülete și Index.hu Zrt împotriva Ungariei* din 2 februarie 2016, CtEDO face trimitere la evaluarea deja realizată de instanța națională cu privire la (in)existența unei încălcări a drepturilor unei persoane juridice (par. 66), însă în hotărârea sa *Ärztchamber für Wien și Dorner împotriva Austriei* din 16 februarie 2016, Curtea a constatat că dreptul la protecția reputației este protejat de articolul 8 din Convenție (al doilea reclamant făcuse o declarație publică care afectase reputația companiei F.).

<sup>16</sup> Directiva UE 2019/2161 a Parlamentului European și a Consiliului de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivelor 98/6/CE, 2005/29/CE și 2011/83/UE ale Parlamentului European și ale Consiliului în ceea ce privește o mai bună asigurare a respectării normelor Uniunii în materie de protecție a consumatorilor și modernizarea acestor norme, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 328/7 din 18.12.2019, disponibilă online la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L2161&from=EN>.

<sup>17</sup> Pentru dezvoltări, a se vedea [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumers/review-eu-consumer-law-new-deal-consumers\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumers/review-eu-consumer-law-new-deal-consumers_en).

<sup>18</sup> Date disponibile online la adresa: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-83-2019-INIT/ro/pdf>.

unor procese sau proceduri care să garanteze că recenziile publicate aparțin unor consumatori care au achiziționat și au utilizat produsele.

Dacă sunt aplicate astfel de procese sau proceduri, ele ar trebui să furnizeze consumatorilor informații clare cu privire la modul în care sunt prelucrate recenziile, de exemplu dacă sunt publicate toate recenziile, fie pozitive, fie negative, sau dacă acestea au fost sponsorizate sau influențate de o relație contractuală cu un comerciant.

În plus, atunci când nu au fost luate măsuri rezonabile și proporționale pentru a verifica dacă recenziile aparțin unor consumatori care au utilizat sau au achiziționat efectiv produsul, folosirea unor declarații potrivit cărora recenziile aparțin unor astfel de consumatori ar trebui să fie considerată practică comercială neloială, menită să inducă în eroare consumatorii. Astfel de măsuri ar putea include, de exemplu, mijloace tehnice de verificare a credibilității persoanei care postează o recenzie sau solicitarea de informații cu scopul de a se verifica dacă consumatorul a achiziționat sau a utilizat efectiv produsul (considerentul 47).

Comercianților ar trebui să li se interzică atât să prezinte recenzii și recomandări false ale consumatorilor, cum ar fi aprecieri („like”) pe platformele de comunicare socială, sau să însărcineze alte persoane să facă acest lucru pentru a-și promova produsele, cât și să manipuleze recenziile și recomandările consumatorilor, de exemplu prin publicarea doar a celor pozitive și eliminarea celor negative. Astfel de practici s-ar putea realiza și prin extrapolarea recomandărilor din mediul online atunci când interacțiunea pozitivă a unui utilizator cu un anumit conținut online este legată de un conținut diferit, dar conex, sau transferată acestuia, creând aparența unei atitudini pozitive a utilizatorului respectiv față de acest din urmă conținut (considerentul 49).

Art. 2 din „Directiva privind practicile comerciale neloiale”<sup>19</sup> (în continuare „DPCN”), vizat de modificările aduse prin Directiva UE 2019/2161, definește acum „piața online” ca fiind un serviciu care utilizează *software*, inclusiv un site de internet sau o parte a unui site de internet sau o aplicație gestionată de către comerciant sau în numele acestuia, care le permite consumatorilor să încheie contracte la distanță cu alți comercianți sau consumatori.

Art. 5 din DPCN interzice practicile comerciale neloiale, și anume acele practici: (a) contrare cerințelor diligenței profesionale și care (b) denaturează sau pot denatura semnificativ comportamentul economic cu privire la un produs al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia îi sunt adresate sau al membrului mediu al unui grup în cazul în care o practică comercială este orientată către un grup particular de consumatori<sup>20</sup>. Practicile comerciale neloiale pot fi practici comerciale înșelătoare (art. 6 din DPCN) sau practici comerciale agresive (art. 7 din DPCN). Modificările aduse prin Directiva UE 2019/2161

---

<sup>19</sup> Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului.

<sup>20</sup> Practicile comerciale se evaluează din perspectiva membrului mediu al grupului [art. 5 alin. (3) din DPCN].

vizează, în principal, art. 7 din DPCN referitor la omisiunile înșelătoare. Potrivit art. 7 din DPCN, o practică se consideră înșelătoare în cazul în care, analizând faptele și ținând seama de toate caracteristicile și circumstanțele, precum și de limitele proprii mediului de comunicare utilizat, omite o informație semnificativă de care consumatorul mediu are nevoie în contextul respectiv pentru a lua o decizie comercială în cunoștință de cauză și care, în consecință, determină sau poate determina consumatorul mediu să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o în alte împrejurări. De asemenea, o practică comercială se consideră omisiune înșelătoare în cazul în care, ținând seama de toate aspectele descrise la alineatul (1), un comerciant disimulează o informație semnificativă prevăzută la alineatul respectiv sau o furnizează într-o manieră neclară, neinteligibilă, ambiguă sau nepotrivită sau dacă nu își declară intenția comercială adevărată în cazul în care aceasta nu reiese deja din context sau în cazul în care, în orice situație, aceasta determină sau poate determina consumatorul mediu să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o în alte împrejurări. Art. 7 din DPCN enumeră informațiile care se consideră semnificative, Directiva UE 2019/2161 adăugând un nou alineat privind informațiile semnificative, în sensul că: „În cazul în care un comerciant oferă acces la recenziile consumatorilor privind produsele, sunt considerate semnificative informațiile care indică dacă și cum garantează comerciantul că recenziile publicate provin de la consumatori care au utilizat sau au achiziționat efectiv produsul” [art. 7 alin. (6) din DPCN].

Anexa I la DPCN, conținând lista practicilor comerciale considerate neloiale în orice situație, se modifică, incluzând ca practici înșelătoare:

– furnizarea de rezultate ca răspuns la o căutare efectuată online de către un consumator, fără a menționa în mod clar existența oricărei publicități plătite sau a oricărei plăți specifice pentru asigurarea unei încadrări pe o poziție mai bună în ierarhie a produselor în cadrul rezultatelor căutării (pct. 11a.);

– afirmarea faptului că recenziile privind un produs provin de la consumatori care au utilizat sau au achiziționat efectiv produsul, fără a lua măsuri rezonabile și proporționale pentru a verifica dacă aceste recenzii provin de la consumatorii respectivi (pct. 23b.);

– prezentarea sau însărcinarea unei alte persoane juridice sau fizice cu prezentarea de recenzii sau recomandări false ca venind din partea unor consumatori sau, ori prezentarea înșelătoare a recenziilor sau a recomandărilor unor consumatori pe platformele de comunicare socială pentru a promova anumite produse (pct. 23c.).

Prevederile art. 13 din DPCN privitor la sancțiuni sunt înlocuite cu următoarele:

(1) Statele membre adoptă regimul sancțiunilor care se aplică în cazul nerespectării dispozițiilor naționale adoptate în temeiul prezentei directive și iau toate măsurile necesare pentru a asigura aplicarea acestora. Sancțiunile trebuie să fie efective, proporționale și cu efect de descurajare.

(2) Statele membre se asigură că următoarele criterii neexhaustive și orientative sunt luate în considerare pentru aplicarea de sancțiuni, dacă este cazul:

(a) natura, gravitatea, amploarea și durata încălcării;

(b) orice acțiune întreprinsă de comerciant pentru a atenua sau a repara prejudiciul suferit de consumatori;

c) orice încălcare anterioară săvârșită de comerciant;

(d) beneficiile financiare dobândite sau pierderile evitate de comerciant datorită încălcării, dacă sunt disponibile datele relevante;

(e) sancțiunile aplicate comerciantului pentru aceeași încălcare în alte state membre, în cazurile transfrontaliere în care sunt disponibile informații cu privire la astfel de sancțiuni prin mecanismul instituit prin Regulamentul UE 2017/2394;

(f) orice alt factor agravant sau atenuant aplicabil circumstanțelor cazului.

(3) Statele membre se asigură că, în cazul în care se impune aplicarea de sancțiuni în conformitate cu art. 21 din Regulamentul UE 2017/2394, acestea includ posibilitatea aplicării de amenzi prin proceduri administrative sau posibilitatea inițierii unor proceduri judiciare pentru aplicarea de amenzi sau ambele, cuantumul maxim al unor astfel de amenzi fiind de cel puțin 4% din cifra de afaceri anuală a comerciantului realizată în statul membru sau statele membre în cauză. Fără a aduce atingere regulamentului respectiv, din motive constituționale naționale, statele membre pot limita aplicarea de amenzi la următoarele cazuri:

(a) încălcarea art. 6, 7, 8 și 9 și a Anexei I la prezenta directivă; și

(b) continuarea utilizării de către comerciant a unei practici comerciale care a fost considerată neloială de către autoritatea sau instanța națională competentă, în cazul în care respectiva practică comercială nu constituie o încălcare menționată la litera (a).

(4) În cazurile în care se impune aplicarea unei amenzi în conformitate cu alin. (3), însă informațiile privind cifra de afaceri anuală a comerciantului nu sunt disponibile, statele membre prevăd posibilitatea de a aplica amenzi al căror cuantum maxim este de cel puțin 2 milioane EUR.

### **3. O tipologie a practicilor comerciale neloiale privind evaluările și recenziile online**

Rândurile ce urmează cuprind o propunere de sistematizare a practicilor problematice, din perspectiva noilor prevederi ale DPCN, coroborate cu *Orientările privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale* ale Comisiei Europene din 2016<sup>21</sup>, precum și cu recomandările făcute de OECD în luna septembrie 2019, incluse în *Ghidul de bune practici privind evaluările și recenziile online ale consumatorilor*<sup>22</sup>.

#### **3.1. Recenziile false („astroturfing”)**

Recenziile false sau „astroturfing”<sup>23</sup>, în limbajul internetului, sunt mesaje (sau pot fi chiar adevărate campanii publicitare) care par că s-ar produce, în mod natural, dar sunt de

<sup>21</sup> *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE precit.*

<sup>22</sup> OECD (2019), *Good Practice Guide on Online Consumer Ratings and Reviews precit.*

<sup>23</sup> Date disponibile online la adresa: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03946.html>. Termenul „astroturf” (gazon artificial) este un joc de cuvinte pornind de la sintagma „grassroots movement”.

fapt pre-definite de o companie. *Astrourfing* ascunde asocierile financiare și economice dintre compania originară și mesaje, ceea ce face ca mesajele să fie atractive unui public care respinge ideea de propagandă în orice scop, inclusiv publicitar. *Astrourfing* a fost / este practicat de companiile online care prezintă un produs ca fiind foarte dorit și căutat de anumiți clienți, prin intermediul recenziilor, blogurilor sau articolelor sponsorizate de aceste companii, deși acest lucru nu este real<sup>24</sup>. O altă modalitate de punere a sa în practică ar presupune existența unei legături între un furnizor al unui instrument de recenzii ale utilizatorilor care prezintă recenzia unui utilizator cu privire la un produs și comerciantul care furnizează produsul, dacă legătura nu e complet evidențiată, în cazul în care legătura poate afecta în mod semnificativ influența sau credibilitatea recenziei, și anume în cazul în care legătura nu poate fi preconizată în mod rezonabil de către consumatorul mediu.

Orice recenzie prezentată de comerciant ca fiind furnizată de un consumator trebuie să reflecte opiniile, constatările, credințele sau experiențele reale ale consumatorilor. Site-urile internet pentru recenzii sunt obligate să furnizeze informații exacte privind principalele caracteristici ale serviciilor oferite, în conformitate cu art. 6 alin. (1) lit. (b) și art. 7 alin. (4) lit. (a) din DPCN, în caz contrar, încălcând, de asemenea, obligația de diligență profesională ce le revine, în temeiul art. 5 alin. (2) din DPCN. În cazul în care un comerciant terț publică recenzii false în numele consumatorilor (sau implică agenții de reputație electronică să facă acest lucru), acesta acționează contrar punctului 22 sau 23c din Anexa I la DPCN<sup>25</sup>.

În Canada, principala societate de telecomunicații a plătit o amendă de 1.250.000 de dolari canadieni, în octombrie 2015, pentru că și-a încurajat angajații să publice evaluări și clasificări pozitive pentru produsele societății, fără a face public faptul că aceștia lucrează pentru societate. Oficiul Concurenței a constatat că aceste recenzii și clasificări au creat impresia generală că au fost realizate de consumatori independenți și imparțiali și au afectat temporar clasificarea globală prin număr de stele pentru produsele în cauză<sup>26</sup>.

Unele autorități pentru protecția consumatorilor au luat deja măsuri împotriva companiilor de marketing de tipul companii de optimizare a motoarelor de căutare, agențiilor de marketing și relații publice care scriu recenzii false pentru clienții lor. În Marea Britanie, în 2016, Autoritatea pentru concurență și piețe din Regatul Unit (Competition and Markets Authority of the United Kingdom sau CMA) a constatat că *Total SEO*, o companie de optimizare a motoarelor de căutare și marketing online, a scris peste 800 de recenzii pozitive false pentru 86 de companii între 2014 și 2015<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE precit.* Pentru mai multe exemple, a se vedea de exemplu: <https://www.bigcommerce.com/ecommerce-answers/what-is-astrourfing/>.

<sup>25</sup> *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE precit.*

<sup>26</sup> Date disponibile online la adresa:

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/436238/Online\\_review\\_s\\_and\\_endorsements.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_review_s_and_endorsements.pdf), *apud Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE precit.*

<sup>27</sup> Pe lângă faptul că a ajuns la o înțelegere cu *Total SEO* pentru a-și înceta practica de a posta recenzii false, pentru a-și crește ratingurile pe site-urile de revizuire, *UK CMA* a avertizat clienții *Total SEO* că ar putea fi,



### **3.2. Recenziile și evaluările contra unor stimulente**

O altă practică problematică raportată de autorități constă în nedezvăluirea de către companii a existenței unei plăți sau a altor tipuri de recompense (precum produse gratuite, bonusuri sau reduceri viitoare) oferite consumatorilor pentru a face recenzii și evaluări. Consumatorilor le este dificil să recunoască faptul că anumite recenzii sunt plătite, să evalueze natura și sursa recenziilor. Deși oferirea de recompense aduce beneficii (poate crește volumul feedback-ului oferit de utilizatori sau poate stimula o gamă mai largă de evaluări și recenzii), există îngrijorarea că feedback-ul obținut ar „orienta” într-o anumită direcție evaluările (spre unele mai favorabile), distorsionând imaginea pe care și-o vor face consumatorii despre respectivul produs<sup>28</sup>. Aceste recenzii / evaluări pot să nu fie la fel de imparțiale ca recenziile nesponsorizate în ceea ce privește calitatea unui produs.

Această practică ar putea constitui o acțiune înșelătoare contrară art. 6 din DPCN sau o omisiune înșelătoare contrară art. 7 din DPCN și ar putea fi evaluată, de asemenea, ca fiind contrară diligenței profesionale, astfel cum prevede art. 5 alin. (2) din DPCN. De altfel, această practică este contrară și punctului 11a din Anexa I la DPCN.

În Canada, în anul 2015, Oficiul Concurenței a constatat că o companie, *Bell Canada*, și-a încurajat angajații să posteze recenzii și evaluări pozitive ale aplicațiilor sale mobile pe *iTunes App Store* și *Google Play Store*, neoferind nicio informație cu privire la relațiile dintre clienți și companie. Potrivit Oficiului Concurenței, aceste recenzii și evaluări au transmis impresia generală că au fost făcute de consumatori independenți și imparțiali și au afectat temporar ratingul general al aplicațiilor<sup>29</sup>.

### **3.3. Suprimarea recenziilor și evaluărilor negative**

În fine, un alt tip de practică raportată de autoritățile de aplicare a legii este aceea a suprimării recenziilor negative (reale) ale consumatorilor de către site-urile de internet pentru recenzii, fără a se preciza în mod clar consumatorilor faptul că le este prezentată numai o selecție de recenzii<sup>30</sup>. Aceasta ar putea constitui o acțiune înșelătoare contrară art. 6 din DPCN sau o omisiune înșelătoare contrară art. 7 din DPCN<sup>31</sup>. De asemenea, această practică ar putea fi contrară cerințelor diligenței profesionale, astfel cum prevede art. 5 alin. (2) din DPCN<sup>32</sup>. În consecință, în scopul de a se asigura că respectă dispozițiile

---

de asemenea, ținută răspunzător pentru încălcarea legilor privind protecția consumatorilor (UK CMA, 2016 *apud* OECD (2019), *Good Practice Guide*).

<sup>28</sup> OECD (2019), *Good Practice Guide on Online Consumer Ratings and Reviews* *precit.*

<sup>29</sup> Competition Bureau Canada (2015), *Bell Canada reaches agreement with Competition Bureau over online reviews*: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03992.html>, iar pentru mai multe exemple a se vedea și OECD (2019), *Good Practice Guide on Online Consumer Ratings and Reviews* *precit.*

<sup>30</sup> [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/436238/Online\\_reviews\\_and\\_endorsements.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_reviews_and_endorsements.pdf), *apud* *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE* *precit.*

<sup>31</sup> Pentru dezvoltări, a se vedea *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE* *precit.*

<sup>32</sup> *Ibidem.*

DPCN, site-urile trebuie fie să publice atât recenziile pozitive, cât și cele negative sau să informeze în mod clar consumatorii că nu publică toate evaluările relevante.

O practică neloyală de acest gen este și aceea de a elimina recenziile negative reale, ca urmare a obligării pe cale contractuală a consumatorilor și a site-urilor de recenzii, pentru a preveni publicarea recenziilor negative împotriva unui comerciant<sup>33</sup>. Aceasta ar putea corespunde definiției „înșelătoare” prevăzute de articolele 6 și 7 din DPCN, în cazul în care, de exemplu, comerciantul interzice recenziile online negative pentru a-și controla reputația astfel încât recenziile negative nu vor fi afișate. Prezentarea generală a naturii comerciantului și caracteristicile produselor sale pot fi înșelătoare, inclusiv în cazul în care recenziile pozitive rămase ar fi adevărate<sup>34</sup>. Această practică ar putea fi, de asemenea, evaluată ca fiind contrară diligenței profesionale, pe baza art. 5 alin. (2) din DPCN<sup>35</sup>.

În SUA, Comisia Federală pentru Comerț (în continuare „FTC”) a interzis inserarea în contracte a clauzelor de non-denigrare (*non-disparagement clause*) sau a clauzelor tăcerii (*gag clause*) ce îi privesc pe consumatori. Clauzele de non-denigrare interzic unei părți (consumatorul, în acest caz) să critice cealaltă parte (furnizorul)<sup>36</sup>, în timp ce clauzele tăcerii îl împiedică pe consumator să ofere informații sensibile despre o companie, despre modalități de operare, în special<sup>37</sup>. Dacă aceste clauze sunt văzute cu ochi buni în general

<sup>33</sup> [https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/09/ftc-sues-marketers-who-used-gag-clauses-monetary-threats-lawsuits?utm\\_source=govdelivery](https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/09/ftc-sues-marketers-who-used-gag-clauses-monetary-threats-lawsuits?utm_source=govdelivery), apud *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE precit.*

<sup>34</sup> Pentru dezvoltări a se vedea *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE precit.*

<sup>35</sup> *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE precit.*

<sup>36</sup> De exemplu, potrivit FTC, compania *Shore to Please Vacations LLC* a inclus în contractele cu clienții o clauză de non-denigrare, încălcând *Legea referitoare la tratamentul echitabil al recenziilor consumatorilor (Consumer Review Fairness Act – CRFA)*. Conform acestei clauze, orice client care posta o recenzie oferind proprietății mai puțin de „5 stele” sau „cea mai bună posibilă” (*absolute best*) datora automat companiei suma de minim 25.000 USD. Acesta este un extras dintr-o astfel de clauză din contractul standard al *Shore to Please Vacations* (denumită de furnizor „*disclaimer*”): „prin semnarea clauzei de mai jos, sunteți de acord să nu ne defăimați sau să lăsați recenzii negative (inclusiv orice recenzie sau comentariu considerat negativ de către un organ al *Shore to Please Vacations LLC* sau asociat al acesteia, precum și orice evaluare de mai puțin de „5 stele” sau „cea mai bună posibilă”) despre această proprietate și / sau serviciu într-un document scris sau pe orice site web... Având în vedere dificultatea evaluării întinderii reale a daunelor, în astfel de situații, încălcarea prezentei clauze va avea drept consecință automată reținerea în sarcina dumneavoastră a obligației de plată a sumei minime de 25.000 USD către compania *Shore to Please Vacations LLC*”. Conform FTC, aceasta s-a dovedit a nu fi doar o amenințare. Compania a inițiat și a purtat o serie de procese cu chiriașii care au postat recenzii pe care le considera negative și care îi datorau de aceea fiecare câte 25.000 USD plus cheltuielile judiciare (date disponibile online la adresa: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2019/06/consumer-gag-clauses-totally-not-awesome-under-crfa>).

<sup>37</sup> FTC a anunțat că va acționa în judecată compania *Staffordshire Property Management* cu sediul în Baltimore, pentru includerea în contractele cu consumatorii a unei clauze a tăcerii (*gag clause*), încălcând *Legea referitoare la tratamentul echitabil al recenziilor consumatorilor (Consumer Review Fairness Act – CRFA)*. *Staffordshire* i-a solicitat unui client care a apelat la serviciile sale să semneze un contract care conținea o clauză prin care clientul declara că: „acceptă, în mod specific, să nu discrediteze *Staffordshire Property Management* și pe niciunul dintre angajații, managerii sau agenții săi, în niciun fel, precum și că este de acord, de asemenea, să nu comunice, publice, caracterizeze, să nu facă publicitate sau să nu difuzeze, în orice mod, orice termeni, condiții, opinii și comunicări legate de *Staffordshire Property Management*, prin această clauză”.

(secretul profesional, de exemplu), ele devin discutabile atunci când sunt stipulate pentru a-i reduce la tăcere pe consumatorii care doresc să-și împărtășească experiența online: o clauză de acest tip este contrară principiilor societății democratice și, în plus, subminează chiar scopul site-urilor comerciale, acela de a oferi o idee obiectivă consumatorilor care le consultă, așa cum s-a arătat<sup>38</sup>. Începând din 2017, Legea referitoare la tratamentul echitabil al recenziilor consumatorilor din SUA (*Consumer Review Fairness Act* sau *CRFA*<sup>39</sup>) interzice clauzele din contractele standard care (1) restricționează capacitatea consumatorului de a comunica recenzii sau evaluări ale calității bunurilor, serviciilor sau conduitei unui vânzător; (2) impun în sarcina consumatorilor penalități sau taxe pentru astfel de recenzii sau (3) solicită consumatorilor să își cedeze drepturile de proprietate intelectuală asupra acestor recenzii. De asemenea, legea îi împiedică pe vânzători să încheie contracte standard care conțin astfel de clauze. Soluția este conformă și cu *Recomandarea OECD privind orientările pentru protecția consumatorului în contextul comerțului electronic*<sup>40</sup> din 24 martie 2016, potrivit căreia companiile nu ar trebui să încerce să restricționeze posibilitatea consumatorului de a-și exprima o opinie negativă. În dreptul român, aceste prevederi ar trebui, în mod normal, să intre și sub regimul clauzelor abuzive<sup>41</sup>. Clauzele abuzive cuprinse în contract și constatate fie personal, fie prin

---

Potrivit clauzei, orice încălcare de către client a obligațiilor sale de confidențialitate constituia temeiul unei acțiuni în instanță și îi dădea dreptul companiei *Staffordshire Property Management* să recupereze orice daune suportate. *Staffordshire* a menționat, de asemenea, că această clauză din contract e în vigoare, indiferent dacă solicitantul a „aprobat-o sau nu” (date disponibile online la adresa: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2019/06/consumer-gag-clauses-totally-not-awesome-under-crfa>).

<sup>38</sup> Date disponibile online la adresa: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2019/06/consumer-gag-clauses-totally-not-awesome-under-crfa>. Pentru dezvoltări, a se vedea, de exemplu, și: <https://droitdu.net/2016/12/commentaires-negatifs-sur-les-sites-davis-les-etats-unis-font-un-pas-vers-lobjectivite/>.

<sup>39</sup> Date disponibile online la adresa: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section45b&num=0&edition=prelim>.

<sup>40</sup> Date disponibile online la adresa: [https://read.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/recommandation-du-conseil-sur-la-protection-du-consommateur-dans-le-commerce-electronique\\_9789264255272-fr#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/recommandation-du-conseil-sur-la-protection-du-consommateur-dans-le-commerce-electronique_9789264255272-fr#page1).

<sup>41</sup> În accepțiunea Legii nr. 193/2000, în cauză, o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților [art. 4 alin. (1) din Legea nr. 193/2000]. O clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitate consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de profesioniști pe piața produsului sau serviciului respectiv [art. 4 alin. (2) din Legea nr. 193/2000]. Faptul că anumite aspecte ale clauzelor contractuale sau numai una dintre clauze a fost negociată direct cu consumatorul nu exclude aplicarea prevederilor prezentei legi pentru restul contractului, în cazul în care o evaluare globală a contractului evidențiază că acesta a fost prestabilit unilateral de profesionist. Dacă un profesionist pretinde că o clauză standard preformată a fost negociată direct cu consumatorul, este de datoria lui să prezinte probe în acest sens.” [art. 4 alin. (3) din Legea nr. 193/2000]. Caracterul nenegociat al clauzei (prezumptiv) abuzive are în vedere o negociere efectivă, iar nu o simplă acceptare a unei oferte preformulate, cum s-a precizat în doctrină (A. Almășan, *Negocierea și încheierea contractelor*, Editura C.H. Beck, București, 2013, p. 178-180).

intermediul organelor abilitate prin lege nu vor produce efecte asupra consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua (art. 6 din Legea nr. 193/2000). Instanța, în cazul în care constată existența clauzelor abuzive în contract, obligă profesionistul să modifice toate contractele de adeziune în curs de executare, precum și să elimine clauzele abuzive din contractele preformulate, destinate a fi utilizate în cadrul activității profesionale<sup>42</sup> [art. 13 alin. (1) din Legea nr. 193/2000].

#### 4. Un mic ghid de bune practici conform OECD

*Ghidul OECD de bune practici privind evaluările online și consumatorii* cuprinde un util *Rezumat al sfaturilor cheie*<sup>43</sup>, conform cu prevederilor noii DPCN, care ar merita să fie parcurs, în încheierea acestui articol, atât din ipostaza de consumatori, cât și din aceea de juriști, eventual de comercianți în spațiul digital.

În ceea ce privește recenziile false, companiile ar trebui:

- să nu scrie și să nu publice, cu bună știință, evaluări și recenzii false care par să provină de la consumatori reali sau terți independenți;
- să nu angajeze terți care nu au folosit produsul pentru a posta evaluări și recenzii;
- să nu creeze impresia că evaluările și recenziile postate sunt furnizate de consumatori reali, dacă nu îi pot verifica;
- să permită consumatorilor să raporteze evaluări și recenzii potențial false și să reacționeze rapid la aceste raportări.

În privința evaluărilor și recenziilor online contra unor stimulente, companiile ar trebui:

- să fie clare în ceea ce privește relația cu un brand sau o companie, indiferent de mediile folosite (de exemplu, platforme online, site-uri de recenzii și social media);
- să dezvăluie toate stimulentele pe care le oferă consumatorilor în schimbul evaluărilor și recenziilor, în mod clar și vizibil, astfel încât consumatorii să poată identifica ușor evaluările și recenziile făcute în schimbul unor stimulente;
- să nu ofere stimulente consumatorilor care sunt condiționați de un feedback pozitiv;
- dacă strâng scoruri ale evaluărilor și recenziilor, să dezvăluie dacă scorul general include și feedback obținut în schimbul unor stimulente.

Cu privire la evaluările și recenzii negative, companiile ar trebui:

- să nu descurajeze consumatorii să posteze recenzii și comentarii negative oneste;
- să proceseze evaluările și recenziile negative în mod echitabil;
- să publice toate evaluările și recenziile, indiferent dacă sunt pozitive sau negative, sau să informeze consumatorii că nu postează toate mesajele relevante;

<sup>42</sup> Prin Decizia nr. 686 din 21 februarie 2013 pronunțată de Î.C.C.J., s-a statuat referitor la remedii incident în privința clauzelor abuzive că: „Deși este adevărat că Legea nr. 193/2000 nu prevede, ca sancțiune, anularea clauzelor cu caracter abuziv, ci inopozabilitatea (sau ineficacitatea) acestora în raport cu consumatorul, (...) **regimul juridic al acestei sancțiuni este practic identic cu al nulității absolute, acest lucru decurgând din practica Curții de Justiție a Uniunii Europene (s.n.)**”.

<sup>43</sup> OECD (2019), *Good Practice Guide on Online Consumer Ratings and Reviews* precit.

- să folosească evaluările și recenziile negative ca pe o șansă de a interacționa cu clienții, de a afla problemele acestora și a răspunde cu informații și servicii utile.

În fine, conform OECD, pentru a evita practicile de moderare înșelătoare, companiile ar trebui:

- să prezinte explicații clare și vizibile despre cum administrează evaluările și recenziile;

- să trateze toate evaluările și recenziile pe care le primesc în conformitate cu explicațiile furnizate;

- să publice toate evaluările și recenziile în cel mai scurt timp posibil;

- să afișeze evaluările și recenziile în mod echitabil și transparent;

- să creeze un scor agregat al evaluărilor și recenziilor de pe mai multe platforme, asigurându-se că unul și același feedback este luat în calcul de cel mult două ori.

#### **4. În loc de concluzie**

În încheiere, deocamdată se poate spune că Directiva 2019/2161, recent adoptată de Consiliul UE în luna noiembrie 2019, face un pas important în direcția adaptării protecției drepturilor consumatorilor la provocările tot mai mari ale pieței online.

Recenziile postate pe o platformă sau pe site-ul unui comerciant influențează decizia de cumpărare a consumatorilor. De aceea, companiile trebuie să gestioneze mai atent acest domeniu, atât pentru a-și proteja reputația, dar și pentru a preveni inducerea în eroare a consumatorilor și a se asigura că respectă legea care le impune noi obligații de transparență și loialitate („*truth-in-advertising*”)<sup>44</sup>.

Recenziile făcute de consumatori nu sunt întotdeauna autentice, sens în care Directiva UE 2019/2161 interzice în mod expres prezentarea sau însărcinarea unei alte persoane cu prezentarea de recenzii sau recomandări false și manipularea recenziilor sau a recomandărilor consumatorilor. Pe viitor, comercianții care oferă acces la recenzii ale consumatorilor vor trebui să explice dacă și cum se asigură că recenziile provin de la consumatori reali. De asemenea, aceștia vor avea dreptul să pretindă că recenziile au fost făcute de consumatori numai dacă iau măsuri rezonabile și proporționale pentru a le verifica.

Important este de subliniat și că Directiva UE 2019/2161 prevede sancțiuni mai eficiente în cazul încălcărilor transfrontaliere, care au loc în mediul digital, oferind autorităților naționale posibilitatea de a impune sancțiuni proporționale și disuasive, într-o manieră coordonată. În aceste cazuri, autoritățile naționale vor avea posibilitatea de a aplica o amendă de cel puțin 4% din cifra de afaceri anuală a comerciantului realizată în statele membre în cauză sau până la 2 milioane euro, când informațiile privind cifra de afaceri anuală a comerciantului nu sunt disponibile.

---

<sup>44</sup> OECD (2019), *Good Practice Guide on Online Consumer Ratings and Reviews* precit.

# Contractul standard în sistemul de drept american. Scurt studiu de doctrină

## Standard form contracts in American law. A short study of legal doctrine

Asist. univ. cercet. dr. **Dan-Adrian CĂRĂMIDARIU\***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara

### Abstract

*The paper bases on a few premises which are specific to liberal paternalism theories, and analyzes the contributions of US private law doctrine to standard form contract theory. An indispensable legal instrument for most business relationships, the standard contract has recently advanced in the center of doctrinal concerns in our country, considering the worrying issue of abusive clauses and the legal and judicial interventions in private party contracts. The paper discusses the outstanding contributions of legal theorists such as Fr. Kessler, A. Leff, K. Llewellyn, W.D. Slawson, T. Rakoff, M. Meyerson or M. Trebilcock, who have reshaped the concept of contract in American law and have influenced both the doctrine and jurisprudence of European legal systems.*

**Keywords:** *standard contracts, contractual freedom, contractual interventions, economic analysis of private law*

### Rezumat

*Lucrarea pleacă de la câteva premise specifice teoriilor despre paternalismul liberal, pentru a analiza apoi contribuțiile doctrinei de drept privat din Statele Unite ale Americii la conturarea unei teorii a contractului standard. Instrument juridic indispensabil pentru majoritatea relațiilor de afaceri, contractul standard a avansat recent și în centrul preocupărilor doctrinare din țara noastră, având în vedere problematica îngrijorătoare a clauzelor abuzive și intervențiile legislative și jurisprudențiale în contractele particularilor. Lucrarea dezbate contribuțiile remarcabile ale unor doctrinari precum Fr. Kessler, A. Leff, K. Llewellyn, W.D. Slawson, T. Rakoff, M. Meyerson sau M. Trebilcock, care au remodelat imaginea contractului în dreptul american și care au influențat atât doctrina, cât și jurisprudența sistemelor europene de drept.*

**Cuvinte-cheie:** *contractul standard, libertatea contractuală, intervenția în contract, analiza economică a dreptului privat*

---

\* dan.caramidariu@e-uvt.ro.

## I. Standardizarea contractuală și paternalismul liberal<sup>1</sup>

Contractele standard sunt un produs esențial al economiei de piață, fără de care relațiile economice în lumea contemporană nu s-ar putea desfășura, nici în ceea ce privește raporturile de tip „*business to business*” și nici în ceea ce privește satisfacerea nevoilor consumatorilor, respectiv raporturile de tip „*business to consumer*”. În circuitul comercial, clauzelor preformulate ale contractelor prin intermediul cărora resursele economice ajung să treacă dintr-o mână în alta, le revine un rol determinant. Marea majoritate a raporturilor juridice prin care se desfășoară viața economică se pot reduce neîndoind la un set mai mult sau mai puțin consistent de clauze preformulate, de reguli cu caracter contractual redactate anterior nașterii raporturilor în discuție.

Printr-o asemenea operațiune, profesionistul, care propune un set de clauze contractuale celui cu care intră în afaceri sau consumatorului căruia îi vinde diverse produse ori îi prestează servicii, nu numai că își optimizează costurile, câștigând timp și bani, dar ajunge, prin calitatea clauzelor contractuale avansate, să intre în concurență cu ceilalți actori de pe piață. Astfel, profesionistul își creează propriul drept, care devine adesea un drept al unei anumite ramuri de activitate economică, al unui sector sau al unei industrii, aplicabil în toate afacerile desfășurate în acea ramură, acel sector sau acea industrie.

Într-adevăr, configurarea standardizată a clauzelor contractuale este un instrument prin care se realizează concurența pe piață, mai subtil decât calitatea intrinsecă și posibilitatea de comparare a produselor și serviciilor, reclama comercială și alte mijloace de diferențiere a ofertei pe piață și, de aceea, utilizat de către profesioniști la scară largă. Analiza din această perspectivă a standardizării contractuale implică, spre deosebire de studiul altor instrumente și modalități prin care profesioniștii intră în competiție în vederea atragerii clientelei și a maximizării profitului, o necesară perspectivă juridică, configurarea clauzelor unui contract fiind o operațiune care ține fără îndoială de regulile juridice, cel puțin în aceeași măsură în care este legată de finalitatea economică și de imperativul economic al eficienței de la care se revendică.

De aceea, orice analiză realistă a standardizării contractuale trebuie să se bazeze pe o dublă perspectivă, juridică și economică, pentru că altfel demersul analitic va fi în cel mai bun caz incomplet, dacă nu eronat. Abordarea specifică analizei economice a dreptului pare să corespundă cel mai bine nevoii de analiză a contractelor standardizate.

Dezbaterea se poartă astăzi în jurul unor concepte precum alegeri (raționale sau nu), piețe și suveranitatea consumatorilor. Economia comportamentală a elaborat o adevărată arhitectură a alegerilor consumatorilor, pentru a demonstra convingător că niciun consumator nu decide într-un mediu steril sau *vid*, ci întotdeauna sub influența informațiilor disponibile, a propriei inerții, a prejudecăților sau chiar a unui optimism exagerat, după cum au arătat Richard H. Thaler și Cass R. Sunstein, doi dintre cei mai importanți

---

<sup>1</sup> Am tratat acest subiect din perspectiva evoluției conceptelor relevante în sistemul de drept european în D.-A. Cărmidariu, *Standardizarea contractuală. Paternalism liberal, libertatea de a contracta și evoluția conceptelor în sistemul de drept continental*, în vol. *Studii și cercetări juridice europene. Conferința internațională a doctoranzilor în drept*, ed. a 10-a, Editura Universul Juridic, București, 2018, pp. 358-373.

autori din domeniul „behavioral economics” și „behavioral law and economics”<sup>2</sup>. Analizele acestora au conturat ceea ce se numește paternalismul liberal.<sup>3</sup> Acest curent circumscrie un set de măsuri de politici publice care tind să îi orienteze pe consumatori cât mai subtil înspre un comportament care să le profite<sup>4</sup>.

Legiuitorul îmbunătățește arhitectura raporturilor dintre profesioniști și consumatori cu ajutorul unor instrumente precum obligațiile precontractuale ce îi revin ofertantului, instituirea posibilității consumatorului de a se retrage din contract sau diverse seturi de norme cu caracter dispozitiv, aplicabile când părțile nu au putut sau nu au vrut să prevadă altfel. În momentele de criză a contractului, legiuitorul oferă cadrul necesar restabilirii echilibrului acestuia și reprimă clauzele abuzive, cu consecințe inechitabile asupra consumatorului. Totodată, prin politici publice corespunzătoare, se încurajează verificarea *ex ante* a calității ofertei profesionistului prin diverse mijloace. În toate cazurile, însă, libertatea consumatorului de a alege trebuie să rămână intactă. Libertatea îi aparține în continuare consumatorului, însă legiuitorul încearcă să îi orienteze alegerile, pentru a-l ajuta să își maximizeze bunăstarea.

În concret, acolo unde paternalismul liberal acționează într-o formă sau alta, oferind părților unui contract fie un ghidaj *ex ante* (prin intervenția legiuitorului), fie procedând la reconfigurarea raporturilor contractuale (prin intervenția judecătorului), doctrina cere ca puterile legiuitorului și ale judecătorului să fie limitate la ceea ce este rezonabil, autolimitarea fiind necesară. De asemenea, nu trebuie niciodată pierdută din vedere distincția între preferințele actorilor economici (care devin părți ale contractului) rezultate din absența oportunităților și din lipsa de informare cu privire la alternativele existente, pe de o parte, și, pe de altă parte, preferințele care se formează ca urmare a existenței și recunoașterii unor numeroase oportunități. Instrumentele care trebuie aplicate de legiuitor și de judecător în cele două cazuri distincte sunt în mod necesar diferite, neputând fi niciodată aceleași, deși ambele implică un anumit grad de interferență a unui terț în raportul contractual<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Pentru un rezumat al teoriei, a se vedea C. R. Sunstein, *Behavioural Economics, Consumption and Environmental protection*, în L. A. Reisch, J. Thøgersen, *Handbook of Research on Sustainable Consumption*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2015, pp. 313-327. Pentru un studiu aprofundat, a se vedea R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, London, 2009.

<sup>3</sup> A se vedea R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, în *The American Economic Review* vol. 93, 2003, pp. 175-179; R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, în *The University of Chicago Law Review* vol. 70, nr. 4, 2003, pp. 1159-1202.

<sup>4</sup> Relațiile paternalismului cu dreptul și, în special, cu dreptul contractelor, au fost evocate, încă de la începuturile curentului analizei economice a dreptului, spre exemplu, de R. Dworkin, *Paternalism*, în R. A. Wassenstrom, *Morality and the Law*, 1971; A. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, în *Yale Law Journal*, vol. 92, nr. 5, 1983, pp. 763-798; R. Dworkin, *Paternalism: Some Second Thoughts*, în R. Sartorius, *Paternalism*, 1982; D. Kennedy, *Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, în *Maryland Law Review*, vol. 41, nr. 4, 1982, pp. 563-658.

<sup>5</sup> A se vedea M.J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1997, pp. 162-163. Lucrarea profesorului canadian de *law and economics*, apărută în primă ediție în 1993, este



În acest context, ar trebui, deci, observat că nimeni nu mai privește astăzi libertatea contractuală ca pe un dat absolut, multiple voci solicitând abolirea libertății contractuale acolo unde se impune protejarea celui sărac în fața celui bogat, a celui slab în fața celui puternic, în vederea unei alocări mai echitabile a resurselor, veniturilor și averilor, precum și în vederea reprimării oricăror forme de discriminare<sup>6</sup>.

În orice caz, ordinea juridică specifică economiilor de piață acceptă în continuare principiul juridic al libertății contractuale, chiar dacă despre o veritabilă și absolută libertate economică a participanților la viața socială și economică nu a putut și nici nu poate fi vorba, iar principiul juridic a fost supus, la rândul lui, unui lung șir de critici doctrinare. Sub influența teoriilor statului bunăstării, populare în anii 1960-1970, atunci când statul-providență triumfa, juristul american Grant Gilmore<sup>7</sup> ajungea să constate moartea contractului, întrebându-se, totuși, dacă în viitor nu se va asista la resurecția acestuia.

Într-o lucrare referențială din 1996, actualizată, completată și republicată în 2015, marele comparatist german H. Kötz<sup>8</sup> afirmă că este în continuare valabilă afirmația judecătorului britanic G. Jessel din 1875, ocazionată de speța *Printing and Numerical Registering Co. v. Simpson*. Jessel considera că nu ar trebui extinse în mod arbitrar acele reguli care permit lipsirea de efecte a unui contract pentru motivul că ar contraveni ordinii publice, pentru că tocmai ordinea publică cere ca persoanele majore și care beneficiază de discernământ să se bucure de cea mai mare libertate de a contracta, de recunoașterea caracterului sacru al contractelor pe care le-au încheiat liber și prin voința lor, precum și de concursul instanțelor de judecată în executarea acelor contracte<sup>9</sup>.

Trebuie reținut că autorul german consideră pertinentă referința la considerentele judecătorului britanic din 1875 chiar dacă, în deceniile anterioare apariției primei ediții a tratatului său de drept european al contractelor (1996), conceptul libertății contractuale a fost puternic atacat, atât în doctrina franceză, cât și în spațiul anglo-saxon. În 1983, lordul Denning refuză în celebra speță *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd* să mai urmeze cu strictețe principiul libertății contractuale. Acesta a constatat că era chemat să analizeze un contract de adeziune în care puterea părții mai slabe („*the little*

considerată seminală în materia libertății contractuale, ea indicând totodată o renaștere a principiului. În opinia lui Trebilcock, politicile publice trebuie conturate în așa fel încât oportunitatea accesului la mecanismele de piață să fie asigurată și extinsă pentru un număr cât mai mare de persoane cărora, fie din motive istorice de clasă, fie din considerente strict individuale, accesul la piață și, deci, la oportunitățile de natură contractuală, le-a fost restrâns (Trebilcock, *op. cit.*, p. 268).

<sup>6</sup> A se vedea H. Unberath, *Vertragsfreiheit*, în J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, vol. 2, p. 1692.

<sup>7</sup> A se vedea G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio University Press, 1974. A se vedea și P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1979. Mulți juriști de *common law* păreau convingși în anii 1970 că libertatea contractuală este un concept depășit, opiniile lor fiind preluate și în doctrina franceză, prin a cărei filieră au pătruns și în doctrina română.

<sup>8</sup> A se vedea H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 9-10.

<sup>9</sup> Citat de Kötz în originalul englez: [It must not be forgotten that you are not] „to extend arbitrarily those rules which say that a given contract is void as being against public policy, because if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of Justice.” A se vedea Kötz, *op. cit.*, p. 10.

man”, în cuvintele judecătorului englez) era în realitate serios limitată, iar simplul fapt că instanțele îl obligaseră anterior pe cel puternic („*the big concern*”) să își redacteze condițiile generale de afaceri, inclusiv clauzele de exonerare de răspundere, în termeni cât mai clari, era lipsit de relevanță, pentru că cel puternic, conformându-se hotărârii judecătorești, știa foarte bine că cel slab nu va citi acel „*small print*” și oricum nu îl va înțelege niciodată<sup>10</sup>.

Prin urmare, paternalismul liberal acceptă libertatea contractuală, dar știe că partea slabă din punct de vedere economic va fi lipsită de apărare în fața celei puternice și, comportându-se rațional, nici măcar nu va depune eforturi pentru a înțelege termenii și condițiile pe care i le propune cel puternic, fiindcă nu le va putea schimba.

Aceasta și pentru că în lumea contemporană se manifestă tot mai pregnant un fenomen legat de tehnologizarea tot mai accentuată a vieții sociale și economice, așa-zisul „*deskilling*”, respectiv pierderea unor competențe, cunoștințe și abilități altă dată obișnuite, astfel încât consumatorul mediu se infantilizează. Iată ce scrie istoricul german Philipp Blom în anul 2017, cu referire la societățile contemporane, afirmațiile sale fiind fără îndoială relevante pentru o analiză juridico-economică a standardizării: „*Bunurile de consum sunt construite în considerarea unor competențe medii și țin cont de lenea consumatorilor. Trebuie să fie ușor de mânuit, să ofere opțiuni limitate, să nu suprasolicite pe nimeni. Trebuie să ușureze viața, să o facă mai comodă, să își asume decizii în locul posesorilor lor. Astfel, trăirile personale se transformă într-o navigare între opțiuni și butoane, într-o succesiune de gesturi standardizate, necesare pentru a avea acces la conținuturi predefinite. În timp ce lumea de basm a digital natives ne promite o explozie creativă, produsele acestei lumi tind să îi infantilizeze pe utilizatori*”<sup>11</sup>.

Infantilizării consumatorilor i se răspunde, de cele mai multe ori, printr-o reglementare suplimentară, legiuitorul împingându-i pe aceștia, în maniera imaginată de Thaler și Sunstein, în direcția dorită (*nudging*)<sup>12</sup>. În acest context se impune o precizare, în sensul că infantilizarea consumatorilor nu este numai una de ordin psihologic sau tehnic, ci și una

<sup>10</sup> În engleză: „*None of you nowadays will remember the trouble we had - when I was called to the Bar - with exemption clauses. They were printed in small print on the back of tickets and order forms and invoices. They were contained in catalogues or timetables. They were held to be binding on any person who took them without objection. No one ever did object. He never read them or knew what was in them. No matter how unreasonable they were, he was bound. All this was done in the name of 'freedom of contract.' But the freedom was all on the side of the big concern which had the use of the printing press. No freedom for the little man who took the ticket or order form or invoice. The big concern said, 'Take it or leave it.' The little man had no option but to take it. The big concern could and did exempt itself from liability in its own interest without regard to the little man. It got away with it time after time. When the courts said to the big concern, 'You must put it in clear words,' the big concern had no hesitation in doing so. It knew well that the little man would never read the exemption clauses or understand them*”. A se vedea, pentru un comentariu al acestei spețe, R. A. Hasson, *The Conflict Between Law And Commerce: George Mitchell (Chesterhall) Ltd. V. Finney Lock Seeds Ltd.*, Canadian Business Law Journal 8.2, 1983, pp. 218-286.

<sup>11</sup> A se vedea Ph. Blom, *Was auf dem Spiel steht*, Carl Hanser Verlag, München, 2017, p. 59. Traducerea în limba română îmi aparține.

<sup>12</sup> Pentru o critică succintă a paternalismului liberal, care contribuie la *deskilling*-ul constatat de Blom, a se vedea lucrarea filosofului vienez K.P. Liessmann, *Bildung als Provokation*, Paul Zsolnay Verlag, Wien, 2017, în special pp. 184-200.

de ordin juridic. Pierderea competențelor se manifestă și în plan juridic, abilitatea consumatorului de a înțelege consecințele juridice și economice ale contractului pe care îl impune profesionistul fiind tot mai redusă<sup>13</sup>.

Dacă vedem în constatările lui Blom un punct de plecare, nu putem să nu ne întrebăm în ce măsură și prin ce modalități completează standardizarea contractuală oferta profesionistului, în ce măsură standardizarea bunurilor și serviciilor se transferă asupra standardizării contractului și care este sau ar trebui să fie reacția consumatorilor față de această dublă standardizare, a produsului ca atare și a contractului, cu toate sau aproape toate clauzele sale, prin care consumatorul își procură respectivul bun. În definitiv, libertatea destinatarului unei oferte standardizate, de care are în fond neapărată nevoie, este, în cel mai bun caz, o libertate controlată. O asemenea opinie s-a impus în doctrina juridică occidentală în a doua jumătate a ultimului secol, considerându-se că limitarea principiului libertății contractuale, dincolo de cauzele tradiționale (precum viciile de consimțământ), este necesară și firească atunci când contractele sunt de adeziune și se compun cu ajutorul unor clauze standard<sup>14</sup>.

Subliniez că, fără îndoială, prin sursele de inspirație și modalitatea reglementării, introducerea în noul Cod civil român a unor texte privind clauzele standard, contractele de adeziune sau interpretarea contractelor încheiate cu consumatorii este rodul aculturării de către legiuitorul român, chiar fără o recunoaștere expresă și prealabilă, a unor măsuri și norme inspirate de paternalismul liberal la care m-am referit *supra*. Acest fapt este unul dintre principalele motive pentru care am ales ca în continuare să studiez conceptul de contract standard, așa cum s-a cristalizat mai întâi în sistemul de drept american și cum a fost preluat ulterior în sistemele de drept din Europa, unde a inspirat, inclusiv din perspectiva concluziilor analizei economice a contractului, diversele reglementări naționale, dar și europene.

Nu trebuie omis faptul că în economia reală standardizarea contractuală nu se întâlnește numai în raporturile între profesioniști și consumatori, ci și în relațiile de afaceri între profesioniști. Totuși, rămâne de văzut dacă, reglementând contractul în general, dar lăsând părților care sunt, amândouă, profesioniști, un spațiu mult mai mare de manevră decât în cazul raporturilor „*business to consumer*”, legiuitorul intenționează să ofere cadrul necesar reconstrucției contractului complet și urmărește același obiectiv al maximizării bunăstării pe care îl are în vedere atunci când ghidează subtil, în maniera avansată de Thaler și Sunstein, alegerile consumatorului.

Însă, contractele de adeziune, construite cu ajutorul standardizării contractuale, caracterizează și majoritatea raporturilor care se stabilesc între profesioniști. Mulți comercianți acceptă pur și simplu clauzele contractuale pe care le propun partenerii lor de afaceri, chiar și atunci când activează în domenii puternic concurențiale, pentru simplul motiv că efortul pe care l-ar implica o negociere, cu necesara procurare și analiză de

---

<sup>13</sup> A se vedea în acest sen jurisprudența recentă a CJUE, spre exemplu în Cauza C-186/16, *Roxana Paula Andriciuc și alții c. Banca Românească S.A.*

<sup>14</sup> A se vedea E. D'Agostino, *Contracts of Adhesion Between Law and Economics*, Springer, Cham, 2015, p. 6.

informații, precum și cu efectuarea de comparații și evaluarea unor riscuri, nu se justifică din punct de vedere economic, fiind prea mare în raport cu avantajul economic pe care îl procură respectivul contract.

În aceste condiții, voi efectua o analiză critică a evoluției conceptului de contract standard în dreptul american, având în vedere că, deși despre contracte de adeziune și clauze preformulate se vorbește pentru prima oară în doctrina juridică din Europa, dreptul american preia, extinde, dezvoltă și rafinează conceptul, fiind în ultimul secol în continuă căutare de răspunsuri la nenumăratele întrebări pe care problema standardizării în afaceri le-a pus. Noțiunile principale cu care se operează în jurisprudența și doctrina din Statele Unite ale Americii sunt următoarele: *standard form contract*, *contract of adhesion*, *unconscionability*, *reasonable expectations*, *battle of forms*. Mă voi referi în cele ce urmează la fiecare dintre acestea.

Cu alte cuvinte, în încercarea de a construi o veritabilă teorie a standardizării contractuale în dreptul român, am în vedere analiza economică a contractului și evoluțiile jurisprudențiale, doctrinare și legislative din sistemul de drept american. Acestea trebuie să fie punctele de plecare pentru orice încercare de construcție a unei teorii a contractului standard în dreptul român.

## II. Conceptul de contract standard în sistemul de drept american

### II.1. Apariția și evoluția conceptului în dreptul american

Sistemul de drept american are incontestabilul merit de a fi avansat problema standardizării contractuale în centrul preocupărilor doctrinare și jurisprudențiale, încă din perioada dintre cele două războaie mondiale. Atunci, doi dintre cei mai influenți autori americani din materia dreptului contractelor, Karl Llewellyn și Friedrich Kessler, și-au prefigurat teoriile asupra standardizării contractuale, acestea fiind ulterior de- și reconstruite de W.D. Slawson, Arthur Leff și Todd Rakoff. Contribuții importante aduc E. Allan Farnsworth și, la începutul anilor 1990, Michael Meyerson. Nu poate fi omisă analiza exhaustivă a lui Michael Trebilcock asupra libertății contractuale, după cum nu ar trebui ignorate nici preocupările recente ale juriștilor americani cu privire la efectele noilor tehnologii (spre exemplu, tehnologia *blockchain*) asupra standardizării contractuale.

Deși ar părea că noțiunile, conceptele și ideile cu care operează doctrina juridică americană, începând cu anii 1960 puternic influențată de analiza economică a dreptului, sunt mai degrabă străine modului în care o problemă precum standardizarea contractuală este tratată atât în legislația, cât și în gândirea juridică a statelor Europei, este neîndoielnic că la baza reglementării raporturilor contractuale de tip „*business to business*” și „*business to consumer*” în sistemul de drept continental se regăsesc tocmai acele noțiuni, concepte și idei conturate în America.

## II.2. Generalități. Noțiuni esențiale

### II.2.1. Contractul de adeziune și contractul standard

În general, doctrina americană privește contractul ca pe un instrument de maximizare a utilității economice, individuale și sociale. De aceea, analiza contractului se concentrează pe minimizarea costurilor tranzacțiilor economice, iar miza oricărui demers analitic se referă la eficacitatea, respectiv executarea convenției părților, iar nu la formarea acesteia. Aceasta înseamnă că problema voinței părților, esențială pentru teoria contractului în sistemele de drept de inspirație franco-germană, trece în planul secund, în prim-plan regăsindu-se „efectele și scopurile pragmatice (economice) urmărite de și prin încheierea unui contract”<sup>15</sup>.

Așa fiind, dreptul american favorizează o concepție obiectivă asupra contractului<sup>16</sup>, așa cum a fost aceasta anunțată încă din secolul al XIX-lea și rezumată în 1911 de către judecătorul Billings Learned Hand, într-un text cu caracter seminal, foarte des citat în jurisprudența și doctrina din Statele Unite ale Americii. În hotărârea pe care a pronunțat-o în Cauza *Hotchkiss v. National City Bank*, acesta a scris despre contract următoarele: „A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent”<sup>17</sup>.

În contradicție cu concepția obiectivă se găsește cea subiectivă, conform căreia contractul este un acord de voințe, născut în momentul în care voințele părților conordă<sup>18</sup>. Concepția, comună sistemului de drept din Europa continentală<sup>19</sup>, este considerată periculoasă de juriștii americani pentru că ar afecta iremediabil certitudinea și previzibilitatea juridică. A fundamenta obligația contractuală exclusiv pe concordanța voințelor ar însemna, în viziunea americană, investirea părților cu puterea completă de a rescrie legea. Prin urmare, nu e nevoie de ceea ce cheamă „*meeting of minds*”, mai ales că ceea ce gândește o persoană este necunoscut și va rămâne de necunoscut pentru toate celelalte<sup>20</sup>.

În orice caz, influențată de analiza economică a dreptului, în varianta clasică, doctrina americană apără principiul conform căruia schimburile economice realizate cu ajutorul

<sup>15</sup> A se vedea P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, op. cit., p. 249; P. Perju, *Contractul*, Editura C.H. Beck, București, 2010, pp. 5-6.

<sup>16</sup> A se vedea B. A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition, Thomson Reuters, 2014, p. 1241: „The doctrine that a contract is not an agreement in the sense of a subjective meeting of the minds but is instead a series of external acts giving the objective semblance of agreement”.

<sup>17</sup> A se vedea <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Objective+Theory+of+Contract>, consultat în 21.06.2018. În traducere: „*Strict vorbind, un contract nu are nimic de a face cu intențiile personale sau individuale ale părților. Un contract este o obligație atașată prin simpla forță a legii anumitor fapte ale părților, de obicei cuvintelor, care în mod obișnuit însoțesc și reprezintă o intenție anume*”.

<sup>18</sup> Garner, op. cit., p. 1652: „The doctrine (now largely outmoded) that a contract is an agreement in which the parties have a subjective meeting of the minds”.

<sup>19</sup> Art. 1166 alin. (1) din noul Cod civil român: „Contractul este acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane (...)”.

<sup>20</sup> A se vedea M. I. Meyerson, *The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts*, în *University of Miami Law Review*, vol. 47, 1993, pp. 1263-1333, în special p. 1266.

contractelor trebuie respectate și executate integral, pentru că numai părțile sunt în măsură să aprecieze utilitatea uneia sau alteia dintre variatele oportunități pe care piața le oferă, astfel încât vor alege întotdeauna conform unui calcul rațional, maximizator de utilitate.

Prin urmare, este suficient a considera că o tranzacție cu conținut economic, un contract („*a bargain*”) reprezintă o formă a schimbului în care fiecare parte își considera prestația a fi prețul prestației celeilalte părți. Sigur că acest concept de „*bargain*” trebuie legat de noțiunea fundamentală pentru dreptul american al contractelor de „*consideration*”, care diferențiază esențial dreptul american (și britanic, desigur) de sistemul de drept romano-germanic. Neputându-se pune un semn de egalitate deplină între „*consideration*” și cauza contractului din sistemele de drept din Europa continentală, cea mai bună explicație se găsește în jurisprudența britanică. Astfel, în celebra cauză *Currie v. Misa*, judecată de o instanță de apel în 1875 (*Court of Exchequer Chamber*), un judecător a definit „*consideration*” astfel: „*A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*”<sup>21</sup>.

Însă, tot analiza economică a pus în lumină limitele principiului fundamentat pe teoria „*bargain*”, pe care le-a explicat foarte simplu prin aceea că, referindu-se la viitor, contractele se încheie întotdeauna în condiții de incertitudine<sup>22</sup>. Pusă, deci, sub semnul îndoielii în ceea ce privește contractele standardizate, teoria obiectivă a contractului a fost reevaluată în ultimele două decenii, făcând în continuare parte din *main-stream*-ul concepțiilor americane despre contract<sup>23</sup>.

Fidele concepției obiective asupra contractului, instanțele de judecată care au aplicat această concepție unor contracte de adeziune, construite cu ajutorul clauzelor preformulate, au observat că, deși clauzele au fost tipărite pe un document care a fost semnat de ambele părți, nu există un „*objective agreement*”<sup>24</sup>. Prin urmare, nu în toate situațiile în care contractul s-a exteriorizat, expresia exterioară a acestuia însoțește și reprezintă intenția care a stat la baza încheierii sale. În aceste condiții, instanțele ar trebui să stabilească cum a înțeles un profesionist acționând rezonabil acordul pe care și l-a dat cel care a primit oferta sa.

---

<sup>21</sup> În traducere: „*O consideration evaluabilă în sens juridic poate consta într-un drept, un interes, un câștig sau un avantaj al unei părți sau într-o obligație de a nu face, un dezavantaj, o pierdere sau o asumare de răspundere oferită, încercată sau executată de cealaltă parte*”. Pentru un rezumat al speței, a se vedea <https://www.lawteacher.net/cases/currie-v-misa.php>, consultat în 30.06.2018.

<sup>22</sup> A se vedea M. E. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, în *Stanford Law Review*, vol. 47, nr. 2, 1995, pp. 211-259, în special p. 213. Eisenberg opinează în favoarea unui punct de vedere care să integreze economia și psihologia, într-o perioadă în care teoriile școlii *behavioural law and economics* începeau să se contureze tot mai bine.

<sup>23</sup> A se vedea M. I. Meyerson, *op. cit.*; W. R. Barnes, *Toward a Fairer Model of Consumer Assent to Standard Form Contracts: In Defense of Restatement Subsection 211(3)*, în *Washington Law Review*, vol. 82, 2007, pp. 227-274.

<sup>24</sup> A se vedea Meyerson, *op. cit.*, p. 1265.

Setul de întrebări care preocupă, din acest punct de vedere, doctrina americană este următorul: (i) care sunt clauzele despre care profesionistul poate considera în mod rezonabil că au fost cunoscute și înțelese de cocontractantul său? (ii) care sunt clauzele secundare asupra cărora profesionistul a atras atenția și le-a explicat cocontractantului său? (iii) care este scopul despre care crede profesionistul că era urmărit de cocontractant prin încheierea contractului? (iv) este legitimă o clauză care îl favorizează pe cel care a propus-o, dacă a fost redactată de o manieră rezonabilă? (v) este informația pusă la dispoziție de profesionist, fie direct, prin agenții săi, fie indirect, prin reclamă, în măsură să trezească în destinatar așteptări rezonabile? (vi) i-a comunicat destinatarul ofertantului profesionist faptul că înțelege clauzele contractului într-un anumit sens? (vii) există vreo clauză în contract care să îl defavorizeze pe destinatar, care să nu fi fost cunoscută acestuia și care să aibă un efect dincolo de puterea de imaginație a unui consumator rezonabil de la momentul încheierii contractului?

Întrebările sunt formulate de Meyerson<sup>25</sup>, într-o încercare de reconciliere a dreptului contractelor standard cu dreptul general al contractelor. Ele sunt fără îndoială utile și pentru demersul de față, urmând a fi reluate *infra*. Până atunci, însă, continui cu studiul elementelor esențiale ale problemei în discuție, respectiv contractul standardizat, contractul de adeziune, doctrina așteptărilor raționale, doctrina „*unconscionability*”, conflictul dintre clauzele standard ale unor părți care urmează să intre într-un contract („*battle of forms*”), precum și necesara distincție între raporturile de tip „*business-to-business*” și cele „*business-to-consumer*”, care imune în continuare o abordare diferită, cel puțin din perspectivă legală.

Doctrina americană înțelege prin contractul standard<sup>26</sup> acel contract de obicei pretipărit care conține un set de clauze utilizate în mod repetat de către o întreprindere sau de către o anumită industrie (un anumit sector de activitate economică), cu modificări sau completări minime, menite să corespundă unei situații concrete. Pentru că asemenea contracte tind, evident, să favorizeze pe cel care le-a redactat și le folosește în activitatea sa, instanțele americane le interpretează în maniera cea mai puțin favorabilă părții care le-a redactat<sup>27</sup>.

Pentru doctrina din Statele Unite ale Americii, standardizarea contractuală, adică fenomenul „*boilerplate*”, reprezintă un efect al infiltrării juriștilor în viața comercială, aceștia ajungând să fixeze un limbaj contractual comun unei anumite industrii, respectiv

---

<sup>25</sup> A se vedea Meyerson, *op. cit.*, pp. 1265-1266.

<sup>26</sup> Trebuie remarcat că în literatura americană se folosește și termenul de „*boilerplate*”, prin care se înțelege un text standardizat, utilizabil în mod repetat, pentru proceduri, produse, servicii identice sau similare. Spre exemplu, Farnsworth definește „*boilerplate*” ca fiind clauze standard provenind din alte contracte sau din „*form books*”, cărți de formulare, utilizate în practica juridică din Statele Unite ale Americii. A se vedea E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law & Business, 1999, p. 426.

<sup>27</sup> Garner, *op. cit.*, p. 397: „*A usually preprinted contract containing set clauses, used repeatedly by a business or within a particular industry with only slight additions or modifications to meet the specific situation. Because standard-form contracts usually favor the drafting party, they can amount to adhesion contracts. As with contract interpretation generally, courts offset the drafting party's advantage by construing ambiguities in the light least favorable to the drafting party*”.

unui anumit sector de activitate economică. Pe măsura extinderii utilizării clauzelor standard, ceea ce se cheamă „boilerplate” ajunge să semene tot mai mult cu un „public statute”, o normă legală, decât cu un acord între particulari<sup>28</sup>. Astfel, doctrina americană vorbește despre „the common law of common boilerplate”<sup>29</sup>. Asupra acestui aspect voi reveni atunci când voi pune în discuție problema interpretării condițiilor generale de afaceri, a clauzelor standard și a celor neuzuale în doctrina română.

Rămânând, deocamdată, la conceptele cu care se operează în doctrina americană, rețin că în viziunea acesteia un contract de adeziune ar fi un contract standard, pregătit de către una dintre părți, pentru a fi semnat de cealaltă parte, care se află într-o poziție mai slabă, de obicei, un consumator, care aderă la contract, având o posibilitate de opțiune limitată în ceea ce privește termenii și condițiile acestuia<sup>30</sup>.

De remarcat că standardizarea contractuală a fost reținută și în *Restatement (Second) of Contracts* al American Law Institute (1979)<sup>31</sup>, unde, în paragraful 211, cu titlul marginal de *Standardized Agreements*, se prevăd următoarele: „(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing. (2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing. (3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement”<sup>32</sup>. În

<sup>28</sup> Pentru o opinie conform căreia contractul standardizat între profesioniști ar trebui privit ca un set de norme aplicabil unei întregi industrii, respectiv unei ramuri sau unui sector de activitate economică, a se vedea St. J. Choi, G. Mitu Gulati, *Contract as Statute*, în O. Ben-Shahar, *Boilerplate. The Foundation of Market Contracts*, Cambridge University Press, 2007, pp. 145-162. În acest context, autorii observă că, în ceea ce privește interpretarea unor contracte standardizate, instanțele americane s-au simțit adesea legate de interpretarea unor clauze neclare pe care a sugerat-o jurisprudența anterioară, inclusiv pentru motivul că, dacă în piață s-ar fi întâmpinat probleme ca urmare a interpretării date într-o instanță judecătorească, actorii de pe piață și-ar fi reformulat contractele. Argumentul este ilustrativ pentru absorbția ideilor analizei economice a contractului de către judecătorii americani.

<sup>29</sup> A se vedea M.E. Boardman, *Contra proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*, în O. Ben-Shahar, *Boilerplate. The Foundation of Market Contracts*, Cambridge University Press, 2007, pp. 176-185.

<sup>30</sup> A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 390: „A standard-form contract prepared by one party, to be signed by another party in a weaker position, usually a consumer, who adheres to the contract with little choice about the terms”.

<sup>31</sup> *American Law Institute*, înființat în 1923, reunește profesioniști ai dreptului, având drept obiectiv clarificarea, simplificarea și uniformizarea *common law*-ului din S.U.A. A se vedea <https://www.ali.org/>.

<sup>32</sup> Text disponibil la <https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>. În traducere în limba română: (1) *Cu excepția cazului prevăzut la alin. (3), atunci când o parte a unui acord semnează sau își manifestă în orice alt fel consimțământul și are motive să considere că înscrise asemănătoare sunt utilizate în mod obișnuit pentru a încorpora clauzele unor acorduri de același tip, ea va include înscrisul ca un acord integrat în ceea ce privește clauzele din acel înscris.* (2) *Un asemenea înscris se interpretează ori de câte ori este rezonabil ca tratând similar pe toți aceia aflați în situații similare, indiferent de cunoștințele lor despre ori de înțelegerea clauzelor standard din înscris.* (3) *Atunci când cealaltă parte are motive să creadă că partea care și-a manifestat astfel*



comentariile cu privire la acest text din *Restatement (Second) of Contracts* se arată că utilitatea contractelor standardizate rezidă în faptul că ele corespund nevoilor distribuției în masă și unor structuri organizaționale complexe<sup>33</sup>.

### **II.2.2. Așteptările rezonabile și doctrina „unconscionability”**

Un concept esențial în doctrina americană este reprezentat de doctrina așteptărilor rezonabile („*reasonable expectations*”). Aceasta a fost conturată în instanțele de judecată și rafinată de doctrină, remarcabilă fiind contribuția lui R. Keeton, care a studiat contractele de asigurări<sup>34</sup>. Acesta a observat că instanțele de judecată tindeau să stabilească așteptările obiectiv rezonabile ale beneficiarului unui contract de asigurări, obligând partea adversă să-și execute obligațiile în funcție de aceste așteptări considerate rezonabile. Problema a fost larg dezbătută în doctrina americană, încercând să se răspundă la întrebarea dacă doctrina așteptărilor rezonabile trebuie restrânsă numai la clauzele echivoce ori neclare, sau ar putea fi aplicată generalizat.

Doctrina americană care a analizat contractele de asigurări și a evaluat critic teoria „*reasonable expectations*” vorbește atât despre varianta „*puternică și agresivă*” a doctrinei, în baza căreia așteptările rezonabile ale asiguratului vor fi validate în ciuda clauzelor contractuale, cât și despre o varianta slabă, în care teoria așteptărilor rezonabile este folosită numai ca o regulă de interpretare, pentru a înlătura ambiguitățile. Acestea vor fi interpretate în conformitate cu așteptările rezonabile ale asiguratului<sup>35</sup>.

Evident că dacă s-ar restrânge numai la ceea ce este neclar într-un contract, așa-zisa doctrină s-ar reduce la regula de interpretare subsidiară *contra proferentem*. Criticând aplicarea doctrinei așteptărilor rezonabile de către instanțele de judecată din S.U.A., juristul W. D. Slawson arată că, înțelegând contractul prin prisma așteptărilor rezonabile, acestea devin însuși contractul<sup>36</sup>.

În aceste condiții, instanțele nu ar trebui să urmeze o asemenea abordare, fiindcă s-ar putea ca ulterior, în faza litigiului, reclamantii să-și inventeze așteptări așa-zis rezonabile, pe care la încheierea contractului nu le aveau în vedere, numai pentru a obține un beneficiu cu privire la care nu negociaseră. Critica este neîntemeiată, deoarece confundă așteptările subiective cu ceea ce este în mod obiectiv rezonabil, doctrina arătând că reclamantul trebuie totuși să dovedească faptul că așteptările sale puteau fi determinate

---

*consimțământul nu ar fi făcut-o dacă ar fi știut că înscrisul conține o anumită clauză, acea clauză nu este parte a acordului.*

<sup>33</sup> A se vedea T. D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, în *Harvard Law Review*, vol. 96, nr. 6, 1983, pp. 1176-1284, în special p. 1216.

<sup>34</sup> A se vedea R. E. Keeton, *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions*, în *Harvard Law Review*, vol. 83, nr. 5, 1970, pp. 961-985. De observat că doctrina „*reasonable expectations*” rămâne legată de contractele de asigurări.

<sup>35</sup> A se vedea J. E. Thomas, *An Interdisciplinary Critique of the Reasonable Expectations Doctrine*, în *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 5, nr. 1, 1998, pp. 296-334, în special pp. 298-299.

<sup>36</sup> A se vedea W. D. Slawson, *The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms*, în *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 46, 1984, pp. 21-74.

în mod obiectiv și nu se bazează numai pe simpla lui credință<sup>37</sup>. Reticența instanțelor de a aplica în totalitate doctrina așteptărilor rezonabile ar trebui, prin urmare, căutată în teama de a crea pe scară largă așteptări noi, zise rezonabile, care să se constituie în excepții de la principiile clasice ale dreptului contractelor și care să fie aplicabile unui număr mare de raporturi de consum<sup>38</sup>.

Un alt concept esențial pentru doctrina americană a contractului, inclusiv a celui standard, îl reprezintă instituția „*unconscionability*”<sup>39</sup>. În general, un contract poate fi „*unconscionable*” atunci când este inechitabil sau extrem de defavorabil părții mai slabe. Într-un asemenea contract o persoană rezonabilă și diligentă cu propriile afaceri nu ar intra, el neputând fi acceptat de nicio persoană onestă sau cinstită<sup>40</sup>. Contracte de asemenea factură se impun consumatorilor, care sunt lipsiți de educație juridică și nu percep subtilitățile clauzelor cuprinse în asemenea contracte<sup>41</sup>.

Conform doctrinei „*unconscionability*”, semnătura părții pe un asemenea contract nu poate face dovada consimțământului acesteia<sup>42</sup>, de vreme ce nu a negociat contractul și nici nu i-a citit unele dintre clauze sau chiar niciuna. Prin urmare, instanțele de judecată ar putea refuza să recunoască asemenea contracte dezechilibrate, dar mai degrabă ar trebui să le interpreteze *contra proferentem*, în logica așteptărilor rezonabile ale consumatorilor față de respectivele raporturi juridice.

Potrivit unei opinii pe larg împărtășite în doctrina americană, această teorie nu tinde la anihilarea libertății contractuale, ci încearcă să ofere a garanție a faptului că toate contractele rezultă din negocierea reală a părților, care au avut libertatea de a alege, au înțeles consecințele actelor și faptelor lor și au putut negocia în mod efectiv<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> A se vedea R. C. Henderson, *The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law after Two Decades*, în *Ohio State Law Journal*, vol. 51, nr. 4, 1990, pp. 823-854, în special p. 839.

<sup>38</sup> A se vedea M. I. Meyerson, *op. cit.*, pp. 1281-1282.

<sup>39</sup> A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 1757. Cel mai utilizat dicționar juridic american definește termenul după cum urmează: „1. *inechitate extremă. Evaluarea acesteia se face pe baza unui criteriu obiectiv: (1) lipsirea părții de alternative efective, și (2) clauze contractuale care o favorizează pe cealaltă parte în mod nerezonabil. 2. Principiul conform căruia o instanță poate refuza să dispună executarea unui contract care este inechitabil sau opresiv ca urmare a unor abuzuri procedurale în timpul formării contractului sau ca urmare a existenței unor clauze contractuale abuzive, care favorizează nerezonabil pe una dintre părți, lipsind-o pe cealaltă de alternative efective. Pentru că aplicarea principiului depinde de circumstanțele existente la momentul formării contractului, o creștere ulterioară a prețului pe piață este lipsită de relevanță.*” Traducerea îmi aparține.

<sup>40</sup> Cauza *Hume v. United States*, 132 U.S. 406 (1889), text disponibil la <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/132/406/>.

<sup>41</sup> A se vedea D’Agostino, *op. cit.*, p. 7. A se vedea și W. R. Barnes, *op. cit.* Pentru o analiză detaliată a raportului dintre doctrina „*unconscionability*” și libertatea contractuală, în contextul paradigmei eficienței economice și a statului bunăstării, a se vedea E.A. Posner, *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom of Contract*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 24, 1995, pp. 283-319.

<sup>42</sup> A se vedea *infra* teoria lui Llewellyn despre consimțământul în alb.

<sup>43</sup> A se vedea M. N. Browne, L. Biksacky, *Unconscionability and the contingent assumptions of contract theory*, în *Michigan State Law Review*, vol. 211, nr. 1, 2013, pp. 212-255, în special p. 214. Autorii citează opinia separată a judecătorului Hughes din Cauza *Morehead v. People of State of New York*, din 1936, în care acesta a arătat că, deși libertatea contractuală trebuie protejată, nu trebuie să se permită nici abuzul de libertate,

Doctrina „*unconscionability*” se sprijină din punct de vedere teoretic pe trei elemente, pe care le voi enumera în cele ce urmează.

În primul rând, se are în vedere piața în care s-a încheiat contractul. Doctrina și instanțele americane au refuzat să recunoască clauze contractuale vădit dezechilibrate, atunci când cel care le impunea o făcea în virtutea unei poziții dominante pe piață. În al doilea rând, se are în vedere inabilitatea destinatarului ofertei profesionistului de a înțelege conținutul contractului, întinderea drepturilor și, mai ales, a obligațiilor sale, ca urmare a lipsei sale de pregătire și a caracterului complex al contractului ce i se propune<sup>44</sup>. În al treilea rând, trebuie ținut seama de structura și limbajul contractului. Acesta fiind redactat integral de către partea mai puternică și mai bine pregătită și nefiind negociat, inabilitatea consumatorului de a percepe subtilitățile clauzelor inserate în contract trebuie legată de caracterul tehnic al limbajului folosit, de dificultatea de a-l citi și de a-l înțelege, care se manifestă chiar și în cazul persoanelor avizate, cu o pregătire peste medie.

Consacrarea legală în dreptul american<sup>45</sup> a doctrinei „*unconscionability*” se găsește în Secțiunea 2-302 din *Uniform Commercial Code* (în continuare, UCC)<sup>46</sup>, dar și în paragraful 208 din *Restatement (Second) of Contracts*<sup>47</sup>.

În comentariile la *Restatement (Second) of Contracts* se precizează cu privire la doctrina *unconscionability* că aceasta urmărește să prevină opresiunea contractuală și utilizarea unor clauze neuzuale, inechitabile („*prevention of oppression and unfair surprise*”), iar nu să tulbure mecanismele alocării riscurilor între părțile unui contract ca urmare a puterii superioare de negociere a uneia dintre părți<sup>48</sup>.

În orice caz, Farnsworth atrage atenția asupra faptului că nu există o definiție legală a termenului, în *Uniform Commercial Code* neregăsindu-o asemenea definiție. Absența acesteia ar reprezenta, pentru doctrina „*unconscionability*”, atât o sursă de forță, cât și una de slăbiciune<sup>49</sup>. În ceea ce privește contractele standard, s-a susținut că doctrina

---

fiindcă altfel ar fi folosită pentru a se aduce atingere intereselor publice, iar, în final, s-ar distruge chiar libertatea de a profita de oportunități, pe care este chemată de fapt să o protejeze. Textul hotărârii este disponibil la <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/298/587.html>.

<sup>44</sup> Lipsa de pregătire ar trebui privită prin prisma noțiunii ignoranței raționale, la care mă voi referi *infra*.

<sup>45</sup> Pentru o scurtă introducere în dreptul uniform din Statele Unite ale Americii, a se vedea R. David, C. Jauffret-Spinosi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2016, p. 363 și urm. Pentru câteva considerații asupra *common law*-ului, privit din perspectiva analizei economice a dreptului, a se vedea C. Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 9-18.

<sup>46</sup> Textul Secțiunii 2-302 din *Uniform Commercial Code* are următorul conținut: „(1) *If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination*”.

<sup>47</sup> A se vedea Barnes, *op. cit.*, pp. 246-247.

<sup>48</sup> A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 1757.

<sup>49</sup> A se vedea Farnsworth, *op. cit.*, p. 310.

„unconscionability” este prea dură sau prea neclară pentru a putea fi utilizată la scară largă în vederea corectării comportamentelor eventual abuzive ale profesioniștilor, fiind dificil de stabilit de către instanțele judecătorești care este gradul de inechitate care să transforme contractul într-unul „unconscionable”<sup>50</sup>.

Comparând doctrina „unconscionability” cu cea ce se regăsește în sistemul de drept romano-german din Europa continentală, probabil că instituția care s-ar apropia cel mai mult de cea americană ar fi leziunea („Wucher” în dreptul german, „la lésion” în dreptul francez). În dreptul german, reglementarea se regăsește în art. 138 BGB<sup>51</sup>, care sancționează actul juridic contrar bunelor moravuri, precizând în alin. (2) că este nul actul juridic prin care o persoană procură sieși sau altuia un avantaj patrimonial în evidentă disproporție cu prestația sa, profitând de starea de nevoie, lipsa de experiență, de diligență sau de putere de apreciere a cocontractantului său<sup>52</sup>. În dreptul francez, leziunea nu este considerată în principiu o cauză de nulitate, unele excepții fiind prevăzute expres de lege<sup>53</sup>. În dreptul român, reglementarea leziunii se găsește în art. 1221-1224 din noul Cod civil<sup>54</sup>.

### II.2.3. Conceptul de „battle of forms”

Revenind la dreptul american, un element important în teoria americană a standardizării contractuale este reprezentat de „battle of forms”<sup>55</sup>, însemnând conflictul între clauzele standard cu care operează părțile unui contract. Prin Secțiunea 2-207 din

<sup>50</sup> A se vedea M. I. Meyerson, *op. cit.*, pp. 1285-1296, dar și Barnes, *op. cit.*, p. 246.

<sup>51</sup> Autorii americani Browne și Biskacky atrag atenția asupra faptului că, spre deosebire de judecătorul american, cel german, atunci când recurge la art. 138 BGB, are la îndemână un remediu mai degrabă greoi, el neputând face altceva decât să constate nulitatea contractului. Judecătorul american îl poate păstra în ființă, poate modifica unele clauze, poate dispune diverse sancțiuni. Afirmția rămâne valabilă în comparație cu oricare alt sistem de drept din familia franco-germană, inclusiv sistemul de drept român, cu toate că, sub reglementarea cuprinsă în art. 1221-1224 din noul Cod civil și în limitele principiului procesual-civil al disponibilității, judecătorul român ar putea lua măsuri de adaptare a contractului.

<sup>52</sup> Art. 138 BGB: „(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen”. Text disponibil la [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_138.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_138.html), consultat la 21.06.2018. În traducere: „(1) Un act juridic care încalcă bunele moravuri este nul. (2) Este nul în special acel act juridic prin care cineva, profitând de starea de nevoie, lipsa de experiență, lipsa de putere de apreciere sau slăbiciunea de voință a altuia, stipulează în favoarea sa sau a unui terț sau își procură sieși sau aceluia terț o prestație de o valoare evident disproporționată în raport cu valoarea prestației celuilalt”.

<sup>53</sup> Art. 1168 din Codul civil francez: „Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.” Text disponibil la [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=54ED766BE64E0EB72B2ACC8B5B5AB2E3.tplgfr33s\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000032008690&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180621](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=54ED766BE64E0EB72B2ACC8B5B5AB2E3.tplgfr33s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032008690&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180621). În traducere: „În contractele sinalagmatice, dezechilibrul prestațiilor nu este cauză de nulitate a contractului, cu excepția cazului în care legea prevede altfel”.

<sup>54</sup> A se vedea, pentru explicații, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații, op. cit.*, pp. 350-354.

<sup>55</sup> A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 182.

*Uniform Commercial Code*<sup>56</sup> s-a prevăzut că există un contract (de vânzare, fiindcă în capitolul al doilea al textului este reglementată numai vânzarea) chiar și atunci când această concluzie se desprinde din comportamentul părților, fără ca o asemenea concluzie să se desprindă din documentele contractuale cu care operează părțile, adică din seturile de clauze standard pe care le propun una celeilalte. Într-un asemenea caz, contractul este constituit din clauzele comune, asupra cărora părțile au convenit, urmând să fie completat cu clauze suplimentare care ar rezulta din aplicarea *Uniform Commercial Code*.

În contextul a ceea ce se cheamă „*battle of forms*”, trebuie făcută o distincție importantă și evidentă. Despre „*battle of forms*” nu poate fi vorba decât în cazul raporturilor între profesioniști, acelea de tip *business to business*, întrucât, pentru ca ambele părți ale unui contract să propună un set de clauze contractuale standard și să negocieze cu privire la clauzele care ar putea fi comune și suficiente pentru a da naștere unui contract, ambele trebuie să dețină o anumită putere economică, pe care consumatorul nu o deține.

Este prin urmare sigur că analiza standardizării contractuale va fi diferită, în funcție de calitatea părților contractului și natura acestui contract. În ceea ce privește „*battle of forms*” problema pare mai ușor de rezolvat, în raporturile *business to business* găsindu-și aplicarea, în dreptul american, textul din *Uniform Commercial Code*, menționat *supra*, iar în dreptul român textul art. 1202 alin. (4) din noul Cod civil.

Trebuie reținut că nici atunci când părțile sunt ambele profesioniști, eventual companii de largi dimensiuni, și deci, beneficiare ale unei expertize sofisticate, contractele pe care acestea le vor încheia nu sunt întotdeauna complete în sensul contractului complet descris în analiza economică a dreptului<sup>57</sup>, inclusiv pentru considerentul că, în caz de litigiu, un judecător, în calitate de terț imparțial, va stabili o soluție care să fie în beneficiul ambelor părți. Dacă negocierea contractului este costisitoare, iar profesioniștii au ambii încredere că instanța de judecată, atunci când interpretează contractul, va îndrepta lucrurile, probabil că vor lăsa unele clauze ambigue sau chiar neprecizate, minimizându-și astfel costurile, sub toate aspectele relevante: negociere, redactare, judecată în instanță<sup>58</sup>.

Atunci când în discuție sunt însă clauze standard, incluse de părți în contract pentru că, spre exemplu, fac parte din practicile comune ale industriei sau ale pieței pe care activează, efortul instanțelor de judecată devine mai dificil, pentru că acel set de clauze standard nu este neapărat rodul intenției comune a părților, ci a devenit parte a contractului pentru că aceasta este practica pe piață, în aceeași manieră procedând toți competitorii. Prin urmare, în acest caz problema ține nu de decelarea intenției părților, ci de a stabili care este înțelesul general recunoscut și acceptat al unor asemenea clauze. Doctrina americană le aseamănă unor „*incantatii*”.

<sup>56</sup> Text disponibil la <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-207>.

<sup>57</sup> A se vedea cele arătate în cuprinsul subcapitolului III.2. din primul raport de cercetare.

<sup>58</sup> A se vedea R. A. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, în *Texas Law Review*, vol. 83, 2004, pp. 1581-1614, în special p. 1583.

Choi și Mitu Gulati trimit la opinii exprimate în anii 1980, în care se dau exemplele unor clauze precum F.O.B.<sup>59</sup>, C.I.F.<sup>60</sup> sau „*as is*”<sup>61</sup>. Inițial s-a considerat că actorii de pe piață nu vor uita semnificația acestor termeni, însă cei doi autori opinează că utilizarea unor seturi de clauze standard concepute cu mai multe decenii în urmă nu înseamnă neapărat că sensul concret al acestora nu se poate altera. Acesta este motivul pentru care s-ar putea pretinde instanțelor judecătorești americane să trateze clauzele „*boilerplate*” ca pe lege, interpretându-le așa cum interpretează legea. Astfel, crește probabilitatea ca, intervenind în contract, judecătorul să reușească o maximizare a bunăstării părților.

În ceea ce privește raporturile de tip *business to consumer*, analiza se complică. În principiu, standardizarea contractuală ar trebui să fie în beneficiul ambelor părți, ea profitând atât profesionistului, cât și consumatorului, pentru că reduce costurile negocierii, inclusiv sub aspectul timpului pe care părțile l-ar afecta unor negocieri complicate. Însă, se presupune că, nefiind autorul clauzelor contractului ce urmează să se încheie, consumatorul va avea de pierdut, profesionistul fiind adesea tentat să le redacteze în favoarea sa.

Inabilitatea consumatorului în negocieri sau chiar imposibilitatea acestuia de a negocia nu ar trebui privită ca generatoare fără excepții de ineficiență și inechitate<sup>62</sup>. Eventuala ineficiență și tratamentul inechitabil pe care îl suferă consumatorul nu provin din faptul absenței negocierii, ci mai degrabă din acela că destinatarul ofertei profesionistului nu o citește sau, dacă o citește, nu o înțelege, aspect pe care ofertantul îl cunoaște foarte bine.

De regulă, s-a arătat în doctrina americană<sup>63</sup>, consumatorul va citi și va înțelege clauzele principale sau esențiale, cum ar fi cea prin care se instituie prețul bunului sau serviciului de care are nevoie, și le va ignora pe celelalte, secundare, neesențiale sau subordonate. Asupra acestor aspecte voi reveni în detaliu în capitolele viitoare, în continuare încercând o retrospectivă a teoriei standardizării contractuale în doctrina americană.

Se impune o ultimă precizare cu privire la dreptul american al contractelor și, implicit, al contractelor standard. Doctrina americană este, predictibil, puternic influențată de ideologiile politice dominante în științele sociale din Statele Unite. Astfel, și în dreptul contractelor se fac simțite unele aspecte ce țin de confruntarea dintre neoliberalism și stânga intervenționistă. Spre exemplu, la mijlocul anilor 1990, când neoliberalismul deceniului anterior triumfase deja, juriștii americani constatau resurecția conservatorismului intelectual și politic în dreptul contractelor. Instanțele americane tind să îi favorizeze pe beneficiarii privilegiați ai dreptului clasic al contractelor, aplicându-l într-o manieră tot mai

<sup>59</sup> *Free on board*, clauză specifică relațiilor comerciale internaționale.

<sup>60</sup> *Cost, insurance and freight*, altă clauză specifică relațiilor comerciale internaționale.

<sup>61</sup> Clauza *as is* este specifică dreptului american al contractului, fiind o clauză prin care vânzătorul se poate exonera de răspundere pentru viciile bunului vândut, în anumite condiții.

<sup>62</sup> A se vedea M. I. Meyerson, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets The Real World*, în *Georgia Law Review*, vol. 24, 1990, p. 595.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

formală, inflexibilă, punând capăt expansiunii doctrinei „unconscionability” și refuzând să accepte teoria schimbării circumstanțelor (impreviziunea din dreptul european).

Astfel, profesorul de drept R. J. Mooney observă în 1995 că judecătorul american este tot mai înclinat să aplice reguli care consolidează și protejează elitele, refuzând tot mai mult să analizeze echitatea negocierii și a schimbului economic dintre părți, chiar în situațiile în care partea mai puternică și-a impus termenii și condițiile contractuale<sup>64</sup>. Spre exemplu, instanțele au ajuns să considere că absența egalității în negociere sau absența oportunităților egale ori comparabile de a contracta nu mai atrage întotdeauna după sine existența „unfair surprise” (a clauzelor abuzive, neuzuale) sau a abuzului contractual<sup>65</sup>.

Cu alte cuvinte, se observă că dreptul a fost conceput de o așa manieră încât să corespundă intereselor celor care se află pe poziții economice de forță și care se pot refugia în teorii și doctrine formaliste, care insistă în punerea în executare forțată a clauzelor scrise, ignorând acordul real al părților, care de multe ori se găsește în afara a ceea ce a impus în scris partea puternică și, deci, favorizată<sup>66</sup>.

Pe de altă parte, R. A. Hillman susține în 1999 că nu poate fi neapărat vorba despre o înclinație a instanțelor americane înspre susținerea intereselor elitelor sociale și economice, în defavoarea celor slabi („the underdogs”), ci mai degrabă despre o schimbare de paradigmă în rândul societății și opiniei publice americane, care se reflectă și la nivelul instanțelor de judecată<sup>67</sup>. În rezumat, Hillman constată că în anii 1980 și 1990 s-a ajuns, pe de o parte, la o reconsiderare critică a statului bunăstării (a statului providențial) și a rolului instanțelor în procedurile democratice, iar, pe de altă parte, a crescut importanța și puterea piețelor, care au fost apreciate tot mai mult, până în punctul în care, sub puternica influență a Școlii de la Chicago, au ajuns să fie considerate soluția (cvasi-) generală la toate problemele sociale și economice<sup>68</sup>. Politicile economice și sociale ale administrației președintelui Ronald Reagan, sfârșitul Războiului Rece și prăbușirea comunismului au contribuit la scăderea încrederii populației în guvern și în instituții non-democratice, precum organele judiciare, conducând în același timp la valorizarea tot mai accentuată a piețelor și a schimbului de piață. Plecând de aici, Hillman susține că această schimbare de paradigmă se reflectă și în deciziile instanțelor de judecată, care nu

---

<sup>64</sup> A se vedea R. J. Mooney, *The New Conceptualism in Contract Law*, în *Oregon Law Review*, vol. 74, 1995, pp. 1131-1207.

<sup>65</sup> A se vedea R. E. Speidel, *Contract Theory and Securities Arbitration: Whither Consent?*, în *Brooklyn Law Review*, vol. 62, nr. 4, 1996, pp. 1335-1363, în special p. 1354.

<sup>66</sup> A se vedea J. A. Webster, *A Pound of Flesh: The Oregon Supreme Court Virtually Eliminates the Duty to Perform & Enforce Contracts in Good Faith*, în *Oregon Law Review*, vol. 75, nr. 2, 1996, pp. 493-560, în special p. 508.

<sup>67</sup> A se vedea R. A. Hillman, *The New Conservatism in Contract Law and the Process of Legal Change*, *Boston College Law Review* vol. 40, nr. 4, 1999, pp. 879-889. Autorul, profesor de drept la Cornell Law School, argumentează în esență evoluția dreptului contractelor în S.U.A. anilor 1990 nu este neapărat în favoarea celor privilegiați din punct de vedere economic, chiar dacă o serie de decizii importante favorizează comerțanții, băncile, asiguratorii, angajatorii și îi defavorizează pe cumpărători, împrumutați, asigurați sau angajați.

<sup>68</sup> Pentru un punct de vedere contrar și recent, foarte bine receptat, atât în țara de origine, cât și în Europa, a se vedea cartea profesorului de filosofie politică de la Universitatea Harvard, Michael J. Sandel, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Penguin Books, London, 2013.

pot rămâne imune la transformările cu caracter ideologic pe care le încearcă societatea și opinia publică<sup>69</sup>.

Dacă acceptăm opiniile autorului american, ar trebui să avem în vedere că într-o problemă care în esență nu este una juridică, ci economică, precum standardizarea contractuală, norma adoptată de legiuitor și aplicarea acesteia de către judecător nu pot fi niciodată analizate corect și complet în absența unei perspective inter- și multidisciplinare. Doctrina americană a subliniat foarte bine această idee.

### II.3. Teoria americană a standardizării contractuale în retrospectivă

Pentru doctrina juridică americană, contractul standard face parte din esența culturii americane. În pofida unei vaste literaturi care tratează tema standardizării contractuale, o teorie americană asupra contractului standard, veritabilă, sistematică și cuprinzătoare, este, în opinia unora, incompletă, nedezvoltată suficient și destructurată, neorganizată<sup>70</sup>. Acest fapt s-ar datora intervenției instanțelor judecătorești, care ar fi rămas foarte multă vreme ancorate în teoriile despre contract ale secolului al XIX-lea, fiind obsedate de principiul *pacta sunt servanda*.

Doctrina de *common law* din Statele Unite ale Americii preia conceptul contractelor de adeziune și al condițiilor generale de afaceri în jurul anilor 1920, primele lucrări cu caracter seminal de limbă engleză apărând în 1917, 1931 și 1943, sub semnătură lui Nathan Isaacs<sup>71</sup>, Karl Llewellyn<sup>72</sup> și Friedrich Kessler<sup>73</sup>. Accelerarea standardizării contractuale în raporturile de afaceri și, în special, în materia asigurărilor pare să fi fost cauzată pe continentul nord-american, printre altele, de cutremurul de la San Francisco (1906) și de urmările acestuia asupra industriei asigurărilor din S.U.A.<sup>74</sup>.

Specifică dreptului american este analiza conceptelor relevante din perspectiva libertății contractuale și, în general, din perspectiva unui pragmatism economic care pune bazele analizelor viitoare de tip *law and economics*. Anterior lui Kessler, germanul Otto Prausnitz, emigrat în Marea Britanie, publicase o carte dedicată standardizării contractelor comerciale în dreptul englez și continental<sup>75</sup>, iar juriști americani precum Nathan Isaacs și

<sup>69</sup> A se vedea Hillman, *The New Conservatism...*, op. cit., pp. 883-886.

<sup>70</sup> A se vedea E. Mills Holmes, D. Thürmann, *A New and Old Theory for Adjudicating Standardized Contracts*, în *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, nr. 3, 1987, pp. 323-429.

<sup>71</sup> A se vedea N. Isaacs, *The Standardizing of Contracts*, în *The Yale Law Journal* vol. 27, nr. 1, 1917, pp. 34-48.

<sup>72</sup> A se vedea K. N. Llewellyn, *What Price Contract? An Essay in Perspective*, în *The Yale Law Journal* vol. 40, nr. 5, 1931, pp. 704-751.

<sup>73</sup> A se vedea Fr. Kessler, *Contracts of Adhesion. Some Thoughts About Freedom of Contract*, în *Columbia Law Review* 43, 1943, p. 629 și urm.

<sup>74</sup> A se vedea T. J. Röder, *Rechtsbildung im wirtschaftlichen Weltverkehr. Das Erdbeben von San Francisco und die internationale Standardisierung von Vertragsbedingungen 1871-1914*, în M. Nec (Hrsg.), *Recht in der Industriellen Revolution*, Band 4, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006.

<sup>75</sup> A se vedea O. Prausnitz, *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law*, Sweet & Maxwell, London, 1937.



Karl Llewellyn analizaseră deja standardizarea contractuală, pornind, printre altele, de la scrierile germanului Ludwig Raiser.

Juriști precum Isaacs, Llewellyn, Kessler și, ulterior, A. Leff, W. D. Slawson, T. Rakoff și W. I. Meyerson au întemeiat în dreptul american o literatură amplă, care a cunoscut dezvoltări succesive și unghiuri diferite de abordare, având însă toate câteva puncte comune de referință<sup>76</sup>. În toate cazurile, în doctrina americană se poate vorbi despre o teorie încheată a contractelor standardizate, aceasta cunoscând o evoluție spectaculoasă în ultimul secol.

O bună sinteză a acestei evoluții se găsește la M. I. Meyerson<sup>77</sup> și la Rakoff, adepții teoriei obiective a contractului standardizat. Având în vedere că voi analiza *infra* câteva dintre ideile celor mai importanți autori americani în materie, voi reține aici numai elementele esențiale ale teoriei contractelor standardizate în doctrina americană, bazându-mă pe autorii menționați.

Meyerson arată că punctul de plecare al doctrinei americane în materie îl reprezintă receptarea teoriei contractului de adeziune a lui Raymond Saleilles, tradusă în engleză imediat după primul război mondial. Ulterior, Kessler, la care mă voi referi mai pe larg *infra*, construiește o veritabilă teorie a contractului de adeziune, conceptul fiind deja cunoscut instanțelor de judecată americane, în jurisprudența cărora apare pentru prima dată în 1940<sup>78</sup>.

În aceeași perioadă din jurul celui de-al doilea război mondial, A. Corbin observă că, atunci când interpretează un contract, instanțele judecătorești nu ar trebui să acorde prevalență numai clauzelor scrise și sensului literal al termenilor folosiți de părți, ci ar trebui să țină cont de intenția părților, respectiv să nu interpreteze ceea ce s-a reținut în scris în contradicție cu intenția părților. Corbin arăta că, mai ales atunci când contractele ar fi de adeziune, s-ar putea ca ceea ce s-a reținut în scris să nu corespundă adevărului, chiar dacă limbajul utilizat este clar. Spre exemplu, o clauză conform căreia contractul conține toate aspectele asupra cărora părțile au convenit, neexistând alte promisiuni, garanții sau clauze extrinseci, ar putea fi neadevărată<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Pentru o analiză critică, a se vedea Rakoff, *op. cit.* Juristul american argumentează că viziunile exprimate inițial în doctrina americană sunt incomplete, chiar înguste, fiindcă premisa de la care pleacă nu este cea corectă. În realitate, standardizarea contractuală este intrinsec legată de organizarea și practicile unor companii mari și foarte mari, structurate ierarhic, precum și de dinamica raporturilor dintre acestea, pe de o parte, clientela lor și sistemul juridic, pe de altă parte (Rakoff, *op. cit.*, p. 1176). A se vedea, de asemenea, mult citatul articol al lui M. I. Meyerson din 1993, *The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts*, în *University of Miami Law Review*, vol. 47, 1993, pp. 1263-1333, dar și M. I. Meyerson, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets The Real World*, *Georgia Law Review*, vol. 24, 1990, pp. 583-627.

<sup>77</sup> A se vedea Meyerson, *The Reunification of Contract Law...*, *op. cit.*, pp. 1274-1282.

<sup>78</sup> Idem, p. 1275, cu trimitere la *Cauza Bekken v. Equitable Life Assurance Society*.

<sup>79</sup> A se vedea A. L. Corbin, *The Parole Evidence Rule*, în *The Yale Law Journal*, vol. 53, nr. 4, 1944, pp. 603-663. În ceea ce privește sistemul de drept european, o regulă asemănătoare celei pretinse de Corbin se regăsește în art. 1188 din Codul civil francez, fiind preluată în art. 977 din vechiul Cod civil român, respectiv art. 1266 alin. (1) din noul Cod civil, ca normă principală de interpretare a contractului (după voința părților, iar nu după sensul literal al termenilor).

Sistematizând opiniile doctrinare cu privire la standardizarea contractuală, juristul american T. D. Rakoff consideră că acestea pot fi împărțite în funcție de perspectiva folosită de primii autori care au tratat problema. Astfel, după Rakoff, K. Llewellyn încearcă să găsească soluția la posibilele pericole ale standardizării contractuale cu mijloacele dreptului privat, pe când Leff și Slawson abordează problema din perspectiva dreptului public<sup>80</sup>. Kessler, al cărui demers se impune și în doctrina juridică europeană, urmărește o abordare dincolo de dihotomia dintre dreptul privat și cel public, acesta recurgând la o teorie instituționalistă.

Întrebarea la care doctrina americană a încercat să răspundă, indiferent de perspectiva din care a analizat contractul de adeziune și clauzele standard care îl compun, este aceea dacă un asemenea contract trebuie să se bucure de protecția legii, dacă trebuie să fie pus în executare cu ajutorul forței legii. Mă voi referi, pe scurt, la fiecare dintre autorii analizați de Rakoff, insistând puțin mai mult asupra opiniilor lui Kessler, fiindcă, așa cum am arătat, acesta a fost mai bine receptat în spațiul european.

În primul rând, Llewellyn subliniază avantajele standardizării contractuale din perspectiva profesionistului care se folosește de contracte preformulate<sup>81</sup>. Acestea nu reprezintă altceva decât expresia juridică a producției robotizate, fiind ușor de făcut, arhivat, completat și verificat. Distribuția devine mai ieftină, iar caracterului fungibil al bunurilor vândute i se adaugă ceea ce Llewellyn numește caracterul fungibil al tranzacțiilor („*a regime of fungible transactions*”<sup>82</sup>), care devin (mai) simple. În ceea ce privește interpretarea unor asemenea contracte, clarificarea unei chestiuni îndoielnice într-o instanță de judecată conduce la clarificarea unui număr mare de alte contracte identice sau similare. Privite din perspectiva unei întreprinderi, contractele standardizate fac mai accesibilă expertiza angajaților bine pregătiți, de care se pot bucura și ceilalți, fără a mai fi nevoie să parcurgă o perioadă de școlarizare. Pur și simplu, se vor folosi și ei de procedurile standardizate elaborate de cei cu experiență, utilizarea acestora generalizându-se în raport cu toți clienții întreprinderii.

Analizând problema consimțământului destinatarului unei oferte standardizate, Llewellyn ajunge la concluzia că, de fapt, un asemenea consimțământ nu există. Cel care se vede în fața unui contract standardizat nu își va da în realitate consimțământul decât cu privire la natura contractului și la cele câteva clauze îngroșate<sup>83</sup>, care ar privi, în limbajul nostru, obiectul principal al contractului. Dincolo de acestea, partea ar consimți *in alb*, adică fără a citi și a înțelege, la toate condițiile și toți termenii din contractul profesionistului care nu sunt nerezonabili sau indecenți și care nu alterează sau golesc de sens înțelesul rezonabil al clauzelor îngroșate. Acelea constituie expresia reală și dominantă a acordului părților, consideră Llewellyn.

<sup>80</sup> Aceeași concluzie și la Meyerson, *op. cit.*, p. 1279.

<sup>81</sup> A se vedea Llewellyn, *op. cit.*

<sup>82</sup> *Idem*, p. 731.

<sup>83</sup> În original: „*What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more*” *apud* Rakoff, *op. cit.*, p. 1199.

Plecând de la distincția dintre consimțământul specific, cu privire la obiectul principal al contractului, și un consimțământ nespecific, eventual *in alb*, Llewelyn ajunge să concluzioneze că (i) instanțele judecătorești trebuie să interpreteze contractul prin prisma obiectivelor urmărite de părți și a contextului în care acestea au acționat; (ii) legiuitorul ar trebui să completeze contractul incomplet cu norme care să reflecte afacerea tipică pe care părțile ar fi realizat-o în circumstanțele date; (iii) o instanță nu ar trebui să își dea concursul în vederea executării unui contract fără a-i cerceta caracterul echitabil, în situația în care o parte și-a asumat obligații excesive, injuste, pe care nu ar fi putut să le aibă în vedere dacă ar fi citit/înțeles contractul în toate prevederile sale; (iv) legiuitorul ar trebui să ia măsuri privind reducerea costurilor tranzacțiilor<sup>84</sup>.

Ultima concluzie ar fi, la prima vedere, în acord cu teoriile lui Ronald Coase. Amintesc totuși că Ronald Coase a fost un anti-intervenționist, încercând să arate că externalitățile negative nu trebuie neapărat corectate printr-o intervenție a forței publice, ci pot fi, în anumite condiții, internalizate, deci corectate, de către înșiși participanții la viața economică, prin negocieri. În ceea ce privește contractele standardizate, problema este însă exact aceea că nu există nicio negociere, părțile negociind eventual (de fapt, în foarte puține cazuri) cu privire la prețul bunului sau serviciului și nimic mai mult. Prin urmare, ultima concluzie a lui Llewelyn nu este deloc greșită, cel puțin o parte a contractului nefiind în măsură să negocieze.

Însă, dacă acceptăm corectitudinea acestei ultime concluzii, trebuie să acceptăm că demersul necesar ține mai degrabă de dreptul public decât de dreptul privat. A. Leff și W. D. Slawson, reputați juriști americani din a doua parte a ultimului secol, au plasat analiza contractelor standard pe tărâmul dreptului public, întrebarea cu privire la executarea unui contract standard impunând diverse opțiuni de politici publice<sup>85</sup>.

Observând, pe de o parte, că, cel puțin în contractele de consum, consumatorul nu înțelege și nici măcar nu citește clauzele la care aderă, iar, pe de altă parte, că, în contextul dreptului tradițional al contractului, fie un asemenea contract este valabil (pentru că „*signing is binding*”<sup>86</sup>), fie este nul pentru lipsa consimțământului, a sugerat un amplu program legislativ, urmat de proceduri administrative de executare silită a contractelor, urmărind o mai bună informare precontractuală și chiar interdicția legală a anumitor clauze în contractele de adeziune.

Argumentația avansată de Leff pentru propunerile sale este următoarea: Miza utilizării clauzelor standard este dată, în viziunea sa, de necesitatea administrării riscurilor tranzacțiilor pe piață. Scopul recurgerii la clauze standard, preformulate, este acela de a maximiza profitul prin prevenirea riscurilor, la un preț dat<sup>87</sup>. Contractele de adeziune, construite cu ajutorul unor clauze standard, sunt, fără îndoială, o problemă socială, pentru

---

<sup>84</sup> A se vedea A. Schwartz, *Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 4862, 2000.

<sup>85</sup> A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1206.

<sup>86</sup> *Idem*, p. 1207.

<sup>87</sup> A se vedea A.A. Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause*, în *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 115, nr. 4, 1967, pp. 485-559, în special pp. 543-546.

că se „produc” în masă și tratează identic sau similar un număr foarte mare de persoane. Prin urmare, asemenea contracte trebuie privite ca bunuri, iar nu în calitate de contracte, alegerea fiind între a-i permite producătorului (de contracte sau de clauze contractuale) să transfere un risc dat asupra consumatorului sau să îl internalizeze, măbind prețul în compensație. Leff vede problema contractelor standardizate asemănător problemei răspunderii pentru siguranța produselor, a garanțiilor pentru aceasta, și, deci, solicită intervenția forței publice<sup>88</sup>.

Două concluzii se impun. În primul rând, Rakoff a observat în mod corect că argumentele lui Leff nu justifică intervenția corectivă a statului, ci mai degrabă justifică reglementarea legală a tuturor clauzelor pe care părțile nu le-au negociat, aceasta putând înlocui foarte bine întregul set de clauze standardizate elaborat de „producătorul” de clauze contractuale. În al doilea rând, este evident că perspectiva lui Leff întemeiază, desigur alături de doctrinele naționale, demersuri legislative europene, plecând de la legea germană a condițiilor generale de afaceri din 1976 și până la Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive sau Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori, în cazul cărora legile naționale de transpunere prevăd exact ce fel de clauze contractuale sunt permise, care sunt considerate abuzive și care trebuie, prin urmare, înlăturate etc.

În aceeași perioadă în care Leff solicita intervenția legiuitorului pentru rezolvarea problemei răspunderii „producătorului” de clauze contractuale, profesorul W. D. Slawson încerca să construiască un drept administrativ al contractelor („*an administrative law of contracts*”)<sup>89</sup>, fiindcă, în opinia sa, contractul considerat de instanțe și de profesorii de drept ca fiind tipic, în sensul că ambele părți participă până la capăt la configurarea sa și la selecția limbajului (adică a termenilor acestuia), nu ar mai avea decât o importanță istorică. Aceasta înseamnă că marea majoritate a participanților la viața economică și socială trăiește sub imperiul unui drept privat, creat de producătorii de bunuri și servicii, care își impun contractele (adică legea), cu consecințe economice nefericite. Iată ce scrie Slawson în 1971: „*The effect of mass production and mass merchandising is to make all consumer forms standard, and the combined effect of economics and the present law is to make all standard forms unfair. Mass production and mass merchandising work to make all forms standard because a nonstandard form is characteristically just as expensive for a seller to make and sell as is a nonstandard tangible product*”<sup>90</sup>.

În aceste condiții, un contract abuziv reprezintă un beneficiu gratuit pentru producător, de la care acesta nu va abdica decât cu prețul pieirii sale. Dacă nu va profita de el,

<sup>88</sup> A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1209.

<sup>89</sup> A se vedea W.D. Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, în *Harvard Law Review*, vol. 84, nr. 3, 1971, pp. 529-566.

<sup>90</sup> *Idem*, pp. 530-531. În traducere: „Efectul producției de masă și al comerțului de masă este acela de a standardiza toate contractele de consum, iar efectul combinat al economiei și al unei asemenea legi este de a face toate contractele standard abuzive. Producția de masă și comerțul de masă contribuie la standardizarea tuturor contractelor pentru că un contract nestandardizat este în mod obișnuit la fel de scump de a fi produs și vândut pentru vânzător pe cât este pentru acesta un produs nestandardizat”.

competitorii vor profita cu siguranță, eliminându-l de pe piață. Caracterul abuziv, dezavantajos pentru client, al contractelor standardizate devine astfel insesizabil pentru majoritatea consumatorilor, presiunea pe care un mediu competitiv o exercită asupra concurenților fiind suficient de puternică pentru a-i convinge pe competitori să mascheze cât mai bine acest caracter abuziv al clauzelor pe care le utilizează în comerț<sup>91</sup>.

Pentru Slawson, este nerealist a sugera că un contract standard poate fi executat silit, cu ajutorul forței legii, dacă partea dezavantajată și-a dat consimțământul informat. Pur și simplu, cerințele vieții moderne nu permit niciunui participant la circuitele economice și sociale să investească atât de mult timp cât ar fi necesar pentru a se informa cu privire la fiecare contract și a negocia fiecare contract de care are nevoie în viața de zi cu zi. Chiar și dacă acest lucru ar fi posibil, afirmă Slawson, cealaltă parte nu va accepta să negocieze, pentru că nu are de ce să o facă, dispunând de suficientă putere pentru a-și impune condițiile contractuale.

La fel de nerealist ar fi să pretinzi instanțelor judecătorești să rescrie contractele standardizate, aducându-le într-un cadru echitabil. Într-o asemenea ipoteză, s-ar ajunge la un cadru de reglementare prin recursul la instanțe, controlat și inflexibil, ceea ce ar face imposibilă viața economică și socială modernă. În schimb, Slawson propune un set de norme legale care să concilieze interesul profesionistului de a redacta clauzele unui contract în funcție de propriile necesități și interesul consumatorului de a-și vedea îndeplinite așteptările.

Pentru a concepe un asemenea set de norme, juristul american se servește de dreptul administrativ, în sensul că părțile contractului nu vor mai conveni decât asupra unei anumite părți a contractului lor („*a very small part*”, spune Slawson<sup>92</sup>), acceptând să se delege profesionistului sarcina de a completa contractul, respectiv de a redacta restul clauzelor (pe cele mai multe, evident, însă foarte probabil că nu pe acelea care privesc obiectul principal al contractului), așa după cum legiuitorul edictează norma pe care organele puterii executive o pun în aplicare.

Dreptul administrativ este, în opinia juristului citat, un instrument prin care organele puterii executive sunt ținute a acționa în conformitate cu intenția legiuitorului și cu interesul public. Asemănător, acele clauze dintr-un contract care au fost unilateral impuse de profesionist trebuie menținute în concordanță cu acordul inițial al părților (chiar dacă acesta privește numai unele dintre clauzele contractului) și, desigur, în concordanță cu ceea ce este echitabil pentru ambele, printr-un cadru legislativ adecvat. Dacă așa stau lucrurile, dreptul contractelor va furniza baza unui sistem democratic al dreptului privat („*a democratic system of private law*”<sup>93</sup>) și, totodată, a unei economii competitive care lucrează în favoarea consumatorului.

Într-o asemenea economie, conform lui Slawson, se manifestă două fenomene, care trebuie avute în vedere. Pe de o parte, majoritatea contractelor se încheie rapid, părțile

---

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 533.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 565.

gândindu-se cel mult la obiectul principal, respectiv la clauzele esențiale („*major terms*”<sup>94</sup>), una dintre părți neavând decât opțiunea de a accepta clauzele propuse de cealaltă parte. A ține cont de această realitate înseamnă, potrivit lui Slawson, a ne întoarce la principii conform căruia într-un contract nu se pot regăsi decât acele clauze cu privire la care se poate considera în mod rezonabil că ambele părți le-au înțeles. Cu alte cuvinte, contractele contemporane trebuie să fie simple, iar cei care formulează și propun clauze standardizate trebuie să îi facă pe destinatarii acestora să le înțeleagă, în caz contrar documentele cu pricina neputând fi considerate contracte. Totuși, argumentează doctrinarul american, un asemenea formular sau document care conține clauze standardizate ar putea fi considerat contract dacă acele clauze conțin o referire la standarde care se regăsesc în contract (adică în acel set de clauze care reglementează obiectul principal al contractului și pe care părțile l-au agreat și, deci, înțeles) sau la standarde publice, impuse de legiuitor sau de instanțe.

Pe de altă parte, neexistând un consimțământ veritabil în cazul unui contract de adeziune, legitimitatea unui asemenea contract nu poate fi fundamentată decât pe concordanța acestuia cu interesul public. Astfel, Slawson crede că debitorul unor obligații rezultate dintr-un contract standardizat la care a aderat va fi, prin urmare, sigur că a consimțit la regulile cărora li se supune fie în mod direct, fie indirect, în sensul că acestea sunt conforme cu norme și standarde superioare, legale, edictate și puse în aplicare de instituțiile publice care îl guvernează în mod legitim.

În sfârșit, în ceea ce îl privește pe Kessler, autorul unui foarte citat studiu din 1943, cu privire la contractele de adeziune și libertatea contractuală, trebuie spus că acesta privește problema dincolo de raporturile dintre dreptul public și cel privat.

Kessler depășește viziunea conform căreia într-un tablou regăsim doi indivizi negociind afaceri pe o piață dată (o chestiune de drept privat, fără îndoială), iar, pe de altă parte, în celălalt tablou, guvernul edictează norme de aplicabilitate generală, urmărind binele comun. Kessler anticipează un al treilea tablou în care organizații neguvernamentale, deci de drept privat, organizate ierarhic, administrează viața economică modernă și se folosesc, în acest scop și printre altele, de formule contractuale standardizate, pe care le impun masei vaste de clienți cu care intră în contact. Această idee este reluată și de Rakoff, 40 de ani mai târziu, acesta arătând că întreprinderile recurg la contracte standardizate, pe de o parte, pentru a-și stabili relațiile de piață, iar, pe de altă parte, pentru a servi necesităților propriilor lor structuri organizate ierarhic și segmentate în interior<sup>95</sup>.

Kessler scrie că dezvoltarea sistemului liberei inițiative bazat pe diviziunea muncii și însăși societatea capitalistă aveau nevoie de o instituție juridică foarte flexibilă („*a highly elastic legal institution*”) pentru a asigura schimbul de bunuri și servicii pe piață. Astfel, juriștii, răspunzând acestei nevoi sociale, au transformat contractul din instituția greoaie care era în secolul al XVI-lea într-un instrument cu o utilitate și o flexibilitate aproape nelimitate.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 566.

<sup>95</sup> A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1220.

Pe de altă parte, autorul în discuție atrage atenția că forța superioară a comerciantului face inutil orice protest al clientului cu privire la conținutul dezavantajos al unor clauze contractuale, iar contractele standardizate ar putea deveni instrumente efective de dominație în mâna industriașilor și comercianților care intenționează să impună o nouă ordine feudală asupra unei mari mase de vasali<sup>96</sup>.

În orice caz, juristul american pleacă de la două premise esențiale. Pe de o parte, așteptările rezonabile ale participanților la viața economică, bazate pe promisiunile celor cu care fac comerț, trebuie protejate prin lege. Pe de altă parte, legea nu poate anticipa natura și conținutul unor afaceri, pe care actorii economici le vor încheia la un moment dat, astfel încât este obligată să se restrângă la un set de norme cu caracter dispozitiv, delegând enunțarea în concret a regulilor unui contract chiar părților acestuia, legea contractului emanând de la acestea. Aceasta înseamnă că fundamentul libertății contractuale nu este numai unul de ordin moral, ci și unul eminentemente practic<sup>97</sup>.

Atât timp cât contractul rămâne o afacere privată<sup>98</sup>, un raport între particulari care își ajustează interesele în funcție de oferta și cererea de pe piață, Kessler opinează că reticența instanțelor de judecată de a interveni în contractele particularilor este pe deplin justificată. Însă, apariția contractului standardizat de masă înseamnă uniformizarea raporturilor contractuale, estomparea până la dispariție a individualității în contracte, absența negocierii. Contractul standardizat este, în opinia lui Kessler, o expresie a impersonalității piețelor, având însă marele avantaj de a permite întreprinderilor un calcul mai precis al riscurilor afacerii.

Exemplul utilizat în analiza lui Kessler este acela al companiilor de asigurări, care folosesc standardizarea în contracte pentru a selecta și controla riscurile pe care trebuie să și le asume, inclusiv ceea ce Kessler denumeste riscul judiciar, adică riscul ca o instanță de judecată sau un juriu să încline, urmare a unor factori iraționali, în defavoarea unui părât puternic<sup>99</sup>. Or, necesitatea evaluării și minimizării riscurilor îi face pe profesioniști să recurgă, pe de o parte, la standardizare contractuală și, pe de altă parte, la utilizarea în contractele standard practicate a unor clauze ingenioase de excludere sau de control a factorilor iraționali în eventuale litigii. Pentru Kessler, contractele standard sunt o expresie a vremurilor sale, cu ostilitatea caracteristică față de orice factori iraționali în procesele judiciare.

Acceptând faptul că utilizarea formulelor contractuale standard este în beneficiul întregii societăți, fiindcă reduce costurile producției și distribuției de bunuri și servicii, juristul american atrage atenția asupra consecințelor negative pe care le suportă părțile

---

<sup>96</sup>A se vedea Kessler, *op. cit.*, p. 640: „effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals”.

<sup>97</sup> *Idem*, pp. 629-630.

<sup>98</sup> „Contract – the language of the cases tells us – is a private affair and not a social institution”. A se vedea Kessler, *op. cit.*, p. 630.

<sup>99</sup> A se vedea Kessler, *op. cit.*, p. 631: „The insurance business probably deserves credit also for having first realized the full importance of the so-called juridical risk, the danger that a court or jury may be swayed by irrational factors to decide against a powerful defendant”.

slabe, care nu sunt în măsură să se opună modelelor contractuale impuse de întreprinderile cu o putere de negociere foarte mare. Nu numai că partea mai slabă nu poate să negocieze cu întreprinderea de ale cărei bunuri sau servicii are nevoie alți termeni contractuali, dar nici nu poate să se adreseze altui ofertant, fie pentru că acesta nu există (ofertantul inițial beneficiind de o poziție de monopol), fie pentru că concurenții se folosesc de aceleași clauze contractuale sau de unele similare.

În consecință, nu vom fi în prezența unui consimțământ veritabil față de o ofertă de a contracta, ci a unei supunerii mai mult sau mai puțin voluntare față de termeni și condiții impuse de cealaltă parte („*dictated by the stronger party*”) și ale căror consecințe sunt înțelese într-un mod vag, în cel mai bun caz. Așa fiind, standardizarea contractuală, devenită „*living law*” în opinia lui Kessler, nu este altceva decât un instrument pentru edificarea și consolidarea unor imperii industriale, fiind utilizată inclusiv pentru controlul și reglementarea în detaliu a lanțului economic de producție și distribuție, de la producătorul de materii prime până la ultimul utilizator sau consumator de produse sau servicii finite.

Analizând apoi dificultățile întâmpinate de instanțele americane în soluționarea unor litigii legate de contracte standardizate în domeniul asigurărilor, Kessler ajunge la concluzia conform căreia libertatea contractuală capătă un sens diferit în funcție de tipul de contract cu privire la care este adusă în discuție și de puterea de fapt de care se bucură autorul contractului standardizat, respectiv cel care îl impune clienței sale.

După Kessler, contractul de adeziune se definește cu ajutorul a patru elemente. În primul rând, un asemenea contract este utilizat de profesioniști cu o mare putere de negociere. În al doilea rând, aceștia fie se bucură de un monopol, fie utilizează un contract identic cu cel folosit de concurenți. În al treilea rând, partea mai slabă, destinatară a ofertei profesionistului, înțelege consecințele juridice ale contractului foarte puțin sau chiar deloc. În sfârșit, destinatarul nu are de ales decât între a accepta contractul, așa cum i-a fost propus, sau a nu-l încheia (*take-it-or-leave-it*)<sup>100</sup>.

Sintetizând aspectele prezentate *supra*, reținem că, în 1983, Rakoff evidențiază șapte caractere ale unui contract de adeziune, pe care îl echivala din punct de vedere stilistic cu contractul standard<sup>101</sup>. Cele șapte caractere sunt următoarele: (i) documentul care conține oferta de a contracta este un formular tipărit care încorporează mai multe clauze și care tinde la a fi un contract; (ii) formularul a fost redactat de către sau pentru una dintre părțile contractului; (iii) partea care l-a redactat sau pentru care a fost redactat participă la numeroase raporturi de aceeași natură precum cea avută în vedere la redactarea formularului și intră în aceste raporturi în mod obișnuit, încheierea lor fiind o chestiune de rutină; (iv) formularul este prezentat celeilalte părți (i.e., părții aderente) în ideea că, exceptate fiind câteva elemente (spre exemplu, clauza privind prețul), partea care îl propune nu va accepta încheierea contractului în alți termeni decât cei prevăzuți în formular. Această idee poate fi implicită sau explicită, dar este, în orice caz, înțeleasă de destinatar; (v) după ce părțile au stabilit asupra căror aspecte vor negocia, documentul este semnat de destinatarul ofertei contractuale; (vi) destinatarul intră în puține raporturi

<sup>100</sup> A se vedea Kessler, *op. cit.*, p. 632.

<sup>101</sup> A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1177, nota de subsol nr. 10.



juridice de acest tip, cel puțin în comparație cu autorul ofertei de a contracta; (vii) obligația principală a părții care aderă la contractul propus este de a plăti o sumă de bani.

Un model contractual care implică toate cele șapte caractere evidențiate de Rakoff poate fi practicat pe orice piață, el nefiind specific numai monopolurilor, ci regăsindu-se chiar și pe piețele puternic competitive. Însă, într-un asemenea caz, e posibil ca destinatarul unei oferte contractuale să facă „shopping” de clauze contractuale, fiind, deci, evident că problematica unei oferte de tip *take-it-or-leave-it*, specifică contractului de adeziune, diferă în funcție de piața pe care este făcută. Aceasta pentru că răspunsul destinatarului va fi sau ar trebui să fie diferit în funcție de alternativele, chiar reduse, pe care le are la dispoziție în cazul unui oligopol sau al unei piețe concurențiale.

Indiferent de piața pe care s-ar regăsi destinatarul unei oferte, spre exemplu consumatorul, așa cum este el văzut în prezent, este foarte puțin probabil că acesta, înainte de a semna contractul, va citi și, dacă va fi citit, va înțelege clauzele standardizate pe care i le propune ofertantul. Rakoff afirmă că toți cercetătorii care s-au preocupat de această problemă au plecat de la prezumția respectivă, ea fiind confirmată de studii empirice<sup>102</sup>. A doua prezumție care se verifică aproape întotdeauna este aceea că profesioniștii care propun clauze standard clienților lor știu că aceștia nu le vor citi sau că, dacă le vor citi, nu le vor înțelege. În același timp, nici reprezentanții profesioniștilor, respectiv persoanele care intră în contact direct cu clienții și care le prezintă acestora documentele contractuale conținând condițiile generale de afaceri, nu înțeleg semnificația acestora decât în mod limitat și, prin ipoteză, nu le pot modifica în sensul pe care, eventual, l-ar dori un client sau altul.

De asemenea, în siajul opiniilor enunțate de Kessler în 1943, juriștii americani au continuat să sublinieze motivele pentru care un subiect de drept acceptă să adere la un contract standardizat care îl dezavantajează.

În 1967, spre exemplu, Q. Johnstone și D. Hopson Jr. indică drept cauze ale aderenței la contractele elaborate de profesioniști slaba poziție pe care se situează contractantul la începutul negocierilor, ignoranța și indiferența<sup>103</sup>. În 1999, E. Allan Farnsworth avansează următoarea enumerare a cauzelor pentru care profesionistul reușește să își impună modelul contractual în fața cocontractantului său: (i) avantajul strategic provenind din resursele de timp și din asistența de specialitate de care se bucură profesionistul, spre deosebire de cel care aderă la contractul propus; (ii) lipsa de cunoștințe a cocontractantului cu privire la contractul ce i se propune, acesta având în cel mai bun caz o imagine

---

<sup>102</sup> *Idem*, p. 1179. Rakoff, scriind în 1983, arată că și-a întrebat colegii avocați și profesori de drept, precum și studenții, dacă au citit documentele contractuale ce li s-au pus în față spre a fi semnate, spre exemplu contractele privind conturile curente bancare și cardurile de plată asociate acestora, constatând că marea majoritate a respondenților nu le-au citit. Fără pretenția unui demers științific riguros, am adresat întrebarea studenților anului al IV-lea al Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara în anii universitari 2016/2017 și 2017/2018, primind același răspuns.

<sup>103</sup> A se vedea Q. Johnstone, D. Hopson Jr., *Lawyers and Their Work*, Bobbs-Merrill Co., New York, 1967, pp. 329-330: „Some sets of trade and professional forms are extremely one-sided, grossly favoring one interest group against others, and are commonly referred to as contracts of adhesion. From weakness in bargaining position, ignorance, or indifference, unfavored parties are willing to enter transactions controlled by these lopsided legal documents”.

superficială a raportului juridic în care urmează să intre; (iii) lipsa sau restrângerea posibilității părții de a citi (și de a înțelege) documentele contractuale pe care profesionistul i le prezintă, uneori din cauza utilizării de către acesta a unor cuvinte sau sintagme dificile sau ambigue ori din cauza utilizării unui scris mult prea mic, care pune la încercare răbdarea și capacitatea de concentrare a destinatarului ofertei; (iv) pur și simplu, dezechilibrul major de putere economică, respectiv puterea pe care o are profesionistul de a-i impune clientului său fie aderarea la contract, așa cum l-a propus, fie de a nu contracta deloc<sup>104</sup>.

În sfârșit, trebuie adus în discuție conceptul ignoranței raționale, provenit din microeconomie și psihologie, și circulat pe larg de către doctrina americană mai recentă în legătură cu contractele standardizate. Conceptul este anticipat de Rakoff încă din 1983. Acesta a arătat că nu trebuie căutată cauza pentru care marea majoritate a destinatarilor unei oferte nu citesc amplele documente contractuale pe care trebuie să le semneze într-o posibilă indolență a acestora.

Având în vedere (i) numărul mare de clauze cu caracter neesențial care se regăsesc în fiecare contract; (ii) probabilitatea scăzută ca o asemenea clauză să fie invocată în viitor în cadrul unui litigiu; precum și (iii) miza relativ mică a multora dintre aceste contracte, concentrarea destinatarului ofertei pe acele câteva clauze esențiale, care sunt de interes imediat și se bucură de o bună publicitate din partea profesionistului, precum și ignorarea tuturor celorlalte clauze sunt expresia unui comportament pe deplin rațional<sup>105</sup>.

Un ultim, dar important aspect trebuie luat în calcul. Analiza economică a introdus în ecuație conceptul raționalității limitate<sup>106</sup> și a pus în lumină eșecul de piață. Dacă piața ar funcționa conform paradigmei clasice, purtătorii ofertei, care concep și impun clientelei lor contracte standardizate, ar trebui să fie înclinați să utilizeze numai clauze eficiente din punct de vedere economic, care să contribuie la beneficiul colectiv. O piață pe care se manifestă concurența pură și perfectă i-ar determina atât pe purtătorii ofertei, cât și pe cei ai cererii, să prefere aceleași clauze contractuale, iar instanțele, în ipoteza puțin probabilă în care ar mai fi nevoie de intervenția lor, ar trebui să le pună *in integrum* și *ad litteram* în aplicare, chiar dacă nu au fost negociate, pentru că rezultatul va fi oricum unul optim din punct de vedere economic și social.

---

<sup>104</sup> Farnsworth, *op. cit.*, pp. 296-297: „Dangers are inherent in standardization... for it affords a means by which one party may impose terms on another unwitting or even unwilling party. Several circumstances facilitate this imposition. First, the party that proffers the form has had the advantage of time and expert advice in preparing it, almost inevitably producing a form slanted in its favor. Second, the other party is usually completely or at least relatively unfamiliar with the form and has scant opportunity to read it – an opportunity often diminished by the use of fine print and convoluted clauses. Third, bargaining over terms of the form may not be between equals or, as is more often the case, there may be no possibility of bargaining at all. The form may be used by an enterprise with such disproportionately strong economic power that it simply dictates the terms. Or the form may be a take-it-or-leave-it proposition, often called a contract of adhesion, under which the only alternative to complete adherence is outright rejection”.

<sup>105</sup> A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1226. A se vedea și R. E. Barnett, *Consenting to Form Contracts*, în *Fordham Law Review*, vol. 71, 2002, pp. 627-645, în special pp. 630-632.

<sup>106</sup> A se vedea R. Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, în *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, nr. 4, 2003, pp. 1203-1295.

Or, realitatea este cu totul alta. Raționalitatea actorilor este limitată, iar atunci când clauzele contractuale devin parte integrantă a ofertei profesionistului, consumatorul nu va putea și nu va dori să se concentreze decât pe caracteristicile esențiale ale acesteia, respectiv caracteristicile tehnice și funcționale ale produsului și prețul acestuia. Din motivele enumerate de Rakoff, clientul consumator va face abstracție de celelalte atribute ale ofertei, adică de clauzele contractuale neesențiale, secundare sau subordonate. Numai teoria eșecului de piață explică faptul că profesioniștii sunt interesați să construiască și să impună contracte, în care unele clauze, acelea asupra cărora destinatarul ofertei nu se poate concentra, să le profite. Profesioniștii vor profita mai mult atunci când inserează în contracte clauze ineficiente, în urma cărora clasa consumatorilor va fi dezavantajată. Teoriile mai recente, care pleacă de la conceptul *market for lemons* al lui Akerlof, arată că, într-o asemenea situație, și clasa profesioniștilor va fi, în final prejudiciată, fiind forțată într-o competiție de tip „*race to the bottom*”.

Soluția se găsește la instanțele de judecată, doctrina americană arătând că acestea pot maximiza utilitatea ambelor părți ale unui contract, atunci când vor pune în aplicare clauzele eficiente ale unui contract standardizat și vor refuza să le aplice pe cele ineficiente. Un asemenea punct de vedere rafinează teoria „*unconscionability*” și impune instanțelor de judecată să ia în considerare eficiența ca un principiu veritabil în dreptul contractelor, fiindcă pleacă de la prezumția conform căreia ineficiența contractelor standardizate este cauzată de raționalitatea limitată a purtătorilor cererii, indiferent că sunt consumatori sau nu.

O precizare suplimentară este necesară. Raționalitatea limitată nu este identică iraționalității. Actorii economici, profesioniști sau consumatori, pot lua decizii raționale chiar și atunci când raționalitatea este limitată din cauza faptului că procurarea și prelucrarea unor informații complete este, uneori, imposibilă și, de cele mai multe ori, costisitoare<sup>107</sup>. Altele sunt motivele pentru care în anumite condiții deciziile participanților la viața economică și socială sunt iraționale. Doctrina americană se referă mai ales la factorii psihologici, respectiv optimismul exagerat și vicierea capacităților decizionale ale actorilor economici.

Astfel, bazându-se pe studii ale economiștilor și psihologilor, Eisenberg arată, în primul rând, că un optimism exagerat, în contradicție evidentă cu realitățile, caracte-

---

<sup>107</sup> Doctrina americană a încercat să demonstreze în perioada anilor 1970 – 2000 că deși majoritatea consumatorilor nu citesc și nu înțeleg clauzele standardizate care compun oferta profesionistului, este suficient ca puțini consumatori să le citească pentru ca eșecul de piață rezultând din asimetria informațională să fie corectat. În momentul în care se atinge un anumit număr de consumatori informați, profesionistul se va comporta ca și cum toți consumatorii ar fi informați, afirmație valabilă chiar și în cazul monopolului. Astfel, profesionistul va fi forțat să propună clauze contractuale eficiente și își va exercita puterea (în cazul unei piețe concurențiale, limitată prin prețul competitorilor, iar în cazul monopolului prin cantitatea cerută) numai în ceea ce privește prețul bunului sau serviciului. Juristul israelian O. Gazal-Ayal încearcă să demonstreze, cu ajutorul unui model matematic, că teoria este falsă, respectiv ea nu poate fi adevărată decât dacă toți consumatorii sunt în mod real informați. Altfel, profesioniștii vor impune întotdeauna clauze standardizate ineficiente, care tind la o alocare ineficientă a riscurilor între părțile contractului. A se vedea O. Gazal-Ayal, *Economic Analysis of Standard Form Contracts: The Monopoly Case*, în *European Journal of Law and Economics*, nr. 24, 2007, pp. 119-136, în special pp. 120-121.

rizează majoritatea relațiilor interumane. Apoi, analizează multiplele erori și fracturi logice pe care cele mai multe persoane le fac atunci când trebuie să ia decizii pe baza informațiilor colectate și procesate. Eisenberg pune în discuție o veritabilă persistență în eroare, legând optimismul exacerbat de subevaluarea constantă a riscurilor, care se află într-o stare de interdependență permanentă<sup>108</sup>.

În doctrina americană, marea majoritate a preocupărilor legate de *standard form contracts* au în centru aceste aspecte, ele dominând dezbaterile doctrinare până la începutul secolului al XXI-lea<sup>109</sup>. Valorificând ideile analizei economice a dreptului, în special teoriile lui Coase, dar, spre exemplu, și concepțiile unui economist precum G. Akerlof, cu celebra teorie „*market for lemons*”, juriștii americani împing dezbaterile cu privire la standardizarea contractuală într-o zonă care rămâne mai degrabă străină doctrinarilor europeni. Analiza concurenței prin clauze standard, alternativele consumatorului, eficiența alegerii acestuia și, desigur, deznodământul cunoscutei „*battle of forms*”, respectiv al conflictului dintre clauzele standard ale profesioniștilor care contractează unul cu celălalt, sunt apanajul doctrinei americane. Neîndoielnic este însă faptul că opiniile exprimate în literatura americană și-au găsit ecoul în reglementările naționale din Europa și, evident, și în dreptul Uniunii Europene, inclusiv cele de dată recentă, expresie a paternalismului liberal la care m-am referit *supra*, în primul capitol al acestei părți.

După cum am arătat, ideile centrale ale preocupărilor doctrinei americane în materia standardizării contractuale sunt legate de raportul dintre dreptul contractelor și contractul privit ca lege a părților<sup>110</sup>, repartitia riscurilor, eficiența economică a rezultatului urmărit de părți, maniera în care se raportează partea mai slabă (de regulă, consumatorul) la oferta standardizată care i se propune și, în fine, intervenția instanțelor judecătorești în restabilirea caracterului complet al unui asemenea contract.

### III. Concluzii

Am trecut în revistă în cele ce preced principalele concepte pe care doctrina americană le-a conturat în materia contractelor standard și care, sub influența curentului analizei economice a dreptului, au fost utilizate, uneori numai implicit, în sistemele juridice europene, contribuind decisiv la conturarea dreptului consumului și, în special, a dreptului clauzelor abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori. Influența dreptului american al contractelor și a analizei economice a dreptului privat nu poate fi tăgăduită, chiar dacă sistemele de drept continental favorizează, de principiu, un intervenționism contractual (legislativ și jurisprudențial) mult mai pronunțat decât par să accepte judecătorii și doctrinarii americani.

<sup>108</sup> Eisenberg, *op. cit.*, pp. 216-225.

<sup>109</sup> A se vedea, pentru a cita numai un singur exemplu, vol. 104, nr. 5 din 2006 al Michigan Law Review, dedicat în întregime fenomenului „*boilerplate*”.

<sup>110</sup> Kessler, *op. cit.*, p. 629: „[the law] has to delegate legislation to the contracting parties. As far as they are concerned, the law of contract has to be of their own making”.

# Clauzele abuzive – particularități în procedura contestației la executare

## Abusive clauses – particularities in challenge to enforcement proceedings

Asist. univ. dr. **Cătălin LUNGĂNAȘU\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

### Abstract

*Challenge proceedings where claimants seek the annulment of abusive clauses contained in the contract that represents the enforceable title present some particularities that derive from both European law but also from the latest amendments brought to the Romanian procedural code. These issue together with specific elements characteristic to abusive clauses are the object of the present study.*

**Keywords:** *challenge to enforcement proceedings; abusive clauses; admissibility; enforceable title.*

### Rezumat

*Invocarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale în cadrul procedurii contestației la executare prezintă particularități în raport de normele europene, dar și în contextul ultimelor modificări ale Codului de procedură civilă. Aceste aspecte și elementele specifice clauzelor abuzive constituie obiectul prezentului studiu.*

**Cuvinte-cheie:** *contestația la executare, clauze abuzive, admisibilitate, titlu executoriu.*

### 1. Clauzele abuzive – noțiuni generale

Dreptul comun în materia clauzelor abuzive este reprezentat de Legea nr. 193/2000<sup>1</sup> privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, unde se menționează principiile raporturilor contractuale între profesioniști și consumatori. Astfel, în cuprinsul art. 1 din actul normativ amintit se prevede că «(1) Orice contract

---

\* catalinlunganasu@yahoo.com.

<sup>1</sup> Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 543/03.08.2012, cu modificările și completările ulterioare, prin care sunt transpuse prevederile Directivei Consiliului 93/13/CEE din 05.04.1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 95 din 21.04.1993.

încheiat între profesioniști<sup>2</sup> și consumatori<sup>3</sup> pentru vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii va cuprinde clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înțelegerea cărora nu sunt necesare cunoștințe de specialitate. (2) În caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului. (3) Se interzice profesioniștilor stipularea de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii».

Dispozițiile Legii nr. 193/2000 sunt detaliate nu doar în ceea ce privește definirea unor concepte utilizate, cum ar fi sfera raporturilor contractuale cărora li se aplică sau subiectele de drept avute în vedere, ci cuprind chiar și o listă exemplificativă<sup>4</sup> a prevederilor contractuale considerate ca fiind abuzive. Cu toate acestea, legiuitorul este evaziv în ceea ce privește sancțiunea de drept material care intervine în cazul în care se observă caracterul abuziv al unei clauze contractuale, combinând practic mai multe instituții juridice. Astfel, în art. 6 din Legea nr. 193/2000 este menționat că „nu vor produce efecte asupra consumatorului” acele clauze care vor fi constatate a fi abuzive, contractul continuând numai cu acordul consumatorului și doar dacă, după *eliminarea* respectivelor clauze, raportul juridic mai poate continua. De aici ar rezulta un efect similar celui produs de nulitatea parțială, potrivit art. 1254 alin. (1) coroborat cu art. 1255 alin. (1) și alin. (2) C. civ.

Totuși, în cuprinsul art. 7 din Legea nr. 193/2000 legiuitorul face referire la o altă instituție juridică, menționând că «în măsura în care contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară *rezilierea* contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese». Or, rezilierea este o sancțiune de drept civil distinctă de nulitate, intervenind în cazul neexecutării, de regulă culpabile, a unui contract sinalagmatic cu executare succesivă, constând în încetarea efectelor contractului numai pentru viitor<sup>5</sup>. Mai mult, având în vedere dispozițiile art. 1549 alin. (1) și alin. (3), precum și art. 1554 alin. (3) C. civ., se observă nu doar caracterul sinalagmatic al contractului în care poate interveni sancțiunea rezilierii, dar și împrejurarea că numai creditorul poate recurge la acest remediu, fiind singurul îndreptățit să invoce rezilierea contractului, nici debitorul și nici eventual judecătorul

---

<sup>2</sup> Deși art. 3 alin. (2) și alin. (3) C. civ. conturează de la bun început conținutul noțiunii de profesionist, probabil pentru clarificarea exactă a domeniului de aplicare a dispozițiilor Legii nr. 193/2000, legiuitorul a înțeles a oferi o definiție oficială, sens în care art. 2 alin. (2) din actul normativ amintit prevede că «prin profesionist se înțelege orice persoană fizică sau juridică autorizată care, în temeiul unui contract care intră sub incidența prezentei legi, acționează în cadrul activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale, precum și orice persoană care acționează în același scop în numele sau pe seama acesteia».

<sup>3</sup> Noțiunea de „consumator” este explicată în mod oficial în cuprinsul art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000, unde se arată că «prin consumator se înțelege orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații care, în temeiul unui contract care intră sub incidența prezentei legi, acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale».

<sup>4</sup> A se vedea Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 30.04.2014 pronunțată în cauza C-26/13, A. Kásler împotriva OTP Jelzálogbank Zrt, disponibilă la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=151524&doclang=RO>.

<sup>5</sup> G. Boroi, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 240.

neavând acest drept<sup>6</sup>. Ipoteza aceasta ar putea fi aplicată în cazul clauzelor abuzive din anumite contracte sinalagmatiche încheiate de consumatori cu profesioniști (cum ar fi un contract de antrepriză, un contract de asistență juridică etc.) unde, cel puțin una dintre părți, își asumă o obligație cu executare succesivă<sup>7</sup>. În schimb, contractul de credit (fiind un împrumut de consumație) nu este un contract sinalagmatic, ci unul unilateral<sup>8</sup>, obligațiile fiind numai în sarcina debitorului împrumutat de a restitui suma de bani sau bunurile împrumutate (fungibile și consumtibile), împreună cu accesoriile prevăzute. Chiar dacă se acceptă<sup>9</sup> că, inclusiv în această situație ar putea interveni rezilierea contractului în condițiile dreptului comun, trebuie totuși observat că această sancțiune este atrasă de neexecutarea culpabilă a obligațiilor de către împrumutat (debitor), evident că numai ca urmare a manifestării de voință în acest sens al împrumutătorului (creditor)<sup>10</sup>. Ca atare, în toate ipotezele, creditorul este cel îndreptățit a solicita rezilierea contractului, iar nu debitorul, așa cum prevede art. 7 din Legea nr. 193/2000.

Noi apreciem că textul de lege menționat mai sus cuprinde o nepermisă confuzie între instituția nulității și cea a rezilierii, în realitate „rezilierea” despre care face vorbire art. 7 din Legea nr. 193/2000 este numai un efect al nulității sub forma desființării actului juridic analizat. Neconcordanța este cu atât mai evidentă cu cât rezilierea produce efecte numai pentru viitor potrivit art. 1554 alin. (3) C. civ., or din cuprinsul art. 7 din Legea nr. 193/2000 înțelegem că, în concret, se pune problema desființării retroactive a contractului, identic dispoziției prevăzute de art. 1254 alin. (1) C. civ. Mai mult, norma cuprinsă în art. 7 din Legea nr. 193/2000 este inexactă prin referirea la sancțiunea rezilierii și dintr-un alt motiv: nulitatea intervine pentru cauze existente la data încheierii contractului, chiar de la acel moment fiind încălcate dispozițiile legale cerute pentru perfectarea valabilă a actului juridic, în timp ce rezilierea este atrasă de o cauză ulterioară încheierii contractului, avându-și originea în neexecutarea, de regulă culpabilă, a obligației corelative a părții cocontractante. Astfel, în cazul împrumutătorului se poate înțelege invocarea rezilierii dacă debitorul împrumutat nu își execută obligația de restituire, în schimb, în cazul debitorului, acesta nici nu ar avea ce anume neexecutare să invoce, din moment ce creditorul nu mai are, teoretic, vreo obligație față de acesta. Practic, criticarea clauzelor abuzive nu privește eventuala neexecutare culpabilă a contractului, ci însăși încheierea sa

---

<sup>6</sup> A se vedea, în acest sens, L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 283.

<sup>7</sup> Se observă astfel că, în atare situație, contractul va putea fi apreciat ca având executare succesivă chiar și atunci când cel puțin obligația uneia dintre părți presupune prestații întinse pe o anumită perioadă de timp, *Idem*, p. 85.

<sup>8</sup> G. Boroi, C. A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 111.

<sup>9</sup> F. Moțiu, *Contractele speciale în Noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 299.

<sup>10</sup> Menționăm cu această ocazie că, în practică, în cazul neexecutării obligației împrumutătorului de restituire a împrumutului potrivit ratelor și scadențelor prevăzute în contractul de credit, împrumutătorul recurge la remediul prevăzut de art. 1417 alin. (3) și de art. 1418 C. civ., sens în care va fi declarată exigibilitatea anticipată a întregii creanțe ca urmare a decăderii împrumutătorului (debitor) din beneficiul termenelor de restituire a împrumutului.

nevalabilă, prin încălcarea condițiilor de validitate ale contractului chiar la momentul perfectării acestuia<sup>11</sup>.

În raport de cele de mai sus, apreciem regretabilă referirea făcută în cuprinsul art. 7 din Legea nr. 193/2000 la instituția rezilierii, în condițiile în care, în opinia noastră, este limpede că sancțiunea ce intervine pentru asemenea situații este nulitatea clauzelor abuzive. De altfel, art. 12 alin. (4) din Legea nr. 193/2000 prevede că «dispozițiile alin. (1)-(3) nu aduc atingere dreptului consumatorului căruia i se opune un contract de adeziune ce conține clauze abuzive de a invoca *nulitatea clauzei* pe cale de acțiune ori pe cale de excepție, în condițiile legii» Astfel, suplimentar față de procedura prevăzută de art. 12 alin. (1)-(3) din Legea nr. 193/2000, consumatorul poate invoca, direct și personal, nulitatea clauzei abuzive. Drept urmare, prin intermediul acestei prevederi legale, observăm că legiuitorul apreciază clauzele abuzive ca fiind o încălcare a condițiilor cerute de lege pentru încheierea în mod valabil a contractului între profesionist și consumator, sancționând această conduită cu nulitatea clauzei abuzive.

În ceea ce privește tipul nulității care intervine, respectiv dacă suntem în prezența unei nulități relative sau, dimpotrivă, absolute, art. 1252 C. civ. ar trimite la concluzia unei nulități relative, dat fiind faptul că natura nulității nu este determinată și nici nu reiese în chip neîndoielnic din lege că dispozițiile astfel instituite ar ocroti un interes general, fiind ocrotit astfel interesul consumatorului. Opinia aceasta a fost susținută inclusiv de o parte a literaturii de specialitate<sup>12</sup>. Totuși, noi nu vom adera la această calificare a naturii juridice a nulității clauzelor abuzive, considerând că sancțiunea ce intervine este nulitatea absolută, având în vedere următoarele argumente: în primul rând, Curtea de Justiție a Uniunii Europene<sup>13</sup> a menționat că, atunci când apreciază o clauză contractuală ca fiind abuzivă, *instanța națională este obligată să nu o aplice*, cu excepția situației în care consumatorul se opune. Mai mult, se arată în aceeași hotărâre că, în cazurile în care instanța națională are competența, conform normelor de procedură interne, de a *anula din oficiu o clauză contrară ordinii publice sau unei dispoziții legale obligatorii* al cărei conținut justifică

<sup>11</sup> Unii autori au argumentat în favoarea sancțiunii nulității actelor adiționale încheiate la contractele de credit în aplicarea prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 care urmărea remedierea contractelor de credit în desfășurare în vederea eliminării clauzelor abuzive. S-a argumentat că instituțiile bancare au smuls consimțământul consumatorului prin dol în momentul în care a reprezentat în mod fals întinderea obligațiilor contractuale sau au omis aceste aspecte. A se vedea, în acest sens, Raul Miron, *The consent vice in addendums to bank consumer contracts enforcing the dispositions of emergency ordinance 50/2010* în *Curentul Juridic*, anul XXII, nr. 3/2019, pp. 66-75.

<sup>12</sup> N. Popescu, *Clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori* în *Revista de Drept comercial*, nr. 2/2005, p. 47; A.M.L. Zaharia, *Clauzele abuzive în contractele încheiate de consumatori*, în *Revista „Forumul Judecătorilor”* nr. 3/2009, p. 67 și A.J. Goicovici, *Creditele pentru consum și investiții imobiliare. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 128.

<sup>13</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 04.06.2009 pronunțată în cauza C-243/08, Pannon GSM Zrt. împotriva Erzsébet Sustikné Győrfi, disponibilă la adresa: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74812&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2914284>.

Pentru o explicație a principiului supremației dreptului european din perspectiva reglementării constituționale naționale a se vedea N. Ploșteanu, R. Miron, *Supremacy of European Law and possible judicial remedies in regard to the issue of Romanias Accession to the Schengen Area*, în *Curentul Juridic*, anul XVII, nr. 1/2014, pp. 13-25.



sanctiunea respectivă, de asemenea instanța va trebui să anuleze din oficiu o clauză contractuală al cărei caracter abuziv l-a constatat în raport cu criteriile stabilite în Directivă<sup>14</sup>.

De aici rezultă că instanța este ținută a invoca în mod obligatoriu caracterul abuziv al unei clauze contractuale, împrejurare care se circumscrie regimului juridic al nulității absolute, potrivit art. 1247 alin. (3) C. civ., fiind teza diametral opusă regimului nulității relative, unde instanța nu are această prerogativă, astfel cum prevede art. 1248 alin. (3) C. civ. De asemenea, se observă că Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene<sup>15</sup> asimilează anularea de către instanța națională a clauzei contractuale cu caracter abuziv cu condițiile în care aceeași instanță are competența anulării din oficiu a unei clauze contrare ordinii publice. Din această împrejurare rezultă că, în viziunea Curții de Justiție a Uniunii Europene, clauzele abuzive au un caracter contrar ordinii publice, motiv pentru care interesul ocrotit este unul general. Drept urmare, regimul juridic astfel trasat se încadrează în specificul nulității absolute, potrivit art. 1247 alin. (1) C. civ.

De altfel, și practica Înaltei Curți de Casație și Justiție<sup>16</sup> este în același sens, reținându-se că „finalitatea constatării caracterului abuziv al unor clauze este echivalentă cu *constatarea nulității absolute* a acestora, astfel încât, în mod corect, instanța de fond a dat eficiență principiului potrivit căruia *quod nullum est, nullum producit effectum*, dispunând just restituirea prestațiilor/sumelor încasate cu titlu de comision de risc”. În același sens s-a exprimat și o parte a literaturii de specialitate<sup>17</sup>, observându-se că, în concret, sanctiunea care intervine în ipoteza constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale este nulitatea absolută, nicidecum nulitatea relativă.

În plus față de acestea, găsim util a menționa că, fiind identificată nulitatea absolută drept coerciția ce se manifestă în cazul observării caracterului abuziv al clauzelor contractuale, în mod corespunzător va fi aplicabil întregul regim juridic al acestei instituții juridice, inclusiv sub aspectul imprescriptibilității extinctive a dreptului de a invoca, pe cale de acțiune sau de excepție, nulitatea absolută.

## **2. Regimul juridic al nulității absolute în cadrul contestației la executare**

Având în vedere că inserarea în cuprinsul contractului încheiat între profesionist și consumator a unor clauze abuzive este sancționată cu nulitatea absolută a respectivelor prevederi contractuale, rezultă că, de principiu, regimul juridic al nulității actului juridic ce

---

<sup>14</sup> Aici este avută în vedere Directiva Consiliului 93/13/CEE din 05.04.1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 95 din 21.04.1993.

<sup>15</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 04.06.2009 pronunțată în cauza C-243/08, Pannon GSM Zrt. împotriva Erzsébet Sustikné Győrfi, *citată supra*.

<sup>16</sup> Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, decizia nr. 992/2014, disponibilă la adresa: <https://legeaz.net/spete-civil-iccj-2014/decizia-992-2014>.

<sup>17</sup> L. Mihali-Viorescu, *Clauzele abuzive în contractele de credit*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 119 și N. H. Țiț, *Posibilitatea invocării pe calea contestației la executare a caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat între creditor și debitor și care, potrivit legii, constituie titlu executoriu* în E. Oprina, V. Bozeșan (coord.), *Executarea silită – dificultăți și soluții practice*, vol. 1, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 415.

reprezintă titlul executoriu ar fi aplicabil în mod corespunzător, cu precădere în materia nulității absolute. Or, în procedura execuțională, nulitatea absolută a actului juridic pus în executare silită aduce în discuție cel puțin două aspecte controversate, după cum vom observa în rândurile ce urmează. Premisa de la care pornește întreaga analiză este aceeași, respectiv ipoteza existenței unei executări silită întemeiate pe un titlu executoriu, altul decât o hotărâre judecătorească sau arbitrală, cu privire la care nu este prevăzută o cale procesuală în vederea desființării sale, fiind îndeplinite cerințele de admisibilitate cuprinse în art. 713 alin. (2) C. pr. civ. în ceea ce privește posibilitatea de invocare a motivelor de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu.

*Prima controversă* este dată de prevederile art. 1249 alin. (1) C. civ. potrivit cărora «dacă prin lege nu se prevede altfel, nulitatea absolută poate fi invocată oricând, fie pe cale de acțiune, fie pe cale de excepție». Acest element al regimului juridic specific nulității absolute reprezentat de imprescriptibilitatea extinctivă a dreptului de a invoca nulitatea absolută, atât pe cale de acțiune, cât și pe cale de excepție vine în contradicție cu termenele prevăzute pentru formularea contestației la executare, chiar dacă, în condițiile art. 713 alin. (2) C. pr. civ., o asemenea apărare întemeiată pe nulitatea absolută (parțială sau totală) a titlului executoriu este admisibilă și compatibilă cu mijlocul procesual în discuție. În concret, art. 713 alin. (2) C. pr. civ. permite formularea pe cale de contestație la executare inclusiv a motivelor referitoare la fondul dreptului cuprins în actul juridic pus în executare (sub rezerva inexistenței vreunei căi procesuale pentru desființarea acestuia), iar în rândul acestor motive putem identifica indiscutabil și nulitatea absolută. În schimb, art. 715 alin. (1) C. pr. civ. instituie un termen de decădere de 15 zile pentru promovarea contestației la executare, termen care începe a curge de la momente anume prevăzute de legiuitor în pct. 3 al acestui text de lege, în funcție de modalitatea de executare silită.

Literatura de specialitate<sup>18</sup> apreciază în mod corect că, deși cauza de nulitate absolută poate fi invocată oricând pe cale de acțiune, în ipoteza în care aceasta este formulată pe calea contestației la executare, va urma termenul impus de art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ., respectiv termenul de 15 zile de la data la care debitorul care contestă executarea însăși a primit încheierea de încuviințare a executării silită sau somația ori de la data când a luat cunoștință de primul act de executare, în cazurile în care nu a primit încheierea de încuviințare a executării și nici somația ori executarea se realizează fără somație. Apreciem corectă această soluție în condițiile în care, în opinia noastră<sup>19</sup>, dispozițiile privitoare la contestația la executare, inclusiv sub aspectul termenului de formulare a acesteia, constituie drept special în raport de dispozițiile generale cuprinse în Codul civil, cum este cazul de față. Drept urmare, se va aplica în mod prioritar norma specială și derogatorie referitoare la mijlocul procesual al contestației la executare, în condițiile în care, de regulă, formularea unei acțiuni civile de drept comun nu este limitată

<sup>18</sup> M. Dinu, R. Stanciu, *Executarea silită în Codul de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 317 și urm.

<sup>19</sup> C. Lungănașu, *Contestația la executare. Instituție fundamentală a dreptului procesual civil*, Editura C.H. Beck, București, 2019, p. 359 și urm.

în timp prin norme procesuale, ci prin norme de drept material, sub forma prescripției extinctive a dreptului material la acțiune sau al decăderii.

Pe de altă parte, nu trebuie omisă împrejurarea că termenul de formulare a contestației la executare nu doar că este instituit printr-o normă specială, derogatorie, dar acesta este privitor exclusiv la aspecte procedurale, fiind limitat la instituția contestației la executare. Or, nulitatea absolută a actului juridic civil nu poate fi invocată numai pe cale de contestație la executare, ci și prin intermediul unei acțiuni de drept comun. De altfel, posibilitatea coexistenței a două litigii privitoare la nulitatea actului (ca acțiune de drept comun și contestație la executare) este deplin aplicabilă și în materia clauzelor abuzive. Se arată că<sup>20</sup> obligația părții interesate de a invoca nulitățile absolute de fond ale actului juridic constatat prin titlul executoriu în interiorul termenului de formulare a contestației la executare nu contravine posibilității celui interesat de a invoca oricând nulitatea absolută a actului juridic deoarece decăderea din dreptul de a invoca respectivele cauze de nulitate absolută nu constituie o piedică pentru ca partea să promoveze o acțiune în nulitate pe calea dreptului comun. Mai mult, tocmai pentru asemenea ipoteze, art. 638 alin. (2) C. pr. civ. prevede posibilitatea suspendării executării silite până la soluționarea acțiunii de drept comun în declararea nulității absolute, fiind aplicabile prevederile art. 719 C. pr. civ. similar contestației la executare.

Astfel, doctrina concluzionează că<sup>21</sup> nu se poate face abstracție de calea procesuală aleasă de parte pentru invocarea nulității absolute, deci și a clauzelor abuzive. Astfel, nu este negat dreptul persoanei interesate a invoca oricând cauzele de nulitate absolută, dar numai pe calea unei acțiuni de drept comun care vizează, în principal, tocmai constatarea acestei nulități. În schimb, atunci când partea interesată recurge la o altă cale procesuală, cum ar fi contestația la executare, va trebui să se supună reglementărilor speciale aplicabile acesteia, inclusiv sub aspectul termenului de exercitare a acestei căi de atac.

De altfel, explicația oferită<sup>22</sup> este cât se poate de convingătoare în condițiile în care, în această ipoteză, capătul principal de cerere nici nu privește nulitatea absolută a clauzelor contractuale (actul juridic ce reprezintă titlul executoriu), ci tocmai anularea executării silite. În plus, dat fiind faptul că art. 713 alin. (2) și art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ. nu disting sub aspectul cauzelor de nulitate care pot fi invocate pe calea contestației la executare, rezultă că mijlocul procesual și termenul de invocare trebuie să fie aceleași<sup>23</sup>,

---

<sup>20</sup> G. Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă – Comentariu pe articole*, vol. II (art. 456-1134), ed. a 2-a rev. și adăug., Editura Hamangiu, București, 2016, p. 502; G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 1036 și urm.

<sup>21</sup> E. Oprina, *Executarea silită în procesul civil*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 408 și urm., I. Păsculeț, *Contestația prin care se invocă apărări de fond împotriva titlului executoriu – contestație la titlu sau contestație la executare propriu-zisă în E. Oprina, V. Bozeșan (coord.), Executarea silită – dificultăți și soluții practice*, vol. 2, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 410.

<sup>22</sup> I. Păsculeț, *Contestația prin care se invocă...*, op. cit., p. 410.

<sup>23</sup> E. Oprina, *Problematika apărărilor de fond în cadrul contestației la executare* în E. Oprina, V. Bozeșan (coord.), op. cit., vol. 1, p. 409.

ipotetic chiar și în cazul invocării caracterului abuziv al clauzelor contractuale. Ca atare, în mod just se menționează<sup>24</sup> că acceptarea unei concluzii diferite, în sensul că invocarea unor cauze de nulitate absolută a titlului executoriu ar fi de natură a prelungi la infinit termenul pentru formularea acesteia, ar conduce evident la ocolirea voinței legiuitorului de a stabili termene scurte pentru promovarea unei contestații la executare, asigurându-se astfel celeritatea întregii proceduri execuționale.

A doua controversă ce rezultă din regimul juridic al nulității absolute aplicabile și clauzelor abuzive își are originea în dispoziția cuprinsă în art. 1247 alin. (3) C. civ., potrivit căreia «instanța este obligată să invoce din oficiu nulitatea absolută». În această privință, în literatura de specialitate<sup>25</sup> s-a apreciat că „instanța de executare nu este ținută de termenul de exercitare a contestației la executare, astfel încât ea poate invoca din oficiu, oricând în cursul judecății în primă instanță, nulitatea absolută, atât cea a actelor de executare, cât și pe cea referitoare la actul juridic constat prin titlul executoriu, atunci când apărările de fond sunt admisibile în cadrul contestației la executare, potrivit legii”. Desigur că instanța nu este ținută a invoca nulitatea absolută a actului juridic pus în executare în termenul prevăzut de art. 715 alin. (1) C. pr. civ., având posibilitatea de a-și îndeplini obligația de invocare a nulității absolute oricând în cursul judecății în prima instanță. Totuși, opinia redată mai sus, în lipsa unor precizări esențiale, poate conduce la concluzii eronate, motiv pentru care apreciem util a detalia ipoteza în care instanța poate, efectiv, oricând în cursul judecății în primă instanță a invoca din oficiu nulitatea absolută a actului juridic pus în executare.

În mod corect, ipoteza a fost preluată în literatura de specialitate<sup>26</sup>, fiindu-i aduse observațiile necesare. Vom reține și noi că, în primul rând, invocarea din oficiu de către instanță a unei cauze de nulitate absolută trebuie circumscrisă exclusiv aceleiași forme a contestației la executarea propriu-zisă, nefiind permis ca, de exemplu, în cadrul contestației împotriva unui anumit act distinct de executare silită să se invoce de către instanță din oficiu respectiva cauză de nulitate absolută. Explicația este cât se poate de evidentă în condițiile în care apărările privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, în acord cu dispozițiile art. 713 alin. (2) C. pr. civ., pot fi formulate numai pe calea unei contestații la executare propriu-zise îndreptate împotriva executării silită înseși, iar nu doar împotriva unor acte de executare silită subsecvente. Instanța de executare își poate exercita rolul activ impus de art. 1247 alin. (3) C. civ. numai în interiorul unui cadru procesual deschis de contestator, fără a exista o altă posibilitate procedurală de a acționa din oficiu. Drept urmare, nici instanța de executare nu va putea acționa în alte limite procedurale decât cele prevăzute de lege.

Pe cale de consecință, se arată că<sup>27</sup> este necesar ca debitorul să fi formulat contestația la executare propriu-zisă în termenul legal deoarece o contestație tardivă echivalează, în

<sup>24</sup> I. Păsculeț, *Contestația prin care se invocă...*, op. cit., p. 410.

<sup>25</sup> G. Boroi (coordonator), op. cit., vol. II, 2016, p. 502; G. Boroi, M. Stancu, op. cit., 2015, p. 1037.

<sup>26</sup> E. Oprina, *Problematika apărărilor de fond...*, op. cit., p. 409 și urm.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 410.

final, cu inexistența acesteia, motiv pentru care nici instanța din oficiu nu ar putea acționa în lipsa unui cadru procesual regulat format. În schimb, instanța nu este ținută de termenul prevăzut de lege pentru ca debitorul să formuleze contestația la executare, fiind suficientă deschiderea cadrului procesual în care să fie îndeplinită și obligația prevăzută de art. 1247 alin. (3) C. civ. Drept urmare, instanța de executare va putea invoca din oficiu, oricând în cursul judecării în primă instanță nulitatea absolută, cu condiția de a fi admisibile apărările de fond în cadrul contestației la executare, potrivit legii<sup>28</sup>.

În concret, noi apreciem că obligația instanței de a invoca din oficiu nulitatea absolută și posibilitatea acesteia de a proceda de asemenea manieră oricând în cursul judecării în primă instanță este condiționată de mai multe aspecte decât cele expuse în opiniile doctrinare redată mai sus. În primul rând vom reține că art. 1247 alin. (3) C. civ. nu distinge ce fel de litigiu trebuie să fie pe rolul instanței pentru ca acesteia să îi revină obligația de a invoca din oficiu nulitatea absolută a actului juridic civil, însă noi apreciem că procesul în cauză trebuie să privească, chiar și parțial, tocmai actul a cărei nulitate instanța o are de invocat. Altfel, chestiunea nulității este complet indiferentă raportului juridic dedus judecării, iar dacă ar fi formulată de vreuna din părțile litigante, cu certitudine ar fi respinsă ca lipsită de interes. Drept urmare, o primă concluzie care se desprinde chiar din dispoziția de drept material este aceea că litigiul trebuie să privească, cel puțin în parte, actul juridic a cărei nulitate instanța este obligată a o invoca din oficiu.

Aspectul de mai sus se transpune în procedura contestației la executare într-o manieră particulară. Astfel, pentru ca actul juridic ce reprezintă titlul executoriu să fie pus în discuție în fața instanței de executare sub aspectul validității sale, contestatorul trebuie să formuleze o contestație la executare propriu-zisă îndreptată împotriva executării silită înseși. La această concluzie se ajunge având în vedere că, atacând însuși titlul executoriu, contestatorul formulează contestația împotriva întregii executări silită, date fiind efectele admiterii cererii sale, potrivit art. 720 alin. (1) raportat la art. 179 alin. (3) și art. 6321 alin. (1) și art. 723 alin. (1) C. pr. civ. Astfel, desființarea titlului executoriu invalidează întreaga procedură execuțională deoarece aceasta rămâne fără unicul său fundament, executarea silită realizându-se numai în baza unui titlu executoriu. Drept urmare, pentru a putea fi atacat titlul executoriu pe cale de contestație la executare, aceasta trebuie să aibă, ca obiect generic, executarea silită însăși, iar nu doar acte de executare distincte sau numai acte de executare subsecvente.

Din cele de mai sus rezultă două concluzii esențiale: în primul rând, contestatorul trebuie să investească instanța de executare cu o contestație la executare propriu-zisă prin care să atace executarea silită însăși, iar în al doilea rând, contestația astfel formulată trebuie să respecte exigențele termenului de decădere prevăzut de art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ. Numai în aceste condiții părțile ar putea invoca nulitatea absolută a actului juridic pus în executare. Pe cale de consecință, în exact aceleași condiții, instanța de

---

<sup>28</sup> Autoarea citată (E. Oprina, *Problematika apărărilor de fond...*, op. cit., p. 410.) reia practic, în final, opinia pe care am redat-o inițial [G. Boroș în G. Boroș (coordonator), op. cit., vol. II, 2016, p. 502], noi considerând însă că nu este suficient de clară pentru a evita concluzii eronate.

executare va putea, la rândul ei, să invoce nulitatea absolută, pe întregul parcurs al judecării în primă instanță.

În alte situații, apreciem că instanța nu ar mai avea posibilitatea legală de a proceda astfel. Spre exemplu, dacă debitorul formulează o contestație la executare propriu-zisă îndreptată împotriva unui act de executare silită [cum ar fi procesul-verbal de licitație, potrivit art. 849 alin. (2) C. pr. civ.], obiectul generic al contestației la executare nu presupune *ab initio* verificarea validității titlului executoriu sau a întregii proceduri execuționale, ci este limitat de contestator la actul de executare determinat individual. În plus, fiind acte de executare subsecvente, este improbabil ca termenul prevăzut de art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ. să mai fie respectat la momentul formulării unei asemenea contestații, motiv pentru care contestatorul este decăzut din dreptul de a mai formula contestația la executare pentru actele de executare anterioare.

Indiferent dacă este sau nu împlinit în concret termenul de decădere pentru formularea unei contestații la executare propriu-zise împotriva titlului executoriu și a întregii executări silite, esențial este că partea nu a sesizat instanța cu un asemenea capăt de cerere. Drept urmare, analiza instanței de executare este limitată la obiectul delimitat de către contestator, adică la actele de executare contestate. Or, dată fiind această limitare a obiectului judecării, apreciem că instanța, chiar și dacă ar considera incidentă o eventuală cauză de nulitate absolută a actului juridic pus în executare, neavând cadrul procesual necesar pentru a proceda astfel, nici nu ar putea pune în discuția părților un asemenea aspect.

### 3. Specificul clauzelor abuzive în cadrul contestației la executare

Ipoteza analizată se raportează la dispozițiile art. 713 alin. 2 și ale art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ., respectiv atunci când se formulează o contestație la executare propriu-zisă împotriva executării silite înseși întemeiate pe un titlu executoriu, altul decât o hotărâre judecătorească sau arbitrală, pentru care legea nu prevede o cale procesuală pentru desființarea lui (mai exact, executarea silită este supusă dispozițiilor C. pr. civ. anterior modificării survenite prin Legea nr. 310/2018). Astfel, aplicând regimul juridic general al nulității absolute, ar trebui respectate atât cerințele de admisibilitate a unei asemenea contestații la executare potrivit art. 713 alin. (2) C. pr. civ. pentru a putea fi invocat caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în actul juridic pus în executare, dar în același timp și cerința privitoare la formularea în termenul prevăzut de art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ. a unei contestații împotriva întregii executări silite în asemenea fel încât validitatea clauzelor contractuale să poată fi analizată de instanța de executare<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Această ipoteză a fost analizată și în lucrarea R. Miron, N. Ploșteanu, *Efecte ale nerespectării regimului protecției consumatorilor în contractele de credit în cadrul procedurilor de executare silită*, în *Revista Română de Drept European/Romanian Review of European Law*, nr. 3/2019, unde autorii au comentat cererea de decizie preliminară introdusă de Tribunalul Specializat Mureș la data de 31 ianuarie 2019 la Curtea de Justiție a Uniunii Europene, dosar având numărul C75/19, întrebările adresate fiind următoarele: 1. Se opun dispozițiile Directivei 93/13/CEE a Consiliului privind clauzele abuzive în contracte încheiate cu consumatorii, respectiv

În literatura de specialitate<sup>30</sup> s-a arătat că, în concret, invocarea clauzelor abuzive pe cale de contestație la executare se realizează în practica judiciară în două modalități: într-o primă variantă, caracterul abuziv al clauzelor contractuale este invocat sub forma unor motive de fapt sau de drept referitoare la nevaliditatea titlului executoriu, în timp ce capetele de cerere propriu-zise privesc anularea executării silită, respectiv anularea sau îndreptarea unor acte de executare. În cea de a doua variantă, pe lângă petitele specifice contestației la executare se formulează și capete de cerere distincte prin care se solicită a se constata nulitatea clauzelor abuzive, respectiv nulitatea parțială sau totală a titlului executoriu. Autorul citat apreciază<sup>31</sup> că numai prima variantă se circumscrie dispozițiilor art. 713 alin. (2) C. pr. civ., fiind singura variantă avută în vedere de către legiuitor, în timp ce a doua variantă de formulare a cererii ar reprezenta, în concret, alăturarea a două cereri principale (distincte), una având ca obiect contestația la executare, iar cea de a doua constatarea nulității actului juridic.

Într-o altă opinie<sup>32</sup> se afirmă într-o modalitate mai fermă că numai prima variantă este posibilă în cadrul contestației la executare, respectiv aceea în care contestatorul *nu* formulează petite separate privitoare la constatarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale și sancționarea acestora cu nulitatea absolută, cererea având obiectele prevăzute strict pentru contestația la executare, conform art. 712 alin. (1) C. pr. civ. Astfel, se apreciază că invocarea caracterului abuziv al unei clauze nu reprezintă o pretenție propriu-zisă formulată de persoana interesată pe calea contestației la executare, ci numai un motiv pe care se întemeiază contestația ce are ca finalitate anularea, în tot sau în parte, a titlului executoriu, respectiv anularea executării silită înseși. Drept urmare, clauzele

---

considerentele 12, 21 și 23 din preambulul directivei și articolul 6 alineatul (1), articolul 7 alineatul (2) și articolul 8 din directivă, unei interpretări a instanțelor naționale conform căreia consumatorul nu poate invoca în cadrul unei contestații la executare, care potrivit dreptului intern reprezintă o acțiune specială ce poate fi exercitată în anumite termene și condiții restrictive, după începerea unei executări silită împotriva contestatorului, pe motiv că ar fi inadmisibilă pe această cale constatarea existenței unor clauze abuzive într-un contract de credit încheiat cu un profesionist, contract de credit care reprezintă potrivit legii titlu executoriu și în temeiul căruia s-a început executarea silită împotriva consumatorului, prin raportare la reglementările din legislația internă care prevăd o acțiune de drept comun, imprescriptibilă, prin care consumatorul poate cere oricând constatarea existenței unor clauze abuzive și lipsirea lor de efecte, fără însă ca soluția în cadrul acestei proceduri să producă consecințe directe asupra procedurii de executare silită, existând riscul ca executarea silită să fie terminată înainte de obținerea unei soluții în cadrul procedurii de drept comun? 2. În caz afirmativ la prima întrebare, se opun aceleași dispoziții ale directivei unei prevederi din dreptul național care stabilește un termen de 15 zile de la comunicarea primelor acte de executare silită (printr-o dispoziție imperativă, de ordine publică, a cărei nerespectare atrage respingerea acțiunii ca tardiv formulate) pentru invocarea de către consumatorul contestator (debitor urmărit silit) a caracterului abuziv al unor clauze contractuale din cuprinsul contractului de credit încheiat cu un profesionist, în condițiile în care același regim îl au în dreptul intern și invocarea unor critici similare apreciate ca apărări pe fondul cauzei, respectiv având în vedere faptul că, potrivit jurisprudenței constante a Curții, există în sarcina instanței naționale o obligație de a examina din oficiu caracterul abuziv al unor clauze contractuale de îndată ce dispune de elementele de drept și de fapt necesare în acest sens?

<sup>30</sup> L. Mihali-Viorescu, *op. cit.*, pp. 150-153.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 151.

<sup>32</sup> N. H. Țiț, *op. cit.*, p. 416.

abuzive în cadrul contestației la executare ar trebui valorificate ca motive de fapt și de drept (temeiuri) ale contestației, iar nu sub forma unei pretenții pe care instanța să o soluționeze separat. În plus, se arată<sup>33</sup> că obiectul contestației la executare este limitat la verificarea legalității procedurii execuționale, având caracterul unei căi de atac, iar nu al unei acțiuni în realizarea dreptului. Ca atare, contestația prin care se invocă caracterul abuziv al clauzelor contractuale nu este o acțiune ce are ca obiect constatarea caracterului abuziv al clauzelor respective, ci își menține natura unei căi de atac îndreptate împotriva executării silite înseși, caracterul abuziv fiind temeiul, iar nu obiectul acesteia.

Noi nu vom adera la opinia de mai sus având în vedere următoarele considerente: chiar autorul care a susținut că, în cazul formulării unor capete de cerere distincte privitoare la caracterul abuziv al clauzelor contractuale, am fi, în realitate, în prezența a două acțiuni alăturate, precizează<sup>34</sup> că se impune acordarea aceluiași tratament juridic ambelor variante de formulare a contestației la executare. Astfel, indiferent că aspectele privitoare la fond sunt invocate numai în motivare pentru susținerea contestației la executare sau, dimpotrivă, apar exprimate sub forma unor petite distincte ale cererii, în ambele situații scopul urmărit este tot acela de a fundamenta contestația la executare, motiv pentru care în toate cazurile s-ar impune judecarea cauzei după regulile aplicabile contestației la executare.

Acceptând și noi că ambele variante de formulare a contestației la executare pot fi întâlnite în practica judiciară, în raport de dispozițiile art. 713 alin. (2) C. pr. civ. apreciem că, riguros corectă este varianta în care contestatorul formulează petite distincte privitoare la clauzele abuzive, solicitând constatarea de către instanță a caracterului abuziv și intervenția nulității absolute, cu consecințele care se produc asupra executării silite, respectiv anularea procedurii execuționale, a unor acte de executare etc. Similar unor opinii exprimate în literatura de specialitate<sup>35</sup>, menționăm și noi că, deși art. 712 C. pr. civ. enumeră pretențiile ce pot fi formulate pe cale de contestație la executare, iar nulitatea actului juridic ce constituie titlu executoriu nu se regăsește printre acestea, totuși art. 720 alin. (1) C. pr. civ. prevede că, în caz de admitere a contestației, instanța poate anula titlul executoriu. Or, din această împrejurare rezultă că instanța poate dispune distinct anularea titlului executoriu, astfel că, în mod corelativ, poate fi investită cu un asemenea capăt de cerere.

Pe de altă parte, dacă pronunțarea nulității titlului executoriu este, în concret, consecința constatării unei cauze de nulitate absolută a actului juridic pus în executare, apreciem că soluția privitoare la sancțiunea nulității trebuie să se regăsească în mod corespunzător în dispozitivul hotărârii instanței de executare. Astfel, instanța va trebui să

<sup>33</sup> *Idem*, p. 417.

<sup>34</sup> L. Mihali-Viorescu, *op. cit.*, p. 152 și urm.

<sup>35</sup> D. N. Theohari, *Coexistența pe rolul instanțelor judecătorești a unei cauze având ca obiect declararea nulității titlului executoriu, promovată pe calea contestației la executare, potrivit art. 713 alin. (2) C. pr. civ., și a unei alte cauze având ca obiect declararea nulității actului juridic ce constituie acel titlu executoriu, promovată pe calea dreptului comun. Admisibilitate. Lipsa incidenței litispendenței sau a conexității. Autoritate de lucru judecat. Suspendarea judecării procesului* în E. Oprina, V. Bozeșan (coord.), *op. cit.*, vol. 1, p. 451.



constate nulitatea absolută a actului juridic, urmând apoi să dea eficiență juridică sancțiunii nulității cu privire la procedura execuțională și modul în care aceasta este afectată de nulitatea absolută reținută de instanță<sup>36</sup> potrivit art. 1254 și art. 1255 C. civ., precum și dispozițiilor speciale cuprinse în Legea nr. 193/2000 sau în alte acte normative. Drept urmare, noi nu apreciem că ar fi eronat ca, în cadrul contestației la executare, contestatorul să formuleze un capăt de cerere privitor la constatarea nulității absolute (parțiale sau totale) a actului juridic ce reprezintă titlul executoriu în virtutea caracterului abuziv al clauzelor contractuale, ci tocmai ar reprezenta o rigoare a mecanismului în care funcționează nulitatea absolută și se răsfrânge asupra procedurii execuționale. Desigur că, urmare a constatării nulității absolute a actului juridic pus în executare, întreaga executare silită va fi anulată, ca o consecință firească a soluției pronunțate cu privire la titlul executoriu.

Potrivit dreptului național, invocarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale pe cale de contestație la executare este supusă aceluiași condiții prevăzute pentru formularea oricărui motiv de nulitate absolută a actului juridic de reprezentă titlul executoriu, motiv pentru care sunt deplin aplicabile aprecierile de la subcapitolul anterior privitoare la termenul de formulare a contestației și posibilitatea instanței de a invoca din oficiu nulitatea absolută. Astfel, vom observa că nesocotirea de către contestator a obligației de a promova contestația la executare în termenul prevăzut de art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ. va atrage decăderea din dreptul de a mai formula contestația împotriva executării silită înseși, fără însă a-l priva de posibilitatea invocării caracterului abuziv al clauzelor contractuale pe calea dreptului comun, având în vedere caracterul imprescriptibil<sup>37</sup> al unei asemenea cereri<sup>38</sup>. De altfel, arătăm că, în ipoteza prevăzută de art. 713 alin. (2) C. pr. civ. contestația la executare nu reprezintă singurul mijloc procesual prin care partea poate solicita desființarea actului juridic prin invocarea motivelor de fapt sau de drept privitoare la însuși fondul dreptului, fiind numai o posibilitate oferită de legiuitor în cadrul procedurii execuționale anterior modificării realizate prin Legea nr. 310/2018, dată fiind lipsa unei căi procesuale specifice în vederea desființării titlului. Or, dreptul comun reprezentat de o acțiune civilă promovată pentru anularea actului juridic rămâne o variantă viabilă la care poate recurge partea interesată, cele două cereri putând chiar să coexiste<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> În literatura de specialitate se arată că „pentru acuratețe, dispozitivul hotărârii judecătorești de admitere a unei astfel de cereri trebuie să reflecte raționamentul juridic (...), cuprinzând dispoziția declarării nulității absolute a actului” – G. Boroș (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. I, ed. a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 110.

<sup>37</sup> Găsim util a menționa că, deși dreptul la acțiunea în constatarea nulității absolute a unui act juridic este imprescriptibil, totuși, odată constatată ineficiența actului juridic, se naște dreptul de a cere restabilirea situației anterioare încheierii actului (cum ar fi dreptul la restituirea sumei de bani achitate în temeiul actului lovit de nulitate absolută), acesta fiind un drept personal. Drept urmare, și acțiunea civilă corespunzătoare are caracter personal, fiind supusă prescripției extinctive. A se vedea, în acest sens, Tribunalul Suprem, Secția civilă, decizia nr. 785/1978 în M. Nicolae, *Tratat de prescripție extinctivă*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 436, soluția fiind deopotrivă aplicabilă și în baza actualelor prevederi legale.

<sup>38</sup> N.H. Țiț, *op. cit.*, p. 419.

<sup>39</sup> A se vedea D. N. Theohari, *Coexistența pe rolul instanțelor judecătorești...*, *op. cit.*, p. 451 și urm.

Având în vedere specificul sancțiunii care intervine în cazul constatării caracterului abuziv al clauzelor contractuale, anume nulitatea absolută, în mod constant Curtea de Justiție a Uniunii Europene a menționat obligația instanței naționale de a invoca din oficiu incidența clauzelor abuzive cuprinse în contractele încheiate între consumatori și profesioniști atunci când este sesizată cu o contestație împotriva executării silit declanșate în temeiul unui astfel de contract<sup>40</sup>. Similar, în practica judiciară națională s-a reținut că „potrivit jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene<sup>41</sup>, instanțele naționale trebuie să dispună din oficiu măsuri de cercetare judecătorească pentru a stabili dacă o clauză este abuzivă și, tot din oficiu, instanța națională este ținută să aprecieze eventualul caracter abuziv al unei clauze, motivat de faptul că natura și importanța interesului public pe care se întemeiază protecția garantată de Directiva consumatorilor justifică obligația instanței naționale în acest sens, pentru a se asigura efectul util al protecției vizate.

Având în vedere considerațiile Curții de Justiție a Uniunii Europene cu privire la obligațiile instanțelor naționale, cu atât mai mult instanța națională este obligată să analizeze caracterul abuziv al unei clauze la cererea uneia dintre părți, chiar și în cadrul unei proceduri de executare silită, obligația impusă de Curte nefiind limitată de existența unei anumite proceduri cu care instanțele naționale au fost învestite. Or, chiar dacă posibilitatea analizării caracterului abuziv al unei clauze nu a fost reglementată în mod expres în cadrul procedurii contestației la executare, hotărârile Curții ce s-au pronunțat în urma unei cereri de interpretare a dreptului Uniunii Europene au caracter obligatoriu pentru instanțele naționale, potrivit principiului supremației dreptului Uniunii Europene. Este adevărat că, atât Legea nr. 193/2000, cât și interpretările date de Curte prin hotărârea enunțată anterior oferă o abordare din punct de vedere al dreptului substanțial. Însă, dacă statele membre ar condiționa obligația de a analiza din oficiu caracterul abuziv al unei clauze de existența unei anumite proceduri, s-ar ajunge ca, prin norme proce-

---

<sup>40</sup> A se vedea, de exemplu, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 30.04.2014 pronunțată în cauza C-280/13, Barclays Bank SA împotriva Sara Sánchez García, Alejandro Chacón Barrera, disponibilă la adresa: [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?doclang=RO&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=151528&occ=first&dir=&cid=146694](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=RO&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=151528&occ=first&dir=&cid=146694) Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 14.03.2013 pronunțată în cauza C-415/11, Mohamed Aziz împotriva Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), disponibilă la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135024&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3223230> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 17.07.2014 pronunțată în cauza C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García împotriva Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, disponibilă la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155118&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3223330> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 09.07.2015 pronunțată în cauza C-348/14, Maria Bucura împotriva Bancpost SA, disponibilă la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165660&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=46936>.

<sup>41</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 09.11.2010 pronunțată în cauza C-137/08, VB Pénzügyi Lízing Zrt. împotriva Ferenc Schneider, disponibilă la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79164&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3228926>.

durale, să fie lipsite de conținut și eficiență norme de drept substanțial, în contradicție totală cu natura și importanța interesului public pe care se întemeiază protecția oferită de Directiva Consiliului nr. 93/13/2000 și Legea de transpunere nr. 193/2000<sup>42</sup>.

Soluția jurisprudențială redată mai sus evidențiază în mod corect împrejurarea că normele de drept procesual nu pot invalida dispozițiile de drept material aplicabile în materia clauzelor abuzive. Cu toate acestea, apreciem că se impun unele precizări: potrivit dispozițiilor naționale amintite mai sus, obligația instanței de a invoca din oficiu caracterul abuziv al clauzelor contractuale este condiționată de formularea unei contestații la executare, în termenul prevăzut de art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ. și îndreptate împotriva executării silită înseși. Nerespectarea acestor cerințe de către contestator atrage imposibilitatea instanței de a analiza, chiar și din oficiu, pretinsul caracter abuziv al clauzelor contractuale, fără ca această împrejurare să constituie o „lipsire de conținut și de eficiență a normelor de drept substanțial” în condițiile în care instanța este limitată a se pronunța asupra obiectului generic al contestației la executare potrivit art. 712 C. pr. civ. Mai mult, această restricție este justificată de caracterul special al procedurii contestației la executare, unde constatarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale nu constituie obiectul principal al cererii. Or, asemenea context legislativ nu pare a reprezenta o ingerință asupra liberului acces la justiție sau o invalidare a dispozițiilor de drept material câtă vreme persoana interesată are deschisă oricând calea unei acțiuni de drept comun în cadrul căreia instanța poate exercita rolul activ cu privire la caracterul abuziv al clauzelor contractuale, inclusiv cu privire la cele care nu au fost invocate de părțile litigante.

Opinia expusă de noi în rândurile de mai sus poate fi identificată și în soluțiile pronunțate de instanțele naționale. Astfel, spre exemplu, într-o cauză<sup>43</sup>, s-a reținut că „având în vedere art. 713 alin. (1) și alin. (2) C. pr. civ. și – în special – teza I a primului alineat al art. 712, tribunalul reține că – în principal – contestația la executare este un mijloc procedural special creat pentru procedura de executare silită, o «plângere» specifică acestei proceduri, prin care se obține anularea sau îndepărtarea unor acte de executare ori uneori chiar și anihilarea efectului executoriu al unui titlu executoriu. Având în vedere natura specială a contestației la executare, tribunalul reține că – spre deosebire de dreptul comun – în cadrul acesteia se poate susține caracterul abuziv al unor clauze din contractul de credit în temeiul prevederilor Legii nr. 193/2000 numai dacă respectivele clauze pot influența valoarea creanței care se execută silit. În cazul în care respectivele clauze nu pot influența în niciun mod valoarea creanței executate silit, tribunalul apreciază că nu se poate solicita constatarea ca abuzivă a unor clauze din titlul executoriu în cadrul contestației la executare, partea interesată având la dispoziție dreptul comun.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei rezultă că intimata nu execută silit nicio sumă de bani cu titlu de comision de procesare, comision de administrare și/sau dobândă penalizatoare. În consecință, tribunalul apreciază că, neexecutându-se silit nicio sumă de

<sup>42</sup> Judecătoria Brașov, sentința civilă nr. 16356/16.12.2013 în R. Sirghi, *Executarea silită în noul Cod de procedură civilă. Practică judiciară adnotată*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 111 și urm.

<sup>43</sup> Tribunalul București, Secția a VI-a civilă, decizia civilă nr. 4780/08.12.2017, *nepublicată*. În același sens, Tribunalul București, Secția a VI-a civilă, decizia civilă nr. 1842/17.05.2017, *nepublicată*.

bani cu titlu de comision de procesare, comision de administrare și/sau dobândă penalizatoare ori cu titlu de dobândă contractuală calculată în temeiul clauzelor inițiale ale contractului de credit, apelanții nu pot contesta pe calea contestației la executare clauzele contractuale care reglementează aceste comisioane, dobânda penalizatoare și modalitatea inițială de variație a dobânzii contractuale. Având în vedere aceste considerente, tribunalul apreciază că nu mai impune analizarea motivelor pentru care apelanții apreciază ca fiind abuzive clauzele expuse anterior”.

Similar, într-o altă cauză<sup>44</sup> instanța a reținut caracterul special și derogatoriu al procedurii contestației la executare, sens în care invocarea clauzelor abuzive este circumstanțiată de limitele procedurii execuționale și, corelativ, de obiectul concret al cererii cu care a fost învestită instanța de executare. Apreciem că această opinie este în sensul celor arătate mai sus. Astfel, vom observa că instanța a reținut că „motivele ce țin de caracterul abuziv al clauzelor contractuale contestate de debitori, pot fi invocate de contestatori pe calea contestației la executare însăși, ca apărări de fond împotriva titlului executoriu ce nu emană de la o instanță judecătorească [conform art. 713 alin. (2) C. pr. civ.], de altfel contestatorii înțelegând să invoce acest text de lege. În ceea ce privește motivele ce țin de certitudinea și lichiditatea creanței, acestea pot fi invocate pe calea contestației la executare și vor fi analizate ca atare. Cât privește apărările de fond ce vizează caracterul abuziv al clauzelor contractuale, instanța apreciază că în contestația la executare se pot invoca numai acele apărări de fond care vizează clauzele titlului executoriu în baza cărora s-a stabilit creanța ce se execută silit, iar nu orice clauză contractuală care nu are legătură cu executarea silită. Sub acest aspect, instanța reține că, deși se contestă în speță clauzele privind comisionul de acordare (procesare) și cele privind comisionul de administrare, aceste două comisioane nu fac obiectul executării silite, după cum rezultă din precizările de la fila 260 dosar și actele anexate, respectiv extrasul de cont de la fila 262, necontestate de debitori, din care rezultă că în speță creanța ce se execută se compune din capital restant, dobândă restantă și dobândă penalizatoare, iar nu și din comisioane”.

Într-o altă speță<sup>45</sup>, analizând pe fond clauzele criticate a fi abuzive, instanța a reținut în mod corect că „potrivit art. 4.4 din contractul de facilitare de credit și de garanție nr. 102116/28.01.2008, creditorul va avea dreptul, fără a fi însă obligat în niciun fel, să revizuiască nivelul dobânzii, după primul an de la prima utilizare a creditului, în funcție de indicele de referință EURIBOR 6M + 4,50% p.a. De asemenea, clauza reglementează și cotațiile indicelui de referință EURIBOR care sunt avute în vedere la variația dobânzii, precum și modalitatea de acceptare a noului nivel al dobânzii. De asemenea, potrivit art. 8.6 din același contract, modificările clauzelor contractului se efectuează în baza acordului părților, urmând a fi consemnate în act adițional, cu excepția celor privind valoarea ratelor de credit și a dobânzii curente, care se vor opera de către creditor, în condițiile contractului.

Deși apelanta susține prin cererea de apel că aceste clauze contractuale privesc dreptul intimitei de a modifica unilateral rata dobânzii prin stabilirea unei rate a acesteia

<sup>44</sup> Tribunalul București, Secția a VI-a civilă, decizia civilă nr. 2165/15.06.2015, *nepublicată*.

<sup>45</sup> Tribunalul București, Secția a VI-a civilă, decizia civilă nr. 2590/28.06.2017, *nepublicată*.

în funcție de evoluția pieței financiare, tribunalul – verificând contractul de facilitare de credit și de garanție nr. 102116/28.01.2008 – constată că nivelul dobânzii contractuale se modifică numai raportat la un indice de referință obiectiv (EURIBOR 6M). De asemenea, constată că niciuna dintre clauzele contestate nu face referire la sintagma «evoluția pieței financiare» sau la o sintagmă echivalentă. De asemenea, contrar celor susținute de apelantă, tribunalul constată că în art. 4.4 din contract sunt indicate datele calendaristice la care dobânda se modifică în funcție de indicele EURIBOR 6M, respectiv la 1 ianuarie și la 1 iunie. Pe cale de consecință, contrar celor susținute de apelantă, tribunalul constată că art. 4.4 nu constituie o clauză abuzivă în sensul art. 4 din Legea nr. 193/2000. Astfel, deși este îndeplinită condiția nenegocierii clauzelor contestate, tribunalul reține că nu este îndeplinită condiția dezechilibrului semnificativ între drepturile și obligațiile părților, atâta timp cât mecanismul de modificare a dobânzii este unul transparent, raportat la un indice de referință obiectiv, care nu poate fi influențat de către intimată în niciun mod”.

Contradicția dintre normele naționale și cele europene este evidentă atât în reglementarea existentă anterior intrării în vigoare a Legii nr. 310/2018, cât mai ales după acest moment. Astfel cum am arătat mai sus, aplicarea regimului juridic general al nulității absolute și în cazul invocării clauzelor abuzive din contractul ce reprezintă titlul executoriu conduce la o dublă limitare a posibilității de invocare a acestei sancțiuni, atât în raport de obiectul contestației la executare, cât și de cerința respectării termenului de decădere pentru formularea acestui demers procesual. Ulterior modificărilor survenite prin aplicarea Legii nr. 310/2018, *de plano* sunt excluse orice asemenea apărări pe fondul cauzei – deci inclusiv invocarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale – în condițiile în care partea interesată are posibilitatea promovării unui litigiu de drept comun în acest sens. În atare situație, dată fiind jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) soluția pronunțată în cauza C-75/19 amintită mai sus a fost una previzibilă, instanța europeană recurgând la procedura prevăzută de art. 99 din Regulamentul CJUE în sensul pronunțării unei ordonanțe motivate. Astfel, CJUE (Camera a noua), prin Ordonanța motivată din 06.11.2019 pronunțată în cauza C-75/19 a stabilit că «Directiva 93/13/CEE a Consiliului privind clauzele abuzive în contracte încheiate cu consumatorii trebuie interpretată în sensul că se opune unei norme de drept național în temeiul căreia un consumator care a încheiat un contract de credit cu o instituție de credit și împotriva căruia acest profesionist a început o procedură de executare silită este decăzut din dreptul de a invoca existența unor clauze abuzive pentru a contesta procedura menționată după expirarea unui termen de 15 zile de la comunicarea primelor acte ale acestei proceduri, chiar dacă acest consumator are la dispoziție, în temeiul dreptului național, o acțiune în justiție în scopul constatării existenței unor clauze abuzive a cărei introducere nu este supusă niciunui termen, dar a cărei soluție nu produce efecte asupra celei care rezultă din procedura de executare silită și care îi poate fi impusă consumatorului înainte de soluționarea acțiunii în constatarea existenței unor clauze abuzive». Ca atare, în ciuda argumentelor cuprinse în soluțiile jurisprudențiale amintite mai sus și a dispozițiilor naționale care condiționează sau, după intrarea în vigoare a Legii nr. 310/2018, restricționează posibilitatea invocării caracterului abuziv al clauzelor

contractuale pe calea contestației la executare, CJUE a stabilit că dreptul Uniunii Europene se opune unor asemenea reglementări, ceea ce conduce la concluzia derogării de la regulim juridic general al nulității absolute în cazul clauzelor abuzive.

#### **4. Controversele modificării art. 713 alin. (2) C. pr. civ. prin Legea nr. 310/2018**

Invocarea diferitelor aspecte privitoare la raportul juridic de drept material în temeiul căruia este emis titlul executoriu reprezintă, în primul rând, un aspect ce ține de admisibilitatea contestației la executare, date fiind dispozițiile cuprinse în art. 713 alin. (1) și alin. (2) C. pr. civ. Se observă astfel că primul alineat al textului legal amintit restricționează motivele ce pot fi aduse în susținerea contestației la executare în ipoteza în care executarea silită se efectuează în temeiul unui titlu executoriu ce constă într-o hotărâre judecătorească sau arbitrală, neputând fi invocate motive de fapt sau de drept care ar fi putut fi opuse în cursul judecății în primă instanță sau într-o cale de atac<sup>46</sup>. Drept urmare, concluzia la care s-a ajuns în temeiul dispozițiilor vechiului Cod de procedură civilă atât în literatura de specialitate<sup>47</sup>, cât și în practica judiciară<sup>48</sup> se menține și în contextul actualelor prevederi legale în sensul că, în cazul în care titlul executoriu este o hotărâre judecătorească sau arbitrală, contestatorul poate invoca în cadrul contestației la executare numai motive posterioare obținerii titlului executoriu<sup>49</sup>.

Or, fiind împrejurări survenite ulterior obținerii titlului executoriu, cum ar fi stingerea datoriei prin plată sau prin alte mijloace prevăzute de lege, acestea privesc exclusiv executarea drepturilor cuprinse în titlul executoriu, iar nu însuși fondul raportului juridic în temeiul căruia s-a obținut respectivul titlu. Pe cale de consecință, în atare ipoteze în care titlul executoriu constă într-o hotărâre judecătorească sau arbitrală, posibila incidență a diferitelor instituții de drept material anterioară obținerii titlului executoriu rămâne fără vreo relevanță, fiind de principiu inadmisibilă invocarea unor asemenea motive pe cale de contestație la executare.

În schimb, dispozițiile art. 713 alin. (2) C. pr. civ. permit instanței investite a soluționa contestația la executare de a analiza motivele de fapt sau de drept invocate de contestator

---

<sup>46</sup> Pentru o analiză detaliată a condițiilor de admisibilitate a contestației la executare potrivit dispozițiilor art. 713 alin. (1) C. pr. civ., a se vedea C. Lungănașu, *Admisibilitatea contestației la executare în condițiile titlului executoriu reprezentat de o hotărâre judecătorească sau arbitrală* în Revista română de executare silită nr. 1/2018, pp. 78-98.

<sup>47</sup> A se vedea I. Stoenescu, Gr. Porumb, *Drept procesual civil*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1966, p. 427; S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, I. Băcanu, *Drept procesual civil. Executarea silită*, vol. al II-lea, ed. a 2-a, Editura Lumina Lex, București, 1999, p. 235; V.M. Ciobanu, G. Boro, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă*, ed. a 3-a, Editura All Beck, București, 2005, p. 552; D. C. Tudurache, *Contestația la executare*, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 109.

<sup>48</sup> Spre exemplu, Tribunalul Suprem, colegiul civil, decizia nr. 1205/1961 și Tribunalul Județean Cluj, decizia civilă nr. 833/1973, ambele *apud* S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, I. Băcanu, *op. cit.*, pp. 231 și 234.

<sup>49</sup> E. Oprina, I. Gărbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită. Vol. I. Teoria generală și procedurile execuționale*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 593; Șt. I. Lucaciuc, *Contestația la executare în reglementarea noului Cod de procedură civilă*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 150; G. Boro (coordonator), *op. cit.*, vol. II, ed. a 2-a, p. 494; G. Boro, M. Stancu, *op. cit.*, 2015, p. 1028.

cu privire la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, sub rezerva de a fi în cadrul unei executări silite efectuate în temeiul altui titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească și, cumulativ, legea să nu prevadă pentru acel titlu executoriu o cale procesuală în vederea desființării sale<sup>50</sup>. Pe cale de consecință, analiza de față se raportează la aceste prevederi procesuale, fiind singurul context în care apărări referitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu pot fi susținute pe calea contestației la executare.

În condițiile în care atât norma procesuală amintită, cât și problema pe care o ridică privesc preponderent admisibilitatea contestației la executare, literatura de specialitate și-a îndreptat atenția strict asupra aspectului procesual amintit. Astfel, dezbaterile doctrinare<sup>51</sup> au surprins o temă esențială, respectiv ce anume se înțelege prin sintagma „cale procesuală specifică pentru desființarea titlului” în scopul determinării admisibilității unei asemenea contestații la executare.

Desigur că, din punct de vedere procesual, analiza se circumscrie aspectului privitor la admisibilitatea contestației la executare prin care se invocă motive ce țin de fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, astfel cum a surprins deja literatura de specialitate amintită mai sus. De altfel, asemenea precizări sunt obligatorii deoarece, în lipsa lor, orice analiză suplimentară ar fi inadmisibilă pe cale de contestație la executare. Trecând însă de problematica admisibilității contestației la executare și constatând îndeplinite cerințele expres prevăzute de art. 713 alin. (2) C. pr. civ., noi apreciem însă că dezbaterea suportă o privire detaliată în condițiile în care procedura specială a contestației la executare imprimă anumite particularități inclusiv instituțiilor de drept material a căror aplicare se invocă în cadrul contestației la executare.

Astfel cum am expus mai sus, se impune a observa modul în care anumite instituții de drept material, cum ar fi nulitatea absolută, se manifestă în contextul executării silite și al formulării unei contestații la executare, cu premisa implicită că, *ab initio*, condițiile de admisibilitate prevăzute de art. 713 alin. (2) C. pr. civ. sunt îndeplinite.

Totuși, în raport de modificările de substanță suferite de art. 713 alin. (2) C. pr. civ. odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 310/2018, noi apreciem că invocarea motivelor privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu nu se mai poate realiza pe calea

---

<sup>50</sup> Pentru analiza condițiilor de admisibilitate a contestației la executare în această ipoteză, a se vedea C. Lungănașu, *Admisibilitatea contestației la executare în condițiile altui titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească* în *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, nr. 2/2017, pp. 69-89.

<sup>51</sup> I. Leș, *Principii și instituții de drept procesual civil*, vol. III, Editura Lumina Lex, București, 1999, p. 463 și urm.; D. C. Tudurache, *op. cit.*, p. 114; M. Dinu, R. Stanciu, *op. cit.*, 2017, p. 302; A. Ungureanu, *Contestația la executare în procesul civil*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 84; V.M. Ciobanu, G. Boroi, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă*, ed. a 3-a, Editura All Beck, București, 2005, p. 553; V. M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat*, vol. II – art. 527-1134, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 660; D.N. Theohari, *Coexistența...*, *op. cit.*, pp. 451-454; G. Boroi (coordonator), ș.a., *Noul Cod de procedură civilă – Comentariu pe articole*, vol. II (art. 527-1133), Editura Hamangiu, București, 2013, p. 202; A. Tabacu, *Contestația la executare împotriva titlului executoriu care nu provine de la o instanță judecătorească* în *Revista română de executare silită*, nr. 1/2008, p. 164 și urm.; Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, p. 156; A. Tabacu, *Semnificația noțiunii de „cale procesuală specifică” prevăzută de art. 713 alin. 2 C. pr. civ.* în E. Oprina, V. Bozeșan (coord.), *op. cit.*, vol. 1, p. 445.

conestației la executare. Ajungem la această concluzie, deși forma actuală a normei procesuale amintite pare a permite în acest sens, având în vedere că prevederea care ar fi trebuit să constituie o excepție a devenit o regulă. Astfel, se puteau invoca motive referitoare la fondul dreptului *cu excepția* cazului în care legea prevedea o cale de atac specifică pentru desființarea titlului executoriu, când partea era ținută a recurge la respectivul mijloc procesual *specific* în cadrul căruia și-ar fi putut valorifica inclusiv apărările privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu. Or, în actuala formă legislativă a art. 713 alin. (2) C. pr. civ., excepția a devenit regulă în condițiile în care (ipotetic) se pot invoca motive privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, cu excepția cazului în care legea prevede o cale procesuală pentru desființarea lui, *inclusiv o acțiune de drept comun*. Or, cum o acțiune de drept comun este oricând admisibilă în lipsa unei căi procesuale anume prevăzute pentru desființarea titlului executoriu, rezultă că, potrivit normelor procesuale naționale, *nu se mai pot invoca motive referitoare la fondul dreptului în niciun caz* pe cale de contestație la executare, fiind mereu valabilă excepția care obligă partea interesată să recurgă la o acțiune de drept comun în acest scop. Tocmai de aceea apreciem norma procesuală în discuție ca fiind golită de conținut în forma dată de Legea nr. 310/2018.

În raport de cele expuse mai sus, găsim necesar a preciza că întreaga analiză expusă mai sus se raportează la dispoziția procesuală cuprinsă în art. 713 alin. (2) C. pr. civ. în forma avută anterior intrării în vigoare a Legii nr. 310/2018, fiind astfel aplicabilă numai executărilor silite care erau deja declanșate la acel moment. Or, în cazul executărilor silite începute ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 310/2018, date fiind prevederile art. 24 și ale art. 622 alin. (2) C. pr. civ., nouă formă a art. 713 alin. (2) C. pr. civ. atrage *de plano* inadmisibilitatea invocării motivelor de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, deci inclusiv imposibilitatea atacării clauzelor abuzive din cuprinsul titlului executoriu. Cu toate acestea, în literatura de specialitate<sup>52</sup> s-a apreciat în mod corect că modificarea conținutului art. 713 alin. (2) C. pr. civ. pune în discuție „corectitudinea normei în raport de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia protecției consumatorilor (în special în domeniul contractelor de credit). Însă, potrivit mecanismului creat de Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, dispozițiile legale interne care sunt contrare dreptului Uniunii pot fi înlăturate de instanțe, astfel că instanțele vor putea să analizeze în continuare caracterul legal al clauzelor, în considerarea obligațiilor impuse de Tratat, dar numai apreciind în virtutea datelor cauzei și a propriei practici asupra caracterului conform cu Tratatul a normei art. 713 C. pr. civ. după modificare”.

Vom adera la această opinie, chiar în condițiile în care nu apreciem pozitiv reformularea conținutului art. 713 alin. (2) C. pr. civ. prin dispozițiile Legii nr. 310/2018, având în vedere următoarele argumente: prin modificarea normei cuprinse în art. 713

---

<sup>52</sup> N.-H. Țiț, R. Stanciu, *Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă – comentarii, explicații, jurisprudență relevantă*, Editura Hamangiu, București, 2019, p. 128, nota 2.



alin. (2) C. pr. civ., în ciuda unei vechi tradiții în privința cerințelor de admisibilitate a contestației la executare în raport de natura titlului executoriu și a motivelor ce pot fi invocate, legiuitorul a înțeles să limiteze sfera obiectului contestației la executare strict la procedura execuțională, accentuând caracterul de cale de atac a acestei instituții juridice orientate exclusiv împotriva procedurii execuționale și a actelor de executare silită. Drept urmare, aspectele privitoare la fondul raportului juridic – motive de fapt sau de drept referitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu – sunt excluse din obiectul procedurii speciale a contestației la executare, însă, în mod corelativ, rămân obiectul unei acțiuni de drept comun. Ca atare, prin modificarea intervenită odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 310/2018, legiuitorul a înțeles să delimiteze strict atacarea procedurii execuționale (și/sau a actelor de executare silită) de posibilitatea părții de a critica pe fond raportul juridic născut în temeiul actului juridic ce reprezintă titlul executoriu. Drept urmare, inadmisibilitatea instituită prin teza finală a art. 713 alin. (2) C. pr. civ. operează strict în cazul contestației la executare, fără a reprezenta o încălcare a dreptului părții de a invoca pretinsul caracter abuziv al clauzelor contractuale, cu singura observație că acest demers nu mai poate îmbrăca forma unei contestații la executare, ci va reprezenta o acțiune civilă de drept comun.

În raport de Ordonanța motivată din data de 06.11.2019 pronunțată de CJUE (Camera a noua) în cauza C-75/19 prin care instanța europeană analizează tocmai ipoteza invocării caracterului abuziv al clauzelor contractuale pe cale de contestație la executare, întreaga construcție realizată de legiuitorul național prin modificările aduse prin Legea nr. 310/2018 este invalidată. Astfel, spre deosebire de regimul juridic general al nulității absolute, în cazul invocării clauzelor abuzive cuprinse în titlul executoriu, contestatorul nu mai este ținut de respectarea termenului de decădere pentru formularea contestației la executare în condițiile în care normele Uniunii Europene se opun unei asemenea proceduri restrictive. Noi apreciem că, *a fortiori rationae*, sancțiunea instituită *de plano* prin modificarea art. 713 alin. (2) C. pr. civ. în sensul inadmisibilității invocării motivelor de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu este invalidată de aceleași norme europene și din aceleași considerente în ipoteza invocării clauzelor abuzive. La această concluzie credem că se ajunge în mod evident în condițiile în care CJUE apreciază contrar dreptului Uniunii Europene o reglementare ce limitează în timp dreptul de a invoca pe cale de contestație la executare caracterul abuziv al clauzelor contractuale, motiv pentru care, cu atât mai mult, o reglementare națională care exclude *ab initio* posibilitatea părții de a invoca asemenea clauze prin același mijloc procesual al contestației este evident contrară dreptului Uniunii Europene. Un alt argument în acest sens este acela că, cu atât mai mult cu cât CJUE a reținut că posibilitatea formulării unei cereri de drept comun, distincte, nesupuse vreunui termen de decădere sau prescripție nu satisface exigențele în materia protecției drepturilor consumatorului, în mod corespunzător inadmisibilitatea invocării unor asemenea motive pe cale de contestație la executare trebuie apreciată ca fiind contrară dreptului Uniunii Europene.

Pe de altă parte, deși am subliniat caracterul deficitar al reglementării naționale, trebuie totuși să observăm că, *de lege lata*, art. 638 alin. (2) și art. 643 C. pr. civ. cuprind

prevederi tocmai în favoarea reclamantului care alege calea de drept comun în scopul invocării motivelor de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu tocmai ca o echilibrare în raport de inadmisibilitatea invocării aceluiași argumente pe cale de contestație la executare potrivit art. 713 alin. (2) C. pr. civ. Or, art. 368 alin. (1) pct. 4 C. pr. civ. [la care fac trimitere atât art. 638 alin. (2), cât și, implicit, art. 643 C. pr. civ.] cuprinde inclusiv ipoteza executării silite întemeiate pe titlu executoriu ce poate conține clauze abuzive (contract de credit, spre exemplu). Drept urmare, teza finală a dispozitivului Ordonanței motivate din 06.11.2019 a CJUE (Camera a noua) pronunțate în cauza C-75/19 credem că nu este ferită de critici în condițiile în care inclusiv acțiunea de drept comun produce consecințe directe asupra procedurii execuționale, atât sub aspectul posibilității de suspendare a executării silite, cât și în privința consecințelor pe care desființarea titlului executoriu pe calea unei acțiuni de drept comun le va produce în cadrul procedurii execuționale.

**Concluzionând**, vom reține că, în ciuda unui regim juridic derogatoriu prevăzut de legiuitor în procedura contestației la executare, atât anterior, cât și posterior intrării în vigoare a Legii nr. 310/2018, cu precădere în ceea ce privește invocarea nulității absolute în general, totuși, atunci când această sancțiune de drept material este consecința caracterului abuziv al clauzelor contractuale cuprinse în titlul executoriu, dreptul Uniunii Europene se opune tocmai acestor restricții privitoare la termenul de formulare a contestației la executare, la obiectul contestației sau chiar celor care instituie sancțiunea inadmisibilității formulării unor asemenea motive în procedura specială a contestației la executare.

# Răspunderea pentru reaua-credință în negocieri

## Civil tort for bad faith during negotiations

Asist. univ. dr. **Raul MIRON\***

Universitatea de Medicină, Farmacie, Științe și Tehnologie  
„George Emil Palade” din Tîrgu Mureș  
Facultatea de Economie și Drept

### Abstract

*This paper aims to explore the legal remedies for engaging civil tort for bad faith in negotiations. In this scope, we shall analyse the difference between contractual and noncontractual negotiations, and identify cases in which the civil tort of a negotiating party can be withheld for manifesting bad faith during negotiations; also, we shall identify the obligation that a negotiating party has and the ways in which this obligations can be broken. In this scope we shall explore relevant doctrine and case-law.*

**Keywords:** *bad faith during negotiations; loss of chance; contractual negotiations.*

### Rezumat

*Acest studiu se dorește a explora mecanismele de angajare a răspunderii civile pentru reaua-credință în negocieri. Vom trata în acest scop deosebirile de regim juridic între negocierile reglementate și nereglementate, vom identifica ipoteze de cazuri în care se poate urmări angajarea răspunderii civile delictuale a persoanei ce manifestă reaua-credință în negocieri; de asemenea, în vederea identificării obligațiilor ce incumbă părților în perioada precontractuală și maniera în care acestea sunt susceptibile a fi încălcate, urmează să ne raportăm la practica judiciară și doctrina dezvoltată în alte jurisdicții.*

**Cuvinte-cheie:** *reaua-credință în perioada precontractuală; pierderea șansei; negocieri reglementate*

## 1. Introducere

Negocierile precontractuale pot fi purtate în două modalități: negocieri libere (sau obișnuite) și negocieri organizate convențional. Negocierilor libere sau obișnuite li se aplică dreptul comun; cele organizate convențional sau contractual sunt guvernate de reguli prestabilite prin înțelegerea părților<sup>1</sup>. În aceeași măsură, obligațiile precontractuale

---

\* raul.miron@umfst.ro.

<sup>1</sup> L. Pop, *Despre negocierile precontractuale și contractele preparatorii*, în Revista Română de Drept Privat nr. 4/2008, p. 97.

sunt distincte față de obligațiile contractuale, prin izvoarele și trăsăturile ce le sunt proprii și, tot astfel, este în realitate și răspunderea ce rezultă din neîndeplinirea lor<sup>2</sup>.

În cele ce urmează, având ca punct de plecare obligațiile și drepturile părților angajate într-o negociere, vom analiza posibile scenarii și modalități prin care părțile pot acționa cu rea-credință în negocieri, precum și consecințele pe care o asemenea conduită le poate produce. În ceea ce privește manifestările relei-credințe, acestea vor fi analizate diferențiat în funcție de natura negocierilor, dacă acestea sunt reglementate prin acorduri precontractuale sau, din contră, sunt libere.

## 2. Reaua-credință în cazul negocierilor reglementate prin acorduri precontractuale

Practica relațiilor comerciale, în special, ne arată că părțile angrenate într-un proces de negociere îndelungat, adesea recurg la încheierea de acorduri preliminare. Părțile recurg la o astfel de practică, în general pentru două obiective: să se creeze în sarcina uneia sau tuturor părților obligația de a negocia; să se organizeze negocierea prin reglementarea, în avans a problemelor care ar putea apărea<sup>3</sup>. Dacă primul obiectiv este mai degrabă unul general și constituie o implicație inerentă a celui de al doilea obiectiv, rămâne de reținut că scopul principal al acestor contracte interimare vizează organizarea relațiilor între părți în timpul negocierii, cât și în perioada posterioară negocierii în caz de eșec al tratativelor. Uneori, aceste acorduri vin ca o necesitate generată de natura obiectului negocierii. Un exemplu elocvent în acest sens îl constituie acordurile de confidențialitate și de neexploatare a tehnicilor industriale și comerciale. Este evident că într-o negociere care presupune diseminarea de informații de importanță pentru activitatea unei părți, aceasta are tot interesul de a se proteja pentru a evita o posibilă pagubă cauzată de diseminarea informațiilor către concurență de către partenerul de negocieri neloial. Într-un astfel de scenariu, acordul de confidențialitate precontractuală înlocuiește răspunderea delictuală cu cea contractuală, părțile putând defini mai precis conținutul și întinderea obligației de confidențialitate<sup>4</sup>.

Exemplul ilustrează în esență trei aspecte importante în legătură cu acest mecanism de reglementare a relațiilor precontractuale dintre părți.

În primul rând, ilustrează necesitatea recurgerii la acorduri precontractuale. În negocierile comerciale cu precădere, dar și în cele între neprofesioniști, pot apărea situații când, datorită naturii obiectului negocierii, una din părți sau chiar ambele, pot fi puse într-o poziție de vulnerabilitate. Vulnerabilitatea poate fi generată de una sau mai multe cauze, spre exemplu: informațiile dezvăluite în negocieri pot cauza daune pecuniare uneia dintre părți, dacă aceasta este dezvăluită de partenerul de negocieri; unul din parteneri sau amândoi au sarcina de a ajunge la o înțelegere într-un anumit termen, motiv pentru care se impune încheierea unui acord de stabilire a calendarului de negocieri; unele

<sup>2</sup> I. Albu, *Răspunderea civilă precontractuală*, în *Dreptul* nr. 7/1993, p. 39.

<sup>3</sup> M. Floare, *Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor negociate, în noul Cod civil și în dreptul comparat*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 3/2012, p. 114.

<sup>4</sup> R. Dincă, *Contractul de comunicare a secretului comercial*, în *Dreptul* nr. 9/2009, p. 40.

negocieri pot genera costuri importante, iar părțile sunt interesate să convină asupra repartizării lor etc.

*Al doilea aspect* important vine ca o consecință a primului și constă în necesitatea stabilirii drepturilor și obligațiilor părților. Natura obligațiilor și drepturilor din timpul negocierilor precontractuale este una mai degrabă de *lege ferenda*. Cu excepția obligației generale de bună-credință și, mai nou, a obligației de confidențialitate, cvasi-majoritatea obligațiilor din perioada precontractuală sunt mai degrabă obligații morale, etice, create prin doctrină ca un răspuns la soluția căutată de părțile aflate într-o negociere, pentru a se proteja de riscurile inerente acesteia. În consecință, în absența unor linii clare care să ghideze conduita părților în negocieri, acestea au adesea interesul să traseze clar natura obligațiilor în negocieri. Pe fundamentele obligației de bună-credință se pot contura obligații precum cea de informare, colaborare, loialitate ș.a.m.d.. În limitele legii, ordinii publice și a bunelor moravuri, părțile au o posibilitate deplină creațională de care pot uza în a ajusta obligațiile dintre ele pe natura negocierii întreprinse.

*Cel de-al treilea aspect*, care de asemenea constituie o consecință a primului, constă în asigurarea mecanismelor necesare de acoperire a prejudiciilor pe care o parte le poate suferi în negocieri din cauza relei-credințe a partenerului de negociere. Se asigură astfel recursul la mecanismele răspunderii contractuale de partea prejudiciată. Este important de reamintit aici, distincția între acordurile ce angajează juridic și cele care nu produc consecințe juridice. Trebuie astfel văzut dacă părțile au dorit cu adevărat să se angajeze juridic prin încheierea acordului sau dacă au dorit doar stabilirea unor puncte comune cu privire la intențiile lor la un anumit punct în negocieri. Un exemplu în acest sens stă acordul de confidențialitate. Un asemenea acord este încheiat de părți cu intenția de a produce efecte juridice, indiferent de rezultatul negocierilor. Un acord de tipul unui calendar al negocierilor, poate sau nu să constituie un acord ce să angajeze juridic. Pentru a explora natura lui trebuie analizate aspecte precum: intenția părților; elementele ce au generat necesitatea încheierii acordului; caracterul unilateral sau bilateral al actului etc.

Pe baza acestor trei elemente identificate (existența riscului, necesitatea de reglementare a conduitei în absența reglementărilor legale exprese și asigurarea mecanismelor de răspundere adecvate) în continuare vom explora, exemplificativ, obligații pe care părțile le pot reglementa, modalitățile de reglementare și efectele produse.

În jurisdicțiile vestice, s-a considerat oportun și s-a încercat creionarea convențională a unei obligații de a persista în negocieri. Această obligație comportă două prestații: obligația de rezultat de a purta discuțiile și obligația de mijloace de a le purta cu bună-credință. Fiind vorba de contracte preliminare, participanții la negocieri își păstrează totuși dreptul de a refuza încheierea contractului final, reaua-credință manifestându-se în modul de purtare sau întrerupere a negocierilor sau în încălcarea intenționată a unor obligații accesorii contractului de negociere: încălcarea obligației de exclusivitate a negocierilor; încălcarea obligațiilor corelative de informare și de confidențialitate, întreruperea tratativelor avansate însoțite de un început de executare după ce s-a creat intenționat o aparență de succes a acestora; ruperea fără motiv temeinic a unor tratative

îndelungate sau costisitoare; purtarea sau continuarea de negocieri fără intenția de a încheia contractul final<sup>5</sup>.

Un caz particular îl constituie contractele parțiale. Acestea sunt convenții încheiate în cursul negocierilor prin care părțile încearcă să fixeze punctele de negociere asupra cărora au căzut deja de acord. Răspunderea precontractuală născută din neexecutarea unui asemenea acord depinde de efectele juridice care i se pot recunoaște. Problema principală este de a decela dacă nu cumva acordul parțial este prin el însuși suficient pentru existența contractului definitiv. Dacă este suficient, atunci orice neexecutare va fi privită ca o neexecutare a contractului principal. Dacă nu este suficient, intrarea în vigoare a efectelor sale va fi subordonată încheierii contractului definitiv<sup>6</sup>.

Este important de asemenea de menționat că, în cazul în care una din părți, dintr-o negociere reglementată prin acorduri precontractuale, acționează cu rea-credință cauzând un prejudiciu celeilalte părți, aceasta nu este obligată să opteze pentru mecanismele răspunderii contractuale în scopul acoperirii pagubei suferite. Părții prejudiciate îi rămâne astfel posibilitatea de a opta între apelarea la mecanismele răspunderii contractuale sau ale celei delictuale. În funcție de natura încălcării, pot exista diferențe ce să facă una dintre căi preferabilă celeilalte. De exemplu, analiza manifestărilor relei-credințe precontractuale în cazul negocierilor reglementate se subsumează încălcărilor deliberate ale prevederilor explicite sau implicite ale acestor convenții<sup>7</sup>. Astfel, în cazul în care partea prejudiciată ar dori să angajeze răspunderea contractuală a părții în culpă, aceasta ar trebui să se rezume doar la încălcările ce reies din obligațiile contractuale, chiar dacă culpa părâtului se extinde și dincolo de acestea.

### 3. Reaua-credință în cazul negocierilor nereglementate prin acorduri precontractuale

În cele mai multe cazuri, persoanele fizice sau persoanele juridice care intră în legătură sub orice formă pentru încheierea unui viitor contract nu reglementează convențional etapa precontractuală, fie din comoditate, neștiință, lipsă de prevedere, grabă sau pur și simplu, pentru a nu mări costurile de tranzacționare ale viitorului contract<sup>8</sup>. Doctrina este unanimă în a aprecia că o încălcare a exigențelor bunei-credințe în perioada precontractuală, într-o astfel de negociere, poate antrena o răspundere civilă delictuală a părții care a acționat cu rea-credință. Cu toate acestea, în ceea ce privesc situațiile care ar putea declanșa mecanismele răspunderii precum și fundamentele legale care ar sta la baza acesteia, doctrina este departe de a fi unitară.

Trebuie să ne amintim că majoritatea obligațiilor care guvernează această etapă sunt încă în stadiul embrionar de dezvoltare în ceea ce privește eficiența lor juridică. Doar obligația de respectare a bunei-credințe în negocieri și cea de confidențialitate au fost reglementate de legiuitor prin art. 1183 și 1184 C. civ. Cu privire la aceste două obligații,

<sup>5</sup> M. Floare, *op. cit.*, p. 115.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 113.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 116.

redactorii Codului civil, au urmat (cel puțin în parte după cum vom vedea) exemplul autorilor Principiilor Europene ale Dreptului Contractelor, incluzând exemple de situații în care aceste obligații sunt încălcate.

Astfel, conform articolului 1183 alin. (3) C. civ. „*este contrară exigențelor buneii-credințe, între altele, conduita părții care inițiază sau continuă negocieri fără intenția de a încheia contractul*”, iar conform art. 1184 C. civ. „*când o informație confidențială este comunicată de către o parte în cursul negocierilor, cealaltă parte este ținută să nu o divulge și să nu o folosească în interes propriu, indiferent dacă se încheie sau nu contractul. Încălcarea acestei obligații atrage răspunderea părții în culpă.*”.

Este lesne de observat că autorii Codului civil au fost rezervați în a formula o listă mai comprehensivă de posibile situații care ar declanșa răspunderea unei părți ce acționează cu rea-credință, deși așa cum vom vedea, practica oferă numeroase astfel de situații. Cu toate acestea, este important de sesizat formularea aleasă de legiuitor care a optat spre includerea sintagmei *între altele* în formularea articolului 1183 alin. (3) C. civ. Într-o interpretare facilă, singura concluzie viabilă logic, este că legiuitor a avut în vedere aplicarea acestui articol la o arie largă de situații, care ar cădea sub cupola principiului atotcuprinzător al buneii-credințe. O asemenea soluție, contrară celei abordate de legiuitorul european care a optat pentru o listă închisă de posibile situații, a deschis cu siguranță o *Cutie a Pandorei* pe care doctrina și practica o vor exploata urmând exemplele jurisdicțiilor vestice. Se va căuta astfel, cel mai probabil, lărgirea sferei obligațiilor care guvernează perioada precontractuală, urmând ca pe bazele buneii-credințe să se dea vitalitate și obligațiilor dezvoltate de doctrină (obligația de cooperare, solidaritate, loialitate etc.).

Urmărind practica din state precum Franța, Germania și Marea Britanie, putem identifica cazuri de manifestare a releii-credințe în negocieri care duc la răspunderea părții aflate în culpă. De exemplu, conform autorilor Principiilor UNIDROIT, constituie rea-credință în negocieri, situația în care o parte a indus în eroare cu intenție sau chiar și din neglijență cu privire la natura sau termenii contractului propus, fie prin declarații incorecte sau false, fie prin ascunderea unor fapte care ar fi trebuit făcute cunoscute celeilalte părți. Un exemplu dat în acest sens este necesitatea obținerii unei licențe pentru prestarea anumitor servicii, considerându-se că este de rea-credință partea care are cunoștință de faptul că cealaltă parte se află în imposibilitatea obținerii licenței și nu o informează asupra acestui fapt, continuând negocierile cu aceasta. În cazul în care negocierile nu duc la încheierea contractului pe motivul neobținerii de către partea datoare a licenței, aceasta se poate îndrepta împotriva celeilalte părți care avea cunoștință de acest fapt, pentru cheltuielile generate de purtarea negocierilor.

În cazul inițierii negocierilor precontractuale, reaua-credință se poate manifesta prin inițierea negocierilor de către una dintre părți fără intenția de a încheia vreodată contractul ce se negociază, intenție dublată de cele mai multe ori de un scop ascuns, scop care determină din punct de vedere rațional inițierea negocierilor, dar le deturneză de la încheierea contractului anticipat spre alte scopuri, secundare în economia negocierilor,

dar devenite principale pentru partea de rea-credință<sup>9</sup>. Spre exemplu, o tranzacție comercială internațională prin care se urmărește eliminarea partenerului de negociere pentru consolidarea *poziției de monopol pe piața europeană sau mondială*, demonstrează reaua-credință a părții care acționează în acest scop<sup>10</sup>.

Un alt caz de angajare a răspunderii pentru reaua-credință în negocieri poate fi generat prin desfășurarea de negocieri paralele. O asemenea conduită poate fi calificată ca o violare a principiului bunei-credințe doar în cazul în care una din părți îi creează celeilalte părți în mod intenționat impresia că nu poartă negocieri cu un alt partener. Pentru a evita conflictele ulterioare, partea interesată poate informa, de la începutul tratativelor, că înțelege să-și păstreze libertatea de a negocia și cu alți eventuali parteneri.

De asemenea, tot o încălcare a obligației de bună-credință în negocieri o constituie impunerea de condiții nerezonabile în timpul negocierilor. În acest caz, este evident vorba de abuz în încetarea negocierilor, ceea ce presupune existența intenției de a dăuna sau reaua-credință. În doctrină s-a susținut că existența intenției de a dăuna este atât de restrictivă, încât aproape nu poate fi dovedită, reținându-se ca și criteriu de sancționare a comportamentului părților și în acest caz, reaua-credință. De asemenea, se consideră o dovadă de rea-credință ruperea fără motiv legitim, brutal și unilateral, a negocierilor aflate într-o stare avansată de finalizare, sau refuzul inexplicabil de a încheia actul definitiv. Această din urmă situație a fost discutată în jurisprudența germană. În speță, părțile încheiaseră un acord complet, dar verbal pentru vânzarea unui teren, însă proprietarul a refuzat să se prezinte în fața notarului în vederea semnării actului. Acesta din urmă a fost obligat la plata unor despăgubiri pentru abuz de drept. În doctrina autohtonă, această ipoteză de angajare a răspunderii a fost analizată prin prisma bunei-credințe în acceptarea ofertei de a contracta. S-a concluzionat că, dacă oferta sau acceptarea au fost făcute cu rea-credință în vederea inducerii în eroare a celeilalte părți, și astfel, partea a suferit un prejudiciu, devine aplicabilă răspunderea civilă delictuală<sup>11</sup>.

Exemple de conduită contrară bunei-credințe se pot găsi și în materia negocierii contractelor bancare, ținând cont de prevederile speciale din materie. De exemplu, în privința acordării unui credit, este cunoscut că o instituție împrumutătoare poate să refuze acordarea unei facilități de credit fără să fie măcar necesar ca aceasta să-și justifice decizia. Aceeași soluție se aplică, pentru identitate de rațiune, și în ceea ce privește majorarea plafonului unui credit acordat anterior, precum și extinderea scadenței acestui credit. Însă, dacă instituția împrumutătoare a lăsat debitorului să înțeleagă că îi va acorda un credit, iar ulterior a refuzat să o facă, se poate pune problema culpei acesteia, fără însă a se putea vorbi de culpă atunci când se refuză creditarea deși instituția împrumutătoare acceptase anterior acordarea unei facilități de credit în circumstanțe asemănătoare. Refuzul de a

<sup>9</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>10</sup> D. Mazilu, *Negocierea contractelor de comerț internațional. Strategii și tactici de negociere comercială. Competența și responsabilitatea negociatorilor*. „*Bargaining theory and practice*”, în *Revista de Drept Comercial* nr. 1/2011, p. 121.

<sup>11</sup> I. Albu, *Răspunderea civilă precontractuală*, în *Dreptul* nr. 7/1993, p. 40.



onora o obligație de creditare angajează răspunderea împrumutătorului doar în măsura în care se stabilește existența unui prejudiciu pentru client<sup>12</sup>.

Particularități în materia răspunderii pentru reaua-credință în negocierile precontractuale se găsesc și în relațiile comerciale dintre profesioniști și profani. Astfel, ori de câte ori complexitatea sau situația juridică a obiectului contractului prefigurat îl situează pe vânzător pe o poziție net superioară prin informațiile pe care le deține cu privire la obiectul contractului, va exista pentru acesta îndatorirea de a aduce aceste informații la cunoștința cumpărătorului, restabilind poziția de echilibru în negocieri. Vânzătorului îi va incumba îndatorirea de informare dacă, pe de o parte, deține sau ar trebui să dețină aceste informații privind caracteristicile esențiale ale bunului, iar pe de altă parte, cunoaște sau ar trebui să cunoască importanța informațiilor pe care le deține pentru cumpărător. Legiuitorul a instituit prezumția importanței acestor informații în cazul comercializării anumitor bunuri, produse sau servicii. Cu toate acestea, nu va exista o obligație precontractuală de informare dacă cumpărătorul nu a adus la cunoștință vânzătorului destinația particulară pe care urmează să o atribuie bunului dobândit cât și propriile nevoi ce urmează a fi satisfăcute prin cumpărarea bunului. Răspunderea vânzătorului va fi angajată însă atunci când nu deține anumite informații cu privire la un bun, deși în calitatea sa de vânzător, ar fi trebuit să le cunoască<sup>13</sup>.

#### **4. Efectele relei-credințe precontractuale**

Am văzut până acum că din reglementările actuale privind obligațiile precontractuale și din principiile generale de drept civil, se poate deduce existența unei obligații de a nu acționa cu rea-credință în etapa precontractuală. Rezultă astfel, că această stare de spirit a celui care, cu știință comite un act sau fapt ilicit, va supune făptuitorul la sancțiuni civile, sancțiuni care vor viza toate comportamentele duplicitare, deseori abstentioniste, prin care persoanele de rea-credință urmăresc să obțină un avantaj ilicit în perioada precontractuală<sup>14</sup>.

Aceste sancțiuni vor veni, în funcție de finalitatea negocierilor, fie în forma răspunderii contractuale, fie în forma răspunderii civile delictuale, partea prejudiciată căutând să își acopere cheltuielile angajate în vederea negocierii și orice alte pierderi derivate din conduita culpabilă a celeilalte părți<sup>15</sup>.

Vom analiza în cele ce urmează ipoteza răspunderii delictuale pentru conduita culpabilă în timpul negocierilor nefinalizate prin încheierea contractului, aplicând schema clasică a răspunderii civile delictuale la problemele prezentate în ipoteza relei-credințe precontractuale.

---

<sup>12</sup> L. Lazăr, *Concepte juridice de business*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 3/2010, p. 77.

<sup>13</sup> M. Istrătoaie, *Obligațiile vânzătorului în Noul Cod civil și legislația consumeristă*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 67.

<sup>14</sup> M. Floare, *op. cit.*, p. 108.

<sup>15</sup> G. Tița-Nicolescu, *Câteva aspecte de noutate privind principiul bunei-credințe contractuale în Noul Cod civil român*, în *Pandectele Române* nr. 4/2013, p. 16

### 3.1. Răspunderea civilă delictuală pentru reaua-credință în negocieri

Doctrina este unitară în a aprecia că abaterile de la obligațiile ce guvernează perioada precontractuală atrag răspunderea civilă a celui aflat în culpă, aplicându-se de regulă regimul răspunderii pentru prejudiciile cauzate prin fapta proprie.

Răspunderea civilă delictuală pentru prejudiciile cauzate prin fapta proprie a unei persoane este reglementată în art. 1349 alin. (1)-(2) și art. 1357-1371 C. civ. Art. 1357 C. civ. dispune următoarele: „*Cel care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârșită cu vinovăție, este obligat să îl repare. (2) Autorul prejudiciului răspunde pentru cea mai ușoară culpă*”.

Din analiza textelor legale prezentate mai sus se ajunge la constatarea că angajarea răspunderii pentru prejudiciile cauzate prin fapta proprie presupune existența cumulată a patru condiții sau elemente constitutive: a) prejudiciul; b) fapta ilicită; c) raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul; d) vinovăția autorului faptei ilicite și prejudiciabile.

#### a) Prejudiciul

Prin prejudiciu înțelegem rezultatele dăunătoare, de natură patrimonială sau morală, consecințe ale încălcării sau vătămării drepturilor și intereselor legitime ale unei persoane<sup>16</sup>.

Prejudiciul precontractual rezultă din eșuarea negocierilor și în general este un prejudiciu material constând în pierderi pecuniare, la care se poate adăuga un prejudiciu moral și un beneficiu nerealizat de participantul la discuții afectat de întreruperea acestora<sup>17</sup>. Prejudiciul identificat va constitui nu numai condiția răspunderii reparatorii, ci și cuantificarea acestuia. În acest sens, răspunderea se angajează doar în limita prejudiciului injust cauzat<sup>18</sup>.

Cu toate acestea, existența prejudiciului constituie o condiție necesară dar nu și suficientă pentru nașterea obligației de reparare. Pentru a putea fi reparabil, prejudiciul trebuie să întrunească anumite condiții cu valoare de caractere proprii. Într-o opinie de certă valoare din literatura juridică, condițiile minime pe care trebuie să le îndeplinească un prejudiciu pentru a fi reparabil sunt: caracterul cert, caracterul direct, caracterul personal și necesitatea ca acesta să rezulte din încălcarea sau atingerea unui drept ori a unui interes legitim<sup>19</sup>. Dintre aceste cerințe, primul caracter a generat cele mai multe dezbateri în doctrină în privința prejudiciilor din perioada precontractuală.

Un prejudiciu este cert atunci când existența lui este sigură, neîndoielnică și, totodată, poate fi stabilită întinderea sa în prezent. Sunt certe toate prejudiciile actuale și prejudiciile viitoare și sigure. Prin prejudiciu actual se înțelege prejudiciul care s-a produs în totalitate până la momentul la care victima cere repararea lui. Prejudiciile viitoare și

<sup>16</sup> L. Pop, F. Popa, S. I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București 2012, p. 413.

<sup>17</sup> M. Floare, *op. cit.*, p. 109.

<sup>18</sup> S. Neculaescu, *Răspunderea civilă delictuală în noul Cod Civil. Privire critică*, în *Dreptul* nr. 4/2010, p. 56.

<sup>19</sup> L. Pop, F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 413.

sigure sunt acele prejudicii care, deși încă nu s-au produs, este sigur că se vor produce, putând fi stabilită întinderea sau valoarea lor, pe bază de elemente îndestulătoare<sup>20</sup>.

Codul Civil, în contextul reglementării întinderii reparației, în art. 1285 alin. (4), prevede expres posibilitatea de a se acorda o reparație și pentru un prejudiciu rezultat din pierderea unei șanse de a obține un avantaj ori, după caz, de a evita o pagubă, dacă pierderea în cauză a fost determinată de o faptă ilicită. Pentru ca un prejudiciu rezultat din pierderea unui șanse să aibă caracter cert și reparabil trebuie îndeplinite următoarele condiții: șansa să fie reală și serioasă; pierderea șansei să fie consecință directă a faptei ilicite sau a altei împrejurări pentru care se angajează răspunderea delictuală; la stabilirea reparației să se țină cont în mod obligatoriu de marja de incertitudine sau de elementul *alea* care afectează posibilitatea realizării șansei de câștig sau evitării riscului de pierdere<sup>21</sup>.

Posibilitatea reparării prejudiciului cauzat prin pierderea șansei este de real interes pentru ipoteza generată de eșuarea negocierilor. Articolul 1183 alin. (4) C. civ. stabilește că prejudiciul decurgând din fapte ilicite precontractuale, va consta în cheltuieli angajate în vederea negocierilor și renunțarea la alte oferte, ce se traduce în prejudicii pentru *pierderea unei șanse*.

Dacă posibilitatea acoperirii acestei categorii de prejudicii este statuată chiar de textul legal ce constituie temeiul răspunderii delictuale în materie precontractuală, certitudinea acestor prejudicii este mult mai discutabilă decât în ipotezele clasice propuse de doctrină și identificate de jurisprudență. Prejudiciul pentru pierderea șansei în materia negocierilor se traduce prin pierderea ocaziilor de a încheia contracte similare sau complementare și în nerealizarea beneficiilor pe care le-ar fi adus executarea contractului ratat. Realizarea acestor ipoteze nu constituie o certitudine, ci o simplă probabilitate, dar în dreptul francez pierderea unei șanse constituie un prejudiciu reparabil atunci când reclamantul poate dovedi că există o probabilitate rezonabilă pentru realizarea șansei<sup>22</sup>. Această concluzie a fost îmbrățișată și în doctrina autohtonă. S-a concluzionat, în ceea ce privește posibilitatea reparării prejudiciului pentru pierderea șansei, că este nevoie să se facă dovada că, la momentul intervenirii faptului cauzal invocat, victima a fost în cursul exercitării sau realizării șansei sale, în măsură să profite de aceea șansă sau, după caz, pe punctul de a putea profita de ea<sup>23</sup>. Astfel, șansa de a obține un avantaj trebuie să fie efectivă și serioasă, aspect care rezultă din împrejurările în care a fost săvârșită fapta ilicită, pe de o parte, și situația specială în care se află victima, la momentul respectiv, pe de altă parte. Pentru aceasta, va trebui să demonstreze că a ratat obținerea unui avantaj sau o anumită favoare, care era, pentru ea, aproape o certitudine, în care obiectivele pe care și le-a propus s-ar fi împlinit, dacă nu ar fi intervenit evenimentul nefast<sup>24</sup>. O asemenea ipoteză

<sup>20</sup> *Idem*, p. 416.

<sup>21</sup> Decizia nr. 17 a Curții Supreme de Justiție, din 1992, redată sintetic în C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil – Teoria generală a obligațiilor*, Editura Hamangiu, București, 2008, p. 155.

<sup>22</sup> M. Floare, *op. cit.*, p. 129.

<sup>23</sup> L. Pop, F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 418.

<sup>24</sup> L.R. Boilă în F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, ed. 1 revizuită, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 1462.

poate fi adesea întâlnită în practică, când o parte angajată în negocieri, căreia i-a fost generată credința că aceste negocieri vor fi încununate de succes, refuză alte oferte de contractare venite de la terți. Urmărind mecanismul răspunderii pentru pierderea șanseii, am putea argumenta posibilitatea părții prejudiciate de a pretinde compensația prejudiciului suferit în echivalența ofertei refuzate.

Certitudinea prejudiciului este însă mai ușor de dovedit în privința pierderilor efective constând în cheltuieli în vederea încheierii contractului<sup>25</sup>. Facem aici referire la *costurile de tranzacționare*. Prin costuri de tranzacționare se înțeleg costurile avansate pentru căutarea de oferte, negociere și formare a contractelor, precum și de monitorizare și aplicare. Pentru a încheia o tranzacție pe o piață liberă, este necesar să se descopere cu cine să se negocieze, să fie informați potențialii parteneri că se dorește negocierea și în ce condiții, să se poarte negocierile precontractuale, să se redacteze contractul, să se verifice respectarea termenilor contractului și așa mai departe<sup>26</sup>. Toate aceste costuri ar putea constitui baza pretențiilor materiale în cazul angajării răspunderii părții culpabile<sup>27</sup>.

Cu toate acestea, nu trebuie înțeles că toate costurile ocazionate de o negociere vor fi acoperite în cazul eșuării negocierilor din cauza relei-credințe. Spre exemplu, în jurisprudența franceză se consideră că un prejudiciu nu este reparabil în relațiile dintre un profesionist și un neprofesionist sau consumator în următoarele situații: dacă acesta din urmă nu încheie contractul proiectat, profesionistul nu poate reclama prejudiciile pe care le reprezintă pentru el pregătirea unor devize, întrucât costurile acestora sunt de obicei acoperite de cheltuielile generale de desfășurare a activității<sup>28</sup>.

Pentru a fi direct, prejudiciul presupune necesitatea existenței raportului de cauzalitate între fapta ilicită și acel prejudiciu injust cauzat victimei, așadar, el privește un element obiectiv, raportul de cauzalitate, iar nu unul subiectiv. Astfel, prin prejudiciu direct se înțelege prejudiciul cauzat printr-o legătură causală directă și nemijlocită, cât și printr-o legătură causală indirectă, mediată<sup>29</sup>. În cazul ruperii intempestive a negocierilor, caracterul direct ar rezulta din imposibilitatea de a acoperii costurile ocazionate de negocieri prin câștigul prefigurat prin încheierea contractului.

#### b) *Fapta ilicită*

Prin fapta ilicită înțelegem acțiunea sau inacțiunea contrară legii care are ca rezultat încălcarea drepturilor subiective sau intereselor legitime ale unei persoane. Fapta ilicită, în contextul relei-credințe în negocieri ar consta în conduita ce ar duce la încălcarea uneia din obligațiile specifice acestei perioade. Putem observa astfel, că deși legiuitorul român a oferit doar două exemple în acest sens, prin art. 1183 (3) și art. 1184 C. civ., putem adăuga

<sup>25</sup> M. Floare, *op. cit.*, p. 129.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 116.

<sup>27</sup> F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, ed. 1 revizuită, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 1239.

<sup>28</sup> M. Floare, *Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor negociate, în Noul Cod civil și în dreptul comparat*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2012, p. 131.

<sup>29</sup> L. Pop, F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 419.

următoarele situații consacrate de doctrină și jurisprudență: promovarea de propuneri vădit inacceptabile, susceptibile să conducă la eșuarea negocierilor; acțiunea de a reveni cu lejeritate asupra angajamentelor asumate; dezinformarea cu privire la elementele contractului; neoferirea unui termen de reflecție rezonabil etc.<sup>30</sup>. De asemenea, putem reține ipotetic și alte exemple de încălcare a principiului buneii-credințe în negocieri, precum: încălcarea obligației de confidențialitate prin divulgarea sau folosirea în interes propriu a informațiilor confidențiale obținute cu prilejul negocierilor de la cealaltă parte; inducerea sau menținerea în eroare a celeilalte părți asupra aspectelor determinante ale contractului ce se va încheia; revenirea fără motive obiective asupra aspectelor deja discutate și convenite; insuflarea unei temeri celeilalte părți pentru a o determina să încheie contractul pe care altfel nu l-ar încheia sau să accepte conștient anumite condiții contractuale dezavantajoase<sup>31</sup>.

*c) Raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu*

Raportul de cauzalitate este o condiție necesară și generală a răspunderii civile și presupune ca între prejudiciul suferit de victimă și fapta ilicită să existe un raport cauză-efect, fie direct, fie indirect.

În opinia unui autor, problema legăturii de cauzalitate între fapta ilicită precontractuală și prejudiciul suferit de reclamant, dacă ar fi tratată conform teoriei generale a răspunderii civile, ar trebui să fie o legătură de cauzalitate directă, dar această exigență este greu de îndeplinit în materia ruperii tratativelor precontractuale<sup>32</sup>. Însă, această poziție nu este în totalitate adevărată. Dacă am lua spre exemplu prejudiciul cauzat de neacoperirea costurilor de tranzacționare prin câștigul anticipat prin încheierea contractului, legătura de cauzalitate ar fi una directă. Întreruperea prin rea-credință a negocierii a dus la imposibilitatea acoperirii costurilor ocazionate de negocieri, ce se transpun într-un prejudiciu pentru partea de bună-credință.

*d) Vinovăția autorului faptei ilicite și prejudiciabile*

Textele art. 1357-1358 C. civ. instituie principiul răspunderii întemeiate pe existența vinovăției autorului unei fapte ilicite cauzatoare de prejudiciu. Literatura de specialitate a definit vinovăția ca atitudinea psihică a autorului faptei ilicite și prejudiciabile față de fapta respectivă și față de urmările acestei fapte<sup>33</sup>.

Art. 1357 alin. (1) C. civ. prevede că obligația de a repara prejudiciul îi revine celui care l-a cauzat prin fapta ilicită. În ipoteza răspunderii precontractuale, pentru a testa condiția vinovăției trebuie analizată conduita părții care acționează cu rea-credință și duce la eșuarea negocierilor. Conform Codul Civil, reaua-credință trebuie înțeleasă atât sub forma

<sup>30</sup> A. Cazan, *Cum a schimbat noul Cod civil importanța precontractelor*, online la: <http://www.zf.ro/business-construct/cum-a-schimbat-noul-cod-civil-importanta-precontractelor-9001195>.

<sup>31</sup> M. Floare, *Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor negociate, în noul cod civil și în dreptul comparat*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 3/2012, p. 119.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>33</sup> M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Editura Academiei, București, 1972, p. 176.

intenției de a produce prejudiciul cât și sub forma cunoașterii posibilității producerii prejudiciului precontractual. Oricare din aceste forme nu are efecte suplimentare în privința cuantumului despăgubirii, art. 1347 alin. (2) C. civ. stabilind în materia răspunderii delictuale pentru fapta proprie că autorul răspunde pentru cea mai ușoară culpă<sup>34</sup>.

Revine astfel în sarcina părții prejudiciate, în conformitate cu articolul 14 alin. (2) C. civ., să demonstreze comportamentul contrar buneii-credințe. Această sarcină, în cazul relei-credințe în negocieri, nu va fi una ușoară pentru partea prejudiciată. Cu toate acestea, jurisprudența oferă unele exemple în care culpa precontractuală a fost identificată și sancționată. Astfel, spre exemplu în cazul ruperii negocierilor, răspunderea este antrenată doar în circumstanțe particulare.

#### **4.2. Posibile remedii la care pot recurge părțile prejudiciate**

În cazul încheierii contractului prefigurată, reaua-credință precontractuală a uneia din părțile viitorului contract va putea duce la anularea acestuia atunci când efectul său atinge vreuna din condițiile de valabilitate ale contractului anticipat (dol sau violență), afectând astfel consimțământul, ca și condiție de fond, generală, esențială și de validitate a actului civil/contractului<sup>35</sup>. Spre exemplu, neinformarea contractantului în faza negocierilor este calificată în general drept o formă a dolului prin reticență, care poate constitui în același timp o faptă delictuală cauzatoare de prejudicii. Sancțiunea aplicată va fi nulitatea relativă a contractului pentru vicierea consimțământului, deoarece până la apariția litigiului, părțile execută unele prestații, astfel încât desființarea retroactivă a contractului poate crea costuri importante pentru ambele părți<sup>36</sup>.

Totodată, reaua-credință precontractuală poate să nu determine o viciere a consimțământului ca o cauză de nulitate în condițiile legii, caz în care se poate discuta doar de alocarea de daune-interese pe temeiul art. 1357 C. civ. privind răspunderea civilă delictuală sau al art. 1531-1533 C. civ. aplicabile în ceea ce privește răspunderea civilă contractuală<sup>37</sup>.

Art. 1386 C. civ. acordă prioritate reparării în natură a prejudiciului, fiind apreciată drept calea cea mai eficientă de acoperire efectivă a daunei cauzate victimei. Un asemenea mecanism de reparare a prejudiciului, transpus în situația ruperii abuzive a negocierilor, s-ar traduce prin obligarea părții de rea-credință de a încheia contractul prefigurată de părțile din negociere. Un asemenea lucru ar fi imposibil în sistemul de drept românesc, încălcând principiul consensualismului ce stă la baza actului juridic civil. Cazul în care o instanță poate obliga o parte la încheierea unui contract este separat reglementat de noul Cod civil, atunci când părțile au ajuns la un acord asupra elementelor esențiale, iar

<sup>34</sup> M. Floare, *Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor negociate, în Noul Cod civil și în dreptul comparat*, Revista Română de Drept Privat, nr. 3/2012, p. 132.

<sup>35</sup> G. Boroș, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 127.

<sup>36</sup> M. Buric, *Aspecte juridice ale negocierii contractelor*, în Revista de Drept Comercial nr. 11/2004, p. 118.

<sup>37</sup> Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, ed. 1 revizuită, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 1618.

instanța este chemată să se pronunțe asupra completării contractului sub aspecte secundare. Această situație este reglementată de art. 1182 C. civ.

Aceeași concluzie se aplică și în cazul refuzului nejustificat de a negocia contractul. Viziunea clasică a executării obligațiilor de a face, ar susține că e posibilă executarea forțată a obligației de negociere în cazul unei neexecutări provizorii, prin întârzierea inițierii negocierilor sau tergiversarea negocierilor în curs, dar e greu a fi detectat refuzul disimulat de negociere sub forma propunerilor derizorii sau excesive sau a schimburilor dilatorii de date. Totodată, o forțare a întreținerii negocierilor de partea de rea-credință ar încălca principiul libertății contractuale și a consensualismului, nefiind aplicabilă<sup>38</sup>.

În consecință, având în vedere situația prefigurată în exemplul anterior, repararea prejudiciului va putea fi făcută doar prin echivalent. Acest lucru se poate realiza prin acordul părților sau în lipsă, prin hotărâre judecătorească [art. 1386 alin. (1)]. Dispozițiile legale, în ansamblul lor, protejează interesul victimei de restabilire a situației anterioare, însă, în final este de apanajul instanței de judecată, prin hotărâre, să stabilească modalitatea concretă de reparare a prejudiciului, în funcție de natura și gravitatea acestuia<sup>39</sup>.

Astfel, în caz de determinare cu rea-credință a eșecului negocierilor, se poate discuta de răspundere civilă delictuală, prejudiciul constând în cheltuielile de negociere, anticiparea (pecuniară) a urmărilor unui contract a cărui încheiere părea aproape sigură, pierderea altor piețe și, în general pierderea șansei de a încheia un contract<sup>40</sup>, partea în prejudiciu fiind eligibilă în a pretinde despăgubirea acestora de la partea aflată în culpă.

## **5. Reaua-credință în perioada precontractuală în dreptul comparat**

Ca notă introductivă, este important de reținut că pentru o lungă perioadă de timp, sistemele de drept nu au conținut nicio reglementare expresă a procesului de formare a contractului prin negociere. În teoria clasică, singura cerință pentru formarea contractului era întâlnirea ofertei cu acceptarea. O dată cu îmbrățișarea viziunii moderne de formare a contractului, diferitele sisteme de drept au avut sarcina de a găsi echilibrul între principiile libertății contractuale și ale drepturilor și intereselor legitime ale părților angajate în negocieri<sup>41</sup>.

### **5.1. Reaua-credință precontractuală în Marea Britanie**

Profesorul Marius Floare, prefigurează exemplar cadrul de evoluție a reglementării perioadei precontractuale în sistemele de drept de tip *common law* pornind de la

<sup>38</sup> M. Floare, *Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor negociate, în Noul Cod civil și în dreptul comparat*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2012, p. 111.

<sup>39</sup> L. R. Boilă în (Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. 1 revizuită, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 1464.

<sup>40</sup> Fr. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Editura Dalloz, Paris, 1999, p. 144.

<sup>41</sup> R.J.P. Kottenhagen, *From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems*, 12 *Ius Gentium, Journal of the University of Baltimore, Center for International and Comparative Law*, 2006, p. 66.

următoarea observație: „(...) *common law* izvorăște din practica comercială, spre deosebire de dreptul continental european, elaborat de savanți pentru a încarna conceptele filosofice și morale ale epocii. Natura mercantilă a dreptului anglo-saxon se dezvăluie pregnant prin viziunea sa precontractuală profund individualistă, considerându-se că negocierile sunt o perioadă de risc, iar partea care intră în negocieri cu speranța unui câștig (care ar putea rezulta din acordul final) va suporta riscurile pierderilor care ar putea proveni din întreruperea tratativelor (...)”<sup>42</sup>.

Spre deosebire de dreptul german sau italian, în dreptul englez nu există nicio regulă cu privire la răspunderea precontractuală atunci când datorită conduitei culpabile a unei părți, contractul nu se încheie. De asemenea, este important de menționat că spre deosebire de doctrinele europene predominante în această materie, răspunderea contractuală în dreptul englez se subordonează principiului conform căruia, orice contract trebuie să aibă la bază un schimb de beneficii. Această viziune face ca orice acte sau afirmații făcute în perioada negocierilor să fie lipsite de orice însemnătate juridică dacă în cele din urmă contractul nu este încheiat<sup>43</sup>.

Pentru a înțelege principiile ce guvernează răspunderea pentru reaua-credință în negocieri trebuie să urmărim jurisprudența astfel cum a evoluat în privința acestor aspecte.

În cazul *William Lacey (Hounslow) Ltd. V. Davis*<sup>44</sup>, viziunea abordată de dreptul englez cu privire la perioada negocierilor este exprimată astfel: „(...) *părțile la o negociere înțeleg că această perioadă este una de risc, iar costurile care pot surveni fac parte din acest risc pe care și-l asumă și speră că va fi acoperit prin încheierea contractului.*”

Un caz mai recent, de referință pentru subiectul studiat, a analizat dacă părțile, pot recurge la un acord precontractual pentru a reglementa obligația de a negocia cu bună-credință. Astfel, în cazul *Walford v. Miles*<sup>45</sup>, Lordul Ackner a afirmat în decizia curții: „*Fiecare parte dintr-o negociere este îndreptățită să își urmărească propriul interes, în măsura în care nu își reprezintă greșit intențiile față de partenerul de negociere. Pentru a își putea promova interesul, acesta trebuie să fie îndreptățit, dacă consideră adecvat, să poată amenința partea cu retragerea din negocieri viitoare sau să se retragă din negocieri în fapt pentru a lăsa loc posibilității ca partenerul de negocieri să îl abordeze din nou cu o ofertă mai bună. (...) astfel, o îndatorire de a negocia cu bună-credință este la fel de impracticabilă în realitate precum este de antagonică cu poziția naturală a unei părți dintr-o negociere.*”

În ciuda acestei viziuni, mai degrabă rigidă și formalistă, dreptul englez a dezvoltat această problematică, creând jurisprudențial bazele pentru a putea pretinde acoperirea

<sup>42</sup> M. Floare, *Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor negociate, în noul cod civil și în dreptul comparat*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2012, p. 138.

<sup>43</sup> S. Banakas, *Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*, în Revista In Dret, nr. 1/2009, articol disponibil online la următoarea adresă electronică: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1368208](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368208).

<sup>44</sup> Cazul *William Lacey (Hounslow) Ltd. V. Davis*, judecat în 1957 și publicat în *Weekly Law Reports* 932.

<sup>45</sup> Cazul *Walford v. Miles*, judecat în 1992 și publicat în *All England Law Reports* 453.



prejudiciilor ce se pot naște dintr-o negociere eșuată. Soluția se bazează pe mecanismul îmbogățirii fără justă cauză. Astfel, chiar și atunci când nu a fost încheiat contractul, o parte poate pretinde compensații dacă dovedește că cealaltă parte a obținut un beneficiu din purtarea negocierilor în detrimentul pierderilor suferite de partea prejudiciată. De asemenea, o parte poate pretinde despăgubiri în cazul în care prejudiciile suferite au fost cauzate de reprezentarea greșită, intenționată a celeilalte părți a unor fapte ce au constituit elemente esențiale în negocieri<sup>46</sup>.

## **5.2. Reaua-credință precontractuală în Germania**

În Germania, principiul bunei-credințe și a negocierilor loiale au revoluționat dreptul contractual într-o asemenea măsură încât instituțiile dezvoltate în acest stat au devenit emblematice în dreptul contemporan. Germania este statul unde principiile menționate au avut cea mai mare dezvoltare. Principiul bunei-credințe a fost dezvoltat până în punctul în care astăzi este considerat un pilon central al dreptului German cu aplicare generală<sup>47</sup>.

În privința relei-credințe în negocieri, în 1861 Rudolph von Ihering a introdus conceptul de *culpa in contrahendo* în dreptul German, care înseamnă practic culpa în negocierile precontractuale. Acesta a grupat cauzele ce ar genera răspunderea în trei grupe:

1. una din părți este incapabilă de a se angaja contractual dar nu notifică cealaltă parte;
2. contractul nu este unul viabil, în sensul că nu poate fi respectat;
3. scopul pentru care intră în negocieri una din părți sau ambele este în afara bunei-credințe.

În privința negocierilor dintre profesioniști și profani, dreptul german a mers atât de departe încât a statuat culpa comercianților și în situații ce în mod convențional ar depăși sfera negocierilor precontractuale. Există astfel exemple în jurisprudența germană în care instanța a aplicat principiile culpei în negocierile precontractuale atunci când o parte interesată de cumpărarea unor mărfuri dintr-un magazin a suferit o vătămare fizică din cauza neglijenței vânzătorului care a făcut să cadă produse de pe un raft pe client. Curtea a analizat această situație și a concluzionat că vânzătorul și clientul erau angajați într-o negociere pentru care vânzătorul era răspunzător să o întrețină în mod diligent. Lipsa diligenței din partea vânzătorului a fost sancționată<sup>48</sup>.

În ciuda acestei exigențe extreme a aplicării principiilor bunei-credințe și a loialității în perioada precontractuală în dreptul german, problema ruperii intempestive a negocierilor este tratată diferit față de celelalte sisteme de drept și acest lucru este generat de natura

---

<sup>46</sup> R.J.P. Kottenhagen, *From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems*, 12 *Ius Gentium, Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law*, 2006, p. 67.

<sup>47</sup> *Principles of European Contract Law, Part I, II and III*, document electronic, accesibil online la următoarea adresă electronică: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>.

<sup>48</sup> R.J.P. Kottenhagen, *From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems*, 12 *Ius Gentium, Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law*, 2006, p. 67.

ofertei în acest sistem de drept. O ofertă în dreptul german este irevocabilă atâta timp cât părțile sau cel care face oferta nu face o mențiune în sens contrar. Drept urmare, o conduită contrară, manifestată după notificarea ofertei ce conține o rezervă ce îi permite ofertantului să o schimbe sau să renunțe la ea, nu angajează răspunderea acestuia.

Cu toate acestea, este posibilă și în acest sistem de drept, pretinderea de daune în cazul unor prejudicii ce rezultă din ruperea intempestivă a negocierilor. Astfel, în conformitate cu raționamentul Curții Federale Germane, „*daune trebuie plătite de partea care într-o negociere a creat în favoarea partenerului de negocieri credința că negocierile vor fi încununate de succes, dar ulterior, cu rea-credință a rupt negocierile*”<sup>49</sup>.

În noiembrie 2001 acest raționament al Curții Federale Germane a fost inclus în Codul civil german. Astfel, art. 241 al Codului civil german prevede că atunci când există o obligație între două părți acestea trebuie să aibă în vedere drepturile și interesele reciproce. De asemenea, art. 311 al Codului Civil German clădește acest raționament prin lărgirea sferei de aplicație a acestei obligații și în timpul negocierilor precontractuale. În consecință, părțile sunt obligate să aibă în vedere drepturile și interesele reciproce în negocierile precontractuale<sup>50</sup>.

### 5.3. Reaua-credință precontractuală în Elveția

În Elveția, la fel ca în dreptul German, principiile bunei-credințe și ale loialității sunt de aplicare generală<sup>51</sup>. Articolul 2 a Codului Civil Elvețian se exprimă astfel: „*Fiecare persoană este obligată ca în exercitarea drepturilor sale să respecte principiul bunei-credințe*”. La fel ca în dreptul românesc, acest principiu este unul general. Astfel, articolul 2, în viziunea dreptului elvețian se aplică și în materia negocierilor precontractuale. Nu există însă o prevedere expresă, precum în dreptul german sau românesc cu privire la buna-credință în negocieri. Această obligație a fost dezvoltată prin intermediul jurisprudenței și doctrinei încât, în prezent este nedisputat că ea are aplicație și în materie precontractuală.

Astfel, în această jurisdicție, fiecare parte are dreptul să facă tot ceea ce la rândul său ar aștepta de la un partener loial și trebuie să se abțină a avea o conduită care să îl prejudicieze pe partenerul de negocieri<sup>52</sup>.

În virtutea acestei viziuni asupra negocierilor precontractuale, au fost dezvoltate reguli și au fost stabilite limitele libertății părților angajate într-o negociere. De exemplu, o parte nu are dreptul de a determina printr-o conduită falsă credința celeilalte părți că afacerea urmează să fie încheiată, făcând astfel ca partenerul de negocieri să cheltuiască resurse în acest sens. Astfel, partea care se angajează în negocieri cu rezoluția de a nu le

<sup>49</sup> Decizie a Curții Federale Germane, din 10 Iulie 1970, publicată în German Law Jurnal din 1970 p. 1840.

<sup>50</sup> R.J.P. Kottenhagen, *From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems*, 12 Ius Gentium, Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law, 2006, p. 68.

<sup>51</sup> G. Broggin, *L'abus de droit et le principe de la bonne foi, Aspects historiques et comparatifs*, Ed. P. Widmer and B. Cottier, 1994, p. 21.

<sup>52</sup> Principles of European Contract Law, Part I, II and III, document electronic, accesibil online la următoarea adresă electronică: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>, p. 113.

duce la capăt sau chiar și cu posibilitatea de a adopta în viitor o asemenea rezoluție dacă interesele îi sunt în acest sens, este datorare să îl despăgubească pe partenerul de negocieri pentru prejudiciile suferite<sup>53</sup>. S-a argumentat că există de asemenea, în acest sistem de drept, o obligație de a întrerupe negocierile atunci când una din părți realizează că acestea nu pot fi încununate de succes.

De asemenea, ca și în dreptul German, nu se poate renunța la principiile bunei-credințe și ale loialității prin consimțământul mutual al părților angajate în negocieri, manifestat printr-o convenție scrisă.

#### **5.4. Reaua-credință precontractuală în Franța**

Codul civil francez nu conține nicio prevedere expresă cu privire la perioada negocierilor precontractuale. Răspunderea pentru reaua-credință în negocieri a fost dezvoltată în acest sistem de drept de către doctrină și jurisprudență, plecând de la principiul bunei-credințe.

Autorul francez Saleilles a fost cel care a pus bazele acestei teorii în 1907 când a argumentat că principiul bunei-credințe trebuie să guverneze și perioada de formare a contractului. Au fost nevoie de 65 de ani până când Curtea de Casație a Franței să acorde despăgubiri pentru prejudiciile suferite prin eșuarea unor negocieri datorită relei-credințe a partenerului de negociere<sup>54</sup>.

O parte care a suferit un prejudiciu în perioada negocierilor poate căuta acoperirea acestora, făcând apel la art. 1382 din Codul civil francez care prevede următoarele: „*Orice conduită care cauzează altuia un prejudiciu obligă partea care a cauzat prejudiciul la acoperirea acestora*”.

Instanțele franceze au avut în vedere în dezvoltarea acestei doctrine și exigențele principiului libertății contractuale astfel cum a fost consacrat prin art. 6 și art. 1134 din Codul civil francez. Principiul a fost înțeles în dimensiunea sa, ca fiind libertatea de a contracta și în aceeași măsură de a nu contracta, permițând astfel fiecăruia dintre părți să pună capăt negocierilor atâta vreme cât contractul avut în vedere nu este încheiat. Cu toate acestea, nu se poate vorbi de o libertate absolută în această privință. Exigențele bunei-credințe și a loialității în cursul perioadei precontractuale trebuie respectate, fiind sancționabile delictual anumite comportamente culpabile constând într-un abuz de exercitare a dreptului de a rupe negocierile prin intermediul teoriei abuzului de drept.

Caracterul abuziv al unei rupturi a negocierilor poate să rezulte dintr-o intenție de a vătâma cealaltă parte participantă la negociere, dar, așa cum s-a statuat în jurisprudență, aceasta nu este o condiție necesară, o simplă ușurință reprobabilă putând fi reținută ca temei al răspunderii delictuale<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>54</sup> R.J.P. Kottenhagen, *From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems*, 12 *Ius Gentium*, Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law, 2006, p. 70.

<sup>55</sup> V. Pătulea, *Grupaj de jurisprudență franceză referitoare la elemente care intră în componența fazei de formare a contractului: efectele tăcerii. Caracterul convențional al promisiunii de a contracta. Ruperea negocierilor*, în *Dreptul* nr. 1/2009, p. 239.

Cazul de „școală” în materia relei-credințe precontractuale în Franța este reprezentat de o decizie a Curții de Casație din 1972<sup>56</sup>. În speță, între reclamant și compania distribuitoare în Franța de mașinării americane pentru fabricarea de conducte din ciment, au fost purtate negocieri îndelungate. În această perioadă, reclamantul a călătorit în Statele Unite ale Americii și a aflat din surse exterioare că echipamentele pe care dorea să le achiziționeze operau la costuri mai mari decât cele indicate de furnizorul francez. În acest sens, reclamantul a cerut mai multe informații cu privire la echipament, informații care i-au fost ascunse până în acel moment. Ca urmare a acestor acțiuni ale reclamantului, negocierile au fost întrerupte de către reclamat brusc. La puțin timp, un contract a fost încheiat de către reclamat cu un competitor al reclamantului. Contractul încheiat prevedea o interdicție a reclamatului de a vinde alte asemenea echipamente în regiune pentru o perioadă de 42 de luni. Curtea de Casație a concluzionat că o astfel de conduită este culpabilă și angajează răspunderea delictuală.

În pofida jurisprudenței existente în materie, doctrina nu a găsit încă răspunsul cu privire la temeiul exact al răspunderii delictuale pentru reaua-credință în negocieri, existând două curente: primul care susține răspunderea bazată pe abuzul de drept iar al doilea curent, pentru reaua-credință *per se*<sup>57</sup>.

## 6. Concluzii

Codificarea obligațiilor și drepturilor partenerilor dintr-o negociere, constituie o mutație de anvergură făcută de legiuitorul român, în sprijinul părților vulnerabile dintr-o negociere. Reglementarea amplă a fazei precontractuale nu trebuie interpretată ca o renunțare totală la teoria clasică de formare „instantanee” a contractelor. Acțiunea legiuitorului trebuie văzută ca o revigorare a cadrului juridic incident fazei precontractuale astfel încât să răspundă realității sociale în care negocierile au ajuns să constituie regula și nu excepția. Necesitatea reglementării reiese și din abordarea monistă a legiuitorului român cu privire la dreptul privat prin încorporarea în Codul civil a unor importante instituții din dreptul comercial. Teoria unității dreptului privat face cu atât mai importantă reglementarea fazei precontractuale, întrucât este cunoscut că negocierea contractuală își găsește cu preponderență aplicabilitatea în domeniul contractelor comerciale.

Semnificativă este intervenția legiuitorului și în reglementarea acordurilor precontractuale, observând reglementarea unor instituții noi, precum pactul de opțiune. Acordurile precontractuale sunt de o importanță deosebită întrucât permit părților să organizeze negocierile în așa fel încât să reducă riscurile de a suferi prejudicii. Totodată, prin intermediul acordurilor încheiate în faza precontractuală, părțile pot conveni asupra

---

<sup>56</sup> Decizie a Curții de Casație a Franței, din 20 Martie 1962, publicată în *Juris-Classeur Périodique* II din 1973.

<sup>57</sup> R.J.P. Kottenhagen, *From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems*, 12 *Ius Gentium, Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law*, 2006, p. 70.

unor clauze compromisorii care să ofere alternative la răspunderea delictuală instituită în această materie de prevederile legale.

În ceea ce privește întinderea reparațiilor pe care partea păgubită o poate solicita, legiuitorul a instituit posibilitatea reparării prejudiciului cauzat prin pierderea șansei. Articolul 1183 alin. (4) C. civ. stabilește că prejudiciul decurgând din fapte ilicite precontractuale, va consta în cheltuieli angajate în vederea negocierilor și renunțarea la alte oferte, ce se traduce în prejudicii pentru *pierderea unei șanse*. Cu toate acestea, dacă posibilitatea acoperirii acestei categorii de prejudicii este statuată chiar de textul legal ce constituie temeiul răspunderii delictuale în materie precontractuală, rămâne ca jurisprudența să găsească un răspuns pentru problema categoriei de prejudicii care satisfac criteriul certitudinii. Însă, considerăm că trebuie avute în vedere prejudiciile generate de pierderea ocaziilor de a încheia contracte similare sau complementare și în nerealizarea beneficiilor pe care le-ar fi adus executarea contractului ratat.

Deși lăudabilă puterea creaționistă și intervenționistă a legiuitorului în materia răspunderii precontractuale, considerăm că măsurile luate ar fi putut avea un impact mai accentuat în practică dacă legiuitorul ar fi urmat exemplul codificărilor internaționale și ar fi oferit o listă mai cuprinzătoare de posibile scenarii ce pot angaja răspunderea precontractuală. Ne referim aici la lista propusă de UNIDROIT în art. 2.1.15 a principiilor adoptate de institut. Cu toate acestea, lista propusă de legiuitor în art. 1183 C. civ. lasă deschisă instanțelor posibilitatea, ca pe cale pretoriană, să stabilească limitele bunei-credințe în materie precontractuală. În consecință, rămâne ca jurisprudența și doctrina să rafineze acest important instrument juridic oferit de legiuitor părților vulnerabile dintr-o negociere.

# Înscrisul autentic în dreptul austriac

## The authentic deed in Austrian law

Drd. **Andrei RUSU\***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

### Abstract

*Documents (written evidence) have a quintessential role in the spectrum of means of proof (due to the probative value). Also, in the specialized legal doctrine, there is no comprehensive and thorough study that has as its epicenter the written evidence, after the emergence of the New Civil Procedure Code, especially one that compares how different countries regulate these types of documents. The authentic deed in austrian law represents a fragment of the study aforementioned.*

*The authentic deed is one of the most used types of deeds in civil law. It is important to create a study that analyses the probative value of these deeds in different countries, in order to better adapt the legal provisions of our country.*

*The austrian authentic deed has a lot of distinct characteristics. For example, there are two dimensions of correctness of documents: **authenticity** and **accuracy**. A document is considered **authentic** if it was issued by the person named on it as an issuer. Accuracy refers to the validity of the facts stated in the document. This is the primary reason we chose the authentic deed in austrian law as a subject matter to research in this study.*

**Keywords:** documents; authentic deeds; weight of evidence; authenticity; accuracy.

### Rezumat

*Înscrisurile ocupă un rol chintesențial în cadrul probelor (datorită valorii probatorii). De asemenea, în doctrina juridică de specialitate, nu există un studiu integral și amănunțit care are ca epicentru proba cu înscrisuri, ulterior apariției Noului Cod de Procedură civilă, în special un studiu în care sunt comparate diferitele metode de reglementare a înscrisurilor în multiple națiuni. Înscrisul autentic în dreptul austriac reprezintă un fragment din cercetarea menționată anterior.*

*Înscrisul autentic reprezintă unul dintre cele mai utilizate înscrisuri în dreptul civil. Este important a crea un studiu care să analizeze puterea doveditoare a acestor înscrisuri în națiuni diferite, pentru a adapta într-un mod mai eficient dispozițiile țării noastre.*

*Modelul înscrisului autentic austriac cuprinde multiple caracteristici distincte. Cu titlu de exemplu, există două dimensiuni ale validității înscrisurilor: **autenticitatea** și **acuratețea**. Un înscris este considerat autentic dacă provine de la persoana care a fost*

---

\* andrei\_cm\_Rusu@yahoo.com.

*trecută în cadrul înscrisului ca emitent (de la semnatar). Acuratețea face referire la valoarea de adevăr a faptelor prezentate în cadrul unui înscris. Acesta reprezintă motivul principal pentru care am ales înscrisul autentic în dreptul austriac în vederea realizării unei analize în acest studiu.*

**Cuvinte-cheie:** *înscrisuri; înscrisuri autentice; puterea doveditoare; autenticitate; acuratețe.*

## **1. Noțiune și caracteristici**

Înscrisurile oficiale reprezintă echivalentul înscrisurilor autentice din legislația internă a României, existând totuși anumite distincții între cele două.

**Noțiune.** Definiția înscrisului oficial este consacrată în cadrul art. 292 alin. (1) C. pr. civ. austriac. Astfel, conform acestor prevederi, înscrisul oficial reprezintă acel „înscris întocmit pe hârtie sau electronic potrivit celor stipulate în cadrul C. pr. civ. austriac, de o autoritate publică în limitele autorității pe care o deține sau de o persoană investită cu încredere publică în aria competenței care i-a fost oferită, va face dovada deplină cu privire la ce anume declară autoritatea, sau în legătură cu ce a constatat autoritatea ori notarul public. Același lucru este valabil și pentru instrumentele întocmite în afara domeniului de aplicare a prezentei legi, dar în limitele competențelor lor de autoritate, de către autoritățile publice care sunt subordonate unei autorități cu domiciliul în jurisdicția prezentei legi”.

Apreciem definiția utilizată de legiuitorul austriac deoarece sunt prezentate persoanele abilitate să întocmească un act autentic. Prin comparație, prevederile art. 1171 din vechiul C. civ. din România<sup>1</sup> sau art. 1317 C. civ. francez<sup>2</sup> nu specifică competența persoanelor investite cu încredere publică sau a notarilor în mod expres. Însă, mențiunea din cadrul celei de-a doua teze a art. 292 alin. (1) C. pr. civ. austriac, referitoare la întocmirea unor înscrisuri oficiale în afara domeniului de aplicare a C. pr. civ. austriac, nu ar fi necesară dacă în cadrul primei teze, ar fi fost specificat faptul că înscrisul oficial este acel înscris întocmit conform condițiilor stabilite de lege (fără a menționa expres C. pr. civ. austriac).

Pentru a susține afirmația anterioară, enunțăm prevederile art. 66 din Legea notarilor publici din Austria<sup>3</sup>: „un act notarial care nu îndeplinește formalitățile prevăzute în cadrul art. 54 – 65 din Legea notarilor publici din Austria, nu are puterea probatorie a înscrisului oficial.”. Din cadrul acestei prevederi reiese faptul că un act notarial care nu îndeplinește formalitățile prevăzute de lege, nu se bucură de avantajele înscrisului oficial, respectiv autenticitate și acuratețe. Putem observa faptul că dispozițiile menționate fac referire la formalitățile existente în cadrul Legii notariale (act normativ diferit față de C. pr. civ. austriac). De asemenea, constatăm că utilizarea de către legiuitorul austriac a unei formule

<sup>1</sup> Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 271 din 4 decembrie 1864, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>2</sup> <https://wipolex.wipo.int/en/text/450531> - versiune consolidată până la data de 19.05.2013, fiind modificată ulterior prin Ordonanța nr. 131/2016 privind modificarea Legii contractului, Prevederile generale și Dovada obligațiilor din 10.02.2016.

<sup>3</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001677>.

generale ar fi justificată, având în vedere varietatea actelor autentice ce pot fi întocmite și multiplele formalități ce diferă de la o autoritate publică la alta<sup>4</sup>. Prin urmare, ținând cont de argumentele menționate și pentru rațiuni de simplificare și o înțelegere mai eficientă, considerăm necesară adaptarea art. 292 alin. (1) din actul normativ menționat, astfel încât să existe referința la *condițiile stabilite de lege*, fără a specifica care act normativ în mod concret.

Observăm, de asemenea, faptul că în cadrul art. 292 alin. (1) nu există o mențiune referitoare la actul primit și autentificat de o autoritate publică. Considerăm necesar adaptarea legislației pentru a include și această specificație pentru rațiuni de natură gnoseologică.

*Caracteristici.* Există un avantaj incontestabil al folosirii înscrisurilor autentice notariale. Această aserțiune are ca fundament art. 3 din Legea notarilor publici din Austria, în cadrul căruia este stipulat faptul că „Un act notarial, precum o înțelegere între părți ivită în cursul procesului, va putea fi executat dacă:

a) este vorba de o obligație determinată de a face sau o obligație determinată de a nu face; sunt exceptate obligațiile de evacuare dintr-un imobil sau părților individuale din cadrul unui imobil (locuință). Derogarea de la această excepție este reprezentată de cazul în care evacuarea este realizată de proprietarul sau de coproprietarul imobilului.

b) persoana creditorului și debitorului, titlul legal, subiectul, natura, sfera de aplicare și timpul executării sau omisiunii obligației trebuie luate în considerare;

c) în situația obligației prevăzute la lit. a), o înțelegere între părți este permisă;

d) debitorul a declarat în acest act notarial sau în cadrul altuia, faptul că actul notarial trebuie să fie executoriu imediat (*enforcement submission*). Această declarație nu trebuie să fie acceptată de către creditor (reclamant) pentru validitate juridică. Dacă obligația debitorului către o altă persoană este confirmată de acesta prin intermediul unui notar [art. 54 alin. (1)], atunci mențiunea de executare din cadrul actului notarial stabilit în acest scop, este suficientă pentru executarea declarației notariale a acestuia”.

Textul dispozițiilor lit. a), b), c) și d) din cadrul art. 3 nu sunt în acord din punct de vedere al coerenței existente între ele și de asemenea nu sunt de acord nici cu sintagma *este executabil dacă*. Cu titlu de exemplu, menționăm cazul prevederilor lit. b). Astfel, expresia *Un act notarial... va putea fi executat dacă: b) persoana creditorului și debitorului, titlul legal, subiectul, natura, sfera de aplicare și timpul executării sau omisiunii obligației trebuie luate în considerare*, reprezintă o formulare ineficace. Prin urmare, este dificil a determina dacă aceste condiții (cele enunțate în art. 3) trebuie îndeplinite cumulativ sau fiecare literă menționează un tip de act notarial executabil. Apreciem totuși că aceste prevederi trebuie îndeplinite cumulativ. Rațiunea acestei afirmații reiese din faptul că nu este suficient ca un act notarial să conțină o obligație determinată pentru a fi executat. De asemenea, în cadrul lit. d) este stipulat faptul că „debitorul a declarat în acest act notarial sau în cadrul altui act notarial, faptul că actul notarial trebuie să fie executoriu

<sup>4</sup> V.M. Ciobanu, M. Nicolae, *Noul Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat. Vol. I, art. 1-526*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 901.



imediat”. Considerăm că legiuitorul în momentul utilizării sintagmei *acest act notarial* face referire la actul notarial enunțat în dispozițiile anterioare, respectiv actul executabil.

În cadrul deciziei Curții Supreme din Austria nr. 3Ob159/02g din data de 29.01.2003<sup>5</sup> sunt analizate pe rând condițiile consacrate în cadrul art. 3 din Legea notarilor publici din Austria, pentru a se vedea dacă actul notarial supus examinării în speță, reprezintă un titlu executoriu.

Referitor la prevederile consacrate în cadrul lit. a), considerăm că acestea trebuiau să fie consacrate într-o formă diferită. Astfel, intenția legiuitorului ar fi fost mult mai clar exprimată dacă textul avea următoarea structură: *Un act notarial... va putea fi executat dacă: a) este vorba de o obligație determinată de a face sau o obligație determinată de a nu face; sunt exceptate obligațiile de evacuare dintr-un imobil sau părților individuale din cadrul unui imobil (locuință) realizate de persoane care nu au calitatea de proprietari sau coproprietari ai imobilului*. Rațiunea celor menționate are în vedere și faptul că persoanele care cer evacuarea sunt de fel proprietarii.

Tot cu privire la lit. a), apreciem că excepția stipulată în prevedere, nu este justificată. Ca temei al afirmației noastre, menționăm că nu prezintă importanță dacă proprietarul este cel care evacuează sau o altă persoană care are dreptul de folosință asupra imobilului, deoarece calitatea de titlu executoriu al actului oficial notarial nu ar trebui să fie afectată de acest fapt. În cadrul legislației interne a României, respectiv în cadrul art. 1809 alin. (2) C. civ.<sup>6</sup> sunt enunțate următoarele: „În privința obligației de restituire a bunului dat în locațiune, contractul încheiat pe durată determinată și constatat prin înscris autentic constituie, în condițiile legii, titlu executoriu la expirarea termenului”. Putem observa că nu există o mențiune referitoare la situația în care locatorul nu este proprietar, tocmai datorită faptului că nu ar avea consecințe semnificative această precizare.

Considerăm că legiuitorul în momentul elaborării acestor prevederi a avut intenția să enunțe situația în care actul notarial poate fi executat direct, respectiv să constituie un titlu executoriu. În pofida faptului că această mențiune nu este enunțată expres în cadrul art. 3 din Legea notarilor publici din Austria, sintagma *actul notarial trebuie să fie executoriu imediat (enforcement submission)* poate face referire la executarea directă. Potrivit unei opinii de specialitate<sup>7</sup>, *enforcement submission* în cadrul unui act notarial reprezintă echivalentul unui titlu executoriu.

Alt element care ne conduce la ideea de titlu executoriu este reprezentat de sintagma *mențiunea de executare din cadrul actului notarial stabilit în acest scop este suficientă pentru executarea declarației notariale a acestuia*. Astfel, această mențiune este suficientă pentru executare, nefiind necesară recurgerea la procedura judiciară în vederea obținerii unui titlu. Prin urmare, suntem în prezența unui titlu executoriu, în situația în care toate condițiile enumerate la art. 3 din Legea notarilor publici sunt îndeplinite.

---

<sup>5</sup> [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT\\_20030129\\_OGH0002\\_00300B00159\\_02G0000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20030129_OGH0002_00300B00159_02G0000_000).

<sup>6</sup> Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>7</sup> [http://www.notar-veit.de/die\\_urkunden/kaufvertrag/zwangsvollstreckungsunterwerfung.htm](http://www.notar-veit.de/die_urkunden/kaufvertrag/zwangsvollstreckungsunterwerfung.htm).

Pentru a elimina orice îndoială cu privire la afirmația anterioară, enunțăm prevederile art. 1 din Legea privind procedura de executare și securitate<sup>8</sup>: „Titlurile executorii în sensul prezentei legi sunt următoarele acte și înscrisuri: pct. 17. actul notarial din cadrul art. 3 din Legea notarilor publici”. Deci, conform dispozițiilor precizate, actul oficial notarial care respectă condițiile consacrate în cadrul art. 3 din Legea notarilor publici din Austria reprezintă titlu executoriu.

De asemenea, în vederea argumentării faptului că prevederile de la lit. a), b), c) și d) din cadrul art. 3 din Legea notarilor publici din Austria trebuie îndeplinite cumulativ pentru a fi în prezența unui titlu executoriu, menționăm faptul că în situația în care legiuitorul austriac ar fi dorit ca fiecare literă din cadrul respectivei dispoziții să reprezinte un titlu executoriu distinct, ar fi utilizat sintagma *actele notariale din cadrul art. 3* și nu expresia *actul notarial din cadrul art. 3*, în art. 1 din Legea privind procedura de executare și securitate. Astfel, această interpretare gramaticală a normelor legale confirmă faptul că acele condiții din cadrul lit. a), b), c) și d) trebuie îndeplinite cumulativ.

Putem observa unicitatea condițiilor consacrate în cadrul art. 3 din Legea notarilor publici. Menționăm în special prevederile lit. d), în cadrul cărora este enunțat faptul că debitorul trebuie să declare în actul notarial faptul că acesta reprezintă titlu executoriu. În caz contrar, creditorul poate recurge doar la procedura judiciară, în vederea obținerii unui titlu contra debitorului. Această exigență o considerăm excesivă și restrictivă. Dacă actul notarial constată o creanță certă, lichidă și exigibilă, nu vedem necesitatea declarației debitorului din cadrul actului notarial cu privire la acordul acestuia de a recurge la executarea directă.

Unul dintre avantajele oferite de art. 3 din Legea notarilor publici din Austria, este reprezentat de timpul economisit prin nerecurgerea la procedura judiciară. Astfel, instanțele de judecată nu sunt aglomerate cu numeroase cauze. De asemenea, unul dintre scopurile acestei prevederi este de a proteja interesele creditorului, fiind necesar a recupera creanța de la debitor. Având în vedere și autoritatea cu care a fost investit un notar public, rațiunea acordării actului notarial care îndeplinește anumite condiții, a avantajului de a fi titlu executoriu este justificată. Acestea fiind spuse, nu găsim o justificare logică a rațiunii necesității acordului expres al debitorului pentru ca actul notarial care îndeplinește criteriile prevăzute în cadrul art. 3 din Legea notarului public din Austria să fie considerat titlu executoriu.

Prevederile art. 3 lit. d) din actul normativ menționat au ca origine principiul libertății contractuale, debitorul având posibilitatea de a negocia dacă un act notarial poate fi sau nu titlu executoriu. Prin urmare, dacă creditorul și debitorul nu ajung la un acord cu privire la acest fapt, pot să încheie actul notarial și fără ca acesta să fie titlu executoriu.

Un argument pentru inserarea necesității acordului expres al debitorului cu privire la posibilitatea executării directe în cadrul art. 3 lit. d) din Legea notarului public din Austria, este faptul că acesta își asumă într-un mod mai responsabil executarea creanței. Din punct de vedere psihologic, o declarație pe care partea obligată o face în mod expres, în cadrul

<sup>8</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/eo/gesamt>.

unui act oficial, ar putea determina o legătură mai puternică între sine și respectarea obligațiilor contractuale, decât simpla semnătură aplicată contractului. De asemenea, există șanse semnificativ sporite să fie respectate obligațiile consolidate în cadrul unui act oficial, comparativ cu cele consolidate în cadrul unui act privat. Acest fapt este determinat de gradul de oficialitate al autorității care întocmește acte autentice, respectiv frica de repercusiuni legale a părților în cazul nerespectării obligațiilor.

Un efect al responsabilității amplificate (implicare morală) din declarația expresă a debitorului, ar fi faptul că ar conduce la mai puține cazuri în care acesta ar contesta titlul executoriu sau înscrisul oficial notarial. Însă, considerăm că existența mențiunii nu va avea ca efect crearea unei implicări morale sporite din partea debitorului, deoarece nu există studii psihologice care să confirme acest fapt și nici o cazuistică legală comparativă între legislații ale diferitelor națiuni, care consacră expres obligativitatea acestei declarații a debitorului și legislații care nu conțin o astfel de normă. De asemenea, este dificil a determina motivul exact al implicării morale a persoanelor cu privire la îndeplinirea obligațiilor.

Într-adevăr debitorul nu va contesta titlul executoriu dacă înscrisul oficial notarial nu reprezintă titlu executoriu (datorită lipsei declarației exprese). Însă, în situația în care nu există titlu executoriu, se va recurge la procedura judiciară a obținerii unui titlu executoriu, care va avea o întindere temporală sporită comparativ cu o simplă contestare a titlului executoriu. Inclusiv această procedură judiciară poate fi contestată. Din cadrul celor menționate, reiese faptul că instanțele vor fi încărcate cu multiple cauze. De asemenea, unul dintre motivele pentru care înscrisul notarial reprezintă titlu executoriu în anumite cazuri, este reprezentat de decongestionarea instanțelor. Astfel, acest deziderat își pierde rațiunea dacă inserarea declarației exprese a debitorului în cadrul actului notarial, are ca efect încărcarea instanțelor.

Părțile vor găsi multiple motive de contestare a înscrisului oficial, deoarece scopul debitorului în multiple spețe este cel de a tergiversa, sau de a nu executa obligația contractuală. Acesta reprezintă un motiv pentru acordarea unor avantaje speciale înscrisului oficial. Astfel, persoana obligată în cadrul unui contract încheiat în formă oficială notarială, care este de bună-credință, ar respecta obligațiile contractuale indiferent dacă există declarația expresă cu privire la acordul ca înscrisul oficial să fie titlu executoriu, iar cel de rea credință ar găsi orice motive de contestare, indiferent dacă și-a dat sau nu acest acord, deoarece acest acord expres al debitorului nu creează o responsabilitate sporită.

Există și anumite contracte în legislația Austriei care trebuie să fie încheiate în formă oficială notarială. Nu considerăm necesar ca un contract care trebuie încheiat în această formă, să poată fi negociat în vederea inserării sau nu a acordului expres al debitorului referitor la avantajul titlului executoriu, tocmai datorită importanței acestui contract. Legiuitorul a avut în vedere în momentul elaborării normei cu privire la necesitatea formei oficiale notariale, nu doar motivul protecției speciale oferite părților prin încheierea în respectiva formă a contractului, ci și posibilitatea executării într-un mod mai simplificat a creanței.

Conform dispozițiilor art. 3 din Legea notarilor publici din Austria, creanța trebuie să fie certă și lichidă. De asemenea, din prevederile art. 7 alin. (2) Legea privind procedura de executare și securitate reiese faptul că executarea unui contract nu poate avea loc dacă obligația debitorului nu este ajunsă la scadență. Prin urmare, creanța trebuie să fie și exigibilă. Aceste condiții ar trebui să fie suficiente pentru ca actul notarial să reprezinte titlu executoriu. Menționăm și faptul că un grad de protecție al înscrisurilor oficiale notariale, este oferit deja prin intermediul autorității conferite notarului public.

Având în vedere ansamblul de argumente de interes public și privat oferite în paragrafele anterioare, necesitatea acordului expres al debitorului, ca actul oficial notarial să reprezintă un titlu executoriu considerăm că nu este necesar, neexistând nici un studiu statistic psihologic sau o cazuistică legală, care să demonstreze faptul că partea care declară expres într-un contract, respectă obligațiile consacrate în acel contract, iar legiuitorul austriac ar trebui să abroge prevederile art. 3 lit. d) din actul normativ analizat, pentru rațiuni de simplificare, accesibilitate și gnoseologice.

Înscrisurile oficiale dețin o credibilitate sporită, datorită faptului că persoana care le întocmește este investită cu autoritate publică. Aceasta se expune la consecințe grave în cazul săvârșirii unui fals, în exercitarea acestei funcții.

Potrivit definiției legale stipulată în C. pr. civ. austriac, există unele condiții pentru a clasifica un înscris ca fiind oficial: întocmirea înscrisului de o autoritate publică sau o persoană investită cu încredere publică; și întocmirea acestor înscrisuri cu respectarea prevederilor legale.

Referitor la prima condiție, aceasta se referă la calitatea agentului instrumentator, respectiv calitatea autorității de la care emană înscrisul oficial. Conform celor prevăzute în cadrul art. 291 alin. (1) C. pr. civ. austriac, calitatea aparține autorității publice sau unei persoane investite cu încredere publică. În această categorie este inclus și notarul public. Afirmatia specificată anterior are ca temei prevederile art. 1 alin. (3) din Legea notarilor publici din Austria, în cadrul căreia sunt enunțate următoarele: „notarii care desfășoară activități de serviciu public prin lege, îndeplinesc funcții publice”.

Condiția menționată este îndeplinită din moment ce notarul sau funcționarul public este investit cu această calitate și lucrează în limitele atribuțiilor constatate legal<sup>9</sup>. În situația în care agentul instrumentator nu are respectiva calitate, nu putem vorbi despre existența unui înscris oficial, deoarece calitatea autorității oferă un grad de oficialitate, respectiv veridicitate înscrisului.

Acest fapt reiese și din dispozițiile art. 32 alin. (1) din Legea notarilor publici din Austria, conform căroră: „Notarul public nou numit în funcție nu poate să-și exercite activitatea înaintea depunerii jurământului, iar notarul care a fost transferat poate să-și exercite activitatea din momentul în care a fost declarat acest lucru ca fiind posibil (art. 16, 17)”. În cadrul alin. (2) al aceluiași articol este prevăzut faptul că notarul nu poate să-și continue activitatea dacă i-a încetat calitatea de notar public, dacă a fost suspendat sau demis. De asemenea, potrivit alin. (3) din cadrul aceluiași articol, „Un act notarial care nu

<sup>9</sup> V.M. Ciobanu, M. Nicolae, *op. cit.*, p. 901.

îndeplinește prevederile art. 32 din Legea notarilor publici din Austria, nu are forța probantă a unui înscris oficial.”.

Efectele actelor juridice îndeplinite de o persoană care nu mai este investită cu autoritate publică s-ar putea deduce și din alte dispoziții legale. Menționăm cu titlu de exemplu legislația României, unde nu există o prevedere expresă cu privire la acest fapt. Însă, considerăm această consacrare legală expresă în cadrul legislației austriece [art. 32 alin. (3)], ca fiind bine-venită, deoarece oferă un grad de claritate cu privire la efectele acestor acte juridice.

Competența de a întocmi înscrisuri oficiale aparține și ofițerilor consulari de la ambasadă sau consulat. Aceștia dețin prerogativa de a certifica autenticitatea unei semnături, certificarea unui înscris etc.<sup>10</sup>. O certificare reprezintă un act guvernamental, respectiv un înscris oficial<sup>11</sup>. Demn a fi menționat este faptul că ambasada nu este responsabilă de conținutul înscrisului original<sup>12</sup>.

Tot referitor la competența întocmirii înscrisurilor oficiale, având în vedere faptul că nu este specificată ce fel de competență trebuie să posede aceste autorități, apreciem că legiuitorul face referire atât la competența materială cât și la cea teritorială. Rațiunea acestei interpretări a avut ca și temei principiul *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Referitor la înscrisurile oficiale întocmite de notarul public, acesta are competența teritorială generală conform art. 8 din Legea notarilor publici din Austria. Așadar, nu am putea face referire la lipsa competenței teritoriale a notarului public în procedura autentificării înscrisului.

Înscrisuri oficiale sunt acele înscrisuri care<sup>13</sup>:

- au fost întocmite în forma prescrisă de autoritatea austriacă autorizată sau de instanța austriacă autorizată să emită un astfel de înscris.
- au fost întocmite în forma prescrisă de un autentificator numit public (notar public, inginer civil, arhitect, ingineri consultanți) în sfera activității acestora.
- au fost declarate înscrisuri oficiale prin intermediul unor acte normative (procedee legale). Cu titlu de exemplu, menționăm statutul actelor de stare civilă consacrat în Legea actelor de stare civilă din Austria<sup>14</sup>.
- au fost emise în străinătate ca documente publice (fiind recunoscute și în Austria).

*Exempli gratia*, actele de stare civilă emise de autoritățile statelor membre ale Uniunii Europene, conform Regulamentul (UE) 2016/1191 al Parlamentului European și al Consiliului Uniunii Europene din 6 iulie 2016 privind promovarea liberei circulații a cetățenilor prin simplificarea cerințelor de prezentare a anumitor documente oficiale în

---

<sup>10</sup> <https://www.bmeia.gv.at/en/travel-stay/documents-and-authentications-apostille/authentication/authentication-abroad/>.

<sup>11</sup> <https://www.austria.org/certification-of-documents>.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> <https://www.bmeia.gv.at/en/travel-stay/documents-and-authentications-apostille/authentication/types-of-documents/>.

<sup>14</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20008228>.

Uniunea Europeană și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 1024/2012<sup>15</sup>, sunt recunoscute ca înregistrări oficiale în Austria.

În Austria sunt considerate astfel de înregistrări oficiale documentele emise de autorități judiciare<sup>16</sup>. Includem în această categorie și actele emise de procurori, grefieri, judecători etc. Cu titlu de exemplu menționăm hotărârea de divorț ca fiind un înscris oficial. De asemenea, actele administrative<sup>17</sup> cum ar fi: certificatul de naștere, certificatul de deces, certificatul de căsătorie (actele de stare civilă), diplomele, reprezintă înregistrări oficiale. Un alt exemplu pertinent de înscris oficial sunt actele notariale, cum ar fi procurile autentificate de aceștia. Acest fapt reiese din art. 2 din Legea notarilor publici din Austria, în cadrul căruia este consacrat faptul că „Actele notariale înregistrate de notari (acte notariale, evidențe notariale și notificări notariale), precum și copiile făcute în conformitate cu prezenta lege sunt documente publice dacă toate formalitățile cerute de lege au fost respectate la momentul admiterii și completării”.

Certificările oficiale fixate pe înregistrări sub semnătură privată sunt considerate înregistrări oficiale<sup>18</sup>. Astfel, autentificările notariale a semnăturilor, reprezintă înregistrări oficiale<sup>19</sup>. *Exempli gratia*, certificatele oficiale care conțin înregistrarea unui înscris sunt de asemenea înregistrări oficiale<sup>20</sup>.

Ultima condiție care trebuie a fi îndeplinită presupune respectarea prevederilor legale din cadrul C. pr. civ. austriac referitoare la înscrisul oficial. Aceste prevederi pot face referire la forma sau condițiile de întocmire a înscrisului. *Exempli gratia* precizăm faptul că înscrisul oficial notarial se încheie într-un singur exemplar original care este păstrat în arhiva notarială.

Această ultimă condiție este consacrată și în legislația internă a României, respectiv în cadrul art. 269 alin. (1) C. pr. civ., „Înscrisul autentic este înscrisul întocmit sau, după caz, primit și autentificat de o autoritate publică, de notarul public sau de către o altă persoană investită de stat cu autoritate publică, **în forma și condițiile stabilite de lege**”. De asemenea, conform art. 98 alin. (1) din Legea notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995<sup>21</sup> din România, „Actele autentice notariale se întocmesc într-un singur exemplar original, care se păstrează în arhiva notarului public”. Astfel, observăm că există o condiție identică referitoare la forma actului notarial și în legislația națională a României.

Există anumite acte juridice, pentru a căror încheiere, este impusă de lege forma înscrisului oficial notarial. Astfel, potrivit art. 1 din Ordonanța de urgență cu privire la

---

<sup>15</sup> Publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, Legislația nr. 200, din 26 Iulie 2016 - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1191&from=EN>.

<sup>16</sup> <https://www.austria.org/certification-of-documents>.

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

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

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

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 479 din 1 august 2013, cu modificările și completările ulterioare.

Legea notarilor publici din Austria<sup>22</sup>: „(1) Validitatea următoarelor contracte și acte legale este condiționată de încheierea în formă notarială a acestora:

- a) convenții matrimoniale;
- b) contracte de vânzare, contracte de schimb, contracte de împrumut încheiate între soți și declarația de recunoaștere a vinovăției unui soț față de celălalt.
- c) contractele de donație fără predare reală (reemiterea bunului);
- d) toate înregistrările tranzacțiilor legale încheiate de persoane nevătătoare în nume propriu (fără reprezentare).

(2) Dispozițiile din prezenta lege nu aduc atingere normelor speciale cu privire la tranzacția legală judiciară sau notarială.

(3) Încheierea în formă oficială notarială conform alin. (1) lit. e) nu este necesară pentru:

1. încheierea tranzacțiilor legale din viața de zi cu zi și pentru contracte bancare obișnuite pentru deschiderea conturilor curente.

2. pentru alte tranzacții legale, cu excepția declarațiilor de garanție, dacă persoana nevătătoare declară în mod expres părții contractante că renunța la cerința formală a alin. (1) lit. e).

(4) Pentru lipsa validității care reiese din nerespectarea dispozițiilor alin. (1), lit. e), doar persoana nevătătoare poate face apel.”.

Referitor la declarația de recunoaștere a vinovăției unui soț față de celălalt, în cadrul Legii căsătoriei din Austria<sup>23</sup> (sau Legea matrimonială), există multiple prevederi în care sunt specificate anumite declarații ale soților care produc efecte juridice. Astfel, potrivit art. 49 din actul normativ enunțat, un soț poate să divorțeze dacă celălalt soț a avut un comportament imoral care face imposibilă conviețuirea cu acesta. De exemplu, faptele de violență fizică sau psihică, reprezintă astfel de comportamente imorale. Soțul vinovat de comiterea acestor fapte are posibilitatea de a le recunoaște prin intermediul unei declarații date în fața unui notar public. Forma oficială notarială a acestei declarații de recunoaștere a vinovăției este impusă, prin Ordonanța de urgență cu privire la Legea notarilor publici din Austria. Considerăm că, nu era necesară impunerea formei înscrisului notarial, deoarece există posibilitatea ca soțul să-și declare vinovăția și în cadrul procesului de judecată.

Menționăm și faptul că declarația de înființare a unei fundații private<sup>24</sup> și încheierea statutului societăților comerciale cu răspundere limitată<sup>25</sup> și a societăților pe acțiuni<sup>26</sup>, trebuie încheiate în formă oficială notarială. De asemenea, acordul cu privire la reproducerea asistată trebuie încheiată în aceeași formă<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/notaktsg/paragraf/1>.

<sup>23</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001871>.

<sup>24</sup> [https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Die\\_Privatstiftung.html](https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Die_Privatstiftung.html).

<sup>25</sup> [https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Gesellschaft\\_mit\\_beschraenkter\\_Haftung\\_\(GmbH\).html](https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Gesellschaft_mit_beschraenkter_Haftung_(GmbH).html).

<sup>26</sup> [https://www.meinanwalt.at/news/notariatsakt-notarielle-beglaubigung-worin-bestehen-die-unte\\_dhrkkc](https://www.meinanwalt.at/news/notariatsakt-notarielle-beglaubigung-worin-bestehen-die-unte_dhrkkc).

<sup>27</sup> [https://www.oesterreich.gv.at/themen/familie\\_und\\_partnerschaft/medizinisch\\_unterstuetzte\\_fortpflanzung/Seite.3430007.html](https://www.oesterreich.gv.at/themen/familie_und_partnerschaft/medizinisch_unterstuetzte_fortpflanzung/Seite.3430007.html).

Rațiunea acestor prevederi cu privire la necesitatea încheierii contractului în formă oficială notarială, este reprezentată de faptul că notarul public oferă garanții superioare de protecție a acestor acte, datorită pregătirii de specialitate și statutului acestuia, comparativ cu funcționarii publici. Precizăm și faptul că, în situația în care aceste acte, pentru care legea prevede forma oficială notarială, nu sunt încheiate în forma menționată, sancțiunea este reprezentată de nulitatea respectivului act juridic.

**Avantajele folosirii formei oficiale sunt următoarele:**

- Înscrișul oficial se bucură de prezumția de autenticitate și acuratețe (proba contrarie îi revine celui care-l contestă).

- Înscrișul autentic face dovada deplină, cu privire la constatările agentului instrumentator.

- Agentul instrumentator are obligația de informare cu privire la drepturile și obligațiile părților rezultate din încheierea actului juridic. Cu titlu de exemplu, menționăm prevederile art. 52 din Legea notarilor publici din Austria, conform căroră, notarul public informează părțile cu privire la însemnătatea și consecințele legale ale actului juridic pe care acestea doresc să-l încheie. Prin urmare, părțile care au încheiat un act juridic în formă oficială vor respecta mai mult drepturile și obligațiile ce rezultă din încheierea actului juridic, comparativ cu cei care au încheiat un act juridic sub forma unui înscriș privat (nu există aceeași transparență cu privire la drepturile și obligațiile părților). De asemenea, înscrișul oficial este întocmit de o autoritate publică, de notarul public sau de către o altă persoană investită cu încredere publică. Din acest motiv, părțile consideră că cele stipulate în cadrul unui astfel de înscriș sunt mai importante, îndeplinind cu mai mare ușurință obligațiile contractuale.

- Înscrișul oficial notarial care îndeplinește condițiile consacrate în Legea notarilor publici din Austria este executabil (reprezintă titlu executoriu).

- Pot încheia acte juridice inclusiv cei care nu știu sau nu pot să scrie din diferite cauze (boală, handicap etc.). Formalitățile referitoare la aceste persoane sunt consacrate în art. 54-65 din Legea notarilor publici din Austria. Persoanele menționate nu au posibilitatea de a întocmi înscrișuri private, deoarece nu există garanțiile necesare.

- Exemplarul original al înscrișului oficial notarial este păstrat în arhiva notarială, părțile primind duplicate după original, conform prevederilor art. 49 alin. (2) din Legea notarilor publici din Austria. Aceste înscrișuri pot fi puse la dispoziția strict a instanței sau a comisiei judiciare a camerei notariale. Astfel, înscrișul nu poate fi sustras sau distrus de persoane interesate.

- Datorită faptului că o persoană cu autoritate publică întocmește acest înscriș, părțile tind a respecta în mai mare măsură obligațiile contractuale. Această responsabilitate mărită a părților se datorează formalităților necesare încheierii actului, respectului față de autoritatea publică și teama de repercusiuni legale.

**Dezavantajele folosirii formei autentice sunt următoarele:**

- Încheierea înscrișului oficial presupune costuri suplimentare, respectiv onorariul necesar întocmirii în respectiva formă.



- Implică o anumită pierdere de timp încheierea înscrisului oficial (timpul necesar deplasării).
- Anumite formalități trebuie a fi respectate. Cu titlu de exemplu, în cadrul art. 68 din Legea notarilor publici din Austria este stipulată necesitatea menționării adresei martorilor în actul notarial. De asemenea, conform art. 55 din actul normativ enunțat, există reguli clare cu privire la modalitatea de identificare a părților înscrisului oficial notarial.

## 2. Puterea doveditoare

Referitor la **puterea doveditoare** a înscrisului oficial, aceasta rezultă tocmai din calitatea celui care a întocmit înscrisul. Întocmirea unui înscris de către o autoritate publică prezintă garanții superioare asupra veridicității acestuia. Rațiunea afirmației enunțate anterior are ca temei atât faptul că dobândirea calității de persoană investită cu autoritate publică este dificilă (presupune anumite competențe), precum și faptul că răspunderea acestora este sporită. Efectul acestei prezumții este reprezentat de inversarea sarcinii probei, în sensul că aceasta trece de la persoana care invocă înscrisul, la persoana care îi contestă autenticitatea.

Cu titlu de exemplu menționăm prevederile art. 39 din Legea notarilor publici din Austria. În cadrul acestor prevederi sunt enunțate următoarele: „Orice încălcare a îndatoririlor oficiale prevăzute de prezenta lege va atrage răspunderea penală a notarului public. De asemenea notarul public va fi răspunzător față de părți pentru prejudiciul cauzat”. La fel, oricine poartă în mod nejustificat titlu de notar public este sancționat contravențional, cu excepția cazului în care fapta constituie o infracțiune prevăzută de legea penală. Aserțiunea enunțată anterior provine din cadrul art. 186 a actului normativ menționat. Având în vedere cele prezentate, putem sublinia importanța unei funcții publice și efectele asupra veridicității înscrisului oficial.

Pentru a înțelege efectele înscrisului oficial trebuie să facem referire la ce reprezintă corectitudinea unui înscris, respectiv corespunderea acestuia cu adevărul. Există două dimensiuni ale corectitudinii unui înscris: **autenticitatea și acuratețea**.

Un înscris este autentic, dacă provine de la persoana care a fost trecută în cadrul înscrisului ca emitent (de la semnatar)<sup>28</sup>. Acuratețea face referire la valoarea de adevăr a faptelor prezentate în cadrul unui înscris. Prin urmare, un înscris prezintă acuratețe dacă faptele menționate în cadrul acestuia sunt adevărate material<sup>29</sup>, respectiv corespund realității în mod obiectiv.

În cadrul legislației României, autenticitatea înscrisului poartă asupra următoarelor elemente: stabilirea identității părților, exprimarea consimțământului acestora cu privire la conținut, semnătura acestora și data înscrisului, conform art. 269 alin. (1) teza a II-a C. pr. civ.

---

<sup>28</sup> B. Nunner-Krautgasser, P. Anzenberger, *Evidence in Civil Law – Austria*, Editura Lex Localis, Maribor, 2015, p. 23-<http://www.lex-localis.press/index.php/LexLocalisPress/catalog/view/24/20/88-1>.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

Din prevederile legislației austriece reiese faptul că autenticitatea poartă asupra identificării persoanei care a semnat înscrisul oficial. Așadar există similarități între cele două legislații cu privire la necesitatea identificării semnatarilor.

Conform deciziei Curții Administrative din Austria nr. 1817/78 din 31.10.1979<sup>30</sup>, semnătura trebuie să fie caracteristică identității semnatarului. Prin urmare, autenticitatea unui înscris oficial este strâns legată de posibilitatea identificării semnatarului, respectiv a persoanei de la care emană înscrisul. Putem afirma faptul că autenticitatea în legislația austriacă se referă la echivalență între identitatea semnatarului unui înscris și identitatea persoanei de la care provine înscrisul, respectiv faptul că înscrisul provine de la semnatar. Am specificat acest fapt, deoarece este important a distinge între autenticitate și veridicitate, corectitudine.

În vederea consolidării nexusului existent între semnătură și identitate, acuratețe, precizăm conținutul unei lucrări juridice de specialitate<sup>31</sup> străină. În cadrul acesteia, a fost menționată o ierarhie a funcțiilor semnăturii. Rolul principal, doveditor al semnăturii, este acela de a aproba conținutul înscrisului de către semnatar<sup>32</sup>. Prin intermediul acestui proces, semnatarul este de acord cu privire la faptul că, acel conținut al înscrisului îl leagă personal și va produce efecte juridice<sup>33</sup>. Funcția secundară probatorie a semnăturii, este reprezentată de aspectul identificării semnatarului<sup>34</sup>. Un alt rol al semnăturii, enunțat în ierarhie, este aspectul preventiv<sup>35</sup>. Această funcție consolidează natura legală a înscrisului, încurajând semnatarul să se asigure, înainte de a se angaja din punct de vedere legal<sup>36</sup>. Funcția protectivă, de apărare, este demnă a fi precizată. Având în vedere că o parte s-a angajat legal prin procesul de aplicare a semnăturii, iar aceasta poate fi identificată, cealaltă parte trebuie să fie protejată în cazul nerespectării prevederilor contractuale de către primul semnatar<sup>37</sup>. Funcția de păstrare a unui registru (act) doveditor a angajamentului semnat, este ultima menționată în lucrarea de specialitate, fiind de la sine înțeles rolul acesteia<sup>38</sup>. Prin urmare există multiple roluri ale semnăturii în Austria, fiind chintesențială realizării acordului părților, având ca scop atât posibilitatea identificării semnatarului (autenticitatea înscrisului semnat), cât și acordul referitor la ce anume este declarat de partea semnatară (prin intermediul căreia se va verifica acuratețea înscrisului).

---

<sup>30</sup> [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vwgh&Dokumentnummer=JWR\\_1978001817\\_19791031X01&ResultFunctionToken=c87e7948-e9f7-40e4-a116-6ed56582ab7b&Entscheidungsart=Undefined&Ammlungsnummer=&Index=&AenderungenSeit=Undefined&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=True&GZ=1817%2F78&VonDatum=&BisDatum=14.10.2016&Norm=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vwgh&Dokumentnummer=JWR_1978001817_19791031X01&ResultFunctionToken=c87e7948-e9f7-40e4-a116-6ed56582ab7b&Entscheidungsart=Undefined&Ammlungsnummer=&Index=&AenderungenSeit=Undefined&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=True&GZ=1817%2F78&VonDatum=&BisDatum=14.10.2016&Norm=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=).

<sup>31</sup>S. Mason, *op. cit.*, p. 9 – <http://humanities-digital-library.org/index.php/hdl/catalog/view/electronic/signatures/1/86-1>.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 11.

Legea notarilor publici din Austria, conține dispoziții relevante cu privire la anumite elemente pe care trebuie să le cuprindă un act notarial. Aceste elemente prezintă relevanță deoarece notarul public trebuie să le verifice și să le includă în actul notarial (înscris oficial). În cadrul art. 68 din prezentul act normativ sunt enumerate următoarele elemente: locul, anul, luna, ziua încheierii actului, numele, prenumele și rezidența notarului public, mențiuni cu privire la suplimente, acte, semnătura părților, adresa acestora, semnătura notarului public etc. De asemenea, în cadrul art. 38 din Legea notarilor publici din Austria este specificat faptul că notarul public răspunde pentru orice este declarat în cadrul unui act notarial ca fiind făcut în prezența lui, este într-adevăr făcut în prezența lui și în maniera indicată, răspunderea fiind activată chiar și pentru eroare accidentală. Cele două prevederi indică faptul că există o asemănare cu înscrisul autentic din legislația română, referitor la ceea ce notarul constată *ex propriis sensibus*.

Potrivit art. 310 alin. (1) C. pr. civ. austriac, „Înscrisurile care conform formei și conținutului reprezintă înscrisuri oficiale sunt prezumate a fi autentice”. Așadar, înscrisurile oficiale sunt prezumate a proveni de la persoana trecută în cadrul înscrisului ca emitent (semnatar).

Prevederile art. 310 alin. (2) din actul normativ menționat consacră următoarele: „În situația în care instanța de judecată consideră îndoielnică autenticitatea înscrisului oficial, aceasta poate, la cerere sau din oficiu, să ceară autorității sau persoanei de la care a provenit instrumentul să declare autenticitatea acestuia. Dacă îndoiala cu privire la autenticitatea înscrisului nu poate fi înlăturată în acest fel, dovada autenticității acestuia revine persoanei care dorește să utilizeze acel înscris ca probă.”. Prin urmare, dacă judecătorul ajunge să se îndoiască de identitatea persoanei de la care provine înscrisul (semnatarul), poate să ceară autorității care a autentificat înscrisul să declare că provine de la acea persoană. Necesitatea identificării semnatarului reiese din această prevedere, deoarece autoritatea nu are cum să ateste că semnătura provine de la o persoană, fără a-i stabili anterior identitatea. Cu titlu de exemplu, enunțăm prevederile art. 55 din Legea notarilor publici din Austriei, în care sunt consacrate expres obligația notarului public de a confirma identitatea semnatarului. De asemenea, menționăm faptul că temeiul dispoziției art. 310 alin. (2) C. pr. civ. austriac, este libera apreciere a probelor de către instanță.

Un efect al acestei prevederi este reprezentat de inversarea sarcinii probei, în sensul că aceasta trece de la persoana care contestă autenticitatea, la persoana care dorește să se folosească de acest înscris.

Judecătorul român are o prerogativă asemănătoare celei enunțate în cadrul art. 310 alin. (2) C. pr. civ. austriac. Astfel, instanța română are posibilitatea de a înlătura un înscris autentic pe temeiul propriilor constatări, nefiind necesar a se recurge la procedura înscrierii în fals dacă înscrisul prezintă anumite neregularități, lipsuri, vicii (fie formale, fie materiale), ce indică falsitatea acestuia într-un mod evident (prezumția de autenticitate este înlăturată)<sup>39</sup>. Avantajul prerogativei judecătorului austriac este, în primul rând,

---

<sup>39</sup> F. Măgureanu, *Înscrisurile – mijloace de probă în procesul civil*, Editura Lumina Lex, București, 1997, p. 59, V. M. Ciobanu, M. Nicolae, *op. cit.*, p. 904 și M. Fodor, *Probele în procesul civil*, Editura Universul Juridic, București, 2006, p. 142.

consacrarea legală a acesteia. De asemenea, nu este necesară enunțarea în cadrul art. 310 alin. (2), a motivelor pentru care judecătorul ajunge să se îndoiască de identitatea semnatarului.

Considerăm totuși că judecătorul ar trebui să precizeze motivele de îndoială pentru considerente de transparență. De asemenea, înscrisul oficial este prezumat a fi autentic, astfel, această prezumție ar trebui să poată fi răsturnată doar în cazuri de excepție. Acest fapt se datorează încrederii publice cu care a fost investită autoritatea ce a verificat identitatea semnatarului. În cazul în care aceste situații de excepție ar fi des întâlnite, ar avea ca efect lipsirea de relevanță juridică a prevederile art. 310 alin. (1) C. pr. civ. austriac. Alt argument în vederea susținerii afirmației, este bazat pe dorința de a nu crea o cutumă din verificarea autenticității înscrisurilor oficiale de către judecători.

O altă posibilă consecință în cazul verificării autenticității înscrisurilor oficiale de judecători în mod recurent, este faptul că încrederea publică în instituțiile publice s-ar diminua considerabil. Astfel, încrederea publică oferită instanței de judecată ar scădea datorită lipsei de încredere față de autoritatea publică care a întocmit înscrisul și nemulțumirii părților contractante. Specificăm și faptul că încrederea publică oferită autorității publice care a întocmit înscrisul oficial ar fi afectată în mod negativ. Prin urmare, persoanele nu ar mai recurge la încheierea de înscrisuri oficiale deoarece ar fi golate de relevanță juridică dispozițiile care consacră acest tip de înscris. De asemenea, persoanele având posibilitatea încheierii înscrisurilor sub semnătură privată, ar încheia actele juridice în această formă.

Precizăm faptul că motivele de îndoială trebuie doar menționate, nefiind necesară o explicație foarte amănunțită. Acestea pot să reiasă din conduita părților, dintr-un ansamblu de elemente îndoielnice etc. Nu considerăm că trebuie să fie foarte amănunțit detaliate argumentele avute în vedere, deoarece am restricționa libertatea de apreciere a probelor pe care o deține judecătorul. De asemenea, nu trebuie îngrădit rolul judecătorului în aflarea adevărului. Prerogativa judecătorului în legătură cu libera apreciere a probelor, nu trebuie îngrădită în mod excesiv. Menționăm și faptul că în situația în care există îndoieli cu privire la autenticitatea înscrisului oficial, judecătorul cere autorității publice care a întocmit înscrisul să declare autenticitatea înscrisului, respectiv faptul că semnatarul și-a dat acordul asupra celor conținute, fiind confirmată identitatea semnatarului. Așadar, această repercusiune provenită din lipsa de încredere a instanței de judecată cu privire la autenticitatea înscrisului oficial, nu este una care produce efecte radicale. Însă, așa cum am enunțat în paragraful anterior, nu credem ca este cazul să se creeze o cutumă din verificarea autenticității înscrisurilor oficiale. În concluzie, nu este necesară o stipulare legală a acestei prerogative a judecătorului, cu privire la explicarea motivelor pentru care autenticitatea înscrisului oficial este răsturnată, însă, trebuie avută în vedere de instanță.

Aceste motive de îndoială ar trebui să fie legitime. Nu orice suspiciune, indiferent de gradul de probabilitate, ar trebui să fie cercetată. Astfel, în situația în care statistic, șansele sunt infime ca înscrisul oficial să nu provină de la părți, analize suplimentare nu sunt necesare. De asemenea, sancționarea cu răsturnarea sarcinii probei nu este justificată din

simplică suspiciune nefondată a judecătorului. Decizia cu privire la cercetarea suspiciunii aparține judecătorului, însă, trebuie avută în vedere și întinderea temporală a procesului.

În cadrul Deciziei Curții Supreme din Austria nr. 5Ob24/13k din data de 16.07.2013<sup>40</sup>, respectiv în cadrul pct. 7.4.2 și 7.4.3 a fost stabilit faptul că nu este de competența instanței de drept comun să verifice dacă autoritatea care a întocmit înscrisul oficial a avut dreptul de a emite un asemenea înscris. Astfel, competența aparține unor instanțe de specialitate sau a altor autorități. Prin urmare, cât timp există indicii că acel act a fost întocmit de autoritatea publică, respectiv conține elemente cum ar fi sigiliu, ștampilă, numele autorității publice emitente și semnătura acesteia etc., nu este necesară verificarea acestui fapt. Considerăm această decizie ca fiind logică, deoarece partea interesată trebuie să demonstreze faptul că aceste înscrisuri nu provin de la autoritățile publice.

Conform art. 311 alin. (1) C. pr. civ. austriac, „Dacă un înscris întocmit de o autoritate publică străină sau de o persoană publică străină, poate fi considerat un înscris oficial fără dovezi suplimentare (doar înscrisul), va fi analizat de către instanță în funcție de circumstanțele speței”. Prin urmare, judecătorul analizează dacă înscrisului oficial a fost întocmit de autoritățile altor națiuni, de la caz la caz, având liberă apreciere a probelor. Desigur, menționăm faptul că există numeroase tratate internaționale cu privire la recunoașterea acestor înscrisuri oficiale<sup>41</sup>.

Referitor la acuratețea înscrisului oficial, în cadrul art. 292 alin. (1) C. pr. civ. austriac, este consacrat faptul că înscrisul oficial conferă forță probatorie deplină asupra conținutului, respectiv cu privire la valoarea de adevăr a celor menționate în cadrul înscrisului. De asemenea, potrivit art. 292 alin. (2) din același act normativ, „Dovada inexactității actului sau a faptului atestat sau a falsului înscrisului notarial este admisibilă”. Așadar, persoana interesată deține posibilitatea atacării acurateței înscrisului oficial. Însă, așa cum este precizat în cadrul art. 291 alin. (1), există o prezumție asupra acurateței înscrisului oficial.

O decizie relevantă cu privire la dovedirea lipsei de acuratețe a înscrisului oficial, este Decizia Curții Supreme a Austriei nr. 3Ob185/88 din 22.02.1989<sup>42</sup>. În cadrul acesteia au fost consacrate următoarele: „Partea (care dorește să conteste acuratețea) nu trebuie să se limiteze la declararea faptului că înscrisul este inexact (lipsă de veridicitate), ci trebuie să arate și probeze în mod concret faptele care determină falsitatea înscrisului. Acest fapt reiese din puterea doveditoare a înscrisului oficial, care nu poate fi răsturnată prin simple afirmații nefondate”. Prin urmare, instanța de judecată va cerceta dacă persoana care contestă acuratețea înscrisului oficial a adus dovezi concrete și suficiente în vedere probării faptului menționat. *Ratio decidendi* a instanței de judecată este clară, dorind să aprobe prezumția de acuratețe a înscrisului oficial, impune anumite sarcini persoanei care dorește să conteste această prezumție.

<sup>40</sup> [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT\\_20130716\\_OGH0002\\_0050OB00024\\_13K0000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20130716_OGH0002_0050OB00024_13K0000_000).

<sup>41</sup> W.H. Rechberger, D.A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, ed. a 8-a, Editura MANZ Verlag Vienna, Viena, 2010, p. 796.

<sup>42</sup> [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT\\_19890222\\_OGH0002\\_0030OB00185\\_8800000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_19890222_OGH0002_0030OB00185_8800000_000).

Referitor la infracțiunea falsului în înscrisuri oficiale, aceasta este consacrată în art. 223 și art. 224 C. pen. austriac<sup>43</sup>. Aceste dispoziții se aplică și înscrisurilor notariale<sup>44</sup>. Ținând cont de cele menționate, există posibilitatea sesizării autorităților în vederea începerii urmăririi penale cu privire la această infracțiune. Aspectele menționate au relevanță cu privire la acuratețea înscrisurilor oficiale.

În literatura juridică austriacă, s-a arătat că o hotărâre judecătorească poate fi dată de o instanță de judecată, inclusiv pe baza doar a unui înscris oficial autentificat<sup>45</sup>. Astfel, hotărârea poate să aibă ca temei și acest mijloc de probă, fără existența altora. Rațiunea prerogativei menționate reiese din încrederea sporită de care se bucură înscrisul oficial, datorită întocmirii acestuia de autorități publice.

Înscrisul notarial electronic este reglementat de Legea fondatoare a notarului electronic din Austria<sup>46</sup>, care a intrat în vigoare la data de 1 ianuarie 2019. Conform art. 2 din actul normativ menționat, se aduc modificări Legii notarilor publici din Austria, respectiv se introduce art. 69b. Potrivit dispozițiilor enunțate, identificarea se poate realiza și printr-un șablon electronic al cărții de identitate (*ID electronic*). De asemenea, este menționat că detaliile tehnice referitoare la identificarea electronică sunt stabilite prin indicațiile Camerei notarilor publici<sup>47</sup>.

În cadrul acestor prevederi este menționat și faptul că, în momentul încheierii actului juridic notarial electronic, trebuie să existe o comunicare prin conexiune vizuală și auditivă în două sensuri, în timp real, între părți și notarul public. Astfel, trebuie să existe o videoconferință. Această dispoziție are ca și rațiune necesitatea observării de către notarul public asupra realizării acordului între părți și înțelegerea consecințelor provenite din încheierea actului juridic. Considerăm că notarul public nu va putea observa multiple aspecte cu privire la conduita părților prin intermediul mijloacelor electronice. Cu titlu de exemplu, situația în care o parte este amenințată de o persoană care se află în cameră cu aceasta. Notarul public nu poate să observe ce persoană mai este în cameră cu partea prin intermediul videoconferinței.

Din cadrul dispozițiilor art. 68 alin. (1) lit. g) și h) din Legea notarilor publici din Austria, reiese că părțile semnează înscrisul notarial electronic folosind semnătură electronică (fiind precizat că semnătura electronică poate fi și simplă), iar notarul public semnează ulterior acestora, aplicând o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat.

În pofida protecției existente prin aplicarea semnăturii electronice în timpul videoconferinței și identificarea anterioară prin intermediul șablonului electronic al documentului de identificare, menționăm că semnătura electronică pe care o aplică părțile ar trebui să fie o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat. Motivul

<sup>43</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>.

<sup>44</sup> [https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Betrug\\_und\\_Urkundenfaelschung\\_im\\_Strafrecht.html](https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Betrug_und_Urkundenfaelschung_im_Strafrecht.html).

<sup>45</sup> B. Nunner-Krautgasser, P. Anzenberger, *op. cit.*, p. 23 - <http://www.lex-localis.press/index.php/LexLocalisPress/catalog/view/24/20/88-1>.

<sup>46</sup> [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I\\_00253/fname\\_701814.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00253/fname_701814.pdf).

<sup>47</sup> [https://www.notar.at/download\\_file/force/2128/270/](https://www.notar.at/download_file/force/2128/270/).

pentru care am considerat necesară modificarea legislativă în vederea introducerii acestui aspect, este datorat gradului de protecție sporit oferit de semnătura electronică extinsă calificată. Astfel, nu există posibilitatea de a semna alt înscris electronic decât cel notarial electronic, iar semnătura electronică calificată aparține cu certitudine părții care o aplică.

Precizăm că este foarte dificil de determinat prin aplicarea unei semnături simple, cine a semnat sau cum a fost aceasta aplicată, chiar dacă există o conexiune audio-video în momentul semnării înscrisului notarial electronic. Acest fapt se datorează multitudinii tipurilor de semnături electronice. De asemenea, nu este observat ceea ce se întâmplă pe calculatorul părților (sau orice alt sistem informatic). Din acest motiv, ar putea fi utilă implementarea legală a folosirii unui program, prin care să se observe calculatorul părții în momentul exact al aplicării semnăturii electronice simple. O altă prevedere necesară ar putea face referire la faptul că părțile ar trebui să arate semnătura electronică simplă, pe care dorește să o utilizeze, înainte de a o aplica înscrisului notarial electronic. Menționăm că aceste implementări legale nu ar fi necesare dacă părțile ar semna folosind o semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat.

Conform art. 67 alin. (1) din Legea notarilor publici din Austria, nu este posibilă încheierea unui act notarial electronic cu privire la moștenirea testamentară, deoarece validitatea actului de moștenire este reglementată de C. civ. austriac. Apreciem această prevedere legală, deoarece anumite contracte datorită importanței acestora, nu ar trebui să poată fi încheiate în formă electronică. Legiuitorul are prerogativa de a selecta tipurile de acte juridice care necesită protecție, prin impunerea formei scrise, semnate olograf (*ad validitatem*).

Doctrina de specialitate austriacă nu a analizat aceste dispoziții, datorită faptului că Legea fondatoare a notarului electronic din Austria a intrat în vigoare la data de 1 ianuarie 2019. Astfel, acest tip de înscris va trebui cercetat foarte amănunțit. De asemenea, practica judiciară cât și cea notarială nu și-au lăsat încă amprenta asupra înscrisului notarial electronic.

Dorim să enunțăm faptul că normele legale austriece, nu doar cele referitoare la activitatea notarială, ci și cele din C. civ. austriac, conțin un limbaj de o complexitate ridicată, nu doar din punct de vedere juridic, iar modalitatea de exprimare în cadrul acestora, nu este una potrivită, deoarece este lipsită de claritate.

### **3. Concluzii**

Înscrisul oficial reprezintă echivalentul înscrisului autentic din România, existând mici diferențe. Cu titlu de exemplu, enunțăm prevederile art. 3 lit. d) din Legea notarilor publici a Austriei, conform căreia debitorul trebuie să declare în actul notarial faptul că acesta reprezintă titlu executoriu. În lipsa acestei mențiuni, creditorul poate recurge doar la procedura judiciară, în vederea obținerii unui titlu contra debitorului. Considerăm că această exigență este excesivă și restrictivă, deoarece dacă avem o creanță certă, lichidă și exigibilă, nu vedem necesitatea existenței acestei declarații a debitorului, pentru ca actul notarial să fie un titlu executoriu.

Un avantaj oferit de art. 3 din Legea notarilor publici din Austria, este reprezentat de timpul economisit prin nerecurgerea la procedura judiciară. De asemenea, unul dintre scopurile acestei prevederi este de a proteja interesele creditorului, fiind necesar a recupera creanța de la debitor. Având în vedere și autoritatea cu care a fost investit un notar public, rațiunea acordării actului notarial care îndeplinește anumite condiții, a avantajului de a fi titlu executoriu, este justificată. Acestea fiind spuse, nu găsim o justificare logică a rațiunii necesității acordului expres al debitorului pentru ca actul notarial, care îndeplinește criteriile prevăzute în cadrul art. 3 din Legea notarilor publici din Austria, să fie considerat titlu executoriu.

Argumentul principal pentru inserarea necesității acordului expres al debitorului cu privire la posibilitatea executării directe în cadrul art. 3 lit. d) din Legea notarilor publici din Austria, în opinia noastră, este faptul că acesta își asumă într-un mod mai responsabil executarea creanței. Din perspectiva psihologică, o declarație pe care partea obligată o face în mod expres, în cadrul unui act oficial, ar putea determina o legătură mai puternică între sine și respectarea obligațiilor contractuale, decât simpla semnătură aplicată contractului. De asemenea, există șanse semnificativ sporite să fie respectate obligațiile consolidate în cadrul unui act oficial, comparativ cu cele consolidate în cadrul unui act privat. Aspectul menționat anterior este determinat de gradul de oficialitate al autorității care întocmește acte autentice, respectiv frica de repercusiunile legale, în cazul nerespectării obligațiilor.

Un efect al responsabilității amplificate (implicare morală) din declarația expresă a debitorului, ar fi faptul că ar conduce la un număr mai redus de cazuri în care acesta ar contesta titlul executoriu sau înscrisul oficial notarial. Apreciem că existența mențiunii nu va avea ca efect crearea unei implicări morale sporite din partea debitorului, deoarece nu există studii de specialitate care să confirme acest fapt. De asemenea, este dificil a determina motivul exact al implicării morale a persoanelor cu privire la îndeplinirea obligațiilor.

Considerăm că modul în care a reglementat legiuitorul român avantajul titlului executoriu al înscrisului autentic notarial, care constată o creanță certă, lichidă și exigibilă, în cadrul art. 639 C. pr. civ. român, este mai clar, concis și eficient, comparativ cu reglementarea austriacă, datorită lipsei necesității a multiplelor formalități existente în cadrul art. 3 din Legea notarilor publici din Austria (cu titlu de exemplu, necesitatea acordului debitorului).

Referitor la autenticitate, există o prezumție că înscrisurile oficiale provin de la persoana trecută în cadrul înscrisului ca emitent (semnatar), în legislația austriacă. Însă, potrivit art. 310 alin. (2), judecătorul dacă are motive de îndoială, poate răsturna sarcina probei. Astfel, persoana care dorește să se folosească de înscris va trebui să dovedească autenticitatea acestuia. Apreciem că aceste motive de îndoială ar trebui să fie legitime. Nu orice suspiciune, indiferent de gradul de probabilitate, ar trebui să fie cercetată.

Motivele de îndoială ar trebui precizate pentru considerente de transparență, nefiind necesară o stipulare legală expresă în acest sens. Înscrisul oficial este prezumat a fi autentic, astfel, prezumția ar trebui să poată fi răsturnată doar în cazuri de excepție. Acest



fapt se datorează încrederii publice cu care a fost investită autoritatea ce a verificat identitatea semnatarului. Alt argument în vederea susținerii afirmației, este bazat pe dorința de a nu crea o cutumă din verificarea autenticității înscrisurilor oficiale de către judecători.

Înscrisul oficial conferă forță probatorie deplină asupra conținutului, respectiv cu privire la valoarea de adevăr a celor menționate în cadrul înscrisului. Prin urmare, legislația austriacă consacră prezumția acurateței înscrisului oficial.

Referitor la înscrisul notarial electronic, legislația care reglementează posibilitatea încheierii unui act juridic în această formă, este nouă (intrată în vigoare la data de 1 ianuarie 2019), astfel, doctrina de specialitate și practica nu și-au lăsat amprenta încă. Sistemul de videoconferință între notarul public și părți, în momentul aplicării semnăturii electronice simple a părților, este bine-venită. Însă, considerăm că părțile ar trebui să fie obligate să aplice o semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat și nu o semnătură electronică simplă, pentru rațiuni de protecție a intereselor părților.

Concludem prin a menționa că legislația austriacă referitoare la înscrisul autentic este complicată, atât din punct de vedere al exprimării folosite în cadrul normelor legale, cât și modalitatea de reglementare a acestui înscris. Din acest motiv apreciem că acest model de reglementare a înscrisului autentic, nu ar produce consecințe pozitive dacă ar fi introdus în România.



---

*Secțiunea de Drept public*

---



# Conducerea unui vehicul fără permis de conducere. Două ipoteze de (ne)tipicitate

## Driving a vehicle without a driving license. Two (non)typicity hypotheses

Conf. univ. dr. **Adrian FANU-MOCA\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

### Abstract

*The article analyzes from the perspective of the typicity criteria provided by art. 335 para. (2) of the Romanian Criminal Code, two hypotheses: the driving on the public roads of a motor vehicle by a person who has the driving license detained in a period for which the prosecutor or the court did not extend the right to drive and, respectively, the driving on the public roads of a motor vehicle by a person who was imposed by the judicial body, during the preventive measure of judicial control, the obligation not to drive specific vehicles.*

**Keywords:** *vehicle; motor vehicle; suspension of the right to drive; driving license; obligation not to drive a particular vehicle.*

### Rezumat

*Articolul analizează din perspectiva criteriilor de tipicitate prevăzute de art. 335 alin. (2) C. pen., două ipoteze: conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul de către o persoană care are permisul de conducere sau dovada înlocuitoare a acestuia reținut(ă) într-o perioadă pentru care procurorul sau instanța de judecată nu au prelungit dreptul de circulație și, respectiv, conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul de către o persoană care are instituită de organul judiciar, pe timpul măsurii preventive a controlului judiciar obligația de a nu conduce vehicule anume stabilite.*

**Cuvinte-cheie:** *vehicul, autovehicul, suspendarea dreptului de a conduce, permis de conducere, obligația de a nu conduce un anumit vehicul.*

**1. Prolegomene.** Art. 335 C. pen. reglementează în cuprinsul său trei infracțiuni cu un obiect juridic comun, reprezentat de relațiile sociale referitoare la siguranța circulației pe drumurile publice, a căror normală existență și desfășurare este condiționată de interzicerea faptelor de conducere a vehiculelor de către persoane care nu au acest drept certificat prin deținerea unui permis de conducere<sup>1</sup>.

---

\* adrian.fanu@e-uvv.ro.

<sup>1</sup> I. Rusu, *Infracțiuni contra siguranței circulației pe drumurile publice*, în G. Antoniu, T. Toader (coord.), *Explicațiile noului Cod penal*, Editura Universul Juridic, București, 2016, vol. IV, p. 661.

Textul de incriminare al art. 335 C. pen. care poartă denumirea marginală „Conducerea unui vehicul fără permis de conducere” a fost criticat atât în doctrină<sup>2</sup>, cât și în jurisprudența Curții Constituționale<sup>3</sup> prin raportarea dispozițiilor alin. (1) al acestuia la denumirea sa marginală. Instanța de contencios constituțional a constatat cu privire la această chestiune în decizia antecitată «existența unei neconcordanțe între denumirea marginală a art. 335 C. pen., care face referire la noțiunea de „vehicul”, și cuprinsul reglementării art. 335 alin. (1) C. pen. care utilizează limitativ noțiunile de „autovehicul” și „tramvai”, acesta din urmă reprezentând, potrivit art. 6 pct. 6 teza a doua din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002, un vehicul».

Același text a ocazionat și alte controverse legate de tipicitatea faptei în situația în care aceasta presupune conducerea pe drumurile publice a unui tractor agricol sau forestier lămurite prin Decizia nr. 11 din 12 aprilie 2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală<sup>4</sup> prin care s-a stabilit: «În interpretarea noțiunii de „autovehicul”, prevăzută de art. 334 alin. (1) C. pen. și art. 335 alin. (1) C. pen., raportat la art. 6 pct. 6 și pct. 30 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002, modificată și completată prin Ordonanța Guvernului nr. 21/26.08.2014, conducerea pe drumurile publice a unui tractor agricol sau forestier neînmatriculat/neînregistrat potrivit legii sau de către o persoană care nu posedă permis de conducere nu întrunește condițiile de tipicitate ale infracțiunilor prevăzute de art. 334 alin. (1) C. pen., respectiv de art. 335 alin. (1) C. pen.».

Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 224 din 4 aprilie 2017 a admis excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 335 alin. (1) C. pen. și art. 6 pct. 6 teza a doua din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice și a constatat că „soluția legislativă cuprinsă în art. 335 alin. (1) C. pen., care nu incriminează fapta de conducere pe drumurile publice a unui tractor agricol sau forestier, fără permis de conducere, este neconstituțională”.

Prezentul studiu va realiza o analiză a altor două ipoteze în care nu sunt întrunite condițiile de tipicitate ale infracțiunii prevăzute de art. 335 alin. (2) C. pen. – în situația în care un conducător auto, care are permisul de conducere sau dovada înlocuitoare a acestuia reținut(ă), conduce un vehicul pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere într-o perioadă de timp pentru care procurorul sau instanța de judecată nu au prelungit dreptul de circulație, respectiv, în situația în care conducătorul care are instituită de organul judiciar, pe timpul măsurii preventive a controlului judiciar, conform art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen., obligația de a nu conduce vehicule anume stabilite este depistat conducând un autovehicul. Ultima ipoteză a fost supusă analizei Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, care, prin Decizia nr. 18 din 29 octombrie 2019, nepublicată în Monitorul

<sup>2</sup> C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială II. Curs tematic*, Editura C.H. Beck, București, 2018, p. 433.

<sup>3</sup> Curtea Constituțională, Decizia nr. 224 din 4 aprilie 2017, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 427 din 9 iunie 2017.

<sup>4</sup> Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 479 din data de 26 iunie 2017.

oficial până la data redactării prezentului articol, a stabilit: „Obligația inculpatului de a nu conduce vehicule anume stabilite, impusă de organul judiciar pe timpul măsurii preventive a controlului judiciar conform art. 215 alin. (2) lit. i) din Codul de procedură penală, nu constituie o suspendare a exercitării dreptului de a conduce, iar încălcarea acesteia nu întrunește elementele de tipicitate ale infracțiunii prevăzute de art. 335 alin. (2) C. pen.”.

Infracțiunea prevăzută și pedepsită de alin. (2) al art. 335 C. pen. presupune „conducerea pe drumurile publice a unui vehicul pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere de către o persoană al cărei permis de conducere este necorespunzător categoriei sau subcategoriei din care face parte vehiculul respectiv ori al cărei permis i-a fost retras sau anulat ori căreia exercitarea dreptului de a conduce i-a fost suspendată sau care nu are dreptul de a conduce autovehicule în România”.

Subiectul activ al acestei infracțiuni se află într-o situație specială – el are permis de conducere, însă acesta este necorespunzător categoriei sau subcategoriei din care face parte vehiculul respectiv, permisul de conducere i-a fost retras sau anulat ori exercitarea dreptului de a conduce i-a fost suspendată sau nu are dreptul de a conduce autovehicule în România. Prin urmare, în toate situațiile acesta fie a avut permis de conducere corespunzător categoriei sau subcategoriei, dar acesta a fost anulat sau i-a fost suspendată exercitarea dreptului de a conduce, fie are un permis de conducere, dar acesta nu este corespunzător categoriei sau subcategoriei sau are permis de conducere emis de un alt stat, dar acesta nu îi conferă dreptul de a conduce în România. Legiuitorul a instituit în astfel de cazuri o răspundere penală atenuată pornind de la faptul că subiectul activ are noțiuni de legislație rutieră (care sunt comune pentru toate categoriile și subcategoriile de vehicule)<sup>5</sup>.

Regimul juridic al permisului de conducere este reglementat de dispozițiile art. 30 din Regulamentul de aplicare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 195/2002, acesta putând fi eliberat pentru una sau mai multe dintre categorii și subcategoriile de vehicule prevăzute de textul normativ antecitat.

**2. Prima ipoteză. Conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul de către o persoană care are permisul de conducere sau dovada înlocuitoare a acestuia reținut(ă) într-o perioadă pentru care procurorul sau instanța de judecată nu au prelungit dreptul de circulație.** În conformitate cu dispozițiile art. 111 alin. (1) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice<sup>6</sup>, „permisul de conducere sau dovada înlocuitoare a acestuia se reține în următoarele cazuri: b) când titularul acestuia a săvârșit una dintre infracțiunile prevăzute la art. 334, art. 335 alin. (2), art. 336, 337, art. 338 alin. (1) și la art. 339 alin. (2), (3) și (4) C. pen.”. De asemenea, potrivit dispozițiilor alin. (4) al aceluiași articol, „permisul de conducere al conducătorului de autovehicul, tractor agricol sau forestier ori tramvai, implicat într-un accident de

<sup>5</sup> Pentru o analiză a acestei chestiuni a se vedea și A. Fanu-Moca, *Drept penal. Partea specială II*, Editura C.H. Beck, București, 2019, p. 297.

<sup>6</sup> Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 670 din 3 august 2006.

circulație din care a rezultat uciderea sau vătămarea corporală a unei persoane, se reține de către poliția rutieră dacă acesta a încălcat o regula de circulație, eliberându-se dovada înlocuitoare fără drept de circulație, în situația în care regula de circulație încălcată este una dintre cele prevăzute la art. 102 alin. (3) lit. a) și c), sau dovadă înlocuitoare cu drept de circulație pentru o perioadă de 15 zile, în celelalte cazuri”.

În ceea ce privește procedura de prelungire a dreptului de circulație, alin. (6) al art. 111 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002 prevede: „La cererea titularului permisului de conducere reținut în condițiile alin. (1) lit. b) sau ale alin. (4), procurorul care efectuează urmărirea penală sau exercită supravegherea cercetării penale ori, în faza de judecată, instanța de judecată investită cu soluționarea cauzei poate dispune prelungirea dreptului de circulație, cu câte cel mult 30 de zile, până la dispunerea neînceperii urmării penale, scoaterii de sub urmărire penală ori încetării urmării penale sau, după caz, până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești. Modul de soluționare a cererii de prelungire a dreptului de circulație se comunică și șefului poliției rutiere pe raza căreia s-a comis fapta”.

Având în vedere aceste dispoziții, se naște o problemă în ceea ce privește tipicitatea obiectivă a faptei în situația în care un conducător auto aflat într-una din ipotezele prevăzute de art. 111 alin. (1) lit. b) sau alin. (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002, care are permisul de conducere sau dovada înlocuitoare a acestuia reținut(ă), conduce un vehicul pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere într-o perioadă de timp pentru care procurorul sau instanța de judecată nu au prelungit dreptul de circulație, conform dispozițiilor alin. (6) al aceluiași articol.

Din analiza textului de incriminare rezultă că o astfel de situație ar putea fi încadrată doar în ipoteza conducătorului auto „care nu are dreptul de a conduce autovehicule în România”, însă această sintagmă acoperă alte situații, de regulă derivate din aplicarea convențiilor internaționale în materia circulației rutiere la care România este parte<sup>7</sup>, care exclud recunoașterea dreptului de circulație pe teritoriul României fie cetățenilor străini care au permis de conducere emis de alte state, fie cetățenilor români care au permis de conducere emis de alte state<sup>8</sup>. Aplicarea acestui text de incriminare s-ar putea, prin urmare, realiza numai printr-o analogie *in malam partem*, ceea ce este interzis în dreptul penal.

În acest context, *de lege lata*, apreciem că fapta persoanei aflate în situațiile prevăzute de art. 111 alin. (1) lit. b) și alin. (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002 surprinsă conducând fără a avea dreptul de circulație prelungit de către procuror sau de către instanța de judecată pentru câte o perioadă de 30 de zile, în

---

<sup>7</sup> Este vorba despre Convenția asupra circulației rutiere, încheiată la Viena la 8 octombrie 1968 (ratificată de România prin Decretul nr. 318/1980), Convenția europeană cu privire la efectele internaționale ale interzicerii dreptului de a conduce un autovehicul cu motor, adoptată la Bruxelles la 3 iunie 1976 (ratificată de România prin Legea nr. 126/1997) și despre Convenția europeană pentru reprimarea infracțiunilor rutiere, adoptată la Strasbourg la 30 noiembrie 1964 (ratificată de România prin Legea nr. 183/1997).

<sup>8</sup> Pentru o analiză a ipotezelor acoperite de expresia „care nu are dreptul de a conduce autovehicule în România”, a se vedea Al. Rîșniță, R.M. Maier, *Cu privire la anumite probleme de interpretare a art. 86 alin. (2) din O.U.G. nr. 195/2002*, publicat pe portalul [www.juridice.ro](http://www.juridice.ro).



condițiile art. 111 alin. (6) din același act normativ, nu este acoperită de dispozițiile art. 334 alin. (2) C. pen., aceasta nefiind, prin urmare, una tipică, reținerea permisului de conducere sau a dovezii înlocuitoare a acestuia nefiind echipolentă din punct de vedere juridic cu suspendarea dreptului de a conduce autovehicule. O diferență esențială între aceste două instituții rezultă și din aceea că, în cazul reținerii permisului sau a dovezii înlocuitoare, organul judiciar poate dispune prelungirea dreptului de circulație cu câte 30 de zile, în vreme ce în cazul suspendării dreptului de a conduce – sancțiune contravențională complementară – o astfel de procedură nu este compatibilă cu această sancțiune.

**3. A doua ipoteză. Conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul de către o persoană care are instituită de organul judiciar, pe timpul măsurii preventive a controlului judiciar, conform art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen., obligația de a nu conduce vehicule anume stabilite.** Astfel, în conformitate cu dispozițiile textului mai înainte amintit, „organul judiciar care a dispus măsura poate impune inculpatului ca, pe timpul controlului judiciar, să respecte una sau mai multe dintre următoarele obligații: i) să nu conducă vehicule anume stabilite de organul judiciar”.

Așa cum în mod unanim s-a statuat în doctrină, obiectul juridic al infracțiunii reglementate de art. 335 C. pen. constă în relațiile sociale referitoare la siguranța circulației pe drumurile publice. Această valoare socială nu este însă vizată și de obligația reglementată de art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen., care este instituită de către organul judiciar într-unul dintre scopurile prevăzute de art. 202 alin. (1) C. pr. pen. – buna desfășurare a procesului penal, împiedicarea sustragerii inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată ori prevenirea săvârșirii unei alte infracțiuni.

În analiza problemei de drept iscate de ipoteza anteamintită, trebuie pornit de la natura juridică diferită a suspendării dreptului de a conduce autovehicule și cea a obligației de a nu conduce vehicule anume stabilite de organul judiciar, însă aceasta, analizată în mod singular, nu poate conduce la concluzia excluderii reciproce, în sensul că atâta vreme cât încălcarea obligațiilor instituite de organul judiciar în cadrul controlului judiciar atrage sancțiuni în plan procesual (luarea unei măsuri preventive privative), aceasta nu ar putea produce consecințe juridice și în planul dreptului substanțial<sup>9</sup>. Cu toate acestea, natura lor juridică diferită induce consecințe diferite: în plan procesual este vizat pe această cale un scop eminentement preventiv, circumscris dispozițiilor art. 202 alin. (1) C. pr. pen., în cazul nesocotirii obligației de a nu conduce anumite vehicule stabilite de organul judiciar, iar, în plan substanțial, un scop punitiv, în cazul nesocotirii efectului juridic al suspendării dreptului de a conduce autovehicule.

În funcție de natura lor juridică, legiuitorul a stabilit la nivel normativ sancțiunea aplicabilă în cazul încălcării acestora, aceasta fiind, astfel, diferită în cele două cazuri.

---

<sup>9</sup> În același sens, A. Zărafiu, *Opinie juridică ref. ÎCCI-DCD: Dacă obligația inculpatului de a nu conduce vehicule anume stabilite, în timpul controlului judiciar, constituie o suspendare a exercitării dreptului de a conduce*, publicat pe portalul [www.juridice.ro](http://www.juridice.ro).

Potrivit dispozițiilor art. 215 alin. (7) C. pr. pen., „în cazul în care, pe durata măsurii controlului judiciar, inculpatul încalcă, cu rea-credință, obligațiile care îi revin sau există suspiciunea rezonabilă că a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune pentru care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, la cererea procurorului ori din oficiu, poate dispune înlocuirea acestei măsuri cu măsura arestului la domiciliu sau a arestării preventive, în condițiile prevăzute de lege”. Potrivit dispozițiilor art. 335 alin. (2) C. pen., „conducerea pe drumurile publice a unui vehicul pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere de către o persoană (...) căreia exercitarea dreptului de a conduce i-a fost suspendată (...) se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă”.

*Obligația de a nu conduce*, instituită ca obligație negativă facultativă în câmpul procesual al măsurii preventive a controlului judiciar, are întotdeauna un obiect individualizat de organul judiciar care a dispus-o - **un vehicul anume stabilit de organul judiciar**. Prin urmare, atunci când este dispusă această obligație, organul judiciar va trebui să individualizeze vehiculul la care se referă fie în mod singular, prin indicare concretă a acestuia, fie generic, prin indicarea categoriei din care face parte. Această obligație nu vizează dreptul de a conduce, care, din punct de vedere juridic, nu este afectat. Prin urmare, în toată perioada pentru care a fost dispusă măsura preventivă a controlului judiciar, dreptul inculpatului de a conduce nu este suspendat, acesta având doar obligația de a nu conduce vehiculul anume stabilit de organul judiciar. Rezultă, fără putință de tăgadă, că această obligație negativă poate viza chiar și vehicule pentru care nu este necesară deținerea unui permis de conducere și care se află în afara limitelor incriminării prevăzute de art. 335 alin. (2) C. pen., în condițiile în care textul art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen. nu prevede nicio limitare a categoriei de vehicule la care se referă.

*Suspendarea exercițiului dreptului de a conduce* este, de regulă, o sancțiune administrativă care vizează **însuși dreptul de a conduce pe drumurile publice**, având ca efect o ineficientizarea temporară a dreptului de a conduce toate tipurile de vehicule pentru a fost obținut permisul de conducere. Astfel, deși dreptul de a conduce nu a fost abolit din punct de vedere juridic, posibilitatea lui de manifestare este suspendată pentru o anumită perioadă de timp. Aceasta nu vizează orice vehicul, ci numai acele categorii de vehicule pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere. Ea presupune interdicția temporară de a conduce vehicule pe drumurile publice, câtă vreme obligația reglementată de art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen. vizează interdicția absolută de conducere a vehiculului individualizat de organul judiciar, indiferent dacă aceasta se realizează pe drumul public sau în afara lui.

Astfel, infracțiunea prevăzută de art. 335 alin. (2) C. pen. poate fi comisă numai prin conducerea vehiculului pe un drum public, câtă vreme încălcarea obligației prevăzute de art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen. poate fi realizată și prin conducerea vehiculului anume stabilit de organul judiciar în afara unui drum public.

Pe de altă parte, obligația reglementată de art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen. este supusă prelungirii odată cu măsura controlului judiciar în condițiile prevăzute de lege, câtă

vreme suspendarea dreptului de a conduce este stabilită pentru un anumit termen, neputând fi prelungită.

Revenind la situația premisă a infracțiunii prevăzute de art. 335 alin. (2) C. pen., este de observat că aceasta vizează **dreptul de a conduce** pe drumurile publice, fapta putând fi comisă de o persoană al cărei permis de conducere este necorespunzător categoriei sau subcategoriei din care face parte vehiculul respectiv ori al cărei permis i-a fost retras sau anulat ori căreia exercitarea dreptului de a conduce i-a fost suspendată sau care nu are dreptul de a conduce autovehicule în România, fiind legată întotdeauna de un vehicul „pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere”. Spre deosebire de aceasta, obligația negativă impusă de art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen. vizează orice vehicul, fie că pentru acesta legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere sau nu.

Spre deosebire de obligația prevăzută de art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen., care se dispune de organul judiciar competent, suspendarea dreptului de a conduce se dispune de către un organ administrativ din cadrul poliției rutiere.

Faptul că art. 97 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002 dispune că „perioada în care titularul permisului de conducere nu are dreptul de a conduce un autovehicul, tractor agricol sau forestier ori tramvai se consideră perioadă de suspendare a exercitării dreptului de a conduce” nu poate conduce, în opinia noastră, la concluzia că obligația inculpatului de a nu conduce vehicule anume stabilite, impusă de organul judiciar pe timpul măsurii preventive a controlului judiciar conform art. 215 alin. (2) lit. i) C. pr. pen., constituie o suspendare a exercitării dreptului de a conduce, în sensul art. 335 alin. (2) C. pen. Aceste dispoziții normative au fost edictate de legiuitor pentru a fi înlăturate probleme de interpretare și privesc exclusiv măsura tehnico-administrativă a reținerii permisului de conducere urmată de eliberarea unei dovezi înlocuitoare fără drept de circulație, perioadă în care persoana respectivă nu poate conduce în mod legal, neputând fi apreciate ca dispoziții generale care realizează o echipolență între suspendarea dreptului de a conduce și orice altă măsură administrativă sau judiciară care impune o obligație de a nu conduce<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

# Știința dreptului în Evul Mediu, Renaștere și Iluminism

## Jurisprudence in the Middle Ages, Renaissance and Enlightenment

Lect. univ. dr. **Dana-Maria DIACONU\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

### Abstract

The „academic law” born in the Middle Ages, taught publicly in universities, has drawn this profile of an autonomous knowledge that cannot be reduced to other types of knowledge and, in particular, quite different from the knowledge of positive laws, much later studied in the academic world. The university is where this right and only this right is created and disseminated. Therefore most researchers think that the Middle Ages is a brilliant period for academic law. The development of the theoretical law after the emergence of codes (Civil Code in France, B.G.B. in Germany) shows another perspective on the autonomy of legal research. The science of law is proposed by the legal scholars of the sec. XIX as (a) a dogmatic legal theory accessible only to lawyers, (b) a de facto dogmatic legal theory created and disseminated through the university. The current concept of the science of law is still feeding on the fruits of this understanding.

**Keywords:** academic law; science of law; legal research; Roman law.

### Rezumat

Dreptul savant născut în Evul Mediu, predat public în universități a prins conturul unei cunoașteri autonome, imposibil de redus la alte tipuri de cunoaștere și, mai ales, net diferit de cunoașterea legilor pozitive, mult mai târziu studiate în mediul academic. Universitatea este locul unde acest drept și numai acest drept se creează și se diseminează. Ceea ce îi face pe majoritatea cercetătorilor în drept să considere că Evul Mediu este pentru dreptul savant o perioadă brillantă. Dezvoltarea dreptului savant după apariția codurilor (Codul civil în Franța, B.G.B. în Germania) ne arată o altă perspectivă asupra autonomiei cercetării juridice. Știința dreptului este propusă de savanții juriști ai sec. XIX ca (a) o dogmatică accesibilă doar juriștilor, (b) o dogmatică de facto creată și răspândită și prin mediile universitare. Concepția actuală despre știința dreptului se hrănește încă cu fructele acestei înțelegeri.

**Cuvinte-cheie:** drept savant, știința dreptului, cercetare juridică, drept roman.

---

\* dana.diaconu@e-uvt.ro.

## 1. Începuturile cercetării teoretice în drept

Evoluția evenimentelor care a dus la legitimarea unei „științe a dreptului” conține ingrediente greu sesizabile pentru juristul contemporan, care a moștenit fără știrea sa ideea că dreptul nu poate fi altceva decât o știință.

(1) Un prim ingredient este fondul general de idei legate de mari concepte, multe dintre ele valori juridice, analizate încă de filosofii Antichității (justiție, dreptate, echitate, libertate). *Filosofia dreptului* continuă dezvoltarea acestora, iar juriștii, în activitatea lor, își alimentează argumentele cu elementele acestui fond axiologic și de gândire filosofică. Privind în urmă la modul de dezvoltare a gândirii juridice, nu putem să nu remarcăm importanța și continuitatea acestei preocupări. Însă dreptul nu este o știință pentru că juriștii au frecventat (și) aceste idei, în loc să se ocupe doar de dreptul aplicabil.

(2) Un alt ingredient, adăugat istoric, este dreptul roman în sine, care a creat nu doar un sistem legislativ complex și extrem de avansat, ci și un set de principii de drept și unul de concepte juridice, ambele cu caracter general.

Influența filosofiei stoice asupra juriștilor romani este evidentă. Ideea că natura este un *nexus causarum*, un nod indestructibil de cauze, și că, în om, aceasta poate deveni conștientă de finalitatea sa, devenind Rațiune, conduce la teza stoică a descoperirii naturii prin comandamentele Rațiunii (idee care se regăsește, de altfel, chiar la Spinoza și la Rousseau). Mai mult, cosmopolitismul stoic susține o *lex universalis*, aplicabil într-o *civitas maxima* - un drept comun conform cu natura și cu dreapta rațiune, aplicabil oriunde. Juriștii romani au fost foarte influențați de această gândire. De exemplu, *jus gentium*, în sens antic, de drept aplicat atât romanilor, cât și străinilor, actualul drept internațional, era definit în *Institutele* lui Gaius astfel: *Jus gentium omni humano genere comune est*. Desigur, este vorba de preluarea conceptului stoic de „noțiuni comune”, de idei și reguli de conduită legate în mod necesar de natura umană, prin excelență definită de Rațiune. Există deci o capacitate comună a oamenilor de a înțelege natura lucrurilor, *logosul* care organizează lumea<sup>1</sup>. Raționalitatea dreptului la stoici este exprimată de un *orto logos*, de „dreapta” rațiune, care ar acționa cu necesitate, singura care justifică o lege particulară.

Această concepție, pe care cultura juridică a transmis-o constant mai departe, a făcut din jurist un personaj înclinat să accepte ideea că există, dincolo de dreptul pozitiv impus, legități care au, în același timp, natură juridică și caracter general.

(3) În contextul de mai sus, un alt element se adaugă evoluției către o „știință a dreptului”: dreptul a devenit un domeniu *laic* de expertiză. Nici acest ingredient nu se bucură de vizibilitate. El devine însă imediat relevant dacă schimbăm paradigma culturală (analiza dreptului musulman, spre exemplu, indică imediat lipsa caracterului laic).

În dreptul roman, *laicizarea* dreptului a avut o consecință importantă, pentru că, extras din sfera religiei, dreptul a putut de veni *obiectiv*, în sensul juridic al termenului. Adică dreptul a putut avea un conținut prins în cuvintele legii dictate de nevoile sociale, și

---

<sup>1</sup> Jusnaturalismul preia într-o manieră implicită această idee. Spinoza, spre exemplificare, susține lapidar: „Les hommes, selon leur constitution naturelle, ne sauraient vivre que sous une certaine législation générale.” (cf. Spinoza, *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1954, *Traité politique*, cap. 1, paragraful 3).

nu unul atribuit divinității. După afișarea Legii celor XII Table, ocazie cu care conținutul legii devine *public*, dreptul (*jus*) se raportează la *cuvintele legii (lex)* și nu la ritualuri religioase sau magice. Dreptul este transferat în cuvintele legii, și în acest fel se obiectivează într-un anumit fel, pentru a răspunde unei anumite nevoi. Este soluția legislativă pentru rezolvarea unei probleme sociale într-un anumit loc și la un anumit moment. Acesta este, în opinia noastră, sensul formulei ITA JUS ESTO cu care se finalizează multe dintre textele Legii celor XII Table: *jus* este acesta pentru că *lex* îl afirmă<sup>2</sup>.

Obiectivarea și laicizarea dreptului au condus la conturarea unui sistem de drept laic, dar nu lipsit de dificultăți. Doctrina juridică, ca expertiză juridică laică cumulată, a luat naștere în mod natural: dreptul s-a transferat în cuvinte, dar care este acest drept din spatele cuvintelor? La această întrebare putea să răspundă însă doar un jurist laic. Marii jurisconșulți romani sunt primele figuri memorabile care au oferit răspunsuri<sup>3</sup> despre conținuturile din spatele cuvintelor legii.

*Practica* consultațiilor juridice a condus la o evoluție spectaculoasă a dreptului. *Opinia specialistului* este de o importanță cardinală. Niciodată în viitor, în istoria dreptului doctrina nu a avut, de altfel, această anvergură. Odată cu creșterea importanței pretorilor la Roma, jurisconșulții își diversifică activitatea și acordă consultații publice cu scop pedagogic, consultații încorporate în culegeri<sup>4</sup>, unde dreptul pretorian, prin excelență cazuistic, organizat după criteriile teoretice.

Ceea ce noi înțelegem azi prin dreptul roman nu este însă dreptul Romei Antice, de care am vorbit mai sus, ci dreptul roman așa cum a fost el transformat prin receptarea lui în lumea bizantină în *Corpus Iuris Civilis*, compilația împăratului Iustinian redactată între anii 528 și 533: *Institulele*, un manual de drept roman alcătuit de profesorii de drept din Bizanț după diviziunile *Institutelor* lui Gaius, *Digestele (Pandectele)*, o colecție organizată cuprinzând opiniile jurisconșulților romani importanți cum sunt Gaius, Paulian, Papinian, Paul, Modestin, Julian și *Codul*, un set de constituții imperiale legiferate după împăratul Hadrian.

<sup>2</sup> Jacques Ellul, *Histoire des institutions, Tome 1-2, l'Antiquité*, PUF, 1961, p. 478.

<sup>3</sup> Influența covârșitoare a doctrinei juridice, adică a unui domeniu de cunoaștere juridică separat de reglementarea pozitivă a fost determinată de preluarea de către jurisconșulți a puterii pontifilor romani, care dețineau secretul formulelor rituale în perioada Regatului și la începutul Republicii. Întrucât formulele erau singurele care dădeau dreptul la acțiunea în justiție și singurele care puteau construi legături contractuale, erau foarte acestea erau ținute secrete de către pontifii romani. Formulele au creat în mod artificial un „monopol al dreptului” în favoarea pontifilor. Doar ei beneficiau de cultura intelectuală suficientă pentru a le folosi în practică, precum li autoritatea necesară pentru a le impune (a se vedea, în acest sens, J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Ed. Montchrestien, 2001, p. 256). Această putere s-a transformat începând cu anul 300 î.d.H., în timpul Republicii, o dată cu divulgarea formulelor de către Cneius Flavius, Secretar al Marelui Pontif al Romei, în anul 304 î.d.H. (*apud* Jean-Louis Thiereau, *Introduction historique au droit*, Flammarion, 2001, p. 61), în monopolul jurisconșulților asupra consultațiilor acordate atât particularilor, cât și instituțiilor judiciare (*responsa*).

<sup>4</sup> Culegerea lui Quintus Mucius Scaevola, Culegerea lui Servius Sulpicius Rufus, Culegerea lui Trebatius sau cea a lui Labeon – v. Phillippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2004, p. 30.

## 2. Cercetarea dreptului în universitățile Evului Mediu

„Refolosirea” dreptului roman, de această dată ca metoda de predare și de înțelegere a dreptului în general, este un al patrulea ingredient, poate cel mai „ocult” dintre toate, în evoluția către o știință a dreptului.

Începuturile cercetării juridice se leagă de activitatea universităților medievale. Revenirea dreptului roman în Occident, din lumea bizantină (numită de unii cercetători și „renașterea dreptului roman”), s-a datorat într-o măsură semnificativă Universităților din Ravenna și din Bologna, apoi universităților italiene, în genere. La Bologna s-au găsit la sfârșitul secolului XI primele cărți ale Digestelor, pe care universitatea le va desemna ulterior drept *Digestum vetustus* (D. I până la C. XXXIV) și le va include în cursurile ordinare de drept. Ulterior se găsesc manuscrisele altor Digeste, denumite *Digestum novum* (D. XXXIX până la L). Părțile intermediare – *Infortiatum* (D. XXIV, 3-XXXV, 2) și *Tres partes* (D. XXXV, 3-XXXVIII, inclusiv) – completează *Digestele*.

Universitatea din Bologna<sup>5</sup> este cea care a făcut din dreptul roman un *obiect de studiu*, necesar înțelegerii dreptului în genere. După modelul ei, universitățile<sup>6</sup> din Padova, Pavia, Siena, Montpellier, Orlèans, Salamanca, Paris și Oxford (sec. XII) și cele care au urmat la Praga, Viena, Heidelberg, Colonia, Erfurt (sec. XIII), Wützbουργ, Leipzig, Rostock, Louvain (sec. XIV), Greifswald, Friburg, Bâle, Ingolstadt, Trèves, Mayence, Tübingen, Wittenberg (sec. XV) au predat dreptul roman cu accent pe *Digeste* și, ulterior, au inclus în programa de studii și dreptul canonic, dreptul în vigoare al Bisericii medievale. Ca urmare, orice jurist serios era licențiat în *utriusque juris* (în cele două drepturi).

Dezvoltarea dreptului canonic, prin metoda cercetării dreptului roman a făcut ca ideea de *cercetare* în domeniul dreptului să fie degajată pentru prima dată. Din această evoluție istorică ceea ce este important de reținut este că: (a) cercetarea dreptului, începută în Evul Mediu pornind de la dreptul roman s-a realizat *în paralel* cu dezvoltarea de reguli pozitive (de obicei cutume foarte diverse) aplicabile efectiv și operaționale într-un anumit spațiu juridic; (b) cercetarea dreptului s-a realizat *în același fel* în întreg spațiul european. La Bologna învățau șase mii de studenți *din toate țările europene*, care preluau după dictare aceleași cunoștințe pe care le duceau ulterior în întreaga Europă. Această cunoaștere comună a stat la baza culturii juridice europene. Pelerinajul academic a fost aproape două secole un fenomen copleșitor în lumea medievală, până când suveranii Europei au hotărât ca discipolii școlilor italiene să predea în proximitatea lor cele învățate. În plus, cel mai semnificativ este că toată această *cunoaștere comună*

---

<sup>5</sup> H.J. Berman, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, pp. 123-124; autorul arată că din momentul înființării facultății, în jurul anului 1087 și până în secolul XIII studenții din întreaga Europă, în număr din ce în ce mai mare veneau să audieze cursurile de la Bologna: numărul studenților a crescut între sec. XI și XIII de la 1.000 la 10.000 de studenți. Acest învățământ era „un veritabil învățământ public, organizat oficial de municipalitate, cu eliberarea de diplome” – v. Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 38.

<sup>6</sup> Chiar și numele de *universitate* provine tot din dreptul roman, unde *universitas* înseamnă o asocieră cu personalitate juridică, în terminologia actuală, o corporație.

universitară a juriștilor europeni, nu folosea inițial practicii dreptului, aplicabil fiind dreptul local, de obicei cutumiar, dreptul feudal și dreptul canonic.

Profesorii universităților medievale au înțeles că obiectul lor de predare nu se limitează la cutumele sau la canoanele și decretele dreptului canonic, ci trebuie să includă și un anumit *mod de raționare* juridică, originar în dreptul Romei Antice și în regulile de logică de factură aristotelică, foarte dragi scolasticii.

Cunoașterea comună universitară, centrată pe studiul dreptului roman a fost semnificativ încurajată de interesele politice ale momentului de întărire a monarhiilor absolute și de interesele economice. Dreptul roman devine și un drept comun subsidiar, cunoscut de toți juriștii educați, apt să soluționeze cele mai complicate probleme juridice, dar și o sursă de legitimare a puterii absolute a coroanelor.

Atât cercetătorii istoriei dreptului francez, cât și analiștii ai dreptului englez, fac observația interesantă că nevoia de întărire a propriei puteri monarhice a făcut ca suveranii Europei să susțină pelerinajul academic și juriștii antrenanți de glosatori în universitățile Evului Mediu și Renașterii<sup>7</sup>.

De ce veneau miile de studenți din toată Europa, chiar din Anglia și Scotia să studieze un drept care, în principiu, nu era recunoscut ca drept aplicabil? Acest fenomen își găsește explicația în faptul că a devenit cunoscut că doctorii „în cele doua drepturi” erau sfinctici competenți pentru regi, ei gășind în dreptul roman argumente pentru susținerea absolutismului monarhic. În plus, acești specialiști înțelegeau și teza de factura canonică a imperiului continuu (Imperiul Roman continuă neîntrerupt în unele monarhii absolute din Europa, iar monarhii Europei exercită o puterea originară a Romei, preluată succesiv de la împărații acesteia), încă un motiv pentru care să fie favorizați de monarhi. Și nobilimea îi aprecia, pentru că nu avea încredere în sfincticii proveniți din cler, din cauza dublei lor loialități. Orașele îi preferau de asemenea pe acești consilieri laici, întrucât erau mai eficienți. Pe scurt, noii doctori în drept concureau în mod serios influența sfincticilor ecleziastici.

În plus, noii doctori în drept erau apti să sporească în mod direct puterea efectivă a monarhilor, făcând posibilă apariția instanțelor regale, respectiv crearea unui sistem de instanțe regale cu apeluri la rege. În măsura în care instanțele regale au înlocuit vechile instanțe feudale senioriale care aplicau cutumele și dreptul feudal, cu atât mai mult dreptul roman a înlocuit cutuma locală. Este adevărat că judecătorii încercau pentru început aplicarea dreptului local, sau măcar a celui provincial. Însă, de cele mai multe ori, aceste reguli se dovedeau inerte și neadaptate, și de aceea dreptul roman, deși teoretic subsidiar, a devenit în scurt timp foarte des invocat și aplicat.

Fenomenul evocat mai sus a fost extins și la țări care nu continuau Vechiul Imperiu, (țările scandinave, cantoanele elvețiene). Dreptul roman a devenit drept subsidiar și în Anglia și Scotia. Judecătorii regelui Henric al II-lea erau formați la Oxford, deci erau apti să aplice dreptul roman, în lipsa unor reguli adecvate din dreptul canonic sau din dreptul local.

---

<sup>7</sup> Munroe Smith, „Elemente de drept”, în culegerea *Studiind dreptul*, coordonator Arthur T. Vanderbilt, Ed. Viga, București, 2016 *op. cit.*, pp. 259-260; Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *op. cit.*, pp. 35-40.



### 3. Iluminismul, apariția codurilor și consecințele asupra cercetării științifice a dreptului

Iluminismul a surprins finele evoluției expuse mai sus, de aceea premisele sale au fost: a) existența unor cercetători ai dreptului și a unor centre dezvoltate de cercetare juridică în toată Europa; b) existența și influența mare a unor juriști bine antrenați în cunoașterea „celor două drepturi”, apti să rezolve probleme concrete de drept prin folosirea cutumelor, a canoanelor și, în subsidiar, a dreptului roman; c) centrarea puterii politice în coroană (monarhii absolutiste).

Iluminismul s-a dezvoltat tot în universități. Însă argumentul istoric nu a mai putut susține voluptatea regresului către dreptul roman, ci a căpătat o altă traducere, accentele virând către ideea de popor, de națiune, de unitate de sânge și culturală, de unitate a limbii. Dreptul roman și-a pierdut din forță, iar ideea de aplicare, chiar și în subsidiar, a acestuia a apărut neadecvată. La fel, aplicarea dreptului cutumiar și feudal a fost receptată ca anacronică și forțată. O altă idee a prins contur: că fiecare popor trebuie să aibă dreptul său național. Alături de ea, și ideea că fiecare națiune și popor trebuie să își găsească identitatea *prin dreptul național*. Marile codificări scrise, ca legislații naționale, sunt acum prefigurate.

Însă actorii principali în această scenă sunt totuși juriștii formați de secole la școala dreptului roman. De aceea, codificările produse, în maniere diferite, au preluat în mod previzibil achiziții importante ale culturii juridice create de universitățile Evului Mediu și ale Renașterii. Din efortul codificărilor reiese însă și importanța unui demers rațional având ca obiect dreptul însuși. Iluminismul și codificările pe care le-a ocazionat au fost, de aceea, contextul cultural și istoric al apariției științei dreptului, așa cum o înțelegem astăzi.

Cunoașterea comună universitară dobândită de juriștii Evului Mediu și ai Renașterii a impus un anumit mod de gândire juridic. Diversitatea dreptului aplicabil a condus de multe ori la arbitrarul acestuia. Nu se putea cunoaște, de exemplu, cu exactitate, *care* este dreptul aplicabil. Cutuma din Paris, de exemplu, era cunoscută de toți juriștii, dar nu același este cazul altor cutume. O serie de compilații ale cutumelor au început să apară peste tot în spațiul continental, ca o nevoie de a certifica dreptul local, de a facilita aplicarea dreptului pământului (evident, în detrimentul dreptului roman). Necesitatea unui *cod general*, a unei lucrări legislative care să cuprindă într-un singur loc toate regulile aplicabile în materia dreptului privat ale unui popor s-a făcut tot mai mult simțită.

Școala dreptului natural a fost, cu privire la acest aspect, extrem de importantă. Teza raționalității dreptului și propunerile de degajare a unor reguli generale, a unor principii de drept<sup>8</sup>, i-au făcut pe juriștii formați după modelul scolastic să treacă dincolo de diversitatea dreptului aplicabil și să propună o serie de codificări. Proiectele de coduri au

---

<sup>8</sup> De exemplu, principiul general de răspundere civilă delictuală, înscris în Codul Napoleon în art. 1382 și preluat de vechiul Codul civil român în art. 998, și de actualul C. civ. în art. 1349 alin. (2) și art. 1357 nu a existat în dreptul roman. Aici existau reguli de răspundere pentru anumite delikte, *dar nu o regulă generală*, un principiu, cum este cel că orice faptă ilicită care cauzează altuia un prejudiciu obligă la reparație. Acest principiu este susținut de Grotius și Domat în sec. XVII, trebuind să aștepte suflul universalist al lui „*Naturrecht*”, pentru a putea fi pus în evidență – v. Konrad Zweigert, Hein Kotz, *Introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, traducere Tony Weir.

fost foarte multe, dar doar două coduri au fost efectiv realizate: Codul Napoleon, în 1804 și codul austriac, în 1811. Ideile de *asigurare a dreptului național, de limitare a arbitrariului puterii absolute a coroanei*, care au stat la baza codificării și-au pierdut importanța după codificări.

O altă idee a devenit importantă după codificare: aceea de *aplicare* a codului. Influența celor două coduri în Europa continentală are o istorie interesantă<sup>9</sup>, dar ceea ce ne interesează aici este *modelul juridic* pe care îl propune codificarea. Ideea de *cod ca reglementare unitară* est centrală pentru ambele codificări.

Cu toate ca în epocă Codul Napoleon a fost o reglementare extrem de novatoare<sup>10</sup>, ea cuprinde în același timp, ca și reglementarea austriacă contemporană, o serie de *lacune*, rezolvate în spațiul francez prin jurisprudența Curții de Casație, înființată în 1780, care, pe calea interpretării judiciare, a înlăturat tăcerea codului, creând reguli în locul legiuitorului<sup>11</sup>. Totuși Codul Napoleon a rezistat timpului<sup>12</sup> datorită loialității juriștilor francezi în raport cu ideea de „cod” ca reglementare unitară.

Dacă fundamentul unității Codului Napoleon este reglementarea, *conținutul* codului, în ceea ce privește B.G.B., această construcție juridică extraordinară își găsește izvorul unității într-o *metodă*. Această metodă va influența decisiv gândirea juridică de pretutindeni. Influența B.G.B. este covârșitoare. Ea depășește universitățile germane și tribunalele, ajungând să pătrundă în toate mediile universitare și într-o mare parte din tribunalele lumii.

Fractura istorică pe care o creează Revoluția Franceză între facultățile Vechiului Regim și facultățile imperiale, ulterior regale, nu a existat în spațiul prusian. Aici tradiția studiului dreptului roman, a cercetării universitare *libere*, este continuă<sup>13</sup>. Pe linie de cercetare juridică, la sfârșitul secolului XIX, o nouă teorie începe să se dezvolte în acest spațiu: la Universitatea din Berlin, metoda de studiu a dreptului roman se schimbă. Friedrich Karl von Savigny propune după 30 de ani de muncă o metodă *științifică* de studiu a dreptului roman, cu folosirea unui limbaj riguros, cu degajarea categoriilor generale și a regulilor

<sup>9</sup> Codul Napoleon a cunoscut o largă difuzie în întreaga Europă (cu excepția Imperiului Habsburgic) în Portugalia, Spania, Renania germană, Provinciile italiene, Țările de Jos, Principatele Române, dar și în America Latină, cu excepția Braziliei, și în Orientul Mijlociu (Egipt, Siria, Irak, Iran, care preiau anumite texte în ceea ce privește contractele). Codul austriac a fost preluat în nordul Italiei și Polonia.

<sup>10</sup> Astfel, Codul Napoleon codifică regulile Vechiului Regim, dar cuprinde și dispoziții cu privire la *căsătoria civilă*, surprinzătoare în epocă, deoarece în secolul XVIII o persoană care nu era de religie catolică nu se putea căsători, dispoziții cu privire la divorțul civil, la starea civilă, la egalitatea copiilor din căsătorie cu cei din afara căsătoriei.

<sup>11</sup> De exemplu, bogata jurisprudență a Curții de Casație franceze în materia „reprezentării juridice”.

<sup>12</sup> Codul austriac a fost rescris, ca urmare a influenței metodei germane de reglementare, în anii 1914-1916, însă Codul Napoleon a rezistat în Franța, iar „imperiul” lui continuă și azi în România, țările Americii Latine, cu excepția Braziliei, într-o anumită formă, în Spania.

<sup>13</sup> Spre deosebire de Franța, unde, după Revoluție, profesorii erau funcționari de stat, însărcinați de minister să prezinte textele de lege aplicabile. Cu toate că Napoleon a înființat Școlile Imperiale, cum este Universitatea din Paris I- Sorbona și câte o facultate de drept în fiecare oraș în care funcționa o curte de apel, statutul profesorilor de aici nu le permitea acestora desfășurarea liberă a activităților de predare a dreptului și de cercetare juridică.

generale din mulțimea de reguli juridice, cu operarea unor distincții clare, după criteriile anterior determinate.

În toate universitățile germane începe să se predea, pornind de la dreptul roman, o „*teorie generală a dreptului*” în materie de drept privat, o teorie care, din nou (!), nu avea nimic de a face cu dreptul aplicabil<sup>14</sup>. Ceea ce codifică B.G.B. este *această teorie*. A rezultat un cod teoretic, fără foarte multe soluții legislative detaliate, conceput după o organizare logică de la general la particular. Prima parte a acestui cod este cea mai fecundă. Ea cuprinde reguli generale și categorii juridice generale din punct de vedere logic față de noțiunile și regulile din celelalte patru părți<sup>15</sup>. Nu ne referim la *soluțiile juridice* inedite pe care le prevede acest cod. Ceea ce dorim să subliniem este *metoda* de raționare juridică pe care această reglementare a adus-o în cercetarea juridică. Este celebră, spre exemplificare, schema de raționare numită „*Anspruchsaufbau*” cu care orice student trebuie să fie familiar și care stă la baza deciziei judiciare în sistemul german. Este vorba despre găsirea normei aplicabile într-un caz determinat pornind de la un text din partea generală a B.G.B., care este considerat aplicabil. Prima etapă constă în cercetarea normelor care enunță consecința juridică vizată de reclamant. A doua etapă reprezintă identificarea condițiilor legale cerute pentru ca respectiva consecință juridică să se poată produce. A treia etapă este cea a supoziției propriu-zise: este convenabil să presupunem faptele speței în fiecare dintre condițiile legale. Această operațiune exclude radical orice aspect suplimentar: raționamentul se prezintă sub forma unui silogism riguros, majora fiind reprezentată de faptele prevăzute de lege, minora de faptele concrete ale speței, iar concluzia este recunoașterea sau respingerea lui *Anspruch* (pretenția). A patra etapă constă în a stabili dacă există o normă de excepție, în măsură să stingă pretențiile, iar dacă o atare normă există se reface raționamentul în patru pași: găsirea normei de excepție, identificarea condițiilor legale, presupunerea fiecărei condiții care permite ajungerea la un anumit rezultat, căutarea unei alte norme de excepție ș.a.m.d.<sup>16</sup>.

B.G.B. a dezvoltat, prin urmare, un nou model de gândire juridică<sup>17</sup>, care a influențat în primul rând mediile universitare de pretutindeni. La sfârșitul sec. XIX și începutul sec. XX

<sup>14</sup> În vigoare era Codul Prusian.

<sup>15</sup> Cele cinci părți ale B.G.B. sunt: partea generală, dreptul obligațiilor, dreptul bunurilor, dreptul familiei, dreptul succesoral.

<sup>16</sup> Pentru amănunte cu privire la această metodă, o lectură interesantă este cea a lucrării lui Claude Witz, *Droit Privé Allemand*, Litec, Paris, 2003, pp. 477-789. Autorul prezintă ca „*frapantă*” preluarea acestui model în doctrina franceză, în condițiile în care dreptul francez beneficiază de un alt sistem de reglementare juridică în Codul Napoleon. Autorul prezintă comparativ tezele doctrinei germane și cele ale doctrinarului francez H. Motulsky. (Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Ed. Dalloz, Paris, 2002, p. 153).

<sup>17</sup> Influența acestei metode, acută în anii '60 ai sec. XX, este în declin acum, dar a dominat întregul început de secol XX. În prezent, modelul tratatelor internaționale, metoda de raționare a Convenției de la Viena din 1980 cu privire la vânzarea internațională de mărfuri, regulile de *common-law* englez și american, formularea de *restatements* ale principiilor de drept civil, sunt pe cale de a se impune. Cel mai bun exemplu pentru aceasta sunt lucrările pentru degajarea principiilor comunitare de drept civil care au loc în prezent la nivelul Uniunii Europene.

sute de studenți americani studiau la universitățile germane<sup>18</sup>. Școlile juridice din Austria și Elveția utilizau lucrările juridice și manualele profesorilor germani. Profesorii ruși predau doctrina germană, la fel ca și profesorii italieni sau suedezi. Influența acestui cod a demonstrat că nu „dreptul german” pe care îl conține este important, ci „metoda generală de cercetare a dreptului”, este cea care merită cunoscută de oricine. Metoda de lucru germană, fiind o metodă de raționare juridică a devenit și o metodă de creare a regulilor de drept, pornind numai de la cod. Preocupările de metodă sunt cele care au dezvoltat veritabile „teorii ale dreptului”, până în secolul XIX neputându-se discuta de un discurs juridic teoretic autonom<sup>19</sup>.

#### 4. Concluzii

Evoluția către actuala înțelegere a științei dreptului nu poate fi înțeleasă fără frecvențarea unor mutații de sens capitale, datorate unor împrejurări istorice semnificative, pe care le-a suferit, așa cum am arătat, dreptul roman – în conținutul său, dar mai ales în funcția sa.

Apoi, studierea dreptului roman în universitățile Evului Mediu și ale Renașterii, adică a unui drept care nu (mai) era în vigoare, a permis analiza a ceea ce este constant și general în drept, regăsibil în dreptul oricărui loc sau timp. Principiile specific juridice, unele concepte generale și instituțiile juridice au fost identificate de juriști, prin cercetarea dreptului roman. Chiar și în prezent studenții la drept sunt invitați să parcurgă acest drum în cunoașterea dreptului, atunci când studiază dreptul roman.

Apariția codurilor a permis un alt progres al gândirii juridice, către înțelegerea tipurilor de relații logice care se stabilesc între normele dreptului, către înțelegerea sistemului dreptului, iar metoda de gândire care s-a distilat din efortul pe care l-a presupus crearea și, ulterior utilizarea codurilor formează baza a ceea ce în prezent numim știința dreptului, ca discurs științific și autonom despre drept.

---

<sup>18</sup> Ideea de a preda la facultățile americane o „teorie generală a dreptului” provine din aceste împrejurări.

<sup>19</sup> De aceea, importanța jurisprudenței în țările al căror drept pozitiv este de inspirație germană este destul de mică. Spre exemplu, studenții germani sau italieni nu sunt formați să utilizeze jurisprudența, spre deosebire de cei francezi, care sunt obligați să se raporteze mereu la activitatea jurisdicțională a Curții de Casație.

# O perspectivă istorică asupra accesului la justiție în dreptul românesc

## Access to Justice in Romanian Law: A Historical Approach

Lect. univ. dr. **Violeta STRATAN\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

### Abstract

*Access to justice is analyzed by Romanian jurists either in connection with the international and European texts determining its reception in domestic law and with the valences it has acquired due to the ECHR case-law, or as a principle of civil procedural law, together with all its implications for the legislation governing this particular branch of law. Taking as starting point some landmarks offered by our legal literature and by the Romanian legislation in force, our aim is to identify hypotheses of an access to justice „avant la lettre” in some documents belonging to the history of Romanian law.*

**Keywords:** *access to justice, fundamental right, general principle, court, obligation upon the State, Sovereign, judge, lawyer.*

### Rezumat

*Accesul la justiție este analizat în doctrina românească fie prin prisma textelor internaționale și europene care au determinat receptarea sa în dreptul autohton și valențelor pe care dreptul de acces la justiție le-a dobândit grație jurisprudenței Curții de la Strasbourg, fie ca principiu de drept procesual, cu toate implicațiile sale în legislația acestei ramuri de drept. Luând ca punct de plecare repere oferite de doctrina contemporană și de legislația în vigoare, am încercat să identificăm ipostaze ale accesului la justiție în câteva documente din istoria dreptului nostru, având convingerea că forme incipiente ale acestuia au existat cu mult înainte de consacrarea sa ca drept fundamental.*

**Cuvinte-cheie:** *acces la justiție, drept fundamental, principiu general, instanță, obligație care incumbă Statului, domnitor, judecător, avocat.*

### 1. Prezentul accesului la justiție. Repere din legislație și doctrină

Sintagmă frecvent întâlnită în limbajul juriștilor români după anii 1990, *accesul la justiție* este considerat a fi o cucerire și un instrument al statului de drept<sup>1</sup>. Potrivit opiniei

---

\* violeta.stratan@e-uvv.ro.

<sup>1</sup> J. Rideau, *Le droit au juge: conquête et instrument de l'Etat de droit*, în J. Rideau (coord.), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, Paris, 1997, apud R. Chiriță, *Paradigmele accesului liber la justiție. Cât de liber e*

unanime a doctrinei, accesul liber la justiție este un drept fundamental<sup>2</sup> care face parte din ordinea publică internațională<sup>3</sup>, sau cel puțin europeană<sup>4</sup>, și care a dobândit valoare constituțională, fiind prezent, alături de alte drepturi și libertăți fundamentale, în constituțiile multor state europene<sup>5</sup>.

Constituția României din anul 1991 a consacrat accesul la justiție în cuprinsul art. 21<sup>6</sup>, în Capitolul I – *Dispoziții comune* al Titlului II, intitulat *Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale*. Intenția legiuitorului postrevoluționar a fost aceea de a crea premisele integrării României în comunitatea politică a statelor Europei Occidentale, de a face posibilă „aderarea statului la Consiliul Europei, la Tratatul Atlanticului de Nord și la organizația creată prin tratat și, finalmente, la Comunitatea și Uniunea Europeană”, prin codificarea unor norme și principii fundamentale ale statului de drept<sup>7</sup>. În economia textului constituțional în vigoare, accesul la justiție și-a păstrat binemeritul loc și prezența *expressis verbis* în același art. 21<sup>8</sup>, inclus după revizuire<sup>9</sup> în Titlul I al Constituției,

*accesul liber la justiție?*, în Pandectele Române nr. 1/2006, p. 176; a se vedea și <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions>;  
<http://www.adrcenterinternational.com/areasof-expertise/adr-and-access-to-justice/>.

<sup>2</sup> T. Drăganu, *Considerații critice cu privire la caracterul absolut atribuit dreptului la liber acces la justiție de lege de revizuire a Constituției din 21 noiembrie 2003*, în Pandectele Române nr. 4/2004, p. 117.

<sup>3</sup> V. art. 8 al Declarației Universale a Drepturilor Omului (1948) („*orice persoană are dreptul la satisfacția efectivă din partea instanțelor juridice naționale competente împotriva actelor care violează drepturile fundamentale ce-i sunt recunoscute prin constituție sau lege*”), art. 14 al Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice („*Toți oamenii sunt egali în fața tribunalelor și curților de justiție. Orice persoană are dreptul ca litigiul în care se afla să fie examinat în mod echitabil și public de către un tribunal competent, independent și imparțial, stabilit prin lege, care să decidă fie asupra temeiniciei oricărei învinuiri penale îndreptate împotriva ei, fie asupra contestațiilor privind drepturile și obligațiile sale cu caracter civil*”).

<sup>4</sup> V. art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului – „*Dreptul la un proces echitabil*” („*Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în mod public și în termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa*”); art. 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene – „*Dreptul la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil*”: „*Orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești, în conformitate cu condițiile stabilite de prezentul articol. Orice persoană are dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale, constituită în prealabil prin lege. Orice persoană are posibilitatea de a fi consiliată, apărută și reprezentată. Asistența juridică gratuită se acordă celor care nu dispun de resurse suficiente, în măsura în care aceasta este necesară pentru a-i asigura accesul efectiv la justiție*”).

<sup>5</sup> Cu titlu de ex.: art. 20(1) din Constituția Greciei; art. 24(1) din Constituția Italiei; art. 20 din Constituția Portugaliei; art. 74 k din Constituția Ungariei; art. 45 din Constituția Poloniei; art. 36 din Constituția Republicii Cehe.

<sup>6</sup> Art. 21 – „*Accesul liber la justiție: (1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime. (2) Nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept*”.

<sup>7</sup> V. Constantin, *Constituția României privită din perspectiva supremației dreptului (rule of law)*, în G. Andreescu, M. Bakk, L. Bojin, V. Constantin, *Comentarii la Constituția României*, Editura Polirom, București, 2010, p. 194; T. Drăganu, *op. cit.*, p. 108; Expunerea de motive a Legii nr. 429/2003, <http://www.cdep.ro/proiecte/2003/200/20/7/em227.pdf>.

<sup>8</sup> Art. 21: „(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime. (2) Nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept. (3) Părțile au dreptul la un

dedicat principiilor generale. Totodată, revizuirea din 2003 a adăugat art. 21 două alineate noi, prin care se precizează că părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil, și că jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite. Preluarea în textul constituțional, din Convenția europeană a drepturilor omului, a două coordonate esențiale pentru protecția drepturilor subiective – cea a procesului echitabil și a termenului rezonabil de finalizare a acestuia – a fost considerată „o corectă receptare a evoluțiilor juridice moderne la nivel european și o punere de acord a protecției juridice garantate a drepturilor subiective prin reglementările interne cu cele internaționale”<sup>10</sup>. Principiul liberului acces la justiție astfel așezat constituțional permite accesul la justiție pentru apărarea oricărui drept sau a oricărei libertăți și a oricărui interes legitim, fără deosebire dacă acestea rezultă din Constituție sau din alte legi. Nicio lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept, garantat de altfel în România este garantat și de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului<sup>11</sup>, text care, potrivit art. 11 al legii fundamentale, face parte din dreptul intern.

În sfera legislației procesual-civile, concretizarea prevederilor înscrise în art. 21 al legii fundamentale se realizează, în primul rând, prin consacarea principiului liberului acces la justiție ca principiu fundamental al procesului civil<sup>12</sup>. Astfel, potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 5 C. pr. civ., judecătorii „au îndatorirea să primească și să soluționeze orice cerere de competența instanțelor judecătorești, potrivit legii” și „niciun judecător nu poate refuza să judece pe motiv că legea nu prevede, este neclară sau incompletă”<sup>13</sup>. Cu alte cuvinte, justițiabililor le este recunoscut dreptul de a sesiza instanța de judecată, în cazul în care consideră că li s-a încălcat un drept subiectiv sau un interes legitim, obligația, corelativă acestui drept, care le incumbă judecătorilor fiind aceea de a primi și soluționa orice cerere de competența instanțelor judecătorești, potrivit legii<sup>14</sup>. Totodată, Codul de procedură civilă reglementează, în cuprinsul art. 6 alin. (1), dreptul la un proces echitabil, în termen optim și previzibil<sup>15</sup>, în virtutea căruia orice persoană are „dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilă de lege” iar „instanța este datoare să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății”. Dacă art. 5 C. pr. civ. nu cuprinde *in terminis*

---

proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil. (4) Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite”.

<sup>9</sup> Legea de revizuire a Constituției României din 18 septembrie 2003 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 669 din 22 septembrie 2003.

<sup>10</sup> I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Editura All Beck, București, 2005, pp. 164-165.

<sup>11</sup> R. Chiriță. *Paradigmele accesului liber la justiție. Cât de liber e accesul liber la justiție?*, în *Pandectele Române* nr. 1/2006, p. 178.

<sup>12</sup> C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura C.H. Beck, București, 2016, p. 9.

<sup>13</sup> Codul de procedură civilă din 1 iulie 2010 a fost republicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 247 din 10 aprilie 2015.

<sup>14</sup> C. Roșu, *op. cit.*, p. 9.

<sup>15</sup> Gh. Durac, *Accesul liber la justiție - garanția ocrotirii drepturilor civile subiective*, în *Acta Universitatis George Bacovia. Juridica*, Volume 7. Issue 1/2018, <http://juridica.ugb.ro/>

sintagma „acces la justiție” - legiuitorul optând pentru includerea sa în capitolul dedicat principiilor fundamentale ale procesului civil, sub denumirea marginală de „Îndatoriri privind primirea și soluționarea cererilor” – aceasta se regăsește într-o altă prevedere de importanță majoră pentru procesul civil. Ne referim aici la art. 6 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, cu care debutează capitolul secund al acesteia, intitulat „Accesul la justiție”. Potrivit dispoziției susmenționate „orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime în exercitarea dreptului său la un proces echitabil”, iar „accesul la justiție nu poate fi îngrădit<sup>16</sup>”.

Literatura noastră de specialitate a definit accesul la justiție ca o facultate a oricărei persoane de a introduce, după libera sa apreciere, o acțiune în justiție, fie ea chiar nefondată în fapt sau în drept, implicând obligația corelativă a statului ca, prin instanța competentă, să se pronunțe asupra acestei acțiuni<sup>17</sup>. Detaliind definiția, autorul citat a concluzionat, în urma unei analize minuțioase a paradigmatelor accesului la justiție, că pentru a garanta corect și complet acest drept statului îi revin, în esență, trei obligații: (1) aceea de a institui tribunale investite cu o competență de plină jurisdicție, care să permită să tranșarea cauzei pe fond, atât sub aspectul stării de fapt, cât și sub aspectul stării de drept, (2) aceea de a acorda oricărei persoane toate facilitățile rezonabile, de drept și de fapt, pentru a putea accede la instanță și (3) aceea de a asigura, cel puțin în materie penală, un dublu grad de jurisdicție<sup>18</sup>.

În materie penală, accesul efectiv la justiție al inculpatului se traduce în dreptul acestuia ca orice acuzație îndreptată împotriva sa să își găsească finalul în fața unei instanțe, ecou al celebrului principiu *nulla poena sine iudicio*. Recunoscut de majoritatea instrumentelor internaționale de protecție a drepturilor fundamentale și consacrat în majoritatea sistemelor juridice contemporane, acest drept al inculpatului implică interdicția adresată agenților puterii executive de a aplica sancțiuni cu caracter penal în mod automat, fără ca aplicarea unor atare sancțiuni să poată face obiect al controlului judecătoresc<sup>19</sup>. Obligația pozitivă a statului în vederea asigurării efectivității acestui drept s-ar rezuma la a-i asigura inculpatului, în măsura în care situația financiară nu i-o permite, asistență juridică gratuită, în acord cu prevederile art. 23 din Constituția României<sup>20</sup> și cu cele ale art. 6 § 3 lit. c) din Convenția europeană a drepturilor omului<sup>21</sup>.

Pentru ca accesul la justiție în materie non penală (litigii civile, administrative etc.) să fie efectiv și eficace, statul trebuie, în primul rând, să permită accesul la justiție al oricărei

---

<sup>16</sup> Legea nr. 304 din 28 iunie 2004 privind organizarea judiciară, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 827 din 13 septembrie 2005.

<sup>17</sup> R. Chiriță, *op. cit.* p. 179.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 181.

<sup>19</sup> *Idem*, pp. 181-182.

<sup>20</sup> Art. 23 alin. (5) din Constituția României: „Celui reținut sau arestat i se aduc de îndată la cunoștință, în limba pe care o înțelege, motivele reținerii sau ale arestării, iar învinuirea, în cel mai scurt termen; învinuirea se aduce la cunoștință numai în prezența unui avocat, ales sau numit din oficiu”.

<sup>21</sup> Art. 6, § 3 din CEDO: „Orice acuzat are, mai ales, dreptul (...) să se apere el însuși sau să fie asistat de un apărător ales de el și, dacă nu dispune de mijloacele necesare remunerării unui apărător, să poată fi asistat gratuit de un avocat din oficiu, atunci când interesele justiției o cer”.



persoane. În al doilea rând, în numele aceleiași efectivității statului trebuie să acorde instanțelor o competență de plină jurisdicție, aceasta din urmă vizând cu precădere limitele puterii judecătorului administrativ în dreptul intern. Nu în ultimul rând, accesul efectiv la justiție implică obligația pozitivă a statului de a asigura în mod real posibilitatea oricărei persoane de a-și susține cauza în fața unui judecător<sup>22</sup>.

Imperativul eficacității accesului la justiție în materie non penală vizează obligația statelor de a-și regla sistemele judiciare astfel încât orice persoană să își poată satisface în mod real interesele în fața instanței, în măsura în care acestea sunt reale și licite. Consacrarea principiului separației puterilor în stat, așezarea constituțională a puterii judecătorești, reglementarea organizării judiciare, crearea unor instanțe beneficiind de plină jurisdicție și instituirea unor proceduri prin care instanțele să poată fi sesizate constituie doar câteva exemple în acest sens. Astfel, o prevedere ca cea din art. 91 alin. (1) din Legea nr. 303/2004 – „judecătorii și procurorii sunt obligați să rezolve lucrările în termenele stabilite și să soluționeze cauzele în termen rezonabil, în funcție de complexitatea acestora (...)” – are, în completarea celor din art. 5 și 6 C. pr. civ. și alături de numeroase alte dispoziții ce reglementează organizarea judecătorească, valența de a conferi eficacitate accesului la justiție<sup>23</sup>. Într-adevăr, accesul la justiție nu poate fi eficace atunci când unei persoane nu-i este permis să își aducă cauza într-o materie non penală în fața unui judecător, existând o denegare de dreptate.

De asemenea, pentru garantarea într-o manieră concertă și reală a exercițiului dreptului fundamental de acces la justiție, statul trebuie să își asume, prin mijloace legislative ori administrative, obligația de a permite în mod real accesul oricărei persoane la serviciile instanțelor. În condițiile în care sunt „destule ipoteze în care, deși teoretic statul permite accesul la justiție, practic vorbind persoana interesată nu se poate adresa judecătorului”<sup>24</sup>, de cele mai multe ori din cauza lipsei resurselor financiare necesare inițierii și parcurgerii unui proceduri judiciare (mai ales cele implicate de angajarea un avocat), această obligație poate fi îndeplinită prin consacrarea legislativă a unor forme de ajutor material acordat justițiabililor care în lipsa acestora nu ar avea posibilitatea reală de a angaja un avocat ori de a susține financiar derularea procesului civil.

## **2. Are accesul la justiție un „trecut” în dreptul românesc?**

Astfel creionat tabloul accesului la justiție în dreptul românesc actual, ni s-a părut o provocare să căutăm în istoria dreptului românesc germenii accesului la justiție *avant la lettre*, în manifestări (mai mult sau mai puțin timide) ale ideii de a conferi oricărei persoane dreptul de a recurge la un judecător. Aceasta pare să fi bântuit spiritele juriștilor Antichității: în Atena lui Pericle erau desemnați anual zece avocați care să pledeze gratis cauzele justițiabililor săraci; edictele pretorilor romani stabileau că persoanelor incapabile să își asigure apărarea din varii motive, printre care și lipsa mijloacelor financiare, li se

---

<sup>22</sup> *Idem*, pp. 193-194.

<sup>23</sup> Gh. Durac, *op. cit.*, <http://juridica.ugb.ro/>.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 190.

asigura un apărător prin grija pretorului – „*Ait praetor si non habent advocatum, ego dabo*”<sup>25</sup>. Și regii Franței medievale manifestau preocupări în scopul asigurării judecării și apărării gratuite a tuturor celor care nu puteau acoperi, prin mijloace proprii, cheltuielile implicate de derularea unui proces: doctrina franceză menționează, cu titlu de exemplu, un edict regal din 6 mai 1601 care stipula că, în fiecare jurisdicție din regat, vor fi desemnați avocați și procurori pentru apărarea în instanță a săracilor, care urmau să fie remunerați din visteria regală pentru această activitate a lor<sup>26</sup>.

Pornind de la faptele istorice amintite, ne-am propus să găsim ecouri ale aceleiași generoase idei în izvoarele de drept românesc, fiind de notorietate atât influențele dreptului roman, cât și cele ale dreptului francez asupra sistemului nostru juridic, de-a lungul vremii. În scopul realizării demersului nostru, am ales să prezentăm într-o ordine cronologică câteva dintre documentele de bază pentru studiul istoriei dreptului românesc, în care apreciem că se regăsesc (mai mult sau mai puțin pregnant) preocupările înaintașilor noștri de a asigura oricărei persoane posibilitatea de a-și căuta dreptatea în fața unui judecător, în oricare din ipostazele unei atare posibilități, reperate în prima parte a acestei lucrări. Se impune să amintim aici că termenul *justiție* (desemnând totalitatea organelor și activităților ce urmăresc împărțirea dreptății) și-a făcut apariția în limba română abia în secolul al XIX-lea, anterior documentele în limba română folosind termenii de *drept*, *dreptate* și *judecată* cu sensul de activitate judecătorească sau expresiile *a lua (a da) lege* pentru a desemna activitatea de împărțire a dreptății<sup>27</sup>.

Depănând firul istoriei, ne oprim la domnitorii statelor noastre medievale, care, asemeni omologilor lor din Occident, aveau menirea să împartă dreptatea *tuturor supușilor lor* (s.n.), în temeiul puterii pe care o exercitau „din mila lui Dumnezeu”, a importanței atribuite justiției în raporturile dintre divinitate și societățile omenești și, nu în ultimul rând, în virtutea adagiului latin *justitia est fundamentum regnorum*. Stau mărturie în acest sens, printre altele, *Învățăturile lui Neagoe Basarab Voievod către fiul său Teodosie*<sup>28</sup>, din care aflăm că îndatorirea primordială a monarhului de drept divin („*nu te-au ales, nici te-au unsu oamenii spre domnie, ci Dumnezeu te-au ales și te-au unsu și a aceluia plăcere să faci*”), titular al puterii politice, este aceea de „*a face dreptate săracului*”. Scopul guvernării, în concepția marelui domnitor valah, este exercitarea dreptății evanghelice, justificarea învățaturii pe care acesta o transmite fiului sau – „*sîntem datori, noi cei puternici, să ajutăm celor slabi să-i îndreptăm (...)*” – rezidând în convingerea că „*te-a uns Dumnezeu ca să fii drept față de toți*”.

Două secole mai târziu, cronicarul Dimitrie Cantemir ne descrie, într-o lucrare de căpătâi pentru istoria noastră, Moldova condusă de un suveran care deține toate prerogativele puterii absolute „cu care se mândresc principii cei mari”<sup>29</sup>. Printre acestea, la

<sup>25</sup> A. H. J. Greenidge, *Infamia. Its place in Roman Public and Private Law*, pp. 117-118.

<sup>26</sup> Marie-Hélène Renaut, *L'accès à la justice dans la perspective de l'histoire du droit*, în *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 78, no. 3/2000, p. 474.

<sup>27</sup> I. Ceterchi (coord.), *Istoria dreptului românesc*, Editura Academiei R.S.R., București, 1980, p. 377.

<sup>28</sup> [http://scriptorium.ro/pdf/Basarab,N-Invataturile\\_lui\\_Neagoe\\_Basarab\\_catre\\_fiul\\_sau\\_Teodosie.pdf](http://scriptorium.ro/pdf/Basarab,N-Invataturile_lui_Neagoe_Basarab_catre_fiul_sau_Teodosie.pdf).

<sup>29</sup> I. Ceterchi (coord.), *op. cit.*, 1980, p. 594.

loc de cinste se află prerogativa judecătorească, căci „adevărata știință a unui principe este aceea de a-și judeca poporul”<sup>30</sup>. Hrisoavele domnești cu privire la judecata domnească se referă la aceasta folosind expresiile „*i-am făcut lege după obiceiul pământului*”, „*le-am aflat lor lege*”, și atestă faptul că, de-a lungul vremii, domnitorii români s-au străduit să împartă dreptatea „fără fățarnicie”, să facă „*judecată dreaptă*”, nu „strâmbătăți”. Acest fapt este atestat și de istoricii noștri care, apreciind domnitorii după modul cum își îndeplineau datoria de judecători, au arătat că, în marea lor majoritate, aceștia posedau o bună cunoaștere a normelor Legii Țării și făceau o justă aplicare a lor în judecățile pe care le soluționau<sup>31</sup>.

Modul în care era organizat și funcționa divanul de judecată al domnului și al boierilor săi, potrivit obiceiului pământului, este magistral surprins în *Descrierea Moldovei*: „Domnul ține divan de judecată obștească *de trei sau patru ori pe săptămână, în tot cursul anului*, afară de zilele pe care biserica le-a hotărât pentru posturile cele mari. (...) Îndată ce domnul – după o rugăciune scurtă către Hristos judecătorul – se așază în scaun, toată lumea din sală tace și, la porunca portarului, aprozii aduc înăuntru doi, trei dintre jăluitoarii adunați în fața porții. După ce li se ascultă jăluirea, aceștia sînt lăsați să iasă afară (...) După aceștia urmează alții, *pînă cînd nu mai rămîne nimeni care să se jăluiască*. La amiază se hotărăște jăluitoarilor rămași altă zi ca să se înfățișeze la judecată. (...) Pricinile cele mari le judecă domnul însuși, pe cele mai mici le lasă în seama boierilor. Boierii cărora li se înfățișează pricina o cercetează pe la casele lor și hotărăsc. Dacă jăluitoarul și pîritul sînt mulțumiți de judecată, atunci ea are aceeași putere ca și cum ar fi fost făcută în divanul domnesc. *Dar dacă una din cele două părți socoate că i s-a făcut strîmbătate, poate să se jăluiască iarăși la divanul de judecată al domnului. În fața acestuia pricina se cercetează din nou și, dacă se dovedește că un boier a făcut judecată strîmbă, pentru că a luat plocoane sau din părtinire, sau fiindcă nu se pricepe să judece, atunci se pedepsește înfricoșat. (...) Afară de aceasta, oricine este slobod să dea jalbă domnului, atunci cînd se duce la biserică sau la preumblare, pe care le ia spătarul al treilea și le pune pe masa domnului cînd se întorc la curte. După aceea vine logofătul de taină, care le citește domnului și scrie pe marginea jalbei hotărîrea acestuia. (...) După aceea spătarul dă înapoi jalbele celor care le-au făcut. Mai marele aprozilor are grijă să se împlinescă voia domnului. Nu s-a auzit niciodată zicîndu-se că hotărîrea domnului ar fi fost dobîndită prin daruri, nici că el s-ar fi abătut de la calea dreptății ca să părtinească pe careva, deși s-a vădit că lucrul acesta s-a întîmplat de mai multe ori printre boieri. Aceasta este orînduiala cu care jalbele celor asupriți ajung la judecătorul cel mai mare al Moldovei, adică la domn, și chipul în care se judecă. (...)”<sup>32</sup>.*

Ne-au atras atenția fragmentele care arată frecvența cu care divanul domnesc se întrunea, cele care descriu felul în care toți împricinații ajunși la poarta domnului erau judecați în cele din urmă, rolul de instanță de control pe care îl avea domnul față de boieri,

<sup>30</sup> J. Bodin, *Six livres de la République*, 1577 apud Marie-Hélène Renaut, *op. cit.*, p. 475.

<sup>31</sup> E. Cernea, *Tradiții în justiția românească*, în Studii de drept românesc nr. 2/1993, p. 157.

<sup>32</sup> D. Cantemir, *Descrierea Moldovei*, part. II, cap. XII (orig. lat.) apud S. Pascu, V. Hanga, *Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului R.P.R.*, vol. III, Editura Științifică, București, 1963, pp. 808-810.

în cazul în care prigonitoarele părți se arătau nemulțumite de judecata acestora precum și prerogativa sa de a cerceta din nou pricina și, nu în ultimul rând, grija marelui aproad pentru executarea hotărârilor domnului. Credem că, dincolo de evidenta amprentă a „luptei de clasă în forme legale”<sup>33</sup>, toate aceste fragmente pot fi citite și în cheia de lectură a dorinței monarhilor români de a face judecata lor accesibilă unui număr cât mai mare de supuși și de a împărți dreptatea într-un mod cât mai eficient cu putință pentru vremurile la care ne referim.

Din descrierea pe care Dimitrie Cantemir o face, în aceeași magistrală lucrare, „judecăților mai mici” aflăm că „toți sfetnicii domnești și boierii divanului din starea întâi a putere să judece și să hotărască pricinile de judecată în toată Moldova (...). Iar fiindcă boierii cei mari trebuie să fie aproape neconținut la curtea domnească și nu pot să judece toate pricinile din toată țara, de acea s-au orînduit în cetăți și târguri judecători care să judece pricinile locuitorilor Moldovei. În unele locuri aceștia se numesc pîrcălabi, iar în altele vornici și cămărași”. Justificarea oferită de cărturar pentru multitudinea dregătorilor însărcinați să facă dreptate locuitorilor Moldovei relevă intenția domnitorului de a facilita judecarea câtor mai multe pricini, instituind, prin delegare, suficiente „instanțe” care, măcar datorită apropierii geografice de împăricinați, s-ar fi putut dovedit în măsură să suplinească judecata domnească, rezolvând litigiile pe care domnul, din cauze obiective, nu le putea soluționa. Atât boierii mari cât și ceilalți dregători cărora domnul le delega atribuții judecătorești aveau îndatorirea de a tranșa, pe baza unor norme juridice (obiceiul pământului) și în cadrul unei proceduri organizate (potrivit aceluiași drept cutumiar, omniprezent în epoca feudală) orice chestiune privind cauza ce le-a fost adusă spre rezolvare. Măsura în care judecata lor era realmente accesibilă publicului larg nu poate fi una covârșitoare, prea puțini dintre locuitorii țărilor românești având probabil resursele necesare înfățișării chiar și la cel mai apropiat „judecător” pentru a-și căuta dreptatea, ca să nu mai vorbim de susținerea cu probe a pretențiilor lor. Să ne amintim doar că procedura de judecată de drept comun în feudalism era cea prin cojurători. Pentru a-și dovedi pretențiile cu ajutorul cojurătorilor, care jurau că cele spuse de partea care i-a adus la judecată sunt adevărate, respectiva parte cerea de la domn legea țării. Domnul stabilea, prin răvaș, numărul de cojurători pe care-l socotea necesar, de obicei șase sau doisprezece. Partea potrivnică putea cere lege peste lege, adică permisiunea de a aduce un număr dublu de cojurători (respectiv doisprezece sau douăzeci și patru), cu care să își dovedească dreptul. În situația în care una din părți nu putea să aducă la judecată numărul de cojurători încuviințat de domn, *rămânea de lege*, adică pierdea procesul. În aceste circumstanțe, este lesne de înțeles că doar cei bogați puteau să suporte cheltuielile pe care prezența la proces a unui număr atât de mare de cojurători o presupunea<sup>34</sup>. Cu toate acestea, credem că demersul nostru nu putea ignora grija suveranului Moldovei pentru facilitarea accesului supușilor săi la judecata domnească, fie în primă, fie în ultimă instanță, și pentru punerea în executare a hotărârilor domnești.

<sup>33</sup> I. Ceterchi (coord.), *Istoria dreptului românesc*, Vol. II, Partea întâi, Editura Academiei R.S.R, București, 1984, p. 379.

<sup>34</sup> S. Pascu, V. Hanga, *Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului R.P.R.*, vol. II, Editura Științifică, București, 1958, p. 718.

Preocupări similare regăsim și în *Pravilniceasca Condică*, o legiuire a Țării Românești care a intrat în vigoare la 1780 și s-a aplicat până în anul 1818 (când s-a adoptat Legiuirea Caragea), alcătuită din porunca domnitorului Alexandru Ipsilanti. Acesta, „vrînd (...) ca să se ia sfîrșit în grabă toate judecățile celor ce se judecă, pentru ca să nu se străduiască și să se cheltuiască, umblînd vreme multă prin judecăți” orînduiește „și doao al 2-lea departamenturi, așăzînd la aceastea judecători cu știință și cu praxis, carii să aibă datorie a căuta judecățile cu sîrguală și cu priveghiere (...)”<sup>35</sup>. Iar în cazul în care „să va întîmpla vreo săptămână să să strîngă judecăți multe”, veliții logofeți au obligația de a aduce la cunoștința domnului acest fapt, pentru a face „și vinerea divan, ca să nu aștepte cei ce să pricinuesc” (altfel divanul întrunindu-se doar luna, miercurea și sîmbăta). Grija declarată a suveranului pentru ca „săraci(i) lăcuiori” (...) să nu pătimizească neazuri pentru judecățile lor, viind de la locuri depărtate la scaunul domnesc, și să se cheltuiască, umblînd pe aici și pierzînd vreme pînă a lua sfîrșit pricinile lor” se manifestă și în orînduirea câte unui judecător „la fieștecare județ, ca să judece pricinile lăcuiorilor și să le hotărască după dreptate”<sup>36</sup>.

„Monument de drept scris”<sup>37</sup> bazat pe izvoare bizantine și pe vechiul drept românesc nescris, *Pravilniceasca Condică* cuprinde dispoziții exprese privind activitatea judecătorilor. „Toți judecătorii după datorie netăgăduită să se adune de dimineață la departamenturi și foarte cu amănuntul și cu luare aminte să judece pricinile ce se întîmplă, urmînd cu totul la poruncile pravililor și la obiceiurile pămîntești (...) fără de a nu face la aceastea niscarevaș tîlmăciri reale, căci oricare să va dovedi tîlmăcind sau stricînd pravila, unul care acela este să se pedepsească foarte greu. (...) Judecătorii să asculte foarte cu luare aminte, fără de a nu li se supăra de îndelungatele zise celor ce să judecă, și să nu cuteze a zăticni zisele celui ce să judecă (...)”<sup>38</sup>. De asemenea, erau aspru pedepsiți acei judecători care „să va dovedi luînd mituri”. Doctrina apreciază interesant faptul că *Pravilniceasca Condică* consacra *expressis verbis* separația între funcția executivă și cea judecătorească, căci nu „se cuvine vreodată să se dea poruncă domnească către judecători, cum și în ce chip să caute pricina (...), ci să urmeze pravililor”, fiind firesc ca și domnul să voiască „ce și pravilile poruncesc”<sup>39</sup>.

Preocupările pentru reorganizarea sistemului judiciar din Moldova au continuat în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea, grație domnitorului Constantin Mavrocordat. Acesta a impus, în timpul celei de-a doua domnii, alcătuirea unui act juridic neobișnuit până atunci, cu valoare de lege fundamentală, intitulat *Condica de porunci, corespondențe, judecăți și cheltuieli a lui Constantin Mavrocordat ca domn al Moldovei (1741-1742)*, după ce, în 1740, acesta fusese impus și în Țara Românească de același domn. Până la 1749, acestui act i s-au adăugat o serie de hrisoave, de porunci și de hotărâri sobornicești, făcînd

<sup>35</sup> *Pravilniceasca condică*, III, 1-2 apud S. Pascu, V. Hanga, *Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului R.P.R.*, vol. III, Editura Științifică, București, 1963, p. 835.

<sup>36</sup> *Pravilniceasca condică*, XV, 1-4 apud S. Pascu, V. Hanga, *op. cit.*, 1963, p. 837.

<sup>37</sup> P. Miculescu, C. Clipa, *Istoria dreptului românesc*, Editura Universitas Timisiensis, Timișoara, 2002, p. 109.

<sup>38</sup> *Pravilniceasca condică*, V, 1-3 apud S. Pascu, V. Hanga, *op. cit.*, 1963, pp. 837-838.

<sup>39</sup> P. Miculescu, C. Clipa, *op. cit.*, p. 133.

parte din conținutul a ceea ce s-a dorit a fi o reformă a sistemului judiciar românesc<sup>40</sup>. Conferind ispravnicilor competență generală de a judeca toate pricinile civile ale locuitorilor din ținuturile în fruntea cărora se aflau, domnitorul le recomanda „să poarte grijă a judeca (...) pe boieri și pe mazili și pe țărani de sînt în ținutul său, de tot felul de giudecată (...). *Cine va cunoaște că i s-au făcut strâmbătate la judecățile mai sus amintite (...) cu carte de judecată să iasă la divan. Când vor merge oamenii la judecători și nu-i vor judeca, atuncea ear să se dea jalbă*”<sup>41</sup>. Oare posibilitatea prezentării unei jalbe la divanul domnesc în cazul refuzul judecătorilor de a judeca pricina nu sancționează, *avant la lettre*, denegarea de dreptate?

Îndatorirea judecătorilor de a judeca pricinile cu care sunt sesizați transpare și din *Porunca de s-au dat ispravnicilor pentru tâlhari și pentru alte giudecăți ușe să le fie deschise*, prin intermediul căreia domnitorul îi muștra judecătorii de ținut pentru faptul că la scaunul de judecată al divanului de la Iași vin oameni cu plângeri ce țin de competența lor, anume „pentru pricini mici, până de un leu, de doi”, ceea ce însemna că aceștia nu își onorau slujba. Adresând critica unui anume judecător de la Bacău – Radu Racoviță, fost mare logofăt – Mavrocordat intuia că „ori ușile dumitale sunt închisă, ori nu stai la judecată a le căuta giudecata”. Domnul îi reamintea slujitorului domnesc scopul pentru care inițiasse măsura trimerii de judecători în ținuturi: „Care și pentru aceasta îți poruncim, să nu te lenevești cu purtare de grijă și ușa să-ți fie deschisă și *necontenit să stai la giudecată, căutând toate jalobile oamenilor, ca să nu să supere oamenii cu cheltuieli a veni pe la Iași pentru pricini mici*, din vreme că noi pentru aceasta v-am făcut ispravnici pe la ținuturi, pentru *odihna nărodului*”<sup>42</sup>.

În materie penală, ispravnicilor le era interzis să judece atunci când se întâmpla în ținutul lor moarte de om sau tâlhărie, competența lor în astfel de cazuri reducându-se la prinderea făptașilor și închiderea lor în temniță până la deferirea lor Divanului domnesc, precum și cercetarea faptelor grave la fața locului, cu obligația de a trece constatările făcute cu aceasta ocazie într-un înscris ce urma să fie trimis tot Divanului. Altfel spus, ispravnicii nu aveau calitatea de judecător penal decât în pricinile mici. Totodată, ei *nu puteau cumula calitatea de judecători și de globnici*, nemaiputând ridica decât gloabele tâlharilor pentru care aveau poruncă domnească<sup>43</sup>.

„Constituția” lui Constantin Mavrocordat din 7 februarie 1741 trădează intenția domnitorului de a stopa venalitatea dregătorilor cu atribuții judecătorești și de a reduce cheltuielile justițiabililor. Potrivit articolului VI al actului normativ citat, „*pentru a-i determina să-și îndeplinească în mod demn îndatoririle și pentru ca un număr mai mare dintre aceștia să preia însărcinări publice, în scopul de a putea acorda mai ușor audiențe*

<sup>40</sup> S. Văcaru, C. Chelcu (editori), *Departamentul criminalicesc în Moldova (1799-1828)*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2017, p. VII.

<sup>41</sup> I. Ceterchi (coord.), *op. cit.*, 1984, p. 338.

<sup>42</sup> *Condica lui Constantin Mavrocordat*, ediție alcătuită de Corneliu Istrati, vol. II, Iași, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, 2008, pp. 93-94, nr. 258 *apud* C. Chelcu, *Pedeapsa în Moldova între normă și practică. Studii și documente*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2015, pp. 138-139.

<sup>43</sup> S. Văcaru, C. Chelcu, *op. cit.*, p. VIII.

numărului tot mai mare de petiționari care se adună din toate părțile în această capitală, s-a ordonat ca toți nobilii care nu au funcții în provincie (...) și care, potrivit Curții noastre, își vor da avizul în scris cu privire la diferite procese să primească un salariu corespunzător ca recompensă pentru activitatea lor în împărțirea dreptății<sup>44</sup>. Prevederea sus citată trebuie coroborată cu cea cuprinsă în art. VII al aceluiași text: „Deoarece mulți locuitori nu pot, din cauza sărăciei, să facă față cheltuielilor unei lungi călătorii, pentru ca procesele să le fie judecate de către Curtea noastră și pentru a nu li se poate face dreptate de către conducătorii ținuturilor, am stabilit comisari aleși din rândul nobilimii și le-am acordat o pensie de la Visteria publică, le-am ordonat să facă dreptate săracilor, să-i ferească de orice nedreptate (...)”<sup>45</sup>.

Și unele pasaje cuprinse în Manualul juridic al lui Andronache Donici<sup>46</sup> au, în opinia noastră, rolul de a facilita accesul la justiție al împričinaților cu situație materială precară, prin limitarea veniturilor pe care judecătorii ar urma să le primească pentru soluționarea litigiilor: „Judecătorii carele pentru iubirea de argint sau pentru sfială sau apartinerea, nu va urma dreptății, iaște osândit prin blestem sobornicesc, cum și acel ce va urni a da hotărârea dreptății pentru asemenea pricinii. (...) Judecătorii datori iaște să primească cu blândețe pre aceia care cer să se mai cerceteze de iznoavă pricina lor. Judecătorii să nu primească peșcheș decât un puțin lucru, care iaște spre mâncare sau spre băutura”<sup>47</sup>.

*Regulamentele Organice* marchează un important pas înainte spre moralizarea justiției, creând o justiție cu magistrați de carieră și funcționari judecătorești retribuiți de stat cu salarii, și nu plătiți de împričinați. Astfel, Regulamentul Organic al Valahiei (1831) desființează „toate împiezișatele venituri ale giudecătorilor și celorlalți cinovnici după la judecătorii, cum și zeciuiala ce se lua supt numire de împlineală din toate sumele de bani și alte cereri, ce se află în prigonire” (...) și orânduiește „lefi cuviincioase tuturor judecătorilor și cinovnicilor după lângă judecătorii”, „spre a putea judecătorii a-și păzi vrednicia caracterului lor printr’o purtare cinstită și lăudată” (...). Un an mai târziu, Regulamentul Organic al Moldovei (1832) stabilește, la rândul său, că „giudecătorii sânt datori a cunoaște cu adâncă pătrundere mărimea dregătoriei lor, răspunderea atât moralicească cât și pravilnicească la care sânt supuși și datornicia cruțare a personalnicilor dreptăți și a driturilor proprietății a compatrioților lor, nepătrundere și obijduire trebuie a fi depărtate cu totul de cercetarea pricinilor” (art. 282). Iar potrivit articolului următor, „toate deosăbitele folosuri sau venituri a boerilor, lucrătoare, după cum și zăciuiala, pre care vornicul de aprozi și alți dregători lua supt nume de împlineală de la toate datoriile ce împlineau, să obor cu desăvârșire. Drept aceia spre răsplătirea trudnicilor osteneli a maghistraturii

---

<sup>44</sup> C. Ionescu, *Dezvoltarea constituțională a României. Acte și documente (1741-1991)*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 31.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Apărut în anul 1814, Manualul lui Donici nu s-a bucurat niciodată de o consacrare oficială, însă a fost bine primit în vremea sa, mai ales în mediul urban.

<sup>47</sup> Man. Donici, II, § 1-5 *apud* S. Pascu, V. Hanga, *op. cit.*, 1963, p. 825.

giudecătorești și spre a putea dregătorii păstra prin lăudate purtări a ei învrednicire, va slui soma care la capul Finanțelor este rânduită pentru lefi<sup>48</sup>.

Regulamentele consacră *principiul separației puterilor* „ocârmuitoare și judecătorească” pe care îl apreciază ca fiind „de trebuință pentru buna orânduială în pricini de judecată și pentru paza dreptăților particularilor”<sup>49</sup>, respectiv „cunoscută de neapărată pentru buna orânduială la regularizarea pricinilor și pentru închizășluirea driturilor a particularnicilor”<sup>50</sup> în Valahia, judecățile se vor căuta: „de judecătorii județelor, care vor judeca la întâia cercetare toate pricinile de judecată, adecă politicești, de vini mici și mari, și de comerț”; de două Divanuri judecătorești la București și Craiova și „fieștecare deosebit în două despărțiri, dintre care una va judeca cu apelație pricini politicești și cealaltă pricini criminalicești”; de două judecătorești „de comerț”, așezate tot în București și Craiova, „care vor judeca cu apelație pricinile de negoț”; de o „judecătorie de poliție (...) a cărei datorie se va mărgini în căutarea de pricini mici, ce se vor întâmpla în București” și de „un Înalt Divan sau Înaltă Curte de apelație care va judeca toate pricinile desăvârșit, fără a avea judecată la apelație” (adică în ultimă instanță)<sup>51</sup>. Creând aceste instanțe, Regulamentul Organic al Valahiei așază regula potrivit căreia „Toți lăcuitorii prințipatului sânt supuși fără deosebire a se judeca la judecătorii ce s-au întocmit”<sup>52</sup>.

Regulamentul Organic al Valahiei se remarcă și prin normele prin care organizează profesia de avocat: „vor fi primiți de avocați cei ce au oarecare știință de pravilă și cari sânt cunoscuți de oameni cinști”. Articolul său 225 impune Stăpânirii obligația de a „orânduia avocați cu plată pe lângă Înaltul Divan și lângă despărțirile criminalicești, ca când vinovatul în pricini criminalicești, sau de învinovățiri mai mici va zice că n-are avocat, judecătorul să-i orânduiască unul care să se însărcineze cu judecata lui până la sfârșitul ei”.

În Moldova epocii regulamentare, dreptatea era ocârmuită: „de tribunaluri pe la ținuturi de întâia instanție, care să vor îndeletnici în toate pricinile politicești, criminalicești și neguțitorești și de giudețe sătești în fieștecare parohie; de divanul judecătorec din Iași, pentru pricini politicești; de un tribunal de comerț cu sediul în același oraș, de „un tribunal de poliție”, de un tribunal criminalicesc și „de înaltul Divan, carile cu desăvârșire va giudeca toate pricinile”<sup>53</sup>. Aidoma textului normativ precedent, și Regulamentul Organic al Moldovei stipulează că „toți lăcuitorii prințipatului, fără osăbire, sânt supuși rânduielilor giudecătorești a tribunalurilor așzate”<sup>54</sup>. Apreciem că această din urmă prevedere, aidoma celei similare ei din Regulamentul Organic al Valahiei, coroborate cu normele care instituie, în fiecare principat, instanțele apte să împartă dreptatea trebuie citite în cheia de lectură a imperativului realizării justiției numai de către organele abilitate în acest sens de lege, imperativ care adaugă încă o nuanță la tabloul liberului acces liber la justiție.

<sup>48</sup> *Regulamentele Organice ale Valahiei și Moldovei*, vol. I, în *Colecțiunea vechilor legiuri administrative*, coord. prof. P. Negulescu, Întreprinderile „Eminescu” S.A., București, 1944, p. 315.

<sup>49</sup> Art. 212, ROV.

<sup>50</sup> Art. 279, ROM.

<sup>51</sup> Art. 213, ROV.

<sup>52</sup> Art. 239, ROV.

<sup>53</sup> Art. 280, ROM.

<sup>54</sup> Art. 297, ROM.



Proiectul de constituție pentru Moldova, elaborat de Mihail Kogălniceanu în anul 1848 proclamă că: „*Dreptatea este gratuită în toată întinderea țării*” (art. 64), și că „*sloboda apărare este închezășluită atât în cele țivile cât și în cele criminale*” (art. 65)<sup>55</sup>.

Constituția din 1 iulie 1866<sup>56</sup> garantează libertatea individuală afirmând că „nimeni nu poate fi urmărit decât în cazurile prevăzute de legi și după formele prevăzute de ele” (art. 13). Articolul 14 ne-a atras atenția cu următorul enunț: „*Nimeni nu poate fi sustras în contra voinței sale de la judecătoria ce-i dă legea*”. Enunțul se regăsește neschimbat atât în art. 12 al Constituției din 29 martie 1923 cât și în art. 13 al Constituției din 27 februarie 1938. În economia tuturor acestor texte fundamentale prevederea citată este situată în titlul secund, intitulat la fel de invariabil „Despre drepturile Românilor”. Potrivit grilei de lectură pe care ne-am propus-o în această lucrare, enunțul la care ne referim poate constitui o formulare a dreptului de acces la justiție. Dacă nimeni nu poate fi lipsit de „judecătoria ce-i dă legea”, putem înțelege că legea *dă judecători* tuturor, cu alte cuvinte asigură dreptul oricărei persoane dreptul de a recurge la un judecător. Chiar și prima dintre Constituțiile socialiste, cea din 13 aprilie 1948<sup>57</sup> strecoară, în Titlul VII, o prevedere conform căreia „*dreptul la apărare în fața tuturor instanțelor este garantat*” (art. 92). Remarcăm un oarecare „regres” în comparație cu textele fundamentale anterioare prin care s-a încercat consacrarea accesului la justiție, regres datorat faptului că prevederea la care ne referim nu își mai găsește loc în titlul dedicat drepturilor și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, ci în cel referitor la organelor judecătorești și parchet.

Aceeași Constituție din 1866 instituie și regula potrivit căreia „*nici o autorizațiune prealabilă nu este necesară pentru a exercita urmăriri în contra funcționarilor publici, pentru faptele administrațiunii lor, de părțile vătămate*, rămâind însă neatinse regulile speciale statornicite în privința miniștrilor”(art. 29). Regula se păstrează neschimbată în cuprinsul art. 31 al Constituției din 29 martie 1923<sup>58</sup>, care adaugă, în art. său 107 prevederea conform căreia: „*Contenciosul administrativ este în căderea puterii judecătorești, potrivit legii speciale. Cel vătămat în drepturile sale, fie printr-un act administrativ de autoritate, fie printr-un act de gestiune făcut cu călcarea legilor și regulamentelor, fie prin rea voință a autorităților de a rezolva cererea privitoare la un drept, poate face cerere la instanțele judecătorești pentru recunoașterea dreptului său. Organele puterii judecătorești judecă dacă actul este ilegal, îl pot anula, pot pronunța daune civile până la data restabilirii dreptului vătămat, având și căderea de a judeca cererea de despăgubire, fie în contra autorității administrative chemate în judecată, fie în contra funcționarului vinovat*”. Iată schițată la nivel constituțional noțiunea de plină jurisdicție a instanței, vehiculată în doctrina dreptului administrativ continental.

<sup>55</sup> C. Ionescu, *op. cit.*, p. 149.

<sup>56</sup> Constituția din 1 iulie 1866 (modificată la 8 iunie 1884) *apud* C. Ionescu, *op. cit.*, pp. 387-401.

<sup>57</sup> Constituția Republicii Populare Române, 13 aprilie 1948 *apud* C. Ionescu, *op. cit.*, pp. 769-780.

<sup>58</sup> Constituția din 29 martie 1923, *apud* C. Ionescu, *op. cit.*, pp. 529-550.

Din Codul de procedură civilă elaborat și intrat în vigoare în timpul domniei lui A. I. Cuza<sup>59</sup>, am ales să redăm acele articolele care dau contur sancționării denegării de dreptate. Astfel, dacă art. 305 prevede posibilitatea urmării judecătorilor, pe calea unei acțiuni recursorii civile, „dacă este denegrare de dreptate”, dispozițiile articolelor următoare definesc denegarea de dreptate (art. 306), identificând-o cu situația în care „judecătorii nu voesc a se pronunța asupra unei cereri, sau neglige de a judeca causele cari sînt în stare sau la rînd a se judeca” și precizează că aceasta „se constată când, după două cereri, făcute de partea interesată în interval de câte trei zile cel puțin, judecătorii stăruiesc în refuzul lor de a răspunde sau judeca” (art. 307).

O altă ipostază a dreptului de acces la justiție, pe care am „extras-o” din legi adoptate în secolul XX, vizează ajutorul financiar care ar trebui acordat persoanelor lipsite de resursele necesare inițierii unei proceduri judiciare în materie non penală. S-a spus că după aplicarea primei legi care a reglementat profesia de avocat (Legea din 6 decembrie 1864), s-a simțit nevoia adoptării unei noi legi în domeniu – cea din 12 martie 1907 – care, printre altele, a pus bazele serviciilor de asistență judiciară pentru cei care aveau o stare materială precară<sup>60</sup>. Acest fapt a făcut posibilă o așezare legislativă mai detaliată a asistenței judiciare prin Legea cu nr. 610 din 21 februarie 1923<sup>61</sup> privind organizarea și unificarea corpului de avocați. În termenii acesteia, „fiecare consiliu al corpului de avocați va fi dator să organizeze un serviciu de asistentă judiciară în cuprinsul circumscripției sale” (art. 98), care va fi condus „de unul din consilierii baroului, ajutat de un număr de avocați care își vor oferi voluntar serviciile sau se vor desemna de consiliu în ordine succesivă, și se vor schimba prin buna înțelegere”. Conform art. 99, „acolo unde nu vor putea fi delegați avocați, asistența judiciară va fi condusă de judecătorul de ocol respectiv, ajutat de grefierul său. La cererea părții judecătorul va desemna un avocat ca sfătuitor”. Art. 100 al aceluiași act normativ mai arată faptul că „atât conducerea biroului de asistență judiciară cât și susținerea în justiție în baza delegației date de acest birou, constituiesc servicii legalmente datorite”, la care au dreptul, în temeiul art. 102, „persoanele care vor dovedi lipsa de mijloace printr-un certificat” care să menționeze deopotrivă „averea, ocupația, etatea și numărul membrilor familiei solicitantului”. Mai amintim aici doar că „avatarurile” contemporane ale asistenței judiciare se regăsesc în dispozițiile Capitolului V din Legea 51 din 7 iunie 1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată<sup>62</sup>,

<sup>59</sup> Codul de procedura civilă din 9 septembrie 1865, publicat în Monitor Oficial nr. 200 din 11 septembrie 1865, disponibil la <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/39374>.

<sup>60</sup> Ion Ilie-lordăchescu, *150 de ani de la apariția primei legi moderne de organizare a profesiei de avocat din România, Legea nr. 1709/1864*, prelegere disponibilă la <https://www.juridice.ro/353347/150-de-ani-de-la-aparitia-primei-legi-moderne-de-organizare-a-profesiei-de-avocat-din-romania-legea-nr-17091864-ion-ilie-io rdachescu.html>.

<sup>61</sup> Disponibilă la adresa <http://www.lex.ro/Legea-610-1923-29.aspx>.

<sup>62</sup> <http://www.unbr.ro/legea-nr-511995/>.

dispoziții care trebuie coroborate cu cele din cuprinsul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă<sup>63</sup>.

În (*loc de*) *concluzie*, nu știm dacă recursul nostru la diacronie îl va convinge pe cititorul interesat de faptul că germenii accesului la justiție există, în dreptul nostru, încă din epoca medievală, în ciuda bine-cunoscutelor metehne ale justiției acelor vremuri. Selecția textelor pe care le-am folosit este, inevitabil, subiectivă, iar numărul acestora, inevitabil, prea mic pentru demersul ales. Dacă am reușit măcar să invităm cititorul interesat să „sape” și mai adânc în solul istoriei dreptului românesc pentru a căuta alți „germeni” ai aceluiași drept, atunci scopul pe care ni l-am propus a fost atins.

---

<sup>63</sup> Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/ 2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 327 din 25 aprilie 2008.

# Reconstrucția constituțională a Afganistanului

## Constitutional reconstruction of Afghanistan

drd. **Teodor Ioan COMAN\***

Universitatea de Vest din Timișoara,

Facultatea de Drept

### Abstract

*After the 9/11 terrorist attacks against targets from its territory, United States of America, together with local and international allies, launched a military operation targeting the Taliban regime in Afghanistan, which was considered to be responsible for hosting al-Qaeda and allowing them to plan and prepare the attacks against the United States.*

*After swiftly completing the military operations, efforts for reconstructing the Afghan state began at an international level. This was accomplished by bringing together different Afghan political groups, under the coordination of the United Nations. Once the Bonn Agreement was concluded, steps were taken in the direction of creating a new constitution for the state, mostly by local actors, taking into consideration the traits and diversity of the Afghan society.*

*What resulted from this constitutional momentum was a new fundamental law, which laid the foundation for a renewed State, that would allow Afghanistan to rebuild itself politically, socially, economically and from a national security point of view.*

**Keywords:** 9/11 terrorist attacks; Afghanistan; Taliban Regime; Bonn Agreement; Constitution.

### Rezumat

*După atacurile teroriste din 11 septembrie 2001 asupra teritoriului lor, Statele Unite ale Americii, împreună cu aliați locali și internaționali, au lansat o operațiune militară împotriva regimului taliban din Afganistan, care a fost considerat responsabil pentru găzduirea al-Qaeda și pentru că i-a permis acesteia să plănuiască și să pregătească atacurile împotriva Statelor Unite.*

*După încheierea rapidă a operațiunilor militare, la nivel internațional au început eforturile pentru reconstrucția Afganistanului. Acest lucru s-a realizat prin întrunirea a diferite grupuri politice afgane, sub coordonarea Organizației Națiunilor Unite. O dată ce Acordul de la Bonn a fost încheiat, s-au luat măsurile necesare în direcția creării unei noi constituții, cu precădere de către actori locali, ținând cont de trăsăturile și diversitatea societății afgane.*

*Rezultatul acestui moment constituțional a fost o nouă lege supremă, care a pus bazele unui stat reînnoit, care îi va permite Afganistanului să se reconstruiască din punct de vedere politic, social, economic și militar.*

---

\* teodor\_coman@yahoo.ro.

*Cuvinte-cheie:* 11 septembrie 2001, Afganistan, regimul taliban, Acordul de la Bonn, Constituție.

### **1. Etape premergătoare creării unei noi constituții pentru Afganistan**

Răspunsul militar al Statelor Unite ale Americii (în continuare „SUA”) la atacurile teroriste din 11 septembrie 2001 l-a reprezentat declanșarea operațiunii *Enduring Freedom*, care a avut ca scop răsturnarea regimului taliban din Afganistan, indicat de serviciile de informații ca vinovat de găzduirea membrilor *al-Qaeda*, organizația teroristă care a organizat și executat atentatele.

Deși operațiunile militare principale au debutat la începutul lunii octombrie și s-au întins până la sfârșitul anului 2001, în paralel, pe plan diplomatic s-au început demersurile pentru asigurarea viitorului postbelic al Afganistanului. Astfel, Lakhdar Brahimi, fost ministru de externe al Algeriei, a fost desemnat pe 3 Octombrie 2001 Reprezentant Special al Organizației Națiunilor Unite (în continuare „ONU”) și raportor în Afganistan. În această calitate, a fost însărcinat și cu pregătirea negocierilor multilaterale privind viitorul Afganistanului. De îndată ce talibanii s-au retras din Kabul, Brahimi și-a prezentat Consiliului de Securitate (în continuare „CS”) planul cu privire la reconstrucție, bazat pe implicare regională, acceptarea liderilor locali, sprijin financiar internațional, transparență în procesul de constituire a instituțiilor publice și o forță militară suficientă pentru a menține securitatea internă, plan care a fost admis de către CS, sens în care s-a adoptat Rezoluția 1378, pe 14 noiembrie 2001.

Orașul german Bonn a fost ales pentru a găzdui negocierile privind viitoarea configurație statală a Afganistanului. În cadrul tratativelor de la Bonn, între 27 noiembrie și 5 decembrie, au fost invitați reprezentanți ai tuturor facțiunilor afgane. Delegații reprezentau 4 grupuri principale: Alianța Nordului, compusă în special din membrii minorității etnice tajike, care au fost și aliații locali ai SUA, cei care au purtat majoritatea luptelor la sol, în cadrul operațiunilor militare; membrii minorității *Shi'a Hazara*, susținuți de Iran; grupul *Peshawar*, susținut de Pakistan și vorbitor de limbă pashtună, reprezentând diaspora afgană stabilită în țara vecină; și grupul Roma, centrat în jurul fostului rege al Afganistanului și format din membrii diasporei occidentale.

Se poate observa că părțile la negocieri nu reprezentau pe deplin totalitatea și diversitatea populației Afganistanului, iar acest aspect a condus la o lipsă de legitimitate și reprezentativitate a deciziilor adoptate în cadrul tratativelor de la Bonn. Acest fapt se poate pune și pe seama rapidității cu care a fost organizată conferința și a acțiunilor militare încă în desfășurare din operațiunea *Enduring Freedom*. De aceea, poziția Alianței Nordului era una de forță, întrucât reprezenta vasta majoritate a forțelor terestre care au luptat împotriva talibanilor și a trupelor care ocupau la acel moment țara<sup>1</sup>. De altfel, împotriva rezultatului negocierilor s-a exprimat și liderul minorității uzbekice din Afganistan,

---

<sup>1</sup> R. I. Rotberg, *Building a New Afghanistan*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2007, p. 29.

Abdul Rashid Dostum<sup>2</sup>, un veteran al războaielor interne afgane din ultimele decenii și un comandant militar care avea în subordine forțe impresionante. În concluzie, Acordul de la Bonn poate fi definit ca o înțelegere prin care s-a stabilit un cadru de acțiune și un calendar al etapelor de reconstrucție statală.

În fine, negocierile au fost finalizate prin adoptarea unui acord, pe 5 decembrie, care a fost întărit prin adoptarea rezoluției CS nr. 1383/06.12.2001 cu privire la *Acordul provizoriu din Afganistan, valabil până la constituirea unor instituții publice permanente*. Acest act este mai des numit Acordul de la Bonn. În baza acestuia, s-a transferat, pe 22 decembrie 2001, puterea unei Autorități Interimare, care a fost însărcinată cu crearea unor organisme de stat reprezentative pentru întreaga societate, care să implice membri de ambele sexe și de toate etniile. Acordul de la Bonn a recunoscut dreptul poporului afgan de a-și determina liber viitorul politic, în concordanță cu principiile islamice, democratice, ale pluralismului politic și ale justiției sociale. Acordul a stipulat ca fundamental pentru reconstrucția statului, obiectivul de a atinge statutul de stat de drept și de a restabili relațiile externe la care Afganistanul a fost parte înainte de instaurarea regimului taliban.

În acest fel, Națiunile Unite nu și-au asumat conducerea Afganistanului, ci au transferat această autoritate unei puteri interimare. Mandatul acordat a fost limitat la 6 luni, interval în care aceasta a fost obligată să organizeze o primă reuniune a unei adunări legislative extraordinare – *Loya Jirga* – ai cărei membri mai numeroși și mai reprezentativi să pună bazele unui guvern de tranziție.

*Jirga* reprezintă o structură de guvernare formală tradițional afgană. În mod istoric, o *jirga* guvernează mai multe laturi ale societății afgane, de la probleme referitoare la proprietate, la relațiile externe, la relațiile interne dintre autorități. Funcționează precum un consiliu legislativ, ale cărui decizii sunt obligatorii. Când astfel de adunări se desfășoară la nivel înalt și privesc întreaga societate, acestea se numesc *Loya Jirga*<sup>3</sup>. De-a lungul istoriei afgane, *loya jirga* constituționale s-au mai întrunit de fiecare dată când a fost pusă în discuție adoptarea unei noi legi fundamentale. Uneori au participat activ la dezbateri, alteori au exprimat păreri formale, docile, însă în anul 1928, opoziția lor la propunerile de reformă exprimate de regele Amanullah a condus la începerea unei rebeliuni care a determinat abdicarea suveranului<sup>4</sup>.

*Loya Jirga* s-a reunit între 11 și 19 iunie 2002, a fost prezidată de fostul rege, Zahir Shah, care s-a întors din exilul său la Roma după 29 de ani și a avut trei sarcini: să aleagă șeful statului, să decidă structura Autorității Interimare și să aprobe personalul care urma să conducă statul timp de doi ani, până când alegerile puteau fi organizate. Adunarea legislativă a fost compusă din 1051 de persoane alese și 550 de delegați, reprezentând toate sectoarele societății, astfel încât s-a bucurat de legitimitate<sup>5</sup>. Președinte interimar a

<sup>2</sup> M. Buckley, R. Fawn, *Global Responses to Terrorism*, Routledge, Londra, 2003, p. 20.

<sup>3</sup> J. D. Montgomery, Dennis A. Rondinelli, *Beyond Reconstruction in Afghanistan*, Palgrave Macmillan, New York, 2004, p. 116-117.

<sup>4</sup> S. A. Arjomand, *Constitutional Politics in the Middle East*, Hart Publishing, Portland, 2008, p. 149.

<sup>5</sup> E. Afsah, *Afghanistan Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 6-8.

fost numit Hamid Karzai, un membru al etniei pashtune. Acesta era bine educat, vorbitor de limba engleză, ocupase diferite poziții în Ministerul de Externe al țării, în guvernele anterioare și era un comandant militar respectat. De altfel, la momentul numirii sale, Karzai coordona asediul Kandaharului<sup>6</sup>. Însă indiferent că un pashtun, principala etnie a țării, a ocupat poziția supremă în stat, membrii Alianței Nordului, formați cu precădere din persoane de etnie tajikă, au ocupat pozițiile cheie în stat, precum conducerea ministerului apărării, externelor, internelor și conducerea serviciului de informații<sup>7</sup>.

A fost pentru prima dată după 23 de ani de conflicte sângeroase<sup>8</sup> când facțiunile afgane au ales să-și promoveze interesele prin mijloace politice și nu prin război. Cu toate acestea, facțiunile și conducătorii lor nu au încetat să exercite influență în Afganistan, urmărind să ocupe funcții importante în stat, să-și păstreze autonomia operațională prin menținerea forțelor armate și să exercite controlul efectiv asupra unor regiuni din țară.

## 2. Pregătirea și adoptarea noii Constituții

Următorul pas convenit prin Acordul de la Bonn, în direcția formării de instituții permanente ale statului, a fost convocarea unei *Loya Jirga* constituțională, care să adopte noua constituție a Afganistanului. Pentru aceasta, a fost numită o comisie de redactare a proiectului constituțional, formată din 9 membri apolitici, specializați în redactarea legislativă, condusă de Vicepreședintele interimar Naematullah Shahrani. Proiectul propus de aceștia a fost transmis spre aprobare Comisiei de Revizuire a Constituției, formată din 35 de membri. Procesul de redactare a proiectului a fost unul marcat de discuții aprinse între tabăra reformatorilor și tabăra conservatorilor. Textul s-a inspirat din ultimele constituții ale statului (precum cele adoptate în 1964, 1977, 1987, 1990), dintre care cea adoptată în 1964 de regimul regelui Mohammad Zahir Shah a avut la acea vreme un conținut progresist pentru o societate musulmană. De asemenea, comisia de redactare s-a inspirat și din Declarația Universală a Drepturilor Omului și din textul similar din Constituția SUA, pentru partea care apăra drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor. Procesul de redactare a proiectului constituției a reprezentat un efort exclusiv afgan, fără interferențe externe. De altfel, a fost redactat în una din limbile proeminente în Afganistan, *dari*, iar o traducere în engleză a fost înaintată Organizației Națiunilor Unite doar într-un scop informativ<sup>9</sup>. Și populația largă a fost implicit consultată cu privire la prevederile proiectului, întrucât conținutul acestuia a fost difuzat în presă și la radio.

Dintre atribuțiile comisiei de redactare a constituției enumerăm: pregătirea și publicarea unui proiect de constituție; publicarea de informații referitoare la procesul de

---

<sup>6</sup> I. Kfir, *The Role of the Pashtuns in Understanding the Afghan Crisis*, Perspectives on Terrorism, vol. 3, nr. 4, Terrorism Research Initiative, Lowell, MA, 2009, p. 45.

<sup>7</sup> R. I. Rotberg, *op. cit.*, p. 30.

<sup>8</sup> Se face referire la perioada de după retragerea trupelor sovietice și începutul unui război civil, între facțiunile care s-au opus U. R. S. S. și care s-a încheiat prin ocuparea țării de către gruparea talibană, de orientare radical islamistă (n.a.).

<sup>9</sup> E. Afsah, A. Hilal Guhr, *Afghanistan: Building a State to Keep the Peace*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 9, Leiden, Olanda, 2005, p. 424-427.

pregătire a proiectului, pe toată durata sa; organizarea de consultări publice pe tema conținutului în toate provinciile afgane, precum și în taberele de refugiați afgani din Iran și Pakistan; primirea de propuneri scrise referitoare la textul constituțional<sup>10</sup>.

În paralel cu redactarea proiectului constituțional, Autoritatea Interimară a înființat, cu sprijinul ONU și în conformitate cu Acordul de la Bonn, o Comisie Afgană Independentă a Drepturilor Omului. Atribuțiile acesteia includeau monitorizarea respectării drepturilor omului, sancționarea încălcărilor drepturilor omului și dezvoltarea de instituții autohtone în domeniu. Chiar dacă Afganistan este parte la majoritatea tratatelor internaționale privind drepturile omului, iar apărarea drepturilor fundamentale a fost inclusă în proiectul constituțional, aceste drepturi vor trebui transformate în norme efective din dreptul pozitiv. În acest sens, nou-constituita Comisie s-a dovedit a fi o instituție indispensabilă. Primul conducător al organismului a fost o femeie, Sima Simar, care a ocupat funcția de ministru în Administrația Interimară. Instituția a primit un rol concret important printr-un decret al președintelui interimar, emis în iunie 2002, prin care i s-au stabilit atribuțiile. Dintre acestea, Comisia trebuia să verifice constituționalitatea actelor normative emise în Afganistan, să ofere consultanță în acest sens și să cerceteze încălcarea drepturilor omului din trecut, funcționând precum o *comisie a adevărului*. Spre deosebire de alte zone ale globului, în centrul Asiei o astfel de instituție a reprezentat o premieră și un model pentru celelalte state vecine<sup>11</sup>.

În primăvara anului 2003, comisia de redactare a noii constituții a finalizat lucrările și a făcut public proiectul de constituție. Acesta prevedea că „în Afganistan, suveranitatea aparține națiunii și națiunea o aplică direct sau prin reprezentanți”. Această formulare laică face notă discordantă de alte constituții din zonă, precum cea iraniană din 1979 sau pakistaneză din 1973, care puneau în mâinile divinității suveranitatea națională<sup>12</sup>. Conform proiectului, statul urma să fie condus de un președinte, care va numi un prim-ministru care să formeze guvernul. Președintele va fi ales prin sufragiu universal, va fi conducătorul suprem al armatei, va avea prerogativa de a declara război, va convoca *Loya Jirga* și va avea dreptul să dizolve parlamentul. Adunarea Națională (legislativul) va trebui să reprezinte întreg poporul și va exprima voința acestuia. Structura sa va respecta principiul proporționalității, astfel încât provinciile mai populate, care cuprind și centre urbane, vor avea o influență mai mare. Dintre atribuții, amintim dreptul de a ratifica tratate internaționale, dreptul de a aproba trimiterea de trupe în afara teritoriului, dreptul de a aproba contractarea de credite. În privința puterii judecătorești, aceasta va avea ca organ suprem Curtea Supremă de Justiție și va fi formată și din alte instanțe, al căror număr va fi stabilit prin lege. Membrii Curții Supreme vor trebui să aibă educație superioară în domeniul științelor juridice și a jurisprudenței islamice. *Draft*-ul constituțional a ținut cont și de tradiția cutumiară afgană, în sensul în care a recunoscut *loya jirga* ca fiind cea mai înaltă expresie a voinței populare, care va fi convocată de către președinte și va hotărî în legătură cu independența, suveranitatea națională, integritatea teritorială și interesele

<sup>10</sup> J.D. Montgomery, D.A. Rondinelli, *op. cit.*, p. 121.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 119-120.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 121.



publice înalte, precum modificarea constituției. Componenta *loya jirga* va fi formată din membrii Adunării Naționale, președinții Consiliilor Provinciale și reprezentanții provinciilor, aleși prin vot direct, secret și liber, conform legii. Prin schițarea rolului *loya jirga*, s-a exprimat clar punctul de vedere că aceasta nu va fi convocată decât în circumstanțe excepționale.

*Loya Jirga* care a fost convocată pentru adoptarea noii constituții a fost formată din 502 delegați, din care majoritatea au fost aleși, iar doar 50 numiți. Pe 4 ianuarie 2004 a fost adoptată de către *Loya Jirga* noua Constituție a statului, care cuprinde 162 de articole, prin care s-a instaurat noua Republică Islamică Afgană. Președintele Hamid Karzai a semnat și promulgat actul legislativ pe 26 ianuarie 2004, inaugurând a șasea constituție a statului, prima fiind cea adoptată în 1923 de regele Amanullah Khan. Constituția din 2004 este structurată în 12 capitole și un preambul.

### 3. Principalele prevederi

În preambulul Constituției se face referire la divinitate, trecutul sângeros al statului, la sacrificiile care au condus la starea în care țara se află în prezent. De asemenea, se indică dezideratul de a pune bazele unei noi ordini sociale, care să cuprindă întregul mozaic de triburi și etnii care populează Afganistanul, în consonanță cu valorile cuprinse în Carta ONU și Declarația Universală a Drepturilor Omului. Această nouă ordine a lucrurilor ar trebui să determine progresul statului din toate punctele de vedere, până când se va instaura un climat social și economic bazat pe democrație, nediscriminare, prosperitate, respectarea drepturilor omului, iar pe plan extern, reintegrarea în comunitatea internațională.

În primul articol al primului capitol, intitulat *Statul*, se afirmă că „*Republica Islamică Afgană este un stat independent și indivizibil, care se bazează pe principiile justiției sociale*”. Prin art. 2, Islamul a fost desemnat religia de stat, însă se recunoaște dreptul la liberă exercitare a religiei minorităților. De asemenea, se prevede obligația statului de a organiza construcția de moschei și centre religioase de promovare a virtuților morale în societate. Iar în art. 3 se prevede că nicio lege nu poate să contravină legii islamice. Totodată, se impune calendarul musulman și se stabilește ziua de vineri ca zi liberă națională. De asemenea, prin art. 16 se stabilesc limbile oficiale Pashtuna și Dari, însă în zonele unde există o majoritate a unor minorități lingvistice, se recunoaște și acea limbă ca oficială<sup>13</sup>. Tot în primul capitol al constituției se prevede că „*Statul Afgan este obligat să adopte măsurile necesare în vederea creării unei societăți prospere și progresiste bazate pe justiție socială, protejarea demnității umane, realizarea democrației și menținerea unității naționale și egalității între toate triburile și clanurile din țară*”. Se reflectă în mod clar preocuparea legiuitorului constituțional pentru menținerea unității unei națiuni marcată de diferende etnice și tribale, unde unitatea socială de bază rămâne, fără îndoială, familia.

---

<sup>13</sup> E. Afsah, A. Hilal Guhr, *op. cit.*, p. 429-433.

În cel de-al doilea capitol, „Drepturile și Obligațiile Fundamentale ale Cetățenilor”, s-a impus principiul respectului și nediscriminării între cetățeni. Ca expresie a acestuia, femeile și bărbații vor fi egali în fața legii, iar cetățenii se bucură de drepturi și obligații egale, indiferent de limbă, apartenența la un trib sau clan, religie, rezidență și poziție socială. De asemenea, statului îi revine obligația de a apăra demnitatea umană, sens în care au fost incluse mai multe drepturi fundamentale ale omului în textul constituțional: dreptul la viață, prohibiția torturii, prezumția de nevinovăție, limitarea extrădării, dreptul la apărare, libertatea personală în fața creditorilor, libertatea de circulație, libertatea de exprimare orală, în scris, prin ilustrații sau prin alte mijloace, libertatea de întrunire.

Libertatea de întrunire a inclus și dreptul de a constitui partide politice, în conformitate cu legea. Scopul și fundamentele partidului nu trebuie să contravină învățăturilor Islamului, textului Coranului și valorilor constituționale. Înființarea unui partid sau desfășurarea de către acesta de activități bazate pe etnie, limbă, religie sau origine nu sunt permise.

Educația a fost o altă valoare inclusă în constituție. Astfel, *„educația este dreptul tuturor cetățenilor Afganistanului, care este pusă la dispoziția acestora de către stat... Statul concepe și implementează programe concrete pentru a echilibra și dezvolta educația femeilor... Statul concepe și implementează o tematică unitară într-un cadru religios islamic, de cultură națională și în concordanță cu metodele științifice internaționale. Statul compilează totalitatea învățăturilor religioase... Crearea și gestionarea educației generale, superioare și profesionale este o obligație a statului. De asemenea, statul creează programe concrete de promovare a științei, culturii, literaturii și artelor”*.

Capitolul al doilea din Constituție a vizat și domeniul sănătății: *„Statul este obligat să pună la dispoziție mijloace de prevenție și tratament medical, precum și facilități medicale gratuite și libere pentru toți cetățenii Afganistanului”*. Și a inclus și prevederi referitoare la familie: *„familia este pilonul fundamental al societății și se află sub protecția statului. Statul ia măsurile adecvate pentru menținerea sănătății spirituale și fizice a familiei, în special a copilului și mamei și a pregătirii copiilor”*.

Constituția a pus bazele unei republici prezidențiale, cu parlament bicameral, o administrație centralizată și un sistem puternic de protecție a drepturilor minorităților. Președintele este șeful suprem al armatei, este cel care numește guvernul și decide componența sa, cu aprobarea Parlamentului, numește în funcție conducătorii instituțiilor-cheie ale statului, precum și judecătorii. Are puterea de a convoca referendumuri pe teme de interes național. De asemenea, are puterea de a numi 34 de guvernatori, câte unul pentru fiecare dintre provinciile țării<sup>14</sup>.

Conform art. 61, șeful statului este ales prin vot direct, liber, secret și universal, de către o majoritate a alegătorilor care au participat la sufragiu. În cazul în care niciun candidat nu întrunește majoritatea, se va organiza un al doilea tur de scrutin, unde vor participa doar primii doi candidați, în funcție de preferințele votanților. Un mandat are

<sup>14</sup> A. Zobrist Galad, *The Challenges and Role of Structures in the Reconstruction of Afghanistan*, Connections, vol. 11, nr. 2, Garmisch-Partenkirchen, Germania, 2012, p. 19.

durata de cinci ani, iar numărul de mandate pentru un președinte este limitat la două. În art. 62 sunt enumerate condițiile pentru care o persoană să poată candida pentru funcția supremă în stat, respectiv „*să fie cetățean afgan, musulman, născut din părinți afgani și să nu fie cetățeanul unui alt stat; trebuie să fi împlinit, până la data depunerii candidaturii, vârsta de cel puțin 40 de ani; nu poate avea antecedente penale*”.

În cazul în care intervin orice motive pentru care mandatul Președintelui încetează sau acesta nu este apt să-și exercite atribuțiile, locul său va fi luat de către primul Vicepreședinte al țării (art. 67).

În ceea ce privește guvernul, art. 71 stabilește că miniștrii lucrează sub coordonarea președintelui. La fel ca și în cazul șefului executivului, și miniștrii trebuie să îndeplinească condiții similare pentru a fi eligibili pentru această funcție, respectiv: „*trebuie să aibă doar cetățenia afgană; trebuie să aibă studii superioare, experiență profesională și o bună reputație; trebuie să fi împlinit vârsta de cel puțin 35 de ani; nu poate avea antecedente penale*” (art. 72). Ministrul poate să fie membru al Parlamentului sau poate fi numit din afara legislativului, însă nu se pot cumula cele două funcții (art. 73).

Conform art. 75, Guvernul execută actele normative, precum și deciziile judecătorești, implementează programe sociale, culturale, economice și de dezvoltare tehnologică, elaborează bugetul, sens în care emite acte administrative. Răspunde în fața Parlamentului pentru politicile sale, iar conform art. 79, în perioada de vacanță parlamentară, poate emite decrete, în caz de urgență și în domenii limitativ stabilite de lege.

În ceea ce privește legislativul, Adunarea Națională este denumirea oficială a parlamentului afgan, conform noii constituții. Cele două camere ale Adunării sunt Camera Populară și Camera Bătrânilor (art. 82). Membrii Adunării sunt aleși prin vot liber, universal și secret, pentru un mandat de 5 ani.

Pentru Camera Populară, membrii sunt aleși direct, proporțional cu populația circumscripției electorale pe care o reprezintă. S-a impus alegerea de candidați de sex feminin pentru cel puțin 25% din componența *Wolesi Jirga* (Camera Populară), adică cel puțin două reprezentante din fiecare provincie, mai mult decât în majoritatea democrațiilor vestice<sup>15</sup>.

Pe de altă parte, membrii Camerei Bătrânilor vor fi aleși prin vot indirect, respectiv după alegerea lor de către Consiliile Provinciale (1/3 din total), de către Consiliile Districtuale din cadrul fiecărei provincii (1/3 din total), iar cealaltă treime va fi desemnată de către Președinte. Jumătate dintre persoanele numite de președinte vor trebui să fie de sex feminin (art. 84).

În mod similar cu membrii executivului, reprezentanții din legislativ ai alegătorilor vor trebui să fie cetățeni afgani sau să fi dobândit cetățenia cu cel puțin zece ani înainte de alegeri; să nu aibă antecedente penale și să fi împlinit vârsta de 25 de ani, în cazul Camerei Populare, respectiv vârsta de 35 de ani, în cel al Camerei Bătrânilor (art. 85).

Atribuțiile Adunării Naționale se concentrează în jurul adoptării, modificării și abrogării legilor, aprobării bugetului și a programelor și politicilor executivului. Camera

<sup>15</sup> C. Johnson, J. Leslie, *Afghanistan – The Mirage of Peace*, Zed Books, New York, 2008, p. 186.

Populară va putea interpela miniștri referitor la orice subiecte legate de activitatea lor și va putea să voteze retragerea sprijinului politic pentru aceștia.

Inițiativa legislativă aparține în primul rând Adunării Naționale, însă va trebui să treacă de aprobarea Președintelui pentru a intra în vigoare, iar acesta din urmă va putea retrimite actul normativ în Parlament, pentru reexaminare. Și Guvernul și Curtea Supremă au dreptul la inițiativă legislativă, însă cea din urmă doar în domenii legate de justiție.

În arhitectura constituțională afgană, Camera Populară este considerată camera inferioară, astfel încât un act normativ aprobat de aceasta va trebui să treacă și de votul afirmativ al Camerei Bătrânilor, ca și cameră superioară și for decizional.

Conform noii constituții, statul a fost construit în jurul unei administrații publice centralizate, atât în ceea ce privește executarea actelor legislativului, cât și cu privire la aprobarea bugetelor provinciilor și districtelor. Cu toate acestea, posibilitatea deconcentrării administrației este într-o oarecare măsură permisă și chiar prevăzută explicit. Conform art. 137 din Constituție, „*guvernul, cu respectarea principiului centralizării, va delega anumite atribuții unităților administrativ-teritoriale cu scopul de a accelera și promova afacerile economice, culturale și sociale, precum și pentru a crește participarea cetățenilor la dezvoltarea națiunii*”<sup>16</sup>. Împărțirea administrativă se face în provincii, districte, municipii și sate. Acestea vor fi conduse de guvernatori, respectiv primari și consilii. Primarii și consilierii vor fi aleși prin vot direct, liber, universal și secret (art. 141).

Pentru puterea judecătorească, s-a constituit Curtea Supremă, căreia i-a revenit un rol dublu, atât de instanță supremă, cât și de curte constituțională, care să fie cea mai înaltă autoritate în materie de interpretare a aplicării dispozițiilor Constituției. În ceea ce privește rolul judiciar, Curtea este și cea mai înaltă instanță de control judiciar. Însă pe lângă atribuțiile privind administrarea actului de justiție și interpretarea constituțională, Curții îi revine și rolul de a gestiona justiția sub aspectul organizării instanțelor inferioare. În acest sens, are atribuții în numirea, promovarea și remunerarea judecătorilor, dar are și dreptul de a iniția acțiunea disciplinară împotriva acestora. Numirea propriu-zisă a judecătorilor se efectuează de către Președinte, la propunerea Curții Supreme, însă în mandatul lui Hamid Karzai nu a fost refuzată nicio nominalizare<sup>17</sup>.

Curtea Supremă este formată din nouă judecători. Restul sistemului judiciar afgan cuprinde Curți de Apel și instanțe de prim grad de jurisdicție. Judecătorii de la Curtea Supremă sunt numiți de Președinte pentru perioade diferite: trei dintre aceștia sunt numiți pentru 4 ani, trei pentru 7 ani și trei pentru 10 ani. În niciun caz nu se permite exercitarea funcției pentru un al doilea mandat. Unul dintre aceștia va fi numit de șeful suprem al executivului în funcția de Președinte al Curții Supreme (art. 107).

Conform art. 118, condițiile pe care trebuie să le întrunească la numire un membru al Curții Supreme sunt: „*trebuie să fi împlinit vârsta de 40 de ani; trebuie să fie cetățean afgan; trebuie să aibă studii superioare juridice sau studii superioare în domeniul jurisprudenței islamice, precum și experiență în cadrul sistemului de justiție afgan; trebuie*

<sup>16</sup> R. I. Rotberg, *op. cit.*, p. 209.

<sup>17</sup> S. A. Arjomand, *Constitutional Politics in the Middle East*, Hart Publishing, Portland, 2008, p. 149.

să fie o persoană morală și să se bucure de o bună reputație; să nu aibă antecedente penale; nu poate fi membru al niciunui partid politic pe durata mandatului”.

În virtutea atribuțiilor de curte constituțională, Curtea Supremă a Afganistanului are puterea să efectueze controlul de legalitate și constituționalitate al oricărui act normativ, la solicitarea Guvernului sau al celorlalte instanțe (art. 121).

Conform art. 128 din Constituție, ședințele de judecată vor fi publice, însă în mod excepțional se pot desfășura și în cameră de consiliu. Cu toate acestea, în toate cazurile soluția va fi accesibilă publicului și este obligatoriu să fie motivată (art. 129).

Pe baza articolului 134 din Constituție se numește Parchetul ca organ căruia îi revine rolul de acuzare în procesul penal, iar cercetarea penală îi va reveni poliției. În cadrul aceluiași articol se stabilește că Parchetul va fi în subordinea executivului.

În ceea ce privește sistemul juridic, conform constituției, hotărârile judecătorești adoptate de instanțele create pe baza constituției pot fi fundamentate pe învățăturile islamice sunită. Însă principalul izvor de drept va fi reprezentat de prevederile constituției și legile statului. Cu toate acestea, la momentul redactării proiectului constituției, nu era clar care erau normele în vigoare. Înainte de tulburările interne din ultimele decenii, în Afganistan au existat mai multe coduri: Codul de procedură penală (1965), Codul comercial (1965), Codul civil (1976), Codul penal (1976).

Însă eforturile de reconstrucție în domeniul justiției au fost îngreunate de distrugerea de către talibani a tuturor bibliotecilor juridice și absența oricăror arhive unde s-ar fi putut găsi vechile norme afgane, pe baza cărora să se construiască noul sistem legislativ. Italia, careia prin Acordul de la Bonn, i-a revenit sarcina de a reconstrui sistemul juridic afgan, a cerut sprijinul Organizației Internaționale pentru Dezvoltarea Dreptului, cu sediul la Roma, și al Consorțiului American pentru Tranziție în Afganistan, care a realizat o compilație a peste 2400 de legi afgane din ultimul secol, ce a fost arhivată și cu care au fost dotate noile instituții<sup>18</sup>.

În ceea ce privește jurisprudența ca izvor de drept, proiectul constituțional prevede că *acolo unde nu există o prevedere constituțională sau legală pentru o problemă care trebuie soluționată, instanța decide în limitele constituției, în concordanță cu jurisprudența Hanafi, astfel încât justiția să fie administrată în cel mai bun mod cu putință*. Școala de jurisprudență Hanafi este recunoscută de majoritatea populației, însă nu și de minoritatea šiită. Acestei școli juridice islamice i s-a acordat un rol important, însă semnificativ mai limitat decât cel acordat prin precedentele constituții afgane, în special de cea adoptată în anul 1964. Această prevedere reflectă conflictul recurent dintre curente de gândire care au stat la baza redactării textului proiectului constituțional, respectiv cel islamic și cel occidental. Faruq Wardak, director al Comisiei Constituționale, a afirmat: *oamenii care gândesc occidental spun că această constituție este redactată de mullahi, fundamentaliștii*

---

<sup>18</sup> C.B. Lombardi, *Designing Islamic constitutions: trends and options for a democratic future*, International Journal of Constitutional Law, Legal Studies Research Paper No. 2013-18, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 628.

islamici spun că este redactată de americani. În esență, polemica discuției vizează rolul islamului în legislație, ca unic izvor de drept sau ca un izvor de drept, alături de altele<sup>19</sup>.

Pentru reorganizarea justiției, sub coordonarea Italiei, s-a conturat o strategie bazată pe o combinație între sistemul juridic tradițional și legea islamică. Guvernul interimar a numit o Comisie pentru reformă judiciară în decembrie 2002. Aceasta și-a concentrat eforturile în mai multe direcții: construirea unui set de norme; pregătirea de judecători, procurori, consilieri juridici și funcționari în Ministerul de Justiție; construirea de infrastructură fizică pentru desfășurarea actului de justiție; construirea de închisori și îmbunătățirea condițiilor de detenție existente. Au fost înființate instituții noi, precum Curtea Supremă, Biroul Procurorului General și Ministerul de Justiție.

Absolvenții școlilor de drept islamic beneficiau de 300 de ore de cursuri specializate în drepturile omului, drept civil, comercial, penal și internațional, dreptul contractelor, răspundere delictuală și contractuală. Prima promoție de absolvenți număra 450 de judecători și procurori.

În ceea ce privește infrastructura fizică, au fost construite instanțe și birouri de procurori în toate provinciile. Iar penitenciare noi au fost edificate în Kunduz, Badakhshan, Baghdis, Herat, Nangahar, Paktia și Kabul<sup>20</sup>.

#### 4. Concluzii

Procesul de redactare a noii constituții afgane a reprezentat un efort extraordinar datorită crizelor succesive care au afectat fiecare valoare protejată de noua lege fundamentală, dată fiind inabilitatea statului de a combina autoritatea cu controlul efectiv, datorită cutumelor puternice și perspectivelor religioase. Cu toate acestea, pentru prima dată în istoria afgană într-un astfel de context, țara a beneficiat de implicarea comunității internaționale. În acest sens s-a pronunțat și dr. Kamal Hossain, raportor special al Comisiei ONU pentru drepturile omului: „*evenimentele tragice din 11 septembrie 2001 au reprezentat o forță motrice extraordinară, care a declanșat o serie de evenimente și care a determinat o oportunitate pentru schimbare. Această oportunitate o reprezintă Acordul de la Bonn, care a reprezentat cadrul pentru tranziție. Comunitatea internațională nu poate să-i dezamăgească și de această dată pe afgani*”<sup>21</sup>.

După adoptarea noii constituții, Acordul de la Bonn a stabilit că trebuiau să fie organizate alegeri prezidențiale și parlamentare, pentru a pune capăt perioadei de tranziție. Scrutine electorale au fost organizate în octombrie 2004 și septembrie 2005. Acestea s-au bucurat de o largă participare la vot, 80% dintre votanții înregistrați exprimându-și opțiunea. Președintele nou ales a fost decis dintre alți 16 contracandidați prin votul a 55% din electorat. Alegerile legislative pentru membrii camerei inferioare a parlamentului s-au bucurat de o participare la vot de 57%. La aceste prime alegeri, candidații au fost

<sup>19</sup> J.D. Montgomery, D.A. Rondinelli, *op. cit.*, p. 124.

<sup>20</sup> S.G. Jones, J.M. Wilson, A. Rathmell, K.J. Riley, *Establishing Law and Order after Conflict*, Rand Corporation, Santa Monica, CA, 2005, p. 77-81.

<sup>21</sup> J. D. Montgomery, D.A. Rondinelli, *op. cit.*, p. 129.

individuali, iar nu participanți ca membri ai unor partide politice. Membrii camerei superioare a parlamentului au fost desemnați parțial de către președintele Karzai, parțial de către membrii Consiliilor Provinciale<sup>22</sup>. Primele alegeri generale organizate după 2001 au marcat sfârșitul perioadei de tranziție și constituirea Republicii Afgane.

Ulterior, au mai avut loc alegeri prezidențiale în 2009, câștigate tot de Hamid Karzai, după un scrutin electoral desfășurat în două tururi. Următoarele alegeri parlamentare au avut loc în 2010.

Cu toate acestea, probabil că nu există mediu mai dificil de aplicare a principiilor și strategiilor preexistente privind reconstrucția statală decât în Afganistan. Este în discuție unul dintre cele mai sărace state, cu o populație în bună măsură analfabetă, fără o tradiție în centralizare politică sau administrativă. De altfel, după înlăturarea dominației britanice în secolul al XIX-lea, nu se poate vorbi despre un „stat” afgan, ci mai degrabă de o dominație a unor triburi asupra celorlalte. Structura socială bazată pe etnii și apartenenței familiale, multilingvismul și totala descentralizare a societății au contribuit din plin la fragmentarea țării și la lipsa de coeziune a acestuia.

Dincolo de specificul național al Afganistanului, la eforturile de reconstrucție statală, coordonate de comunitatea internațională, s-a adăugat și o xenofobie istorică și o rezistență eficientă la invazii externe. De altfel, Afganistanul a fost supranumit în cercurile britanice din secolul al XIX-lea ca fiind „cimitirul imperiilor”. Dintre exemplele cele mai notorii de mari puteri străine care au încercat să subjuge țara fără succes pot fi enumerate Imperiul Macedonean al lui Alexandru cel Mare, Imperiul Britanic, Uniunea Sovietică<sup>23</sup>.

Tocmai având în vedere cele de mai sus, comunitatea internațională, în frunte cu SUA, au încercat să adopte o strategie diferită în reconstrucția statului, bazată pe implicarea în primul rând a factorilor locali. Dovadă stă și faptul că la negocierile internaționale de la Bonn au participat grupurile afgane, iar organisme internaționale nu și-au asumat direct conducerea țării, ci au sprijinit doar procesul.

Însă rezultatele procesului de reconstrucție nu reflectă crearea unui stat democratic de tip vestic. Din contră, specificul local a rămas persistent. De exemplu, prin noua constituție adoptată, Afganistan a devenit o republică islamică, justiția se bazează pe legea islamică, administrația centrală de la Kabul are în continuare dificultăți în a se impune la nivel local, iar securitatea internă a țării este mai degrabă asigurată regional de comandanți militari locali autonomi, care sunt sprijiniți și recunoscuți de guvern și forțele internaționale. De altfel, rolul acestora nu a putut fi negat nici în operațiunile de înlăturare a talibanilor, nici în cadrul negocierilor de la Bonn, unde au deținut un rol proeminent.

În ciuda celor de mai sus, nu se poate afirma că în Afganistan lucrurile nu s-au îndreptat deloc în direcția dorită de Occident. Din contră, la nivel instituțional s-au creat organe și autorități cum statul nu a mai cunoscut, așezate pe o fundație proaspătă, fără o tradiție în sens politic și administrativ. În plus, crearea unor instituții fundamentale pentru

<sup>22</sup> W. L. Perry, D. Kassing, *Toppling the Taliban*, Rand Corporation, Santa Monica CA, 2015, p. 126-127.

<sup>23</sup> Pentru o analiză a istoriei Afganistanului la confluența imperiilor din sec. al XIX-lea, a se vedea B.D. Hopkins, *The Making of Modern Afghanistan*, Palgrave MacMillan, London, 2008.

asigurarea suveranității statale, precum armata și poliția națională, reprezintă pași către atingerea scopului de asigurare prin forțe proprii a securității naționale.

Sustenabilitatea acestor instituții este pusă la îndoială de dependența față de sprijinul financiar internațional, care reprezintă aproximativ 95% din produsul intern brut al Afganistanului. Dincolo de aspectul financiar, se poate concluziona că supraviețuirea construcției politice începută în 2001 depinde în mare măsură de capacitatea de adaptare a arhitecturii statale de tip vestic la specificul afgan, ținând cont de structura socială și etnică, dar și religioasă<sup>24</sup>, urmărind implicarea comunității locale și stabilirea de legături durabile și trainice cu acestea. În egală măsură, limitarea dependenței din punct de vedere economic față de producția și traficul de droguri, respectiv a creării de alternative atractive, trebuie să continue să reprezinte o prioritate a oricărui regim care se succede la conducerea statului și care dorește să mențină direcția de dezvoltare stabilită după 2001.

Un argument în plus în favoarea celor de mai sus îl constituie și evoluția statului ulterior terminării celui de-al doilea mandat al președintelui Hamid Karzai. Cadrul legislativ și instituțiile create după 2001 au continuat să funcționeze, iar primului președinte ales sub noua constituție i s-a succedat fostul ministru de finanțe, Ashraf Ghani. Acesta a fost ales președinte al Afganistanului în septembrie 2014, după un scrutin electoral desfășurat în două tururi, ca urmare a faptului că nici unul dintre candidați nu a întrunit majoritatea voturilor în primul tur.

---

<sup>24</sup> Pentru o expunere de motive însoțită de exemple aplicate cu privire la incompatibilitatea dintre societățile islamice și construcțiile statale democratice de tip occidental, a se vedea E Afsah, *Constitution-Making in Islamic Countries – A Theoretical Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2010.



# Gestiunea prin contract a terenurilor agricole ale statului

## Contract management of state agricultural lands

Drd. **Mădălina SAUCA\***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

### Abstract

*The analysis of how the institution empowered by the legislator makes efficient use of state areas is a particularly important issue in the context of the reduction of the public and private areas of the state for agricultural purposes, even starting with the state land management contracts. The efficient use of state heritage, unlike agricultural land, is acquiring new values by reference to respect for the ownership of natural persons who still expect the reconstruction of property rights.*

**Keywords:** *property right; concession; lease; state; possession; reconstitution; compensation; land.*

### Rezumat

*Analiza modalităților de valorificare eficientă a domeniilor statului de către instituția abilitată de legiuitor devine o temă deosebit de importantă în contextul diminuării până aproape de dispariție a domeniilor publice și private ale statului cu destinație agricolă, pornind chiar de la contractele de gestionare a terenurilor statului. Exploatarea eficientă a patrimoniului de stat, cu deosebire a terenurilor agricole dobândește noi valențe prin raportare la respectarea dreptului de proprietate aparținând persoanelor fizice care încă așteaptă reconstituirea drepturilor de proprietate.*

**Cuvinte-cheie:** *dreptul de proprietate, concesiune, arendă, stat, posesie, reconstituire, compensare, teren*

## 1. Succinte considerații în legătură cu situația terenurilor statului cu destinație agricolă

Terenurile publice și private ale statului din extravilanul unităților administrativ teritoriale au făcut obiectul preluării abuzive în perioada regimului comunist între 6 martie 1945 – 22 decembrie 1989<sup>1</sup>. Începând cu data de 20 februarie 1991, odată cu publicarea

---

\* madalina.sauca80@e-uvv.ro.

<sup>1</sup> După căderea regimului comunist, statul a adoptat o serie de legi în scopul reparării atingerilor aduse drepturilor de proprietate de către acest regim și care au făcut trimitere la perioada expropriilor, precum Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945 – 22 decembrie 1989. Rezumatul principalelor prevederi legislative referitoare la restituirea imobilelor naționalizate înainte de 1989 sau, în lipsa restituirii, despăgubirea aferentă, a fost făcut de Curtea Europeană a

Legii 18/1991 privind fondul funciar, terenurile private ale statului cu destinație agricolă au cunoscut diminuări considerabile urmare a constituirii și reconstituirii de drepturi de proprietate pentru persoane fizice, fără a exista o gestionare transparentă a acestui proces.

Inventarierea terenurilor statului cu destinație agricolă, a început în anul 2002 ca urmare a Ordinului comun al Ministerului agriculturii, alimentației și pădurilor și Ministerul administrației publice nr. 150/106 din 10 aprilie 2002<sup>2</sup>, îngreunând însă situația juridică neclară. În anul 2013, în baza Legii nr. 165/2013 privind măsurile pentru finalizarea procesului de restituire, în natură sau prin echivalent, a imobilelor preluate în mod abuziv în perioada regimului comunist în România, s-a realizat o nouă inventariere a terenurilor care, din cauza instrucțiunilor insuficiente și neclare, s-a dovedit a fi ineficientă atât pentru stabilirea clară a suprafețelor de teren aflate în proprietatea publică și privată a statului, cât și a unităților administrative teritoriale.

Lipsa unei transparențe totale și necunoașterea întinderii suprafețelor de teren și a organismelor investite să exercite în numele statului prerogativele dreptului de proprietate asupra terenurilor statului cu destinație agricolă, vor avea drept consecință diminuarea îngrijorătoare a patrimoniului de stat.

Terenurile agricole sunt considerate în toate țările ca un bun național, luându-se măsuri, uneori drastice, pentru combaterea așa-numitului fenomen de „acaparare a terenurilor” de către străini.

În condițiile expuse devine imperativă cunoașterea procedurilor administrative de gestionare eficientă a domeniilor statului cu destinație agricolă, cu atât mai mult că acestea pot face obiectul reconstituirii și constituirii drepturilor de proprietate în baza legilor fondului funciar.

## **2. Prerogativele exercitării dreptului de proprietate privată a statului asupra terenurilor cu destinație agricolă**

Entitatea care exercită prerogativele dreptului de proprietate a statului asupra terenurilor cu destinație agricolă aparținând domeniului public și privat al statului, aflate în exploatarea societăților naționale, a institutelor și stațiunilor de cercetare și producție agricolă și a unităților de învățământ agricol și silvic este Agenția Domeniilor Statului, a

---

Drepturilor Omului prin Hotărârea în Cauza Maria Atanasiu și alții împotriva României din 12.10.2010, punctual II, litera A, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 778 din 22 noiembrie 2010.

<sup>2</sup> Ordinul nr. 150/106 din 10 aprilie 2002 nepublicat în Monitorul Oficial al României, a fost emis pentru modificarea și completarea Ordinului comun al ministerului agriculturii, alimentației și pădurilor nr. 266/2001 și al ministerului administrației publice nr. 482/2001, nepublicat, privind constituirea și atribuțiile comisiei de inventariere a terenurilor cu destinație agricolă existente în exploatarea societăților comerciale prevăzute în anexele 1, 2, 3 și 4 la Legea nr. 268/2001 și a terenurilor deținute în administrare de institutele și stațiunile de cercetare științifică, universități, unități de învățământ cu profil agricol și silvic, emise în conformitate cu prevederile art. 7 alin. (2) din Legea 268/2001.

cărei activitate specifică este reglementată expres prin Legea nr. 268/2001<sup>3</sup> și Hotărârea de Guvern nr. 626/2003<sup>4</sup>.

Agenția Domeniilor Statului este instituție publică cu personalitate juridică, finanțată integral de la bugetul de stat, în subordinea Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale. Aceasta este singura entitate desemnată prin lege a exercita prerogativele dreptului de proprietate a statului asupra terenurilor din domeniul privat cu destinație agricolă, administrarea terenurilor și de asemenea mandatată ca proprietar al patrimoniului de stat în ce privește gestionarea și exploatarea eficientă a acestuia.

Suprafețele de teren agricol<sup>5</sup> au intrat în domeniul privat al statului și în administrarea Agenției Domeniilor Statului ca urmare a privatizării societăților comerciale cu capital de stat din agricultură și a preluării terenurilor agricole de la institutele și stațiunile de cercetare și producție agricolă, universitățile și unitățile de învățământ agricol și silvic și societățile naționale care funcționau sub autoritatea Ministerului agriculturii, alimentației și pădurilor, enumerate în anexele 1-4 din Legea nr. 268/2001.

Particularitatea terenurilor agricole, proprietate privată a statului, constă în posibilitatea retrocedării<sup>6</sup> acestora în baza prevederile legilor fondului funciar, pentru reconstituirea dreptului de proprietate al persoanelor cărora li s-a preluat în mod abuziv terenurile în perioada comunistă.

Această reglementare de retrocedare este factorul principal de diminuare a patrimoniului agricol de stat și corelativ, de diminuare a veniturilor la bugetul de stat obținute din gestionarea acestora.

Întrucât suprafețele de teren agricol din proprietatea privată a statului sunt tot mai reduse ca întindere, se impune ca modalitățile de gestionare a acestora să fie eficiente, bine procedurate și în conformitate cu dispozițiile legale.

---

<sup>3</sup> Legea nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 299 din 07 iunie 2001, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>4</sup> Hotărârea de Guvern nr. 626/2003 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 390 din 17 iulie 2001, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>5</sup> A se vedea art. 2 lit. a) din Legea nr. 18/1991, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 1 din 05 ianuarie 1998, cu modificările și completările ulterioare, care stabilește că terenurile cu destinație agricolă sunt: terenuri agricole productive - arabile, vii, livezi, pepiniere viticole, pomicele, plantații de hamei și duzi, pășuni, fânețe, sere, solarii, răsadnițe și altele asemenea și cele cu vegetație forestieră, dacă nu fac parte din amenajamente silvice, pășuni împădurite, cele ocupate cu construcții și instalații zootehnice, amenajări piscicole și de îmbunătățiri funciare, drumuri tehnologice și de exploatare agricolă, platforme și spații de depozitare care servesc nevoilor producției agricole și terenuri neproductive care pot fi amenajate și folosite pentru producția agricolă.

<sup>6</sup> Art. 12-15 din Hotărârea de Guvern nr. 401/2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 393 din 29 iunie 2013, cu modificările ulterioare, stabilesc clar etapele și documentația care trebuie întocmită pentru predarea de către Agenția Domeniilor Statului a unor suprafețe de teren agricol comisiilor locale de fond funciar la solicitarea comisiilor județene de fond funciar.

### 3. Modalități de gestionare a terenurilor cu destinație agricolă proprietate privată a statului. Particularități

Gestionarea eficientă a domeniilor agricole ale statului a devenit tot mai dificilă odată cu reforma funciară care a dus la fragmentarea într-un număr mare de parcele izolate a suprafețelor de teren, prin constituiri și reconstituiri de drepturi de proprietate, dar și din cauza factorilor climatici care au afectat calitățile solului și categoriile de folosință a terenurilor. Legea 18/1991 este o etapă importantă în procesul care a condus la actuala fărâmițare a teritoriului și la degradarea agriculturii<sup>7</sup>.

Modul de gestionare a terenurilor private ale statului cu destinație agricolă este reglementat expres prin Legea nr. 268/2001 ca atribut al Agenției Domeniilor Statului. Astfel, art. 4 alin. 1 stabilește ca modalități de gestionare concesionarea, arendarea sau închirierea terenurilor cu destinație agricolă aflate în administrarea Agenției Domeniilor Statului. Pentru o gestionare eficientă a terenurilor agricole fragmentate în vederea concesionării sau arendării acestora, legiuitorul a prevăzut posibilitatea comasării<sup>8</sup>, cumpărării sau schimbul de terenuri cu destinație agricolă în numele statului.

De remarcat că legiuitorul face trimitere la o gestionare prin contract a terenurilor agricole proprietate privată a statului, respectiv prin contracte de concesionare, arendare sau închiriere statuând la art. 6 alin. 1<sup>9</sup> din Legea nr. 268/2001 asupra încasării periodice (trimestriale) a redevenței care se face venit la bugetul de stat<sup>10</sup>. În felul acesta statul își asigură un venit sigur și constant pe perioada derulării contractelor încheiate, imprimând o caracteristică de ordine, disciplină și rigurozitate modalității de gestionare prin contract, ca premisă a eficienței și eficacității acestora.

În ceea ce privește întinderea în timp a contractelor încheiate, acestea încetează de drept, indiferent de termenul lor, la data la care Agenția Domeniilor Statului pune la

---

<sup>7</sup> A se vedea C. Anghelache în *Probleme de politică agrară – Comasarea terenurilor din agricultură*, coordonatori N. Istudor, G. Popescu, Editura ASE, p. 27.

<sup>8</sup> A se vedea art. 4 alin. 1 lit. f) din Legea nr. 268/2001, potrivit căruia, *cumpărarea sau schimbul de terenuri cu destinație agricolă, în vederea concesionării sau arendării acestora, pentru realizarea de exploatații agricole optime; h) comasarea terenurilor cu destinație agricolă, în numele statului, din domeniul public sau privat al statului, în vederea concesionării sau arendării acestora, pentru realizarea de exploatații agricole de tip ferme familiale.*

<sup>9</sup> *Beneficiarii contractelor de concesiune, arendă și ai altor contracte de exploatare eficientă a terenurilor cu destinație agricolă, încheiate de Agenția Domeniilor Statului, au obligația de a declara și de a plăti trimestrial sumele reprezentând redevențe rezultate din contractele de concesiune, arendă și alte contracte de exploatare eficientă a terenurilor cu destinație agricolă.*

<sup>10</sup> Veniturile obținute din gestionarea prin contract a terenurilor agricole ale statului sunt venituri ale bugetului de stat, fiind incidente prevederile Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 64/2005 pentru accelerarea procedurilor de recuperare a sumelor de bani datorate Agenției Domeniilor Statului de către partenerii contractuali, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 574 din 04 iulie 2005, cu modificările ulterioare, de recuperarea debitelor fiind desemnată Autoritatea pentru Administrarea Activelor Statului, procedura de recuperare fiind strict reglementată de Ordonanța de urgență nr. 51/1998 privind valorificarea unor active ale statului, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 948 din 24 decembrie 2002, cu modificările și completările ulterioare.

dispoziția comisiilor locale de fond funciar terenurile care fac obiectul reconstituirii dreptului de proprietate.

Ca urmare, deși statul prin Agenția Domeniilor Statului are în proprietate privată o suprafață de teren agricol clar determinată pe care o gestionează în conformitate cu prevederile Legii nr. 268/2001 prin contracte de concesiune, arendare, închiriere în baza cărora are venituri periodice, totuși nu poate avea o previziune asupra duratei contractelor câtă vreme procedurile de reconstituire a drepturilor de proprietate în baza legilor fondului funciar nu s-au încheiat. Din prisma contractanților (arendăși, concesionari) nu mai poate fi vorba de principiul siguranței raporturilor juridice cu statul, fapt care duce la investiții mai puține din partea acestora în terenurile contractate, rezumându-se în principal la întreținerea lor (în scopul încasării subvențiilor agricole) și mai puțin în scopul cultivării și efectuării lucrărilor agricole. Această modalitate de încetare a contractului, deși nu este prevăzută expres de lege, ea rezultă implicit din prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 268/2001<sup>11</sup>.

O situație aparte o reprezintă posibilitatea (chiar obligația putem spune datorită reglementării exprese) a comasării, cumpărării sau schimbului de terenuri cu destinație agricolă în numele statului în vederea concesionării sau arendării acestora, pentru realizarea de exploatații agricole optime, caz în care terenurile agricole care fac obiectul acestor proceduri să fie exceptate de la retrocedare, apreciind ca necesară o prevedere expresă în acest scop. Astfel raporturile contractuale s-ar bucura de un climat de stabilitate și siguranță atât pentru stat, prin prisma veniturilor realizate, cât și pentru contractant, prin investițiile pe care le poate realiza.

Modalitățile de gestionare prin contract a terenurilor proprietate privată a statului sunt reglementate și de Codul administrativ al României adoptat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 57/2019. Art. 362 alin. (1)<sup>12</sup> stabilește ca modalitate de exercitare a dreptului de proprietate privată a statului darea în administrare, concesionarea și închirierea.

**3.1. Încheierea contractelor de concesiune este una dintre modalitățile de gestionare a terenurilor cu destinație agricolă privită ca fiind eficientă atât pentru stat prin prisma veniturilor periodice într-o perioadă de timp îndelungată (20-49 de ani) cât și pentru partenerul contractual care dorește să își dezvolte o exploatație agricolă, prin prisma statutului juridic al concedentului (statul), fapt care imprimă caracter de stabilitate relației contractuale.**

---

<sup>11</sup> Terenurile care urmează să fie retrocedate în conformitate cu prevederile Legii fondului funciar nr. 18/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și ale Legii nr. 1/2000 pentru reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole și celor forestiere, solicitate potrivit prevederilor Legii fondului funciar nr. 18/1991 și ale Legii nr. 169/1997, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 8 din 12 ianuarie 2000 cu modificările și completările ulterioare, se transmit, la cererea comisiilor județene, comisiilor locale.

<sup>12</sup> Bunurile proprietate privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale pot fi date în administrare, concesionate ori închiriate.

Concesionarea suprafețelor de teren cu destinație agricolă, proprietate privată a statului, beneficiază de o reglementare specială prin Legea nr. 268/2001<sup>13</sup>. Procedurile speciale sunt ansambluri de reguli care, în materiile strict reglementate de lege, derogă sub mai multe aspecte de la normele generale de procedură civilă, completându-se cu normele de drept comun în măsura necesară și compatibilă<sup>14</sup>.

Procedurile de concesionare specifice terenurilor agricole proprietate privată a statului sunt: negociere directă și licitație publică cu strigare<sup>15</sup>. Regula o reprezintă licitația publică cu strigare și ca excepție prin metoda concesionării prin atribuire directă<sup>16</sup>.

Deși art. 18 alin. (4) din Legea nr. 268/2001 prevede mai multe proceduri de concesionare, în prezent numai două sunt aplicabile, celelalte privind anumite condiționări de cumpărarea de acțiuni la societățile în exploatarea cărora au fost terenurile anterior preluării de către Agenția Domeniilor Statului<sup>17</sup>, fiind inaplicabile întrucât societățile au fost radiate.

Codul administrativ – cadrul general, prevede, de asemenea, două modalități de concesionare a bunurilor publice sau private ale statului, prin licitație<sup>18</sup>, ca regulă, și prin excepție procedura de atribuire directă<sup>19</sup>, stabilind expres toate etapele pentru concesionare.

<sup>13</sup> A se vedea art. 18-21<sup>6</sup>, Secțiunea a 3-a din Legea nr. 268/2001 – *Concesionarea sau arendarea terenurilor cu destinație agricolă, precum și concesionarea bunurilor proprietate publică sau privată a statului și a activităților și serviciilor publice.*

<sup>14</sup> C. Roșu, *The procedure regarding low value requests*, în *Identity and dialogue in the era of globalization*, editori I. Boldea, C. Sigmirean, Editura Arhipelag XXI Press, Târgu Mureș, 2019, p. 18.

<sup>15</sup> A se vedea art. 18 alin. 4 lit. c) și d) din Legea nr. 268/2001 potrivit căruia: *Hotărârea Comitetului de privatizare, concesionare și arendare al Agenției Domeniilor Statului privind aprobarea concesionării va cuprinde și procedura de concesionare, care poate fi:*

*c) negociere directă;*

*d) licitație publică cu strigare.*

<sup>16</sup> Pentru situațiile reglementate prin Legea nr. 249/2003 pentru completarea Legii nr. 268/2001, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 414 din 13 iunie 2003, Hotărârea de Guvern nr. 354/2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 421 din 19 mai 2005, Hotărârea de Guvern nr. 859/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 556 din 10 august 2009, și Ordinul nr. 804/2005 privind aprobarea instrucțiunilor privind stabilirea suprafețelor de teren cu destinație agricolă ce se atribuie direct, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 803 din 05 septembrie 2005, cu modificările ulterioare, Ordinul ministrului agriculturii, pădurilor și dezvoltării rurale nr. 644/2009, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 747 din 03 noiembrie 2009.

<sup>17</sup> Cele două proceduri de concesionare a terenurilor agricole, care impun condiționări persoanelor interesate sunt prevăzute la art. 18 alin. 4 lit. a) și b) din Legea nr. 268/2001: *a) licitație cu plic închis, dacă investitorul interesat nu a condiționat concesionarea terenului agricol de cumpărarea de acțiuni ale societății comerciale în exploatarea căreia se află acest teren; b) negociere directă cu preselecție, dacă investitorul interesat condiționează concesionarea terenurilor de cumpărarea de acțiuni ale societăților comerciale ce dețin în administrare aceste terenuri.*

<sup>18</sup> Art. 312 alin. (1): *Concedentul are obligația de a atribui contractul de concesiune de bunuri proprietate publică prin aplicarea procedurii licitației.*

<sup>19</sup> Art. 315 alin. (1): *Prin excepție de la prevederile art. 312 alin. (1), bunurile proprietate publică pot fi concesionate prin atribuire directă companiilor naționale, societăților naționale sau societăților aflate în subordinea, sub autoritatea sau în coordonarea entităților prevăzute la art. 303 alin. (3)-(5), care au fost*

Modul de desfășurare a procedurii speciale de concesionare a terenurilor agricole proprietate privată a statului față de cea de drept comun care privește alte bunuri proprietate publică și privată a statului, urmează a fi evidențiate în continuare.

a) Astfel, concesionarea prin licitație cu strigare a terenurilor cu destinație agricolă proprietate privată a statului se face după o procedură care, în esență, presupune: demararea din inițiativa investitorilor, persoane fizice sau juridice, române ori străine, de drept privat, interesați de concesionarea terenurilor cu destinație agricolă aflate în administrarea Agenției Domeniilor Statului, prin depunerea de scrisori de intenție<sup>20</sup> înaintate acesteia. De asemenea, respectarea principiului publicității este condiție sine qua non a demarării procedurii. Această procedură de concesionare se face într-o singură etapă<sup>21</sup>. Documentele de eligibilitate sunt depuse de către persoanele participante, în plic închis, iar după validarea acestora se trece la „strigare”. Mai exact, la ofertarea redevenței cea mai mare de către participanți, în mod direct și concurențial, pornind de la o valoare prestabilită de către Comitetul de privatizare, concesionare și arendare al Agenției Domeniilor Statului. Contractul de concesiune se va încheia cu cel care ofertează cea mai mare redevență.

Spre deosebire de licitația cu strigare, procedura licitației reglementată de Codul administrativ pentru bunurile proprietate publică sau privată a statului și unităților administrative teritoriale nu se încheie în funcție de prețul cel mai bun, legiuitorul stabilind mai multe criterii de atribuire<sup>22</sup> și lăsând la opțiunea concedentului ponderea aplicabilă fiecărui criteriu<sup>23</sup>.

Contractul de concesiune încheiat ca urmare a procedurii licitației publice cu strigare comportă discuții în ce privește clauzele speciale de diminuare a suprafețelor contractate și care pun sub semnul îndoielii stabilitatea relațiilor contractuale cu statul, creând de cele mai multe ori prejudicii în patrimoniul concesionarului.

---

*înființate prin reorganizarea regiilor autonome și care au ca obiect principal de activitate gestionarea, întreținerea, repararea și dezvoltarea respectivelor bunuri, dar numai până la finalizarea privatizării acestora.*

<sup>20</sup> Scrisoarea de intenție va cuprinde datele de identificare a investitorului, manifestarea fermă și serioasă a intenției de concesionare și obiectul concesiunii.

<sup>21</sup> A se vedea art. 77 din Hotărârea de Guvern nr. 626/2001 care prevede imperativ că: Procedura licitației cu plic închis se va desfășura într-o singură etapă.

<sup>22</sup> Art. 318 alin. 1 din Codul administrativ, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 555 din 05 iulie 2019, stabilește: *Criteriile de atribuire a contractului de concesiune de bunuri proprietate publică sunt următoarele:*

- a) cel mai mare nivel al redevenței;
- b) capacitatea economico-financiară a ofertanților;
- c) protecția mediului înconjurător;
- d) condiții specifice impuse de natura bunului concesionat.

<sup>23</sup> Potrivit art. 318 alin. (2) din Codul administrativ: *Ponderea fiecărui criteriu se stabilește în documentația de atribuire și trebuie să fie proporțională cu importanța acestuia apreciată din punctul de vedere al asigurării unei utilizări/exploatare raționale și eficiente economic a bunului concesionat. Ponderea fiecăruia dintre criteriile prevăzute la alin. (1) este de până la 40%, iar suma acestora nu trebuie să depășească 100%.*

*(3) Concedentul trebuie să țină seama de toate criteriile prevăzute în documentația de atribuire, potrivit ponderilor prevăzute la alin. (2).*

Astfel, suprafața de teren, proprietate privată a statului ce face obiectul concesiunii, va fi diminuată de drept ca urmare a reconstituirii dreptului de proprietate asupra terenului agricol potrivit legilor fondului funciar. Mai există însă o situația aparte de diminuare a obiectului contractului reglementată indirect de Legea nr. 268/2001 ca urmare a modificării acesteia prin Legea nr. 249/2003. Potrivit art. 21<sup>1</sup>, terenurile cu destinație agricolă vor fi atribuite direct spre concesiune investitorilor care au cumpărat active<sup>24</sup> ce implică necesitatea exploatarea unui teren cu destinație agricolă. Legea nu face distincție între atribuirea directă a terenurilor agricole libere de contract sau contractate. Ca urmare singura condiție pentru atribuirea directă este ca pe teren să se afle un activ al cărui proprietar dorește exploatarea terenului de sub activ sau din împrejurimi.

În cazul în care suprafața de teren este deja concesiionată, se va diminua în mod corespunzător suprafața de teren prevăzută în contract, cuantumul valoric al redevenței aferente și diminuarea investițiilor de realizat pentru dezvoltarea exploatarea, contractul modificându-se prin act adițional<sup>25</sup>.

Participarea la licitația publică cu strigare stabilește în sarcina participantului o serie de obligații pe care trebuie să le îndeplinească, spre exemplu dovedirea efectivului de animale avut în proprietate pentru categoria de folosință pășune sau a utilajelor agricole pentru categoria arabil, lipsa datoriilor către bugetul local și bugetul de stat, să nu fi ocupat abuziv anterior terenurile statului sau să fi avut o relația contractuală cu Agenția Domeniilor Statului încheiată din culpa sa etc. Însă pe lângă toate acestea participantul la licitație va depune scrisoare de garanție de participare în cuantumurile valorice minime anuale stabilite în caietul de sarcini, cu alte cuvinte redevența în avans pe un an de zile pentru întreaga suprafața, sumă semnificativă, care va fi transformată în redevență

---

<sup>24</sup> Astfel, art. 77<sup>1</sup> din Hotărârea de Guvern nr. 626/2001, prevede că: Investitorilor care au cumpărat acțiuni sau active ce implică necesitatea exploatarea unui teren cu destinație agricolă li se atribuie direct în concesiune, potrivit art. 21<sup>1</sup> alin. (1) din lege, teren cu destinație agricolă, astfel:

a) pentru plantații de orice fel – vii, livezi, pepiniere viticole, pomicole, plantații de hamei și duzi, sere, solarii, răsadnițe, altele asemenea – pot concesiiona prin atribuire directă terenuri cu destinație agricolă: productiv – arabil, precum și teren cu destinație agricolă aflat sub vii, livezi, pepiniere viticole, pomicole, plantații de hamei și duzi, pășuni, fânețe, sere, solarii, răsadnițe, altele asemenea, curți – construcții, drumuri tehnologice și de exploatare și terenuri neproductive care pot fi amenajate și folosite pentru producția agricolă;

b) pentru capacități de producție din zootehnie pot concesiiona prin atribuire directă teren cu destinație agricolă productiv – arabil, pășuni, fânețe, cele cu vegetație forestieră, dacă nu fac parte din amenajamente silvice, pășuni împădurite, curți-construcții și instalații zootehnice, drumuri tehnologice și de exploatare agricolă și terenuri neproductive care pot fi amenajate și folosite pentru producția agricolă;

d) pentru platforme betonate și spații de depozitare care servesc nevoilor producției agricole, fabrici de nutrețuri combinate dezafectate sau active ce implică necesitatea exploatarea unui teren cu destinație agricolă, precum sedii de societăți comerciale agricole, sedii de ferme agricole, cantine, dormitoare, ateliere mecanice, pot concesiiona teren cu destinație agricolă din incintă, aferent activului;

f) pentru amenajări piscicole pot concesiiona prin atribuire directă terenul aflat permanent sub luciul de apă aferent activului, precum și terenul cu destinație agricolă, necesar exploatarea acestuia.

<sup>25</sup> [http://domeniilestatului.ro/?attachment\\_id=3010](http://domeniilestatului.ro/?attachment_id=3010), la data de 30 noiembrie 2019, Model cadru de contract de concesiune a terenurilor cu destinație agricolă, aflate în administrarea ADS, prin metoda licitației publice cu strigare, punctul 2.5, p. 3.



anticipată<sup>26</sup> în contul Agenției Domeniilor Statului după ce contractul de concesiune va fi semnat de ambele părți.

Articolul unic din Legea nr. 249/2003 dă posibilitatea oricărui deținător de active aflate pe terenul cu destinație agricolă și proprietate privată a statului, să solicite oricând încheierea unui contract de concesiune prin atribuire directă pe o perioadă egală cu existența activului dar nu mai mult de 49 de ani. În schimb, prin atribuirea contractului de concesiune ca urmare a procedurii licitației publice cu strigare, durata concesiunii se stabilește pentru fiecare caz în parte de către Comitetul de privatizare, concesiune și arendare<sup>27</sup>, în prezent fiind de 20 de ani potrivit modelului cadru de contract de concesiune<sup>28</sup>. Deși principiile generale ale atribuirii unui contract de concesiune de bunuri proprietate publică și privată<sup>29</sup> a statului sunt transparența, tratamentul egal, proporționalitatea, nediscriminarea și libera concurență așa cum sunt statuate prin art. 311 din Codul administrativ, legiuitorul a stabilit durata concesiunii pentru contractele încheiate prin negociere directă lăsând la latitudinea organului de conducere al Agenției Domeniilor Statului stabilirea duratei pentru cele încheiate ca urmare a procedurii prin licitație publică cu strigare, creând un avantaj pentru proprietarii de active.

Problemele apărute în practică se datorează faptului că nu există o bază de date privind persoanele care au cumpărat active în urma privatizării societăților comerciale agricole care au deținut în exploatare terenuri cu destinație agricolă, constituite în conformitate cu Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale și care au făcut obiectul Legii nr. 268/2001. Astfel, pe terenurile agricole proprietate privată a statului pe care se află active (de exemplu vii, pomi, clădiri zootehnice, așa cum sunt pe larg enunțate prin art. 77<sup>1</sup> din Hotărârea de Guvern nr. 626/2001) pot să apară oricând cereri de concesiune prin atribuire directă, chiar dacă terenul face obiectul unui contract de concesiune prin licitație publică aflat în derulare, iar concesionarul a apucat să facă investiții semnificative în suprafețele de teren (de exemplu replantare a pomilor, reconversie a viței de vie, reabilitarea clădirilor etc).

---

<sup>26</sup> [http://domeniilestatului.ro/?page\\_id=65](http://domeniilestatului.ro/?page_id=65), la data de 30 noiembrie 2019, Procedura privind concesiunea terenurilor cu destinație agricolă aflate în administrarea A.D.S. prin metoda licitației publice cu strigare, punctul 4.1.29, p. 7.

<sup>27</sup> În acest sens art. 22 alin. (2) din Legea nr. 268/2001 prevede că: *Agenția Domeniilor Statului întocmește studiul de oportunitate și îl supune spre aprobare comitetului de privatizare, concesiune și arendare. Comitetul de privatizare, concesiune și arendare hotărăște asupra conținutului caietului de sarcini și totodată specifică:*

- durata concesiunii;
- modul de calcul al redevenței și modalitatea de plată;
- investiții făcute de concesionar;
- condiții de exploatare a concesiunii;
- obligații de mediu;
- regimul bunurilor la încetarea concesiunii.

<sup>28</sup> [http://domeniilestatului.ro/?page\\_id=91](http://domeniilestatului.ro/?page_id=91), Model cadru contract de concesiune a terenurilor cu destinație agricolă aflate în administrarea A.D.S. prin metoda licitației publice cu strigare, capitolul III, punctual 3.1.

<sup>29</sup> Art. 362 alin. (3) din Codul administrativ stabilește aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor privind concesiunea bunurilor din domeniul public al statului și bunurilor din domeniul privat al statului.

Aceste situații generează litigii de cele mai multe ori, mai ales că proprietarul de active are dreptul legal de a solicita atribuire directă nu doar pe suprafața de teren agricol de sub active ci și o suprafață de teren necesară exploataării eficiente a activului deținut.

În contractele de concesiune încheiate ca urmare a procedurii licitației publice prin strigare este inserată clauza diminuării contractului în conformitate cu prevederile Legii nr. 249/2003, însă această situație nu este adusă în mod explicit la cunoștința potențialilor participanți la licitație și nici explicate clar consecințele, contractul nefiind supus negocierii, fiind în esență un contract de adeziune.

Discuțiile asupra echității diminuării contractului de concesiune sau încetării acestuia în cazul solicitării de atribuire directă apar în contextul cunoașterii de către concesionar a acestui risc, la data participării la licitație, respectiv la data încheierii contractului de concesiune și a asumării acestuia.

Codul civil precizează la art. 1175 că suntem în prezența unui contract de adeziune atunci când clauzele sale esențiale sunt impuse ori sunt redactate de una dintre părți, pentru aceasta sau ca urmare a instrucțiunilor sale, cealaltă parte neavând decât să le accepte ca atare. În situația încheierii contractelor de concesiune pentru terenuri agricole proprietate privată a statului ca urmare a procedurii licitației publice, modificarea, încetarea și rezilierea contractului de concesiune este reglementată prin normele metodologice privind activitatea de urmărire a contractelor, aprobate prin hotărârea Consiliului de Administrație al Agenției Domeniilor Statului<sup>30</sup>.

Totuși, înainte de a participa la licitația publică prin strigare, persoana interesată va achiziționa de la concedent caietul de sarcini elaborat în condițiile prevăzute de art. 22 alin. (2) din Legea nr. 268/2001 la care este anexat și modelul cadru de contract de concesiune, viitorul concesionar având posibilitatea, înainte de a participa la licitație, de a lua act de circumstanțele diminuării contractului de concesiune în conformitate cu Legea nr. 249/2003. Așadar, concesionarul nu poate invoca ulterior un consimțământ viciat din partea sa la data încheierii contractului în ce privesc clauzele stipulate.

În lumina celor expuse, ținem să aprofundăm înțelegerea esenței și conținutului principiului securității juridice. În acest sens, în unele lucrări de specialitate<sup>31</sup>, securitatea juridică a fost definită ca acel principiu care tinde să înlăture din ordinea juridică riscul de incertitudine generat de imprecizia sau instabilitatea dreptului. Elementele pe care se bazează principiul securității juridice sunt certitudinea, predictibilitatea dreptului, necesare mai ales pentru a menține încrederea legitimă a cetățenilor în activitatea statului.

Securitatea juridică s-a dezvoltat ca un principiu general al dreptului, în mod special pe cale jurisprudențială, ajungând să fie analizat și aplicat atât de teoreticienii, cât și de practicienii dreptului. Dacă în plan practic securitatea juridică a evoluat constant de la stadiul de regulă de drept la cel de principiu al dreptului, în plan doctrinar securitatea

---

<sup>30</sup> [http://domeniilestatului.ro/?page\\_id=65](http://domeniilestatului.ro/?page_id=65), la data de 30 noiembrie 2019, Procedura privind concesionarea terenurilor cu destinație agricolă aflate în administrarea A.D.S. prin metoda licitației publice cu strigare, punctul 6, p. 15.

<sup>31</sup> A se vedea V. Enicov, *Securitatea juridică – element al securității persoanei în statul de drept*, Revista Legea și viața, martie 2016, Editura Tipocart Print, p. 47.

juridică a ajuns să reprezinte o temă de cercetare des întâlnită datorită consecințelor pe care le prezintă pentru drept creșterea numerică a normelor dreptului<sup>32</sup>.

În acest context analizăm contractual de concesiune ca fiind un act unilateral, de adeziune, bucurându-se de un regim juridic bine conturat și clar reglementat prin legea specială, dar în fața căruia concesionarul este supus riscului diminuării sau rezilierii contractului din alte motive decât din culpa sa.

Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 1199/2008 referitoare la articolul unic punctul 1 din Legea nr. 249/2003 pentru completarea Legii nr. 268/2001, menționează că textul criticat nu încalcă dispozițiile art. 135 din Constituție, deoarece acesta conține o măsură legislativă care are ca obiectiv desăvârșirea reformei economice și atragerea de investiții, în scopul consolidării caracterului de piață al economiei, consacrat de art. 135 din Constituție. Analizând textul criticat prin coroborare cu celelalte prevederi ale Legii nr. 268/2001, rezultă că acesta este în concordanță cu principiul liberei concurențe statuând că reglementarea privind atribuirea directă de terenuri către investitori care au cumpărat de la respectivele societăți comerciale fie acțiuni prin ofertă publică de vânzare sau negociere directă cu preselectie, fie au cumpărat active pe bază de licitație publică, care implică necesitatea exploatarea unor terenuri cu destinație agricolă "vizează repunerea în circuitul economic agricol a unor construcții dezafectate, deci deturnate de la destinația lor firească, în scopul încurajării dezvoltării creșterii animalelor, cu consecințe evident pozitive asupra dezvoltării economice a unităților administrativ-teritoriale. Or, acționând astfel, statul se situează în planul exercitării concrete, prin activitatea normativă, a atribuțiilor sale privind «protejarea intereselor naționale în activitatea economică» și «crearea condițiilor necesare pentru creșterea calității vieții», în conformitate cu dispozițiile art. 135 alin. (2) lit. b) și f) din Constituție”<sup>33</sup>.

Astfel, prin aceste reglementări specifice de încheierea a contractelor de concesiune și de modificare a acestora legiuitorul are în vedere exclusiv dimensiunea economică a acestora, protejarea patrimoniului de stat și asigurarea unui venit sigur și pe o perioadă îndelungată de timp.

**b)** În ceea ce privește concesiunea terenurilor prin negociere directă, această procedură reprezintă excepția de la regula încheierii contractelor de concesiune prin licitație publică cu strigare.

Așa cum am arătat mai sus, procedura specială este rezervată exclusiv deținătorilor de active, dând posibilitatea acestora de a încheia contract de concesiune atât pentru terenul de sub activ cât și pe o suprafață suplimentară, necesară exploatarea optime a activului

---

<sup>32</sup> A se vedea A.A. Trăilescu, *Predictibilitatea normelor și stabilitatea raporturilor juridice – componente ale legalității actelor administrative*, în *Curentul juridic* nr. 1/2016.

<sup>33</sup> Curtea Constituțională, Decizia nr. 1199/2008 *privind respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. unic punctul 1 din Legea nr. 249/2003 pentru completarea Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului*, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 840 din 15 decembrie 2008.

deținut. Spre exemplu, deținătorul unui spațiu zootehnic aflat pe domeniul proprietate privată a statului cu destinație agricolă, va putea solicita încheierea unui contract de concesiune prin atribuire directă pentru terenul de sub construcții dar și o suprafață suplimentară de teren raportată la efectivul de animale deținut, pentru exploatarea eficientă a acestuia (pășunat, asigurarea hranei pentru animale, căi de acces etc). În acest caz, majorarea suprafețelor de teren cu destinație agricolă ce fac obiectul contractelor de concesiune, încheiate prin atribuire directă, se va putea realiza la solicitarea expresă a concesionarului, în funcție de efectivul mediu anual de animale deținut, în limita capacității activului zootehnic și a suprafețelor de teren disponibile la Agenția Domeniilor Statului, uniformizându-se redevența întregului contract la valoarea nouă a redevenței majorate<sup>34</sup>.

Legea nr. 268/2001 modificată prin Legea nr. 249/2003 protejează deținătorul de active creându-i toate condițiile pentru dezvoltarea unor investiții pe terenurile agricole ale statului și exploatarea eficientă a patrimoniului de stat. Încheierea, oricând pe durata existenței activului, a unui contract de concesiune, fără concurență (art. 21<sup>2</sup> din Legea nr. 268/2001), indiferent de situația juridică a terenului la data solicitării (contractat/necontractat), majorarea suprafeței contractate în funcție de necesitatea exploatării activului, durata contractului pentru o perioadă egală cu perioada existenței activului dar nu mai mult de 49 de ani (art. 21<sup>2</sup> din Legea nr. 268/2001), sunt reglementări prin care statul încearcă să gestioneze eficient terenurile agricole și să le păstreze destinația, în contextul extinderii tot mai mult a localităților și a scoaterii terenurilor din circuitul agricol.

În cazul în care ar exista o situație clară a deținătorilor de active pe terenurile agricole proprietate privată a statului, mandatara statului, respectiv Agenției Domeniilor Statului, ar putea impune încheierea unor contracte de concesiune prin atribuire directă și încasa redevență. Pe multe din suprafețele agricole ale statului există construcții dezafectate, fără a se cunoaște persoanele care le-au cumpărat în urma privatizării societăților agricole de stat, sau construcții exploatare fără ca deținătorul să aibă un titlu valabil pe teren, caz în care statul pierde sume de bani. În lipsa unor prevederi legale clare pentru reglementarea acestor două situații, gestionarea terenurilor nu poate fi una eficientă.

Raportat la prevederile dreptului comun ale Codului administrativ<sup>35</sup>, încheierea contractelor de concesiune prin procedura de atribuire directă a bunurilor proprietate

---

<sup>34</sup> A se vedea Nota V, p. 5 din *Normele interne privind încheierea contactelor de concesiune prin atribuire directă*, [http://domeniilestatului.ro/?page\\_id=65](http://domeniilestatului.ro/?page_id=65), la data de 30 noiembrie 2019.

<sup>35</sup> Astfel, art. 315 alin. (1) din Codul administrativ prevede că: *Prin excepție de la prevederile art. 312 alin. (1), bunurile proprietate publică pot fi concesionate prin atribuire directă companiilor naționale, societăților naționale sau societăților aflate în subordinea, sub autoritatea sau în coordonarea entităților prevăzute la art. 303 alin. (3)-(5), care au fost înființate prin reorganizarea regiilor autonome și care au ca obiect principal de activitate gestionarea, întreținerea, repararea și dezvoltarea respectivelor bunuri, dar numai până la finalizarea privatizării acestora.*

*În ce privește modalitățile de exercitare a dreptului de proprietate privată, art. 362 alin. (3) stabilește că: Dispozițiile privind darea în administrare, concesionarea, închirierea și darea în folosință gratuită a bunurilor aparținând domeniului public al statului sau al unităților administrativ-teritoriale se aplică în mod corespunzător.*

publică și privată a statului se poate face exclusiv către entități clar determinate sau determinabile, cu capital parțial sau integral de stat și numai până la privatizarea acestora.

Astfel, în cazul terenurilor cu destinație agricolă proprietate privată a statului, legiuitorul a stabilit că proprietarii de active (cei care au cumpărat activele ca urmare a privatizării societăților agricole de stat) au posibilitatea încheierii contractelor de concesiune prin atribuire directă, iar în cazul celorlalte bunuri proprietate publică sau privată a statului contractele de concesiune se încheie până la privatizare și doar de entitățile prevăzute fără a stabili și posibilități ulterioare de concesiune prin atribuire directă ale investitorilor în scopul exploatării eficiente a bunurilor achiziționate. Prin reglementarea specială prin Legea nr. 268/2001, statul are în vedere păstrarea patrimoniului de stat și valorificarea lui prin obținerea de venituri periodice în timp ce dreptul comun reglementează gestionarea bunurilor până la ieșirea lor din patrimoniu ca urmare a privatizării.

**3.2.** O altă metodă de gestionare eficientă a terenurilor agricole ale statului este contractul de arendă. Acesta este o varietate a contractului de locațiune ce are ca obiect fondurile rurale<sup>36</sup> (în special terenurile agricole). Codul civil denumește arendarea ca fiind locațiunea bunurilor agricole<sup>37</sup>. Nefiind o reglementare expresă prevăzută de legea specială, se aplică fără dubiu forma de încheiere și clauzele obligatorii stabilite prin Codul civil.

Codul civil stabilește în materia locațiunii un termen maxim pentru încheierea contractelor de 49 de ani, termen redus la această durată dacă în contract se prevede un termen mai mare<sup>38</sup>. Clauza specifică contractelor de arendă statuată în Codul civil privește durata nedeterminată a contractelor de arendă pe care o stabilește ca fiind perioada necesară recoltării fructelor pe care bunul agricol urmează să le producă în anul agricol în care se încheie contractul<sup>39</sup>, așadar maxim un an agricol.

Spre deosebire de codul civil, termenul stabilit prin legea specială este „până la concesiune”<sup>40</sup>, fiind o metodă temporară de valorificare a terenurilor agricole pentru a nu fi lăsate în neuz.

---

<sup>36</sup> A se vedea F. Deak, S. Cârpenaru, *Contracte civile și comerciale*, Editura Lumina Lex, București, 1993, p. 117

<sup>37</sup> Art. 1778 alin. (1) C. civ., republicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare, stabilește că: *Locațiunea bunurilor imobile și aceea a bunurilor mobile se numește închiriere, iar locațiunea bunurilor agricole poartă denumirea de arendare.*

(2) *Dispozițiile prezentei secțiuni sunt aplicabile, în mod corespunzător, închirierii locuințelor și arendării, dacă sunt compatibile cu regulile particulare prevăzute pentru aceste contracte.*

<sup>38</sup> *Potrivit art. 1.783 din Codul civil*, Locațiunile nu se pot încheia pentru o perioadă mai mare de 49 de ani. Dacă părțile stipulează un termen mai lung, acesta se reduce de drept la 49 de ani.

<sup>39</sup> *A se vedea art. 1837 din Codul civil potrivit căruia:* Dacă durata nu este determinată, arendarea se consideră a fi făcută pentru toată perioada necesară recoltării fructelor pe care bunul agricol urmează să le producă în anul agricol în care se încheie contractul.

<sup>40</sup> *Art. 78 alin. (1) din Hotărârea de Guvern nr. 626/2001 stabilește imperativ că:* În vederea gestionării și exploatării eficiente a terenurilor, A.D.S. va putea da în arendă sau în orice alte forme de exploatare eficientă terenurile aflate în administrarea sa, până la concesiunea acestora.

Procedura de arendare este supusă aprobării Consiliului de administrație al Agenției Domeniilor Statului. Declanșarea procedurii de arendare pentru anumite suprafețe de teren cu destinație agricolă se face ca regulă în baza scrisorilor de intenție din partea persoanelor interesate, dar poate fi declanșată și la inițiativa Agenției Domeniilor Statului București<sup>41</sup>, prin publicarea anunțului de arendare pe pagina de internet a instituției, afișarea la sediile Reprezentanțelor Teritoriale ale Agenției Domeniilor Statului și la sediile primăriilor din raza cărora se află terenurile.

Principiile aplicabile procedurii de concesiune prin licitație publică, sunt aplicabile și procedurii de arendare, contractul fiind atribuit pe criteriul economic, al redevenței cea mai mare ofertată, în ședință publică, prin "strigarea" redevenței oferite.

Având în vedere modul de demarare a procedurii de arendare, decizia arendării unei anumite suprafețe de teren aparține exclusiv mandatarului statului, respectiv Agenției Domeniilor Statului. Potrivit procedurii stabilite de Consiliul de administrație în cazul în care există oferte pentru arendarea integrală a suprafeței de teren cu destinație agricolă pentru care s-a declanșat procedura de arendă, se va proceda la arendarea integrală a acesteia și se va putea da curs solicitărilor pentru suprafețe de teren parțiale numai în cazul în care nu există solicitări pentru suprafața integrală de teren, respectiv în cazul în care procedura de arendă nu s-a finalizat cu contractarea integrală a suprafeței de teren. În situația în care se solicită pentru arendare suprafețe de teren cu destinație agricolă ale căror amplasamente se suprapun parțial, vor avea prioritate cei care solicită suprafața cea mai mare de teren.

Ofertanții care au formulat solicitări pentru suprafețe mai mici, dar acceptă să oferteze pentru cea mai mare suprafață scoasă la arendare, vor fi declarați admiși pentru participarea la licitație de către comisie. Astfel, în ce privește suprafața de teren agricol, în cadrul procedurii de arendare, participantul la licitație are posibilitatea să opteze pentru luarea în arendă a unei suprafețe de teren mai mică decât cea scoasă la arendare cu precizarea că ofertantul care va opta pentru întreaga suprafață de teren scoasă la arendare, va avea întâietate<sup>42</sup>. Ulterior vor fi oferite spre arendare suprafețele parțiale rămase neadjuocate.

Deși pare a fi un mod de gestionare mai puțin eficient decât contractul de concesiune, contractul de arendă prezintă avantaje financiare pentru stat, având posibilitatea ajustării redevenței mult mai ușor decât în cazul contractelor de concesiune care implică încheierea actelor adiționale.

Trebuie să remarcăm faptul că legiuitorul a stabilit o formă de protecție a veniturilor la bugetul de stat rezultate din modul de gestionare a terenurilor cu destinație agricolă de către Agenția Domeniilor Statului, reglementând expres că „toate contractele încheiate constituie titluri executorii”, potrivit art. 2 din Ordonanța de urgență nr. 64/2005 pentru accelerarea procedurilor de recuperare a sumelor de bani datorate Agenției Domeniilor Statului de către partenerii contractuali.

<sup>41</sup> [http://domeniilestatului.ro/?attachment\\_id=3288](http://domeniilestatului.ro/?attachment_id=3288), la data de 30 noiembrie 2019.

<sup>42</sup> [http://domeniilestatului.ro/?page\\_id=65](http://domeniilestatului.ro/?page_id=65), la data de 30 noiembrie 2019, Procedura privind arendarea terenurilor cu destinație agricolă aflate în administrarea A.D.S, p. 2.

Prin derogare de la principiul consensualismului actului juridic civil stabilit de Codul civil<sup>43</sup>, legiuitorul a statuat forma scrisă a contractului de arendă sub sancțiunea nulității absolute. De asemenea, înregistrarea contractului la consiliul local în a cărei rază teritorială se află bunurile agricole arendate este cerință imperativă stabilită de legiuitor sub sancțiunea unei amenzi civile stabilite de instanța de judecată pentru fiecare zi de întârziere<sup>44</sup>. Aceste clauze stabilite pentru încheierea contractului de arendare determină natura juridică a acestuia ca fiind un contract solemn, și nu unul consensual, voința părților contractante trebuind să se supună dispozițiilor legale în acest sens.

Prin Decizia nr. 720/2006<sup>45</sup>, Curtea Constituțională reține că, sub aspect economic și al evidenței bunurilor agricole supuse arendării, introducerea acestor condiții de validitate contribuie la asigurarea unui climat de disciplină economică în domeniul exploatării terenurilor agricole.

Procedura aprobată de Consiliul de administrație al Agenției Domeniilor Statului în baza Legii nr. 268/2001 stabilește aceleași condiții pentru încheierea contractelor de arendă reglementate de Codul civil, fără alte prevederi specifice.

#### **4. Competența materială a instanțelor în litigiile privind contractele de concesiune având ca obiect terenurile cu destinație agricolă proprietate privată a statului**

Clauzele speciale de diminuare a suprafețelor de teren din contractele de concesiune stau la baza tot mai multor litigii dintre Agenția Domeniilor Statului și partenerii contractuali. În practica instanțelor de judecată s-a pus problema competenței materiale în soluționarea litigiilor având ca obiect contracte de concesiune încheiate între Agenția Domeniilor Statului în calitate de mandatar al statului și terțe persoane fizice sau juridice.

Potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, art. 2 alin. (1) lit. c<sup>1</sup>) „sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative”.

Sfera noțiunii de „act administrativ” este una din condițiile de admisibilitate a acțiunii în contencios administrative<sup>46</sup>.

Natura contractului de concesiune încheiat cu Agenția Domeniilor Statului a fost analizată în practica instanțelor de judecată prin raportare la prevederile Legii nr. 268/2001.

---

<sup>43</sup> A se vedea art. 1.178 C. civ., potrivit căruia: Contractul se încheie prin simplul acord de voințe al părților dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă.

<sup>44</sup> Art. 1.838 alin. (2) C. civ. statuează: Sub sancțiunea unei amenzi civile stabilite de instanța de judecată pentru fiecare zi de întârziere, arendașul trebuie să depună un exemplar al contractului la consiliul local în a cărei rază teritorială se află bunurile agricole arendate, pentru a fi înregistrat într-un registru special ținut de secretarul consiliului local.

<sup>45</sup> Curtea Constituțională, Decizia nr. 740/2006 referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a prevederilor art. 6 alin. 1 și 4 din Legea arendării nr. 16/1994, Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 8 din 05 ianuarie 2007.

<sup>46</sup> A. Trăilescu, A.A. Trăilescu, *Legea contenciosului administrativ. Comentarii și explicații*, ed. 3, Editura C.H. Beck, București, 2017, p. 33.

Astfel Înalta Curte de Casație și Justiție<sup>47</sup> reținând atribuțiile Agenției Domeniilor Statului și modul de organizare al acesteia a stabilit faptul că obiectul contractului de concesiune îl reprezintă bunuri imobile aflate în proprietatea privată a statului și în administrarea Agenției Domeniilor Statului. Ca urmare fiind vorba de proprietate privată a statului, nu cade sub jurisdicția instanțelor de contencios administrativ ci a instanțelor de drept comun.

„Un contract de concesiune, care reprezintă un instrument juridic de punere în valoare a bunurilor din proprietatea statului sau a unităților administrative teritoriale, va fi asimilat actului administrativ în sensul normei citate mai sus, și va fi supus, pe cale de consecință, unui regim juridic de drept administrativ, numai în măsura în care obiectul său vizează punerea în valoare a unor bunuri proprietate public, exclusiv”<sup>48</sup>.

Alte instanțe de judecată<sup>49</sup> s-au raportat la prevederile art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, arătând că pe fondul existenței unui raport juridic contractual între o autoritate publică centrală emitentă a actului și reclamantă, competența materială de soluționare a acțiunii având ca obiect anularea unui act administrative emis de o autoritate publică centrală, aparține instanței civile de drept comun.

S-a reținut, de asemenea<sup>50</sup>, că Agenția Domeniilor Statului nu se comportă ca o autoritate publică în raporturile cu celelalte subiecte de drept pentru concesionarea terenurilor aflate în domeniul privat al statului ci doar ca mandatar al statului, în numele căruia acționează pentru exercitarea drepturilor ce decurg din calitatea de acționar la societățile comerciale.

Astfel, dacă în practică reclamantul concesionar sesizează instanța de contencios administrativ susținând că actul contestat este un act administrativ unilateral și nu un act emis în executarea contractului, instanțele de judecată constată că argumentele privind nelegalitatea actului cuprins în cererea de chemare în judecată sunt întemeiate pe clauzele contractuale, prin care părțile au stabilit modalitățile de încetare sau diminuare a contractului de concesiune.

Coroborând dispozițiile din cele două acte normative referitoare la atribuțiile Agenției Domeniilor Statului<sup>51</sup> cu definiția dată acesteia, ca fiind instituție cu caracter financiar și

---

<sup>47</sup> Decizia nr. 6/2011, Dosar nr. 2439/54/2008, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrative și fiscal, <http://www.scj.ro/1093/Detailii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=84825>, la data de 30 noiembrie 2019 și <https://legeaz.net/spete-contencios-inalta-curte-iccj-2011/decizia-6-2011>, la data de 30 noiembrie 2019.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 5/2019, <http://portal.just.ro/64/Lists/Jurisprudenta/DispForm.aspx?ID=898>, la data de 30 noiembrie 2019.

<sup>50</sup> Curtea de Apel Pitești, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 1027/2009, <http://portal.just.ro/46/Lists/Jurisprudenta/DispForm.aspx?ID=420>, la data de 30 noiembrie 2019.

<sup>51</sup> A se vedea art. 4 alin. (2) din Legea nr. 268/2001, potrivit căruia: *Structura organizatorică, statul de funcții și regulamentul de organizare și funcționare ale Agenției Domeniilor Statului se aprobă prin ordin al ministrului agriculturii și dezvoltării rurale, la propunerea directorului general al agenției, precum și dispozițiile art. 2 din Hotărârea de Guvern nr. 626/2001 care prevede: Agenția Domeniilor Statului, denumită în continuare*



comercial, rezultă indubitabil că, pentru ipoteza dată, cenzura actelor cade în competența instanțelor de drept comun nu ale celor de contencios administrativ. Raporturile dintre părți sunt incluse în sfera dreptului privat și nicidecum în sfera dreptului public, pentru a fi aplicabile dispozițiile Legii nr. 554/2004.

## 5. Concluzii

Când legea este imperfectă sau când ea tace, când nu mai corespunde noilor cerințe rezultate din evoluția societății, când este retrogradă, nedreaptă chiar<sup>52</sup> cetățenii și chiar autoritățile, prin interpretare, adaptează sau redresează, creând reguli noi. Situațiile noi ivite pe marginea lacunelor legislative la un moment dat, își găsesc un corespondent prin noile acte normative care vin să acopere fisurile în ordinea de drept.

Lacunele legislative se văd în modul de gestionare a patrimoniului de stat și al stabilității raporturilor contractuale încheiate cu terții. Stabilirea certă a suprafețelor de teren care urmează a face obiectul retrocedărilor în baza legilor fondului funciar ar fi un prim pas spre aplicarea principiului stabilității relațiilor contractuale cu statul. Acest fapt se poate realiza cu ușurință în condițiile în care cererile de reconstituire a drepturilor de proprietate au fost deja depuse în termene speciale stabilite de legiuitor, iar Oficiile de cadastru și publicitate imobiliară dețin date privind întinderea unităților administrative teritoriale, a titlurilor emise, a pășunilor ce fac obiectul ordinelor prefectului și a datelor privind gestiunea suprafețelor de teren de către instituții ale statului. Tergiversarea procesului de restituire a terenurilor preluate abuziv în perioada comunistă către persoanele îndreptățite și fenomenul de "*acaparare a terenurilor agricole, caracterizată de un anumit grad de posesiune a terenurilor de către cetățeni străini, de dobândirea controlului asupra unor suprafețe extinse de teren, precum și de nereguli care au însoțit diversele tranzacții funciare*"<sup>53</sup> sunt cadrul propice pentru multe tranzacții de drepturi litigioase.

Cu necesitate se impune determinarea clară a proprietarilor de active, așa cum au fost enunțate prin Hotărârea de Guvern nr. 626/2001 și obligarea acestora la încheierea contractelor de concesiune prin atribuire directă cu Agenția Domeniilor Statului în schimbul achitării redevenței, obligație care rezidă din chiar prevederile Legii nr. 268/2001. Apreciem că prin lipsa acestor demersuri statul este prejudiciat cu valoarea redevenței care poate fi încasată, proprietarul de activ ocupând fără titlu valabil terenul statului și fără plata vreunei redevențe.

---

A.D.S., este împruternicită să exercite în numele statului prerogativele ce decurg din calitatea de acționar la societățile comerciale prevăzute la art. 1 și 2 din lege, denumite în continuare societăți comerciale.

<sup>52</sup> A se vedea I. Dogaru, *Drept civil. Ideea curgerii timpului și consecințele ei juridice*, Editura All Beck, București, 2002, p. 47.

<sup>53</sup> A se vedea S. Kay, J. Peuch, J. Franco, *Amploarea fenomenului de acaparare a terenurilor agricole în UE*, studiu comandat de Direcția Generală de Politici Interne, Comisia pentru agricultură și dezvoltare rurală a Parlamentului European, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

Se impune fără echivoc conlucrarea instituțiilor statului (Agenția Domeniilor Statului, Agenția Națională de Publicitate Imobiliară, Institutul de Statistică) pentru stabilirea clară a întinderii drepturilor de proprietate privată a statului asupra terenurilor cu destinație agricolă.

Lipsa stabilității relațiilor contractuale cu statul duce la existența unor suprafețe importante de terenuri arabile rămase necultivate și eventual ocupate abuziv de terțe persoane și la o gestionarea defectuoasă a acestora, fapt care ar putea să atragă mecanisme de angajare a răspunderii patrimoniale pentru prejudiciile cauzate în gestiunea terenurilor cu destinație agricolă ale statului.

În scopul unei gestionări eficiente a terenurilor agricole proprietate privată a statului se impune elaborarea cât mai urgentă a normelor de punere în aplicare a prevederilor care dau posibilitatea mandatării dreptului de proprietate privată a statului să uzeze de posibilitatea comasării<sup>54</sup>, cumpărării sau schimbul de terenuri cu destinație agricolă în numele statului mai ales că există cadrul legislativ<sup>55</sup> creat.

---

<sup>54</sup> A se vedea art. 4 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 268/2001 care prevede: *cumpărarea sau schimbul de terenuri cu destinație agricolă, în vederea concesionării sau arendării acestora, pentru realizarea de exploatații agricole optime; h) comasarea terenurilor cu destinație agricolă, în numele statului, din domeniul public sau privat al statului, în vederea concesionării sau arendării acestora, pentru realizarea de exploatații agricole de tip ferme familiale.*

<sup>55</sup> A se vedea Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 178 din 12 martie 2014.

# Obligația contractuală și răspunderea penală pentru omisiuni

## The contractual obligation and criminal responsibility for omissions

Drd. **Cristina NICORICI\***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

### Abstract

*An improper omission can not incur criminal liability in absence of an obligation which stems from law, convention or from a previous action or inaction of the agent that created a state of danger for the protected social value. The voluntary assumption of the obligation to protect or control the source of danger represents, however, much more than a civil contract concluded by two or various parties. As the express regulation of commission by omission of the Romanian Criminal Code is similar to the one provided by the Spanish criminal law, the perspective of the Spanish doctrine and jurisprudence is relevant for the study of this institution.*

**Keywords:** *improper omission; commission by omission; contractual obligation; voluntary assumption of responsibility; civil contract.*

### Rezumat

*Răspunderea penală pentru omisiunea improprie nu poate fi angajată în absența unei obligații de garant care derivă din lege, din contract sau dintr-o acțiune sau inacțiune anterioară a agentului care a creat o stare de pericol pentru valoarea socială ocrotită. Asumarea voluntară a obligației de protecție sau de control a sursei de pericol reprezintă însă mult mai mult decât un contract civil încheiat între două sau mai multe persoane. Întrucât reglementarea expresă a comisiunii prin omisiune din Codul penal român este asemănătoare cu cea din dreptul penal spaniol, perspectiva doctrinei și a jurisprudenței din Spania este relevantă pentru studiul acestei instituții.*

**Cuvinte cheie:** *omisiune improprie, comisiune prin omisiune, obligație contractuală, asumare voluntară a obligației, contract civil.*

## I. INTRODUCERE

Conceptul de comisiune prin omisiune, denumit și omisiune improprie, nu este nou în spațiul juridic românesc, fiind acceptat sub imperiul Codului penal anterior de către doctrină și jurisprudență, chiar dacă nu se bucura de o reglementare expresă. Odată cu consacrarea în noul Cod penal român, în art. 17, a acestei figuri juridice, se impune analiza

---

\* cristina.nicorici93@e-uvt.ro.

atență a doctrinelor europene care au consacrat-o. Dintre toate, spațiul juridic spaniol a influențat în mod decisiv reglementarea română, art. 17 fiind inspirat din art. 11 din Codul penal spaniol. Prin urmare, acest studiu își propune să analizeze unul dintre izvoarele poziției de garant prin perspectiva doctrinei dar și a jurisprudenței spaniole.

După cum s-a arătat în doctrină, când actul de conduită constă într-o omisiune, el nu realizează elementul material al infracțiunii comise decât dacă există obligația de a nu rămâne în pasivitate în ceea ce privește îndeplinirea unei anumite activități<sup>1</sup>. Diferența dintre omisiunea proprie și omisiunea improprie este că în cazul omisiunii improprie agentul are o obligație de garant civilă, administrativă, în tot cazul extrapenală, spre deosebire de omisiunea proprie, care presupune o obligație penală de a acționa stabilită în sarcina agentului. Conform art. 17 din Codul penal român<sup>2</sup>, obligația de a acționa poate izvorî din lege, din contract, sau dintr-o acțiune sau inacțiune anterioară a agentului care a creat pentru valoarea socială ocrotită o stare de pericol ce a înlesnit producerea rezultatului. După cum se poate observa, reglementarea izvoarelor poziției de garant în Codul penal român, la fel ca în Codul penal spaniol, reprezintă consacrarea teoriei formale a obligațiilor juridice determinate, care presupune reglementarea unor izvoare exprese și, teoretic, bine delimitate, cum sunt legea, contractul, conduita anterioară a agentului. Merită menționat chiar în treacăt că, opusă acestei teorii formale, în dreptul penal spaniol (sub influența doctrinei germane) se consideră<sup>3</sup> în prezent că ar trebui să prevaleze teoria funcțiilor (Armin Kaufmann), care fundamentează poziția de garant nu pe izvoarele formale, ci pe izvoarele materiale. Teoria funcțiilor (Armin Kaufmann) identifică funcțiile garantului ca fiind următoarele: funcția de protecție, funcția de custodie, funcția de supraveghere a diferitelor surse de pericol<sup>4</sup>. Această teorie pledează pentru o reglementare mai laxă a izvoarelor pozițiilor de garant care ar evita problemele de strictețe pe care teoria formală le aduce. Însă, pe de altă parte, s-a reținut în doctrina română<sup>5</sup> că o interpretare enumerativă și nu limitativă a surselor poziției de garant ar ridica problema compatibilității acesteia cu principiul legalității incriminării.

<sup>1</sup> L. Lefterache, *Drept penal. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 156.

<sup>2</sup> „Art. 17: Săvârșirea infracțiunii comise prin omisiune  
Infracțiunea comisivă care presupune producerea unui rezultat se consideră săvârșită și prin omisiune, când:

a) există o obligație legală sau contractuală de a acționa;

b) autorul omisiunii, printr-o acțiune sau inacțiune anterioară, a creat pentru valoarea socială protejată o stare de pericol care a înlesnit producerea rezultatului”.

<sup>3</sup> M. Á. Núñez Paz, *Los delitos de omisión (Infracțiunile de omisiune)*, tirant lo blanch, Valencia, 2016, p. 29.

<sup>4</sup> M. Á. Núñez Paz, *op. cit.*, p. 29, nota de subsol 60. Nu este locul aici pentru a prezenta pe larg argumentele uneia sau alteia dintre teorii, dar merită menționat că teoria izvoarelor materiale a apărut ca răspuns la excesivul formalism al izvoarelor clasice, chestiune ce va fi atinsă tangențial în acest studiu, referitor la obligația contractuală. În dreptul penal român, această teorie a fost adusă în dezbaterea doctrinei de F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2014.

<sup>5</sup> M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *Drept penal. Partea generală. Curs teoretic și practic în domeniul licenței (I)*, Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 548-549. Pentru o prezentare a poziției doctrinei române în acest sens, a se vedea C. Nicorici, *Izvoarele poziției de garant în perspectiva doctrinei române de drept penal*, în „*Studii și cercetări juridice europene*”, Timișoara, 2019, pp. 615 și urm.

Comisiunea prin omisiune are în latura obiectivă trei elemente fundamentale de imputare obiectivă: poziția de garant, producerea unui rezultat și posibilitatea de a îl evita<sup>6</sup>. Asumarea unei poziții de garant, care în general va garanta protecția unui bun juridic determinat sau a unei persoane, dar care va putea asuma de asemenea funcții de supraveghere și de control a unui pericol sau risc se poate face prin contract, caz în care nu ar exista dubii cu privire la izvorul obligației juridice<sup>7</sup>. Deși la prima vedere lucrurile nu par complicate, fiind vorba despre un acord contractual care dă naștere la drepturi și obligații în sarcina părților, în realitate denumirea acestui izvor ca fiind „contract” ne face să gândim termenii de analiză a obligației de a acționa în spectrul dreptului civil, nu tocmai potriviți cu rigoarea și exigențele dreptului penal substanțial, după cum vom vedea în cele ce urmează.

## II. ELEMENTELE OBLIGAȚIEI CONTRACTUALE – POZIȚIA CLASICĂ

Ne asumăm zilnic diverse obligații prin contracte civile, dar trebuie reflectat în ce măsură un simplu acord contractual constituie prin el însăși un motiv suficient pentru a atrage răspunderea penală a celui care nu îndeplinește obligația respectivă.

S-a arătat<sup>8</sup> că obligația de garant nu ar putea să derive din orice relație contractuală, ci doar din acele contracte al căror conținut esențial atribuie uneia dintre părți o poziție de încredere cu datorii de protecție, de custodie sau de îngrijire. Contractul, ca izvor al obligației de garant, presupune asumarea voluntară a unei obligații de protecție a unui bun juridic<sup>9</sup>. Discutăm deci despre comportamentul ce trebuie îndeplinit în mod legal, iar obligația de îndeplinire a acestuia rezultă în principiu din acordul bilateral al părților<sup>10</sup>.

Contractul este izvor de obligații cu caracter privat, dar nu din orice contract rezultă o obligație juridică cu caracter penal (adică o poziție de garant)<sup>11</sup>. Același autor oferă exemplul unui contract de vânzare în care cumpărătorul nu plătește prețul și,

---

<sup>6</sup> M.Á. Núñez Paz, *op. cit.*, p. 29.

<sup>7</sup> D.-M. Luzón Peña, *Omisión impropria o comisión por omisión (Omisiune improprie sau comisiune prin omisiune)*, în „*Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*” (*Revista Fundației Internaționale de Științe Penale*), nr. 6/2017, p. 190.

<sup>8</sup> C.-A. Domocoș, *Fapta omisivă și reglementarea ei în legea penală română*, Editura Universul Juridic, București, 2010, pp. 296-297, S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general (Drept penal. Partea generală)*, ed. a 8-a, Editorial Rrepertor, Barcelona, 2006, p. 323, H. Welzel, *Derecho penal. Parte general (Drept penal. Partea generală)*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 207.

<sup>9</sup> M.A. Ulloa, *La omisión, comisión por omisión y posición de garante (Omisiunea, comisiunea prin omisiune și poziția de garant)*, în „*Encuentro*” (*Întâlnire*), nr. 54/2000, p. 37.

<sup>10</sup> M.P. Nvarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general (Lecții de drept penal. Partea generală)*, ed. a 2-a, Tecnos, Madrid, 2016, p. 87, apud. S.B. Araújo Rebouças, *Responsabilidad penal por omisión del órgano directivo de la empresa: fundamentos de imputación (Responsabilitatea penală pentru omisiunile organului director al societății: fundament de imputare)*, teză de doctorat, p. 158, disponibil online la <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/69079>.

<sup>11</sup> P.G. Toledo, *El delito de omisión impropria (Infraacțiunea de omisiune improprie)*, Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 127, H.B. Chorres, *La imputación objetiva en la comisión por omisión (Imputarea obiectivă în comisiunea prin omisiune)*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2005, p. 70.

generându-se situația de insolvență a vânzătorului, acesta se sinucide. Este evident în acest caz că cumpărătorul nu va fi făcut responsabil deși exista un contract între cei doi. Este însă de reflectat care ar fi soluția dacă, prin absurd, părțile ar fi inserat o clauză care prevede că cumpărătorul răspunde de decesul vânzătorului, cauzat de neplata prețului. Consider că o astfel de clauză nu ar putea atrage răspunderea penală, deoarece chiar plata prețului de către cumpărător nu ar fi împiedicat producerea rezultatului, care a fost cauzat de acțiunea vânzătorului de a se sinucide. Dacă însă este inserată în contract obligația cumpărătorului de plată a prețului, cu care vânzătorul urma să își procure sau să își plătească un tratament vital care i-ar fi salvat viața, și cumpărătorul refuză să plătească prețul, iar vânzătorul decedează? Am putea în acest caz să angajăm răspunderea penală a cumpărătorului pentru un omor comis prin omisiune? Dacă privim această clauză strict din perspectiva dreptului civil, s-ar putea aprecia că nu este valabilă, fiind contrară bunelor moravuri. Dacă însă o analizăm din perspectiva asumării voluntare a obligației de protecție, atunci pare că cumpărătorul se găsește în poziție de garant.

Obligația de garant poate fi asumată prin acord bilateral cu una sau mai multe persoane, sau poate fi o asumare unilaterală din partea garantului. Dacă o asumare prin acord bilateral nu ridică probleme referitor la sursa obligației de a acționa, care este reprezentată de acordul părților, asumarea unilaterală a obligației pare o situație mai degrabă atipică. Din punctul de vedere al unor autori<sup>12</sup>, în situația asumării unilaterale a unor obligații, discutăm în realitate despre un pact tacit între agent și colectivitate, în vreme ce alți autori resping posibilitatea de asumare unilaterală<sup>13</sup>. Prin urmare, se concluzionează<sup>14</sup> că doar contractele care impun o dependență directă între părți pot fi izvorul unei poziții de garant, sau, cu alte cuvinte, doar acele contracte care, prin natura lor, impun uneia dintre părți o obligație de a acționa exclusivă, de protecție a unui bun juridic, și, pe de altă parte, poziționează pe una dintre părți într-o stare de dependență față de îndeplinirea obligației de către cealaltă parte. Poziția de garant rezultă din asumarea efectivă a obligației de a acționa și doar atunci când începe efectiv situația periculoasă pentru care trebuie să intervină poziția de garant<sup>15</sup> (se oferă exemplul ghidului care refuză să meargă mai departe când traseul devine periculos, și căruia nu îi poate fi atrasă răspunderea penală dacă turistul continuă să se aventureze pe acel traseu și decedează sau i se întâmplă un accident).

---

<sup>12</sup> D.-M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 200. Se face distincția între situația medicului de la urgențe care își asumă o obligație generală de ajutor de a primi și îngriji pe cei care apelează la acest serviciu, ceea ce ar presupune o obligație generală, și nu una de garant, pentru că obligația de garant trebuie să fie asumată față de o persoană concretă pentru a fi valabilă, cum ar fi situația în care discutăm despre o persoană incapabilă să solicite ajutor. Așadar, acest autor respinge ideea că neîndeplinirea obligației medicului de la urgențe ar atrage doar răspunderea pentru o infracțiune de lăsare fără ajutor a unei persoane aflate în dificultate. A se vedea, în același sens, P. F. Cabana, *Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico (Omisiunea obligației de ajutor. Referință specială la refuzul tratamentului medical)*, în „Lecciones de derecho sanitario” (*Lecții de drept sanitar*), Universidade da Coruña, 1999, p. 528.

<sup>13</sup> S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 323.

<sup>14</sup> P.G. Toledo, *op. cit.*, p. 128.

<sup>15</sup> H. Welzel, *op. cit.*, p. 208

Obligația contractuală derivată din exercițiul anumitor profesii sau din operarea cu anumite mașinării impun anumitor persoane determinate obligația de a împiedica producerea unui rezultat periculos<sup>16</sup>. Ca exemple de obligație contractuală în doctrina română<sup>17</sup> s-au indicat obligația asumată prin contractul de întreținere (art. 2254 C. civ.), obligațiile asumate printr-un contract având ca obiect supravegherea unui minor sau a unei persoane puse sub interdicție.

### III. CHESTIUNI DE DREPT CIVIL ÎN CONTEXTUL RĂSPUNDERII PENALE ÎN TEMEIUL OBLIGAȚIEI CONTRACTUALE DE A ACȚIONA

Când în dreptul civil discutăm despre un contract, una din primele chestiuni la care ne putem gândi este la nulitatea absolută sau relativă a acestuia. Dacă poziția de garant derivă dintr-un contract încheiat între părți, ce se întâmplă atunci când există o cauză de nulitate care afectează valabilitatea contractului, sau a clauzei care stipulează obligația de a acționa? Putem aprecia că obligația nu ar mai fi valabilă, și agentul ar fi absolvit de răspundere penală? În literatura de specialitate spaniolă<sup>18</sup> se apreciază că poziția de garant care izvorăște din contract nu depinde de validitatea acestuia, ci de aceea că garantul își asumă faptic că va proteja un bun juridic determinat. De asemenea, opinia generală în literatura română<sup>19</sup> este că poziția de garant nu ar putea depinde de valabilitatea din punct de vedere civil a contractului. Principalul argument în sprijinul acestei poziții este acela că răspunderea penală nu poate depinde de valabilitatea din punct de vedere civil al unei clauze sau a unui contract; contractul ca izvor al obligației de a acționa trebuie privit în sens material, adică trebuie analizat dacă agentul și-a asumat obligația de protecție și consecințele care decurg din aceasta. De altfel, și în literatura română s-a apreciat<sup>20</sup> că nu vârsta copilului este determinantă în identificarea unei poziții de garant, ci posibilitatea lui efectivă de a își asuma această obligație. Pe de altă parte, alți autori apreciază că, deși o interpretare prea strictă a acestui izvor ar duce la un formalism excesiv și poate lăsa nesancționate situații care în mod rezonabil ar trebui incluse sub incidența normei legale, nu ar fi suficientă o formalizare a contractului în termeni de drept privat, ci importantă este asumarea obligației de protecție a unui bun juridic, dar ar trebui să se evite și efectul opus, și, prin urmare, ar trebui să se stabilească că este insuficientă obligația de a acționa dacă contractul este nul din cauza unei anumite formalități<sup>21</sup>. Se apreciază<sup>22</sup> că în cazul în

---

<sup>16</sup> F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte general (Drept penal. Partea generală)*, ed. a 8-a, tirant lo blansh, 2010, p. 245.

<sup>17</sup> I. Nedelcu în *Codul penal. Comentariu pe articole*, de G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay ș.a., ed. a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2016, p. 93.

<sup>18</sup> E.G. Ordeig, *La omisión en la dogmática penal alemana (Omisiunea în doctrina penală germană)*, în „*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*” (*Anuarul de drept penal și științe penale*), 1997, p. 6, 10. Santiago Mir Puig, *op. cit.*, p. 323.

<sup>19</sup> C.-A. Domocoș, *op. cit.*, p. 296.

<sup>20</sup> F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 288.

<sup>21</sup> M. Á. Núñez Paz, *op. cit.*, p. 57.

<sup>22</sup> M. Aráuz Ulloa, *op. cit.*, p. 37.

care contractul este lovit de nulitate, sau dacă există probleme de interpretare a contractului, ar trebui negată existența unei poziții de garant care să derive dintr-un astfel de contract.

O a doua chestiune care merită analizată este dacă obligația de a acționa rămâne valabilă în situația în care a încetat provizoriu perioada în care agentul trebuia să acționeze. Ne putem gândi la exemplul salvamarului sau al medicului care iese din tură și în fața căruia o persoană are nevoie de ajutor. Dacă colegul salvamarului sau al medicului care trebuia să preia următoarea tură întârzie, consider că acest profesionist are în continuare obligația de a acționa, dacă în fața lui o persoană are nevoie de ajutor. Dacă însă colegul a apărut în timp util, poziția de garant a fost transferată la acesta. Asemănător este exemplul dădacei care trebuie să stea cu copilul până la ora 17, urmând ca apoi să vină părinții să îl supravegheze, însă aceștia întârzie. S-a apreciat<sup>23</sup> în acest caz că dădaca nu este absolvită de răspundere penală, dar numai dacă înțelegem prin izvor contractual nu un contract în sensul pur de drept civil, ci faptul că agentul și-a asumat în mod voluntar o obligație de protecție care nu se supune regulilor din dreptul privat. Pe aceeași idee, dădaca care întârzie să ajungă la domiciliul minorului nu își asumă poziția de garant și, dacă minorului i se face rău, obligația de protecție este în sarcina părinților, care nu îl vor putea lăsa pe copil singur. Putem însă imagina și alte situații interesante. Spre exemplu, ce se întâmplă dacă părinții ajung la ora 16:30 și îi comunică dădacei că nu mai au nevoie de serviciile acesteia, însă aceasta rămâne încă zece minute, timp în care copilului i se face rău? Mai este dădaca în poziție de garant, sau aceasta a fost preluată de părinți? Pare că în această situație, poziția de garant a fost preluată de părinți, din momentul în care aceștia i-au comunicat că dădacei că poate pleca. Dar dacă în contractul încheiat între dădacă și părinți era prevăzut expres faptul că în situația în care părinții sunt prezenți, toate obligațiile dădacei încetează? Putem observa cum în acest caz, tendința de a privi problema din perspectiva dreptului civil ne-ar face să răspundem că dădaca nu va mai răspunde penal, pentru că nu va mai fi în poziție de garant. Totuși, consider că în absența unei clauze contractuale care stabilește expres că odată cu prezența părinților încetează orice obligație a dădacei, aceasta va răspunde penal, pentru că și-a asumat voluntar o funcție de protecție a valorii sociale. De altfel, ar fi extrem de imoral ca părinții care nu acționează să răspundă pentru o infracțiune de omor, iar dădaca doar pentru o infracțiune de lăsare fără ajutor a persoanei aflate în dificultate. În măsura în care o astfel de clauză există, atunci consider excesiv să angajăm răspunderea penală a dădacei. Este de observat însă, raportat la aceste exemple, cât de dificil este de analizat când încetează obligația de a acționa izvorâtă dintr-un temei contractual.

O problemă asemănătoare este în ce măsură va răspunde penal agentul în situația în care contractul în care era prevăzută obligația acestuia de a acționa a ajuns la termen. Spre exemplu, a medicul rezident care are un contract de muncă pe perioadă determinată cu spitalul județean, și care a doua zi după ajungerea la termen a acestui contract, intră în spitalul județean echipat cu costumul de spital, va răspunde penal în situația în care apare

<sup>23</sup> P. Gómez Toledo, *op. cit.*, p. 129.



un pacient cu o urgență, iar acesta nu intervine? Putem oare aprecia că în acest caz, medicul și-a asumat voluntar, eventual chiar unilateral o funcție de protecție a valorii sociale? Înclin spre un răspuns afirmativ, și consider că medicul și-a asumat în mod unilateral o obligație care fundamentează poziția de garant.

De asemenea, mai există situația în care contractul încetează, iar imediat după acest moment intervine o situație care ar presupune intervenția agentului. Spre exemplu, părinții, nervoși, o concediază pe dădacă, sau aceasta, supărată, își prezintă demisia, deci contractul a încetat, iar imediat după acest moment, copilului i se face rău, fiind evident că viața îi este pusă în pericol. Mai există oare în acest caz o obligația de a acționa în sarcina dădacei? În această situație, deși nu tocmai corect din punct de vedere moral, pare că asumarea materială a funcției de protecție a valorii sociale a încetat.

Mai putem imagina și altfel de situații la fel de problematice. Spre exemplu, ce se întâmplă dacă garantul își asumă obligații pe care în realitate nu le poate îndeplini, fiind conștient de acest fapt? Spre exemplu dădaca își asumă prin contract că are pregătire medicală de bază și că poate oferi asistență medicală în cazul copilului cu afecțiuni medicale speciale. După cum s-a arătat în doctrină<sup>24</sup>, o condiție a poziției de garant este ca agentul să se abțină de la o acțiune aptă să împiedice rezultatul, deși intervenția sa era posibilă. Din moment ce dădaca nu avea pregătirea medicală pentru a interveni, putem spune că omisiunea acesteia (omisiunea de a face ceva ce nu putea să facă) este cauzală? Răspunsul pare a fi negativ. Totuși, din punct de vedere moral pare că dădaca ar trebui să răspundă penal, dar fapta relevantă penal pare a fi mai degrabă acțiunea acesteia de a declara că are pregătire medicală, deci de inducere în eroare, care îi determină pe părinți să nu angajeze o asistentă medicală.

După cum s-a arătat în literatura de specialitate<sup>25</sup>, îndeplinirea obligației înseamnă respectarea legii, concretizându-se în raporturi juridice penale de conformare, iar neîndeplinirea acestora înseamnă încălcarea legii penale și deci, săvârșirea infracțiunii. Dacă analizăm un contract, se poate face distincția dintre obligații de mijloace și de rezultat. Agentul își asumă oare obligații de mijloace întotdeauna? Nu am putea aprecia că și-a asumat o obligație de rezultat? Spre exemplu, în situația cumpărătorului care nu plătește prețul contractului cu care vânzătorul dorea să își cumpere un medicament vital, obligația de plată a prețului este una de rezultat. În ceea ce privește asumarea unei obligații de mijloace, îndeplinirea acesteia ar trebui analizată prin raportare la standardele corespunzătoare (cum ar fi situația medicului care își asumă că va respecta toate procedurile medicale pentru a salva viața pacientului, nu că va salva viața pacientului).

În dreptul civil, în anumite situații, tăcerea valorează consimțământ. În ce măsură putem însă considera că acceptarea tacită a unei obligații de a acționa este valabilă pentru atragerea răspunderii penale? După cum am arătat cu altă ocazie<sup>26</sup>, chestiunea este puțin discutată în literatura de specialitate. Am arătat atunci exemplul problematic pe care îl

<sup>24</sup> C.-A. Domocoș, *op. cit.*, p. 343.

<sup>25</sup> V. Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 168.

<sup>26</sup> C. Nicorică, *Fundamentul teoretic al comisiunii prin omisiune*, în „Caiete de Drept Penal” nr. 1/2019, p. 49-50.

oferă un autor<sup>27</sup>: o petrecere la piscină, iar două colege, A și B, stau pe marginea piscinei. A îi spune lui B că nu știe să înoate, și că în mod normal nu ar sta pe marginea piscinei fiindu-i frică, dar știind că B este campioană la înot și că ar putea să o salveze, are curaj. Ce se întâmplă în situația în care B nu spune nimic, iar zece minute mai târziu A se împiedică și cade în apă, și decedează, deoarece nici B, nici ceilalți invitați la petrecere nu intervin. Am putea oare interpreta tăcerea lui B ca un consimțământ tacit prin care și-a asumat o funcție de protecție a lui A? Pare că totuși o astfel de interpretare ar părea excesivă. Dar ce facem în situația în care celelalte persoane prezente o cunoșteau pe B și știau și aceștia că este campioană la înot, iar motivul pentru care nu au intervenit este tocmai acesta? Pare că și în această situație, deși inacțiunile celorlalți s-au bazat pe informațiile pe care le aveau despre B, totuși răspunderea lui B nu va fi influențată. Însă, dacă B face un pas sau doi înspre piscină, dând impresia tuturor că intenționează să o salveze pe A, dar apoi renunță? S-a apreciat<sup>28</sup> că nu există nici un motiv pentru a agrava penal situația unuia care cel puțin încearcă să ajute pe altul, dacă aceasta nu crește pericolul și nici nu scade posibilitatea acordării altor ajutoare<sup>29</sup>. Acest exemplu însă demonstrează că nu este necesar niciun consimțământ contractual (mai ales că victima nu ar fi într-o stare capabilă să îl dea) pentru a se justifica apariția poziției de garant; ceea ce ar fi necesar ar fi ca omisiunea agentului să împiedice intervenția altor ajutoare în sprijinul victimei.

Transferul sau delegarea poziției de garant generează o nouă poziție de garant tot în temeiul contractului. Însă, se apreciază că transferul obligației de garant nu îl eliberează întotdeauna pe garantul inițial de poziția de garant dacă acesta își păstrează o obligație de supraveghere sau de control a garantului ulterior<sup>30</sup>. Și în literatura română<sup>31</sup> s-a apreciat că garantul poate transfera obligația către o altă persoană, exemplul clasic fiind cel al părinților care transferă bonei obligația de îngrijire a copilului.

O altă chestiune interesantă se referă la posibilitatea de a angaja răspunderea penală în baza unor clauze contractuale vagi sau generale, cum ar fi cele în care se stipulează că părțile trebuie să acționeze cu bună-credință una față de cealaltă. Tribunalul Suprem spaniol admite legat de înfrățirea de înșelăciune o poziție de garant bazată pe relațiile de încredere stipulate în mod general într-un contract. Spre exemplu, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 3 noiembrie 2010, s-a stabilit că este în poziție de garant cel care a generat o situație de încredere care reprezintă un risc pentru patrimoniul celeilalte persoane. De asemenea, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 16 martie 2010 se discută că buna credință contractuală ar putea fi considerată ca fundamentul unei

---

<sup>27</sup> L. Alexander, *Criminal Liability for Omissions: An Inventory of Issues*, University of San Diego, School of Law, Public Law and Legal Theory, 2000-2001, disponibil online la [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=270451](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=270451).

<sup>28</sup> C.-A. Domocoș, *op. cit.*, p. 296, S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 323.

<sup>29</sup> Se consideră așadar că ar fi contraproductiv din punct de vedere al politicii penale să fie sancționat penal cel care comite un accident, oprește pentru a acorda asistență medicală victimei, iar apoi renunță din a acorda acest ajutor. A se vedea S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 323.

<sup>30</sup> D.-M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 191.

<sup>31</sup> F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 289.

poziții de garant contractuale<sup>32</sup>. Tribunalul Suprem spaniol consideră de asemenea că funcția de director de bancă dă naștere unei poziții de garant întemeiată pe un izvor contractual. Prin sentința din 19.11.2012 se stabilește că faptul de a fi director la o bancă îi conferă celui care ocupă o astfel de funcție o poziție de garant inevitabilă, și că această persoană trebuie să vegheze, dat fiind contractul care stabilește relația acestuia cu unitatea bancară, și să fie cât mai responsabil referitor la toate operațiunile desfășurate, pentru ca sub supravegherea sa să nu se comită infracțiuni (în speță se discuta despre folosirea de documente false pentru a obține finanțare<sup>33</sup>).

#### IV. CONCLUZII

În opinia unor autori<sup>34</sup> susțin că alături de izvoarele formale clasice cum sunt legea și contractul ar trebui adăugat (sau acestea ar trebui chiar înlocuite de) un criteriu material de asumare faptică și specifică a obligației de garanție, pentru că doar o asumare specifică și faptică a obligației de acțiune poate fundamenta existența acestui rol special asumat de o persoană determinată, care presupune mai mult decât o simplă obligație de solidaritate. Așadar, criteriul exclusiv formal nu este suficient pentru a fundamenta existența unei obligații speciale pentru a împiedica rezultatul relevant penal<sup>35</sup>. În literatura de specialitate spaniolă<sup>36</sup> s-a apreciat ca inadecvată limitarea operată de art. 11 lit. a) din Codul penal spaniol care se referă la contract ca izvor al poziției de garant pentru că, deja de mult timp, doctrina germană vorbește despre folosirea noțiunii mult mai cuprinzătoare de *asumarea voluntară a funcției de protecție a valorii sociale sau de control a sursei de pericol* înțelegând că, nu în puține cazuri, există situații lipsite de o bază contractuală care pot constitui izvoare ale poziției de garant. S-a apreciat așadar că doar un criteriu de asumare specifică poate fundamenta obligația de garant, care presupune mult mai mult decât obligația minimă de solidaritate.

Asumarea faptică a obligației de garant care ar înlocui noțiunea de *obligație contractuală* ar evita toate probleme legate de nulitatea contractului (când teoretic nu ar mai exista nicio obligație) sau de ajungerea acestuia la termen. Criteriul asumării faptice joacă așadar un rol restrictiv în teoria poziției de garant, negând existența unei astfel de

---

<sup>32</sup> Ambele sentințe sunt citate în S. Huerta Tocildo, *La regulación de la comisión por omisión en el art. 11 CP. Balance y problemas no resueltos (Reglementarea comisiunii prin omisiune a art. 11 CP. Echilibru și probleme nerezolvate)*, în „*Derecho penal para un estado social y democrático del derecho*” (*Drept penal pentru un stat social și democratic*), Universidad de Madrid, 2016, p. 151.

<sup>33</sup> *Idem*, pp. 151-152.

<sup>34</sup> S. B. Araújo Rebouças, *op. cit.*, p. 160.

<sup>35</sup> *Idem*, pp. 158-159.

<sup>36</sup> S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995 (Principalele noutăți în materia infracțiunilor omisive în Codul penal din 1995)*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 37, E. Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 8, J. Dopico Gómez – Aller, *Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica (Comisiunea prin omisiune și principiul legalității. Art. 11 CP ca clauză interpretativă autentică)*, în „*Revista de Derecho Penal y Criminología*” (*Revista de drept penal și criminologie*), nr. 2/2004, p. 303, M. Aráuz Ulloa, *op. cit.*, p. 38.

obligații în ipoteza în care este indubitabil că există o obligație contractuală (cum este cazul dădacei care întârzie și își încalcă astfel obligația contractuală, dar în sarcina căreia nu se naște o poziție de garant)<sup>37</sup>. Poziția de garant nu este identică cu o obligație contractuală valabilă, și este decisiv criteriul asumării faptice a acestei poziții care corespunde contractului<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> P. Gómez Toledo, *op. cit.*, p. 130.

<sup>38</sup> H. Welzel, *Derecho Penal Alemán (Drept penal german)*, ed. a 11-a, 2001, p. 295, *apud* P. Gómez Toledo, *op. cit.*, p. 130.

# Liberarea condiționată în cazul detențiunii pe viață și a pedepsei închisorii mai mare de 10 ani

## Conditional liberation in the case of life imprisonment and prison sentence of more than 10 years

drd. **Lorena-Alexandra AVRAM\***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Sociologie și Psihologie

Școala doctorală de Filosofie, Sociologie și Științe politice

### Abstract

*The present article carries out an analysis of the institution of conditional liberation in the case of the convicted persons serving the sentence of life imprisonment or a sentence with imprisonment of more than 10 years, with a customized analysis on the situation of the convicted persons sentenced to imprisonment for 30 years (the general maximum provided by Romanian law), the author identifying in each case the more favorable criminal law.*

**Keywords:** *conditional liberation; life imprisonment; prison; more favorable criminal law; conditional liberation conditions.*

### Rezumat

*Prezentul articol realizează o analiză a instituției liberării condiționate în cazul condamnaților care execută pedeapsa detențiunii pe viață sau o pedeapsă cu închisoarea mai mare de 10 ani, cu o analiză particularizată asupra situației condamnaților la pedeapsa închisorii de 30 de ani (maximul general prevăzut de legea română), autoarea preocupându-se de identificarea în fiecare caz în parte a legii penale mai favorabile.*

**Cuvinte-cheie:** *liberare condiționată, detențiunea pe viață, închisoare, lege penală mai favorabilă, condițiile liberării condiționate.*

**1. Noțiuni introductive.** Liberarea condiționată a fost definită în literatura de specialitate ca fiind „o modalitate de individualizare a executării pedepsei privative de libertate constând în executarea acesteia în regim de libertate din momentul în care sunt îndeplinite condițiile legale”<sup>1</sup>.

---

\* avramlorenaa@yahoo.com.

<sup>1</sup> F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală. Curs universitar*, Editura Universul Juridic, București, 2018, vol. II, p. 576. Într-o altă opinie s-a susținut că „liberarea condiționată este cea mai frecventă formă de individualizare postcondamnatore a pedepsei închisorii, justificată de conduita bună a condamnatului în timpul

Noul Cod penal, intrat în vigoare la 1 februarie 2014, a reformat instituția liberării condiționate, aducând mai multe elemente de noutate. Astfel, sub aspectul conținutului reglementării, doctrina<sup>2</sup> a arătat că elementele de noutate privesc în principal unele modificări în privința condițiilor pe care trebuie să le îndeplinească cei condamnați la pedepse privative de libertate pentru a beneficia de liberarea anticipată, precum și prevederea prin lege a unor măsuri de supraveghere și obligații ce pot fi impuse condamnatului liberat condiționat pe durata termenului de supraveghere (10 ani în cazul detențiunii pe viață și un interval de timp cuprins între momentul liberării condamnatului și momentul în care se împlineste durata pedepsei, în cazul închisorii). De asemenea, un alt element de noutate introdus de noul Cod penal este posibilitatea anulării liberării condiționate.

Și în viziunea noului Cod penal, liberarea condiționată are un caracter general, putând fi acordată oricărui condamnat, în condițiile legii. De asemenea, aceasta are un caracter personal, fiind legată de personalitatea condamnatului, presupunând o analiză de specialitate a acesteia realizată de comisia specială din penitenciar anterior sesizării instanței, dar și un caracter judiciar, fiind dispusă doar de instanța de judecată, având, totodată, un caracter provizoriu, putând fi revocată până la momentul împlinirii duratei pedepsei<sup>3</sup>.

Liberarea condiționată rămâne o formă de individualizare a executării pedepsei *post judicium*, fără a fi o simplă individualizare administrativă<sup>4</sup>, deși cunoaște două faze procesuale distincte: una administrativă desfășurată în fața comisiei speciale din penitenciar și una judiciară, în fața instanței de judecată.

Curtea Constituțională<sup>5</sup>, statuând asupra excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 100 alin. (1) lit. a) teza a doua și alin. (3) fraza a doua teza a doua C. pen. a arătat: „Curtea constată că liberarea condiționată este o măsură de politică penală de mare importanță pentru realizarea scopului pedepsei închisorii, întrucât este concepută ca un stimulent pentru condamnații care dau dovezi de îndreptare și constă în reducerea perioadei de privare de libertate, fiind destinată să accelereze procesul de reeducare și de reinsertie socială a condamnatului. Liberarea condiționată este, totodată, un mijloc de individualizare administrativă a pedepsei, având în vedere că privește faza executării acesteia, iar instanța, deși liberă să aprecieze asupra temeiniciei și necesității acordării liberării condiționate, nu poate proceda la judecarea cererii de liberare condiționată fără să existe la dosarul cauzei procesul-verbal încheiat de comisia pentru liberare condiționată

---

executării pedepsei”. În acest sens, a se vedea V. Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 552.

<sup>2</sup> I. Molnar, *Liberarea condiționată* în G. Antoniu, T. Toader (coord.), *Explicațiile noului Cod penal*, Editura Universul Juridic, București, 2018, vol. II, p. 233.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Individualizarea administrativă, care este o formă de individualizare *post judicium*, derivă din necesitatea realizării efective a funcțiilor pedepsei, astfel încât pedeapsa să fie cât mai corect adaptată naturii personalității infractorului. În acest sens, F. Ciopec, *Individualizarea judiciară a pedepselor*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p. 27.

<sup>5</sup> Curtea Constituțională, Decizia nr. 99 din 28 februarie 2019, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 422 din 29 mai 2019.

și deci caracterizarea condamnatului și a comportării acestuia în timpul executării pedepsei. Curtea reține că liberarea condiționată nu reprezintă un drept recunoscut condamnatului de a nu executa toată pedeapsa, ci un instrument juridic prin care instanța de judecată constată că nu mai este necesară continuarea executării pedepsei în regim de detenție până la împlinirea integrală a duratei stabilite prin hotărârea definitivă de condamnare, întrucât condamnatul, prin conduita avută pe durata executării pedepsei, dovedește că a făcut progrese evidente în vederea reintegrării sociale, iar liberarea sa anticipată nu prezintă niciun pericol pentru colectivitate. Sub acest aspect, Curtea a statuat, în jurisprudența sa, că liberarea condiționată nu este un drept, ci doar o posibilitate care se aplică dacă sunt îndeplinite și constatate de către instanță condițiile legale, măsura constituind un stimulent important pentru reeducarea celui condamnat (Decizia nr. 238 din 21 mai 2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 417 din 10 iulie 2013).<sup>6</sup>

Actualul Cod penal a creat un regim juridic diferențiat între condițiile reglementate pentru liberarea condiționată în cazul detențiunii pe viață (art. 99) și cele pentru liberarea condiționată în cazul pedepsei închisorii (art. 100), procedura de judecată fiind reglementată însă în mod unitar de dispozițiile art. 587 C. pr. pen.

**2. Liberarea condiționată în cazul detențiunii pe viață.** În noua arhitectură legală a instituției liberării condiționate, condițiile liberării condiționate în cazul detențiunii pe viață sunt reglementate de dispozițiile art. 99 C. pen., spre deosebire de vechiul Cod penal care reglementa liberarea condiționată în cazul executării detențiunii pe viață în art. 55<sup>1</sup>, integrat în Secțiunea I. detențiunea pe viață din Capitolul III al Titlului III al Părții generale.

Detențiunea pe viață este o pedeapsă principală și reprezintă cea mai severă pedeapsă din legislația penală actuală, constând în lipsirea de libertate a condamnatului pentru restul vieții lui.

Conform dispozițiilor art. 56 C. pen., „detențiunea pe viață constă în privarea de libertate pe durată nedeterminată și se execută potrivit legii privind executarea pedepselor”. Pornind de la definiția legală antecitată, literatura de specialitate a susținut că detențiunea pe viață constă în privarea de libertate pe durată nedeterminată, existând însă posibilitatea înlocuirii pedepsei detențiunii pe viață (art. 58 C. pen.<sup>6</sup>), respectiv, posibilitatea liberării condiționate din executarea acestei pedepse (art. 99 C. pen.), ceea ce face ca durata ei nedeterminată să aibă doar un caracter teoretic<sup>7</sup>.

Acceptarea din punct de vedere legal a posibilității liberării condiționate a celui condamnat la o pedeapsă privativă de libertate perpetuă este o chestiune relativ

---

<sup>6</sup> În conformitate cu dispozițiile art. 58 C. pen., „în cazul în care cel condamnat la pedeapsa detențiunii pe viață a împlinit vârsta de 65 de ani în timpul executării pedepsei, pedeapsa detențiunii pe viață poate fi înlocuită cu pedeapsa închisorii pe timp de 30 de ani și pedeapsa interzicerii exercitării unor drepturi pe durata ei maximă, dacă a avut o bună conduită pe toată durata executării pedepsei, a îndeplinit integral obligațiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare, afară de cazul când dovedește că nu a avut nicio posibilitate să le îndeplinească, și a făcut progrese constante și evidente în vederea reintegrării sociale”.

<sup>7</sup> F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 292.

controversată în doctrină, soluțiile adoptate în dreptul pozitiv fiind și ele diferite. Astfel, o soluție reglementară care exclude posibilitatea liberării celui condamnat la detențiunea pe viață, pornind de la argumentul că acest gen de pedeapsă are o funcție de eliminare din societate a celui condamnat pentru o infracțiune de o gravitate excepțională care evidențiază o pericolozitate extremă a făptuitorului, este de neacceptat. Împotriva acestei susțineri s-a argumentat întemeiat că menținerea în dreptul pozitiv a unor pedepse nesuscetibile de reducere le face pe acestea incompatibile cu funcție de îndreptare și resocializare a celui condamnat<sup>8</sup>, care este reglementată de dispozițiile art. 10 par. 3 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice adoptat sub egida Organizației națiunilor Unite la 16 decembrie 1962<sup>9</sup>. Tot astfel, Recomandarea REC (2003) 22 a Comitetului de miniștri către statele membre cu privire la liberarea condiționată statuează la nivel de principiu că „pentru a reduce efectele dăunătoare ale închisorii și a promova reintegrarea deținuților conform condițiilor care urmăresc a garanta siguranța comunității din afară, legea trebuie să facă accesibilă liberarea condiționată pentru toți deținuții condamnați, inclusiv deținuții pe viață”.

În cazul detențiunii pe viață, liberarea condiționată poate fi acordată de către instanță dacă sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute în primul alineat: executarea efectivă a 20 de ani din pedeapsă, conduita bună în timpul acestei executări, executarea obligațiilor civile și existența convingerii instanței că persoana condamnată s-a îndreptat și se poate reintegra în societate.

Textul art. 99 alin. (2) C. pen. prevede *expressis verbis*: „Este obligatorie prezentarea motivelor de fapt ce au determinat acordarea liberării condiționate și atenționarea condamnatului asupra conduitei sale viitoare și a consecințelor la care se expune, dacă va mai comite infracțiuni sau nu va respecta măsurile de supraveghere ori dacă nu va executa obligațiile ce îi revin pe durata termenului de supraveghere”. Această cerință imperativă a textului citat vizând obligația ca hotărârea judecătorească prin care se acordă liberarea condiționată să conțină motivele concrete care au format convingerea instanței, precum și avertizarea condamnatului cu privire la comportamentul său viitor și la consecințele pe care le va suporta dacă va mai săvârși noi infracțiuni sau nu va respecta măsurile de supraveghere ori nu își va îndeplini obligațiile ce îi revin pe durata termenului de supraveghere nu este o condiție în sine a liberării condiționate, ci „un mijloc prin care se urmărește respectarea riguroasă a condițiilor propriu-zise prevăzute în primul alineat al textului de lege”<sup>10</sup>.

În lipsa unei dispoziții legale exprese, în literatura de specialitate s-a pus, de asemenea, problema aplicării aceluiași cerințe ale motivării hotărârii și în cazul respingerii cererii sau propunerii de liberare condiționată, apreciindu-se că în hotărâre judecătorească trebuie „să arate motivele pe care se fundamentează soluția și să recomande celui

<sup>8</sup> I. Molnar, *op. cit.*, p. 235-236.

<sup>9</sup> Art. 10 par. 3 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice dispune: „Regimul penitenciar va cuprinde un tratament al condamnaților având drept scop esențial îndreptarea lor și reclasarea lor socială”.

<sup>10</sup> I. Molnar, *op. cit.*, p. 240.



condamnat continuarea eforturilor de îndreptare care vor putea să stea la baza reiterării cererii de liberare condiționată, cu perspectiva unei soluții de admitere a acesteia”<sup>11</sup>.

Termenul de supraveghere în cazul liberării condamnatului care execută detențiunea pe viață a fost fixat de legiuitor în art. 99 alin. (3) C. pen. la 10 ani, care începe să curgă de la data liberării condiționate. Spre deosebire de termenul reglementat în cazul liberării condiționate din executarea pedepsei închisorii, prin raportare la intervalul cuprins între data liberării condiționate și data împlinirii duratei pedepsei, în ceea ce privește modalitatea de calcul a termenului de supraveghere în cazul liberării din executarea detențiunii pe viață, având în vedere caracterul perpetuu, nedeterminat al acesteia, legiuitorul a reglementat un termen fix de 10 ani.

O problemă de drept importantă în această materie este stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile. Astfel, așa cum rezultă dintr-o lectură comparativă a textelor art. 99 C. pen și a art. 55<sup>1</sup> C. pen. din 1969, unele dintre condițiile actuale ale liberării condiționate în cazul detențiunii pe viață sunt preluate din reglementarea anterioară, noua lege penală aducând mai multe elemente noi. *Prima facie*, este de observat că în actuala reglementare s-a acordat instanței de judecată o mai mare posibilitate de apreciere. Astfel, în vechea reglementare erau prestabilite criteriile de apreciere asupra conduitei persoanei condamnate (textul art. 55<sup>1</sup> C. pen. din 1969 prevedea: „Cel condamnat la pedeapsa detențiunii pe viață poate fi liberat condiționat după executarea efectivă a 20 de ani de detențiune, dacă este stăruitor în muncă, disciplinat și dă dovezi temeinice de îndreptare, ținându-se seama și de antecedentele sale penale”), câtă vreme în textul art. 99 alin. (1) lit. d) C. pen. se pune doar condiția ca instanța să aibă „convingerea că persoana condamnată s-a îndreptat și se poate reintegra în societate”. Noua lege penală nu a mai limitat criteriile pe care judecătorul le poate aplica pentru a-și forma convingerea.

O altă deosebire esențială între cele două reglementări rezultă din faptul că legiuitorul a renunțat la prevederea unor condiții mai favorabile pentru condamnații la detențiunea pe viață care au împlinit o vârstă mai înaintată și nici nu se mai face vreo distincție între bărbați și femei din această perspectivă<sup>12</sup>, nemaifiind menținut un regim juridic diferențiat configurat după aceste criterii.

În al treilea rând, noul Cod penal a introdus o condiție suplimentară pentru acordarea liberării condiționate legată de îndeplinirea integrală a obligațiilor civile în art. 99 alin. (1) lit. c).

În al patrulea rând, dacă în Codul penal din 1969 persoana liberată condiționat avea doar obligația ca, pe durata termenului de încercare de 10 ani, să nu săvârșească o nouă infracțiune, noul Cod penal a reglementat o procedură de control al condamnatului pe parcursul acestui termen, instituind un sistem complex de măsuri de supraveghere și de obligații prevăzute de art. 101, în această procedură serviciul de probațiune având rolul central.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Art. 55<sup>1</sup> alin. (2) C. pen. din 1969 prevedea: „Condamnatul trecut de vârsta de 60 de ani pentru bărbați și de 55 de ani pentru femei poate fi liberat condiționat după executarea efectivă a 15 ani de detențiune, dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții prevăzute în alin. (1)”.

Prin raportare la noul sistem normativ al liberării condiționate în cazul detențiunii pe viață, care a instituit o serie de măsuri care înăspresc regimul acesteia, legea penală mai favorabilă este legea veche, astfel că, în cazul condamnaților care au început executarea acestei pedepse sub Codul penal din 1969, această lege li se va aplica<sup>13</sup>.

**3. Liberarea condiționată în cazul pedepsei închisorii mai mari de 10 ani.** Noul Cod penal a creat, de asemenea, un regim derogator în cazul liberării condiționate din executarea unei pedepsei mai mari de 10 ani de închisoare, deși art. 100 reglementează în mod unitar condițiile liberării condiționate în cazul pedepsei închisorii, fără ca legiuitorul să se raporteze la infracțiuni pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de 10 ani<sup>14</sup>, raportându-se doar la pedeapsa aplicată, pusă în executare.

Așa cum reiese din lectura dispozițiilor art. 100 C. pen., în cazul pedepsei închisorii, liberarea condiționată poate fi acordată de către instanță dacă sunt îndeplinite cumulativ patru condiții<sup>15</sup>.

Legiuitorul a impus două condiții care creează un regim diferit pentru condamnații care execută o pedeapsă mai mare de 10 ani, și anume: cea de la litera a) a art. 100 alin. (1) C. pen., cu implicațiile induse de legiuitor cu privire la aceasta în alin. (2) și (3) ale aceluiași articol și cea de la lit. b) a alin. (1) din același text normativ.

Astfel, această primă condiție vizează cerința ca persoana condamnată fi executat cel puțin două treimi din durata pedepsei, în cazul în care pedeapsa nu depășește 10 ani, sau cel puțin trei pătrimi, dar nu mai mult de 20 de ani, dacă pedeapsa depășește 10 ani,

---

<sup>13</sup> S. Rădulețu, *Pedepsele*, în T. Toader, M.-I. Michinici, A. Crișu-Ciocîntă, M. Dunea, R. Răducanu, S. Rădulețu, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 191-192.

<sup>14</sup> Actualul Cod penal prevede pedeapsa închisorii de 10 ani sau mai mare pentru următoarele infracțiuni: art. 189 omorul calificat; art. 191 determinarea sau înlesnirea sinuciderii; art. 194 vătămarea corporală; art. 195 lovirile sau vătămările cauzatoare de moarte; art. 201 întreruperea cursului sarcinii; art. 205 lipsirea de libertate în mod ilegal; art. 210 traficul de persoane; art. 211 traficul de minori; art. 218 violul; art. 219 agresiunea sexuală; art. 220 act sexual cu un minor; art. 229 furtul calificat; art. 234 tâlhăria calificată; art. 236 tâlhăria sau pirateria urmată de moartea victimei; art. 254 distrugerea calificată; art. 225 distrugerea din culpă; art. 282 tortura; art. 283 represiunea nedreaptă; art. 286 înlesnirea evadării; art. 289 luarea de mită; art. 310 falsificarea de monede; art. 311 falsificarea de titlu de credit sau de instrumente de plată; art. 329 neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă; art. 331 părăsirea postului și prezența la serviciu sun influența alcoolului sau a altor substanțe; art. 332 distrugerea sau semnalizarea falsă; art. 345 nerespectarea regimului materialelor nucleare sau al altor materii radioactive; art. 346 nerespectarea regimului materialelor explozive; art. 354 transmiterea sindromului imunodeficient dobândit (SIDA); art. 438 genocidul; art. 439 infracțiuni contra umanității; art. 440 infracțiuni de război contra persoanelor; 442 infracțiuni de război contra operațiunilor umanitare sau emblemelor; art. 443 utilizarea de metode interzise în operațiunile de luptă; art. 444 utilizarea de mijloace interzise în operațiunile de luptă.

<sup>15</sup> Art. 100 alin. (1) C. pen. dispune: „Liberarea condiționată în cazul închisorii poate fi dispusă, dacă: a) cel condamnat a executat cel puțin două treimi din durata pedepsei, în cazul închisorii care nu depășește 10 ani, sau cel puțin trei pătrimi din durata pedepsei, dar nu mai mult de 20 de ani, în cazul închisorii mai mari de 10 ani; b) cel condamnat se află în executarea pedepsei în regim semideschis sau deschis; c) cel condamnat a îndeplinit integral obligațiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare, afară de cazul când dovedește că nu a avut nicio posibilitate să le îndeplinească; d) instanța are convingerea că persoana condamnată s-a îndreptat și se poate reintegra în societate”.

legiuitorul prevăzând o derogare în cazul condamnatului care a împlinit vârsta de 60 de ani, fracțiile minime din pedeapsă care trebuie executate fiind reduse, după cum urmează: jumătate din durata pedepsei, dacă aceasta nu depășește 10 ani, și două treimi, dacă pedeapsa depășește 10 ani<sup>16</sup>.

O situație particulară apare în situația condamnaților care execută o pedeapsă cu închisoarea de 30 de ani (maximul general în sistemul nostru penal). În această problemă s-a pronunțat și Curtea Constituțională prin Decizia nr. 99 din 28 februarie 2019. Analizând excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 100 alin. (1) lit. a) teza a doua și alin. (3) fraza a doua teza a doua din Codul penal, instanța de contencios constituțional a statuat: „Curtea constată că, în temeiul dispozițiilor art. 100 alin. (3) fraza a doua teza a doua din Codul penal, liberarea condiționată nu poate fi dispusă înainte de executarea efectivă a cel puțin două treimi din durata pedepsei închisorii, când aceasta este mai mare de 10 ani, ceea ce - în cazul unei pedepse cu închisoarea de 30 de ani - înseamnă 20 de ani, care este chiar limita maximă stabilită, prin prevederile art. 100 alin. (1) lit. a) teza a doua din Codul penal, cu privire la partea din pedeapsa închisorii mai mare de 10 ani ce se cere a fi executată în vederea liberării condiționate. Curtea observă că, în absența introducerii, în cuprinsul dispozițiilor art. 100 alin. (1) lit. a) teza a doua din Codul penal, a acestei limite maxime de 20 de ani, liberarea condiționată în cazul pedepsei închisorii de 30 de ani ar fi putut fi dispusă doar dacă cel condamnat ar fi executat cel puțin trei pătrimi din durata pedepsei, ceea ce ar fi însemnat 22 ani și 6 luni”.

Pornind de la această constatare, Curtea Constituțională a mai reținut: „Limitarea, prin prevederile art. 100 alin. (1) lit. a) teza a doua din Codul penal, la 20 de ani a duratei din pedeapsă pe care persoana condamnată la pedeapsa închisorii mai mare de 10 ani trebuie să o execute se justifică în mod obiectiv și rezonabil, în respectul principiului egalității cetățenilor în fața legii, pentru evitarea unor situații în care cel condamnat la pedeapsa închisorii ar trebui să execute, pentru a beneficia de liberarea condiționată, o perioadă de detenție mai mare decât cea care este cerută de lege în cazul liberării condiționate din executarea pedepsei cu detențiunea pe viață”.

Totodată, Curtea a constatat că „este atributul exclusiv al legiuitorului să stabilească în ce condiții poate fi acordată liberarea condiționată și mijloacele de stimulare a condamnaților în vederea îndeplinirii scopurilor pedepsei, liberarea condiționată nefiind un drept al acestora, ci doar o vocație pe care o au, prin voința legiuitorului”.

Textele mai sus arătate au mai fost criticate pentru faptul că persoana condamnată care execută o pedeapsă cu închisoarea de 30 de ani pentru a putea fi liberată condiționat trebuie să execute efectiv 20 de ani, perioadă care este egală cu cea prevăzută de dispozițiile art. 99 alin. (1) lit. a) din Codul penal drept condiție pentru liberarea condiționată în cazul detențiunii pe viață. Curtea, prin decizia mai înainte citată, a apreciat

---

<sup>16</sup> Textul art. 100 alin. (2) C. pen. prevede că aceste fracții trebuie să se raporteze la pedeapsa efectiv executată. În literatura de specialitate s-a apreciat că „deși în situația condamnatului care a împlinit vârsta de 60 de ani alin. (2) prevede condiția executării „efective” a fracțiilor menționate, apreciem că aceasta este o eroare de redactare. Altfel, ar fi contrazisă întreaga logică internă a textului analizat, în special prevederile alin. (4)”. S. Rădulețu, *op. cit.*, p. 193.

că această chestiune nu are relevanță constituțională, nefiind adusă vreo atingere principiului egalității în drepturi, consacrat de prevederile art. 16 din Constituție. Tot astfel s-a mai apreciat că faptul că munca prestată de către persoana condamnată la o pedeapsă cu închisoarea de 30 de ani nu produce efecte cu privire la calculul fracțiunii de pedeapsă - cerute de lege în vederea acordării liberării condiționate - nu este de natură a aduce atingere principiului constituțional al egalității în drepturi. Instanța investită cu soluționarea cererii sau a propunerii de liberare condiționată poate, însă, ține seama de munca prestată de către respectiva persoană condamnată în ceea ce privește formarea convingerii că aceasta s-a îndreptat și se poate reintegra în societate.

În ceea ce privește cea de-a doua condiție, aceasta impune ca persoana condamnată, indiferent de vârstă, să se afle în executarea pedepsei în regim deschis sau semideschis, ceea ce presupune că pe parcursul executării fracției din pedeapsă acesta a avut o conduită bună și a făcut eforturi serioase de reintegrare socială.

Așa cum a arătat doctrina<sup>17</sup>, conduita infractorului după comiterea faptei este relevantă sub două aspecte: în raport cu litigiul penal născut în urma comiterii infracțiunii și în raport cu persoana vătămată. În ceea ce privește primul aspect este important să se aibă în vedere dacă infractorul și-a recunoscut sau nu vinovăția, dacă s-a predat voluntar autorităților sau dimpotrivă dacă a încercat să se sustragă procesului penal, dacă a adoptat o atitudine de indiferență sau sfidare sau a colaborat cu organele judiciare, dacă a ajutat la descoperirea și urmărirea participanților sau a preferat respectarea codului tăcerii etc. În egală măsură se cuvine a fi conturată relația făptuitorului cu victima, atât sub aspectul empatiei cu suferințele acesteia, cât și sub aspectul reparării prejudiciului. Toate împrejurările de mai sus sunt doar câteva exemple legate de modelarea *post delictum* a conduitei infractorului.

Stabilirea gradului de pericol social al persoanei nu se face izolat de conduita infracțională, ci în legătură cu aceasta. Această abordare interdependentă exclude ipoteza decelării unei pericolozități reduse a infractorului în condițiile comiterii unei infracțiuni de gravitate deosebită sau invers a stabilirii unui pericol social ridicat al infractorului, neconfirmat de conduita sa exterioară și dedus exclusiv pe baza unei predispoziții particulare a acestuia.

Legat de problema stabilirii legii penale mai favorabile, în literatura de specialitate<sup>18</sup> s-a susținut că unele dintre condițiile liberării condiționate în cazul închisorii sunt preluate din reglementarea anterioară, și anume din art. 59 și art. 60 C. pen. din 1969, însă noua lege a introdus o serie de elemente noi. Astfel, pe lângă faptul că instanța de judecată competentă să dispună asupra liberării condiționate are o mai mare marjă de apreciere, așa cum am arătat și mai sus, nu se mai fac deosebiri între bărbați și femei în ceea ce privește vârsta de la care beneficiază de un regim mai blând al liberării condiționate, ambele categorii de condamnați beneficiind în prezent de un astfel de regim de la vârsta de 60 de ani. De asemenea, a fost introdusă condiția suplimentară a îndeplinirii integrale a

<sup>17</sup> F. Ciopec, *op. cit.*, p. 247.

<sup>18</sup> S. Rădulețu, *op. cit.*, p. 193-194.

obligațiilor civile, precum și un întreg sistem de control al condamnatului în timpul termenului de încercare. O altă noutate adusă de noul Cod penal constă în renunțarea la distincția dintre infracțiunile săvârșite cu intenție și cele săvârșite din culpă, în prezent pentru toate pedepsele cu închisoarea, indiferent de tipul infracțiunii pentru care au fost aplicate, fiind stabilit un regim unic de liberare condiționată.

Astfel cum reiese și din cele mai sus prezentate, în noua reglementare a fost introdusă ca o condiție suplimentară cerința ca în momentul acordării liberării persoana condamnată să fie în executarea pedepsei în regim semideschis sau deschis.

Toate aceste elemente conduc la concluzia că, în ceea ce privește regimul liberării condiționate în cazul închisorii, legea penală mai favorabilă este tot legea veche.

**4. Concluzii.** Instituția liberării condiționate a fost parțial reconfigurată în noul Cod penal, fiind luate în considerare și elemente care țin de conduita *post delictum* în relație cu parte civilă din procesul penal, fiind reduse criteriile de discriminare între condamnați, mai ales cele pe criterii de gen, fiind menținut un singur astfel de criteriu, cel al vârstei. De asemenea, renunțarea la dihotomia instituției în funcție de forma de vinovăție cu care a fost comisă fapta (culpă – intenție) este un aspect pozitiv, un astfel de criteriu nemai-putând fi reevaluat în faza finală a executării pedepsei, fiind valorizat în mod definitiv în faza judecării fondului.

# Aplicarea sancțiunii „avertismentului” în legislația contravențională a Republicii Moldova și a României

## Application of the sanction of „warning” in the contraventional legislation of Republic of Moldova and Romania

Conf. univ. dr. **Oleg PANTEA\***  
Universitatea de Stat din Moldova  
Facultatea de Drept

### Abstract

*The published material reveals clear information about the application by the state authorities of the contravention sanction – the contravention warning, as the main punishment, approached through the law of the Republic of Moldova and Romania – comparative aspect. The proposed study highlights the particularities and conditions of applying the warning, considering the degree of social danger of the committed crime, the circumstances in which the deed was committed and the personal circumstances of the offender. At the same time, important issues regarding the form of the contravention warning were addressed. An important section of the paper was dedicated to contravention subjects that can be sanctioned with warning.*

**Keywords:** *contravention; contravention warning; contravention sanction; individuals; official examiner; protocol.*

### Rezumat

*Materialul publicat relevă informații deslușite despre aplicarea de către autoritățile împuternicite ale statului a sancțiunii contravenționale – avertismentul contravențional, în calitate de pedeapsă principală, abordată prin prisma legislației Republicii Moldova și a României - aspect comparativ. Studiul propus scoate în evidență particularitățile și condițiile aplicării avertismentului, având în vedere gradul de pericol social al faptei săvârșite, împrejurările în care a fost săvârșită fapta și circumstanțele personale ale contravenientului. Totodată, au fost abordate importante aspecte referitoare la forma avertismentului contravențional. Un compartiment important al lucrării a fost dedicat subiecților contravenienți care pot fi sancționați cu avertisment.*

**Cuvinte-cheie:** *contravenție, avertisment contravențional, sancțiune contravențională, persoane fizice, agent constator, proces-verbal.*

Aplicarea sancțiunii contravenționale față de făptuitor este considerată cea de-a doua fază în cadrul procesului contravențional. În lipsa ei, procesul-verbal cu privire la

---

\* panteaoleg@gmail.com.

constatarea faptei contravenționale nu produce nici un efect juridic față de contravenient. Ce înseamnă aplicarea de sancțiuni? Sancțiunile reprezintă efectele de ordin represiv ale statului în raport cu persoanele care au încălcat norme juridice stabilite. Iar, sancțiunile contravenționale sunt o categorie aparte a sancțiunilor juridice, care se aplică pentru comiterea abaterilor contravenționale – contravenții. Există sancțiuni contravenționale principale și sancțiuni contravenționale complementare. Ceea ce interesează materia supusă cercetării noastre este sancțiunea principală a *avertismentului*, în reglementarea legislației contravenționale a Republicii Moldova și a României, aspecte de drept comparat.

Legea cadru în materie contravențională în Republica Moldova și România, care stabilește sancțiunea *avertismentul* este art. 33, Codul contravențional al Republicii Moldova și, respectiv, art. 7, Ordonanța Guvernului României nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor.

Astfel, art. 33 alin. (1) Codul contravențional prevede că, „avertismentul constă în atenționarea contravenientului asupra pericolului faptei săvârșite și în recomandarea de a respecta pe viitor dispozițiile legale”<sup>1</sup>. Totodată, art. 7 din Ordonanța Guvernului nr. 2 stabilește că, „avertismentul constă în atenționarea verbală sau scrisă a contravenientului asupra pericolului social al faptei săvârșite, însoțită de recomandarea de a respecta dispozițiile legale”<sup>2</sup>. Din conținutul prevederilor supra constatăm că ambele norme sunt clădite pe baza aceluiași elemente de structură:

- este mai mult o măsură de atenționare a persoanei asupra pericolului faptei comise;
- este o recomandare de a respecta dispozițiile legale;
- este destinată prevenirii săvârșirii contravențiilor pe viitor.

Singura diferență se referă la forma aplicării avertismentului, aspect esențial pentru organul împuternicit să aplice sancțiunile. La toate acestea elemente ne vom referi în continuare.

Avertismentul este considerată cea mai ușoară sancțiune contravențională, prima treaptă de sancționare pe scara sancțiunilor contravenționale, fiind considerată ca sancțiune morală. Efectul juridic, la fel, este asemenea unei sancțiuni morale.

Dincolo de valoarea sa aplicativă incontestabilă, în practică, însă, s-a constatat că agenții constatori abuzează prin aplicarea de amenzi contravenționale chiar și celor mai neînsemnate contravenții<sup>3</sup>, cu toate că ar fi mai indicat să uzeze mai mult de altă sancțiunea contravențională, după părerea mai multor autori. S-a constatat o exigență sporită în ceea ce privește aplicarea sancțiunilor contravenționale și se merge chiar spre limita maximă a amenzilor nicidecum spre aplicarea avertismentului. De aceea, se impune ca organele competente să înțeleagă că orice sancțiune juridică, inclusiv cea

---

<sup>1</sup> Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 3-6 din 16 ianuarie 2009, republicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 78-84 din 17 martie 2017.

<sup>2</sup> Ordonanța Guvernului României nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 410 din 25 iulie 2001, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>3</sup> A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ. Vol. II*. Editura All Beck, București, 2002, p. 409.

contravențională, nu reprezintă un scop în sine, ci un mijloc de reglare a raporturilor sociale, de formare a unui spirit de responsabilitate, iar pentru aceasta nu este nevoie ca în toate cazurile să se aplice sancțiunea amenzii<sup>4</sup>. Sancțiunile juridice au efect atât punitiv, represiv, cât și de prevenire.

Un element important, după cum am mai menționat supra, ce face diferența între legislația contravențională a Republicii Moldova și a României, este *forma* sancțiunii avertismentului. În Republica Moldova acesta se aplică doar în forma scrisă, pe când în România legiuitorul prevede și forma verbală (orală). Legiuitorul a prevăzut ca autoritatea competentă să aplice avertismentul anume în formă scrisă pentru a duce o evidență a conduitei de mai departe a contravenientului, dacă pe viitor el respectă sau nu respectă dispozițiile legale. În formă verbală ar fi mai dificil să se țină cont de toate persoanele avertizate pentru comiterea contravențiilor. Cu toate acestea, considerăm necesară și aplicarea formei verbale de avertisment, pentru a face mai ușoară și mai eficientă munca agenților constatați, având în vedere numărul mare de contravenții care se comit. Există fapte, contravenții mărunte, care nu generează nici un fel de pericol social și pentru care nu este necesar de încheiat procese-verbale de constatare, fiind suficient o simplă avertizare verbală a făptuitorului. Astfel, ar fi binevenit de inclus în legea din Republica Moldova și forma verbală a avertismentului pentru astfel de categorii de fapte.

În același context, nu putem trece cu vederea că aplicarea avertismentului în formă verbală ar putea duce la unele situații extrem de problematice cu referire la executarea sancțiunii. În ipoteza în care agentul constatare execută verbal sancțiunea avertismentului, iar ulterior persoana sancționată atacă actul de sancționare (poate fi admisă și o asemenea situație), respectiv instanța dispune ulterior anularea procesului-verbal, atunci reiese că persoana a executat de fapt ilicit o sancțiune contravențională.

În ambele forme avertismentul are un pronunțat caracter educativ, dând posibilitatea celui care a săvârșit o abatere contravențională să se îndrepte și să nu mai săvârșească o nouă abatere a legii. În România, avertismentul se adresează verbal de către agentul constatare ori de câte ori contravenientul este prezent la constatarea faptei, dar chiar și în această situație, deși prezent la constatarea contravenției, făptuitorul poate primi avertisment scris. Forma scrisă este prevăzută de lege. Avertismentul se aplică în mod obligatoriu în scris în următoarele cazuri:

- actul normativ prin care se stabilește contravenția respectivă prevede în mod expres obligativitatea formei scrise;
- contravenientul nu este de față;
- au fost produse pagube prin săvârșirea contravenției, în acest caz se va menționa și despăgubirea civilă pe baza modelului de evaluare anexat la actul normativ;
- în urma săvârșirii contravenției există bunuri supuse confiscării.

Bunurile sunt descrise în mod detaliat, menționându-se, totodată, și ce măsuri au fost luate în legătură cu acele bunuri, cui au fost predate și pe ce bază. Exemplu în acest sens îl

---

<sup>4</sup> M. Secula, *Procedura contravențională – suport de curs*. Tipografia Universității Titu Maiorescu din București, Facultatea de Drept Tg. Jiu, 2002, p. 16.



regăsim în cazul unei tamponări ușoare a autovehiculului, când se încheie proces-verbal chiar dacă se aplică sancțiunea avertismentului, acest lucru fiind necesar pentru formalitățile ce se vor încheia la organul de asigurări, precum și la service-ul auto. Ca orice sancțiune juridică, avertismentul reprezintă un mijloc de reglare a raporturilor sociale, de formare a unui spirit de responsabilitate, iar pentru acest lucru nu este necesar ca în toate cazurile să se aplice sancțiunea amenzii<sup>5</sup>.

Deci, *avertismentul verbal* constă în atenționarea verbală a făptuitorului asupra pericolului social al faptei săvârșite, însoțită de recomandarea de a respecta prevederile legale; *avertismentul scris* se aplică prin identificarea contravenției și sancționarea acesteia prin procesul-verbal.

În literatura de specialitate se consideră că în perspectiva unor îmbunătățiri a regimului juridic al contravențiilor, avertismentul trebuie reconsiderat în ce privește valoarea sa de sancțiune contravențională. Ideea care stă la baza acestei cerințe se referă la necesitatea de a face din avertisment o sancțiune eficace, aplicarea lui urmând să se facă în mod egal în situații obiectiv egale și asigurându-se condiții pentru evaluarea efectului pe care l-a produs. Sub un aspect se poate susține că avertismentul ar putea fi o sancțiune prevăzută în toate cazurile pentru contravențiile de o anumită gravitate, săvârșite pentru prima dată. În măsura în care această idee ar fi acceptată, realizarea ei implică două consecințe: în primul rând, contravențiile ar trebui reglementate în cel puțin două categorii sau clase sau grade în funcție de gravitatea lor, avertismentul urmând a fi aplicabil contravențiilor mai puțin grave; în al doilea rând pentru a putea fi aplicat contravenientului primar se impune inițierea unui sistem de evidență a persoanelor cărora li s-au aplicat sancțiuni contravenționale. În foarte multe cazuri este de presupus că avertismentul își va putea atinge scopul atrăgând atenția contravenientului asupra necesității observării mai atente a dispozițiilor legii și orientării comportamentului său în acord cu imperativele acestora<sup>6</sup>. În jurisprudență uneori s-a considerat că se impune sancționarea cu avertisment, ținându-se seama de vârsta înaintată a contravenientului, minoritatea acestuia, starea mintală a lui, faptul că are în întreținere mai multe persoane, pericolul social al faptei, împrejurările în care aceasta a fost săvârșită<sup>7</sup>.

În ceea ce privește *subiecții* sancțiunii avertismentul, în Republica Moldova acesta poate fi aplicat doar persoanelor fizice, pe când în România acesta se poate aplica oricărui contravenient, persoana fizică sau juridică (art. 6 din Ordonanța Guvernului nr. 2). Este și firesc ca avertismentul să poată fi aplicat persoanelor juridice, în măsura în care acestea se fac culpabile de comiterea unor fapte mărunte, pentru care nu este nevoie aplicarea unor sancțiuni juridice mai severe. În context, considerăm că Codul contravențional trebuie completat la art. 32 alin. (5) cu mențiunea „Sancțiunile care pot fi aplicate persoanelor juridice sunt avertismentul...”.

Avertismentul se poate aplica în cazul în care actul normativ de stabilire și de sancționare a contravenției prevede această sancțiune. Este regula generală aplicabilă în

---

<sup>5</sup> M. Preda, *Drept administrativ-Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, 2002, p. 310.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> A. Țiclea, *Reglementarea contravențiilor*, ed. a IV-a, Editura Lumina Lex, București, 2006, p. 39.

ambele state. Însă, în art. 7 alin. (3) din Ordonanța Guvernului nr. 2, prevede excepție de la regula generală, în care „avertismentul se poate aplica și în cazul în care actul normativ de stabilire și sancționare a contravenției nu prevede această sancțiune”<sup>8</sup>. Ar fi, de exemplu, cazul nedepunerii în termen a declarațiilor fiscale, când nici Codul fiscal român și nici Codul de procedură fiscală nu prevăd sancțiunea cu avertismentul. Dispoziția citată lasă un câmp larg de apreciere organelor competente să aplice sancțiunea, care vor putea să decidă dacă este cazul ori nu să substituie avertismentul amenzii. Aprecierea se face ținând seama de persoana contravenientului, de comportarea sa anterioară, de atitudinea acestuia față de faptă, de angajamentul că pe viitor nu o va mai repeta, de împrejurările în care a fost comisă contravenția, de urmările ei etc. Prin însăși natura și scopul său educativ, avertismentul se adresează oral contravenientului la constatarea faptei<sup>9</sup>. Avertismentul poate fi aplicat și dacă actul normativ special nu prevede această posibilitate. Cu toate acestea, pot fi întâlnite și decizii greșite prin care se apreciază, eronat, că instanța nu poate aplica avertismentul, dacă acesta nu este prevăzut în actul normativ special<sup>10</sup>.

În cazul în care prin actul normativ de stabilire și sancționare a contravențiilor nu se prevede altfel, agentul constatator, prin procesul-verbal de constatare, aplică și sancțiunea. Dacă, potrivit actului normativ de stabilire și sancționare a contravenției, agentul constatator nu are dreptul să aplice și sancțiunea, procesul-verbal de constatare se trimite de îndată organului sau persoanei competente să aplice sancțiunea. Sancțiunea se aplică în limitele prevăzute de actul normativ și trebuie să fie proporțională cu gradul de pericol social al faptei săvârșite, ținându-se seama de împrejurările în care a fost săvârșită fapta, de modul și mijloacele de săvârșire a acesteia, de scopul urmărit, de urmarea produsă, precum și de circumstanțele personale ale contravenientului și de celelalte date înscrise în procesul-verbal.

În Republica Moldova, potrivit art. 33 Codul contravențional alin. (3), „Sancțiunea avertismentului, prevăzută la art. 198 alin. (3), (4) (Încălcarea regulilor de securitate în transportul feroviar), art. 247 alin. (1) (Nerespectarea condițiilor de autorizare generală), art. 249 alin. (1) (Nerespectarea condițiilor prevăzute în licențele de utilizare a canalelor, a frecvențelor radio, a resurselor de numerotare), art. 250 alin. (1) (Nerespectarea reglementărilor și a normelor tehnice din domeniul comunicațiilor electronice, poștale și al tehnologiei informației), art. 251 alin. (4), (5) (Încălcarea normelor de emisie electromagnetică și de perturbații industriale admisibile pentru radiorecepție, împiedicarea recepționării programelor audiovizuale sau a funcționării echipamentelor și rețelelor de comunicații electronice), art. 319, (Neexecutarea obligațiilor prevăzute de Codul de executare), art. 366 alin. (1) (Neîndeplinirea îndatoririlor privind evidența militară), se aplică de către agentul constatator, fără remiterea cauzei contravenționale în instanța de judecată”.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> A. Țiclea, I. Tărăcilă, St. Niță, C. Rujiu, M. Corbu, *Răspunderea contravențională*, Editura Atlas Lex, București, 1996, p. 34.

<sup>10</sup> M. Ursuța, *Procedura contravențională română poate fi considerată ca aparținând noțiunii de materie penală din perspectiva Curții Europene a Drepturilor Omului?*, în *Curierul judiciar* nr. 2/2008, p. 181.

La aplicarea sancțiunii, organul împuternicit să soluționeze cauza contravențională va ține cont de principiul individualizării răspunderii și sancțiunii. Agentul constatator va opera atât cu criteriile de ordin obiectiv (determinarea concretă a pericolului social al contravenției, faptul că aceeași contravenție în raport de contextul în care a fost săvârșită, poate determina repercusiuni grave sau mai puțin grave pentru societate) cât și cu criteriile subiective (persoana făptuitorului, regretul pe care îl manifestă față de fapta comisă, angajamentul acestuia că nu va mai comite în viitor fapte de natura celei săvârșite).

În fine, sancțiunea contravențională nu constituie un scop în sine, ci o pârgă de protejare a relațiilor sociale și de formare a unui spirit de responsabilitate în persoana făptuitorului. Este, ca natură, o sancțiune pur morală aplicabilă unor contravenții cu un grad de pericol social redus, iar contravențiile au o pericolozitate scăzută. În lucrarea sa „Răspunderea contravențională”, autorul român Daniel Severin scrie cu mare dreptate că „avertismentul constă în dojenirea, dezaprobarea făptuitorului pentru ceea ce a săvârșit, arătarea pericolului social al faptei comise, a urmărilor provocate, sfătuirea contravenientului să se îndrepte, să aibă conduită mai bună<sup>11</sup>. Avertismentul mai constă în atragerea atenției acestuia că, dacă pe viitor va mai săvârși o altă contravenție, i se va aplica o sancțiune. El are un rol deosebit la formarea spiritului de responsabilitate și creează o platformă pentru o armonie în relațiile sociale.

---

<sup>11</sup> D. Severin, *Răspunderea contravențională. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 159.

# Participarea la alegerile pentru Parlamentul European sau despre prima obligație ce îi revine unui cetățean european

## Democratic participation in the European Parliament elections – the duty of each european citizen

**Drd. Teodora Elena ZALDEA\***

Universitatea Liberă Internațională din Moldova

Facultatea de Drept

Școala doctorală de Științe Juridice

### Abstract

*The elections for the European Parliament held between 23<sup>rd</sup> to 26<sup>th</sup> of May 2019, give us the opportunity to identify, in this study, the causes of the lack of interest shown by the European citizens regarding the European elections, that are often considered as simple national choices for the European legislative without visible results.*

*For this, the first section of this study analyzes all the technical issues related to the organization of the European elections. The second section brings to the fore the need of informing and consulting the citizens. The last section comes once again to note that European voters continue to remain deeply attached to the meaning of nation as a community of citizens which elect and delegates to make laws and conduct the government, failing to give meaning to the vote they gave to the candidates who will then be lost among other 700 people.*

*On the other hand, we will discover, under the influence of the specialized literature, a series of proposals to reform the European elections, such as: the measure introduced by the Lisbon Treaty - the election of the President of the European Commission taking into account the results of the elections of the European Parliament or Duff Andrew's initiative to amend the rules governing the European elections, where European voters should give two votes: one for the national or regional list and the second one for the transnational European list.*

*The conclusion of such analysis is simple and not at all surprising: the citizens should perceive the vote not only as a civic duty, but as the change generating tool at its fingertips, that once exerted can give them some personal and collective benefits that can influence their day-to-day existence.*

**Keywords:** *vote; European elections; European citizens; participation; information; consultation; second order election; participatory democracy; representative democracy.*

---

\* teodora.zaldea@yahoo.com.

**Rezumat**

*Alegerile pentru Parlamentul European, desfășurate în perioada 23-26 mai 2019, ne obligă la realizarea acestui studiu ce nu se vrea exhaustiv, ci mai degrabă calibrat pe identificarea cauzelor dezinteresului afișat de cetățenii europeni vis a vis de alegerile europene, considerate simple alegeri naționale pentru legislativul european, lipsite de rezultate vizibile și tangibile. Pentru aceasta, prima secțiune a prezentului studiu analizează toate acele aspecte de ordin tehnic ce țin de organizarea și desfășurarea alegerilor europene, pentru ca apoi secțiunea a doua să aducă în prim plan necesitatea informării, respectiv consultării politice a cetățenilor.*

*Ultima secțiune a prezentei analize vine să constate o dată în plus faptul că electorii europeni continuă să rămână profund atașați națiunii și cadrului de exercitare a reprezentării politice naționale, nereușind să ofere un sens votului pe care sunt nevoiți să-l ofere unor candidați ce apoi se „pierd” într-un corp de peste 700 de persoane.*

*Pe de altă parte, vom descoperi, punând sub lupa analizei literatura de specialitate dedicată fenomenului electoral european o serie de propuneri de reformare a alegerilor europene, precum măsura introdusă prin Tratatul de la Lisabona menită să dea un „nou suflu” și o mai mare importanță votului european – alegerea președintelui Comisiei Europene ținându-se cont de rezultatele alegerilor pentru Parlamentul European sau inițiativa lui Duff Andrew de modificare a regulilor de organizare a alegerilor europene, unde electorii europeni ar trebui să acorde două voturi: unul pentru alegerile desfășurate pe lista națională ori regională, iar cel de al doilea pentru lista transnațională europeană.*

*Concluzia unei astfel de analize este una simplă și deloc surprinzătoare: cetățenii au nevoie a percepe votul nu doar ca pe o datorie civică, ci ca pe acel instrument generator de schimbare aflat la îndemâna sa, drept ce o dată exercitat le poate conferi unele beneficii personale și colective ce le pot influența existența cotidiană.*

**Cuvinte-cheie:** *alegeri europene, vot, cetățeni europeni, consultare publică, participare, informare, alegeri de ordin secund, democrație participativă, democrație reprezentativă*

### **1. O privire generală asupra organizării și desfășurării alegerilor europarlamentare**

Dintr-un început, studiul pe care îl propunem în paginile următoare, își găsește „necesitatea în rezultatele sondajelor de opinie realizate la nivelul fiecărui stat membru al Uniunii Europene, acolo unde cetățenii privesc spre instituțiile europene ca înspre un club al unei elite politice transnaționale, de cele mai multe ori departe de interesele și dorințele lor”<sup>1</sup>. Cele afirmate dau naștere așa cum e și firesc unor întrebări ce vor constitui ipotezele noastre de cercetare de-a lungul acestei analize, interogații de genul: De ce o astfel de situație? Cine sunt vinovații pentru o asemenea stare de fapt? Cum se poate soluționa o

<sup>1</sup> D.L. Czibalmos, „Cooperarea parlamentară în Uniunea Europeană și procesul decizional european,” Teză doctorat, domeniul Relații internaționale, Institutul de Studii Doctorale al Universității Babeș-Bolyai, Cluj Napoca, 2011, p. 1-2.

([http://doctorat.ubbcluj.ro/sustinerea\\_publica/rezumate/2011/relatii-internationale/CZIBALMOS\\_DAN\\_IELA\\_RO%20.pdf](http://doctorat.ubbcluj.ro/sustinerea_publica/rezumate/2011/relatii-internationale/CZIBALMOS_DAN_IELA_RO%20.pdf), accesat în data de 26.12.2019).

astfel de problematică? Răspunsurile însă, se vor cristaliza pe măsură ce vom analiza pas cu pas cauzele, motivațiile, ce au condus la o asemenea stare a lucrurilor. Mai întâi, ne vom opri pentru a prezenta acele aspecte tehnice, ce țin de organizarea și desfășurarea alegerilor europene.

Pentru început, după o scurtă incursiune în literatura de specialitate, remarcăm faptul că alegerile, fără de care democrația nu ar fi posibilă, constituie simplist spus, acea legătură care se stabilește între cetățean și stat, respectiv Uniunea Europeană în cazul nostru. Extrapolând, „alegerile cristalizează viața civică: ele structurează în programe politice diferitele viziuni asupra lumii, ele sunt momentul cel mai important de dezbateră și de socializare politică, care este de altfel și singurul pentru mare parte a cetățenilor. Deci, alegerile îndeplinesc o dublă funcție: prima este aceea de desemnare a guvernanților în sfera puterilor publice și a doua este formarea opiniilor în spațiul civic”<sup>2</sup>.

Așa cum se cunoaște deja, Parlamentul European este „singura instituție aleasă în mod direct la nivel european care funcționează ca voce a oamenilor la nivelul sistemului de guvernanță al U.E.”<sup>3</sup>. De altfel, reamintim că până în anul 1979, Parlamentul European era format din „delegați pe care parlamentele erau chemate să-i desemneze dintre membrii lor după o procedură fixată de fiecare stat membru”<sup>4</sup>. Dat fiind faptul că alegerile reprezintă acea legătură ce se stabilește între cetățean și stat, introducerea în 1979 a alegerilor directe pentru Parlamentul European poate fi considerată drept „un exemplu tipic de mimetism constituțional: legitimitatea formală a Uniunii realizând-se prin această instituție, împrumutată din tradițiile statelor democratice”<sup>5</sup>. Totodată, „alegerile directe pentru Parlamentul European au fost gândite ca un instrument de a reduce distanța dintre Uniunea Europeană și cetățenii europeni. Alegând direct membrii Parlamentului European, cetățenii puteau căpăta, în acest mod, o voce în procesul de luare a deciziilor care le afectează viețile din ce în ce mai mult, rezultate în urma gradului crescând de integrare din interiorul U.E.”<sup>6</sup>.

Privitor la evenimentul din 1979, notăm și faptul că acesta a stârnit un val de interes printre cercetători ale căror reverberații le regăsim și astăzi, preocupări ce „s-au centrat pe acest nou tip de scrutin pentru o instituție supranațională europeană, punând în discuție problematici precum consecințele trecerii la alegeri directe, reprezentativitatea europarlamentarilor pentru votanții proprii sau posibilitatea emergenței unei clase politice europene”<sup>7</sup>. De altfel, „în mod surprinzător, încă de la primele alegeri europene directe,

---

<sup>2</sup> P. Magnette, *Europa politică. Cetățenie, constituție, democrație*, Editura Institutului European, Iași, 2003, p. 19.

<sup>3</sup> S. Hix, A. Noury, G. Roland, *Politica democratică în Parlamentul European*, Editura CA Publishing, Cluj Napoca, 2010, p. 37.

<sup>4</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *Alegerile europene și legitimitatea democratică la nivel comunitar*, Editura Bibliotheca, Târgoviște, 2009, p. 28.

<sup>5</sup> P. Magnette, *op. cit.*, p. 18.

<sup>6</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *De la entuziasm la criză. Pașii României după aderarea europeană*, Editura CA Publishing, Cluj Napoca, 2010, p. 57.

<sup>7</sup> C. Turșie, „Reforma alegerilor europene pentru 2014. Provocarea listelor transnaționale”, *Revista „Sfera Politicii”* nr. 162/2011, p. 82 (<http://www.sferapoliticii.ro/sfera/162/art10-Tursie.php>).

acestora li s-a pus eticheta de alegeri de ordinul doi<sup>8</sup>. În parte, aceasta s-a datorat modului de organizare al scrutinului, al absenței unor reguli electorale uniforme. Acest fapt l-a determinat pe Gherghina Sergiu, să afirme, într-un studiu publicat în anul 2010, faptul că „nu există un sistem omogen pentru alegerile europene. Procedura folosită pentru alegerea europarlamentarilor este numită greșit de unii „sistem electoral.” Fără a intra în detalii tehnice, putem afirma că un sistem electoral are ca trăsătură definitorie, printre altele, faptul că toți cei aleși într-un anumit corp reprezentativ sunt aleși după aceleași reguli, prevăzute în sistem. Nu se întâmplă așa și în cazul europarlamentarilor. Nu există un sistem electoral european, ci 27 de sisteme electorale naționale diferite. Așadar, nu avem alegeri cu adevărat europene, ci doar alegeri naționale pentru legislativul european<sup>9</sup>.

În lumina celor afirmate mai sus, precizăm faptul că „o reformă a sistemului electoral care să facă Parlamentul European mai puternic, și în consecință, mai pregătit să facă față evoluțiilor sociale și politice<sup>10</sup>, se impune cu necesitate. De altfel, „crearea unor „proceduri electorale uniforme” a constituit un deziderat introdus încă din 1952, odată cu Tratatul Comunității Economice a Cărbunelui și Oțelului (CECO)<sup>11</sup>. Totuși, „blocajul determinat de dificultatea de a asocia sistemele electorale proporționale și neproporționale într-un sistem uniform a putut fi depășit” grație adoptării în anul 2002 a Deciziei Consiliului nr. 772. Cu toate acestea, „fiecare stat membru este liber să-și aleagă<sup>12</sup> propriul sistem electoral în limita următoarelor constrângeri prevăzute de Decizia nr. 772: să fie un sistem proporțional (în care numărul de locuri câștigate de un partid politic să fie proporțional cu numărul de voturi primite); să fie organizat sub formă de listă de partid sau sub formă de vot unic transferabil; pot fi organizate mai multe circumscriptii pe țară dacă această împărțire nu va afecta proporționalitatea rezultatelor alegerilor; pragul electoral nu poate fi mai mare de 5 procente<sup>13</sup>.

Mergând mai departe cu raționamentul, observăm faptul că „sistemele de vot folosite în cele 28 de țări europene continuă să difere, atât în ceea ce privește modul de alocare a mandatelor între candidați, cât și în ceea ce privește capacitatea cetățeanului de a decide ce candidat este ales<sup>14</sup>. De altfel, regăsim aplicându-se sistemul de vot proporțional bazat pe lista de partid<sup>15</sup> cu variațiile sale: **închisă** – partidul fixează ordinea candidaților pe listă,

---

<sup>8</sup> *Idem*, p. 82.

<sup>9</sup> S. Gherghina, G. Jigla, *op. cit.*, p. 58.

<sup>10</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 37.

<sup>11</sup> C. Turșie, *op. cit.*, p. 83.

<sup>12</sup> Statele membre U.E. au libertatea de a-și stabili propriile reguli legate de: mărimea circumscriptiei electorale, metoda de repartitie a mandatelor, condițiile impuse votanților și candidaților, ziua alegerilor etc., *idem*, p. 84.

<sup>13</sup> C. Ciucu, „Sistemul electoral pentru europarlamentare: soluția de compromis & criteriile pentru eurodeputați,” Centrul român de politici europene, policy brief nr. 21, p. 4 (<http://www.crpe.ro/wp-content/uploads/2013/08/Sistemul-electoral-pentru-europarlamentare-21.pdf>).

<sup>14</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>15</sup> Sistemul de vot proporțional bazat pe lista de partid presupune alegerea unui număr multiplu de candidați de pe o singură listă electorală; *Idem*, p. 6.

iar aceștia sunt aleși în funcție de scorul electoral al partidului<sup>16</sup>, **deschisă** cunoscută și sub denumirea de **vot preferențial obligatoriu** – alegătorii sunt obligați să așeze candidații pe listă în ordinea preferințelor lor,<sup>17</sup> **semideschisă sau vot preferențial opțional** – partidul stabilește ordinea candidaților pe listă, iar alegătorii au posibilitatea de a-și vota preferatul și de a-l urca pe listă, pe locurile frunțașe,<sup>18</sup> **vot unic transferabil** – candidaturile sunt individuale, fiecare alegător trebuind să claseze candidații din circumscripția electorală în ordinea preferinței, putând include, în propriul clasament, candidați reprezentând partide diferite, de pe liste electorale diferite<sup>19</sup>.

În continuare, vom încerca, prin intermediul unui tabel, să surprindem regulile electorale aplicate de către statele membre U.E. în momentul organizării scrutinului pentru Parlamentul European.

<i>Stat membru U.E.</i>	<i>Circumscripțiile electorale</i>	<i>Vot preferențial</i>	<i>Distribuția locurilor</i>	<i>Prag</i>	<i>Numirea candidaților</i>
<b>AUSTRIA</b>	unică națională	Da	D' Hondt	4%	Taxa de 3.600 euro pentru fiecare listă; candidatul trebuie să fie susținut de 3 deputați în Parlament, un deputat în Parlamentul European sau de către 2.600 alegători înregistrați
<b>BELGIA</b>	3 colegii electorale pe criterii lingvistice (olandez, francez, german) și 4 circumscripții electorale regionale Flandra,	Da	D' Hondt	Nu	Susținerea candidaților: - de către 5 deputați în Parlamentul belgian care aparțin unui grup lingvistic relevant; - de către 5.000

<sup>16</sup> *Idem*, p. 6.

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

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

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



<i>Stat membru U.E.</i>	<i>Circumscripțiile electorale</i>	<i>Vot preferențial</i>	<i>Distribuția locurilor</i>	<i>Prag</i>	<i>Numirea candidaților</i>
	Valonia, Bruxelles – Hal – Vilvorde, plus colegiul electoral cantonal german				alegători înregistrați din Valonia, Flandra și Bruxelles – Hal – Vilvorde; - de către 200 de alegători înregistrați în circumscripția electorală în care se vorbește limba germană
<b>BULGARIA</b>	unică națională	Da	Hare-Niemeyer	Nu	Independenții au nevoie de 10.000 semnături + 10.000 leva (5.100 euro); Partidele politice – 15.000 semnături + 15.000 leva; Coalițiile – 20.000 semnături + 20.000 leva
<b>CEHIA</b>	unică națională	Da	D' Hondt	5%	Doar partidele politice sau coalițiile pot numi candidați; Taxa de 15.000 coroane (585 euro)
<b>CIPRU</b>	unică națională	Nu	Droop/ Hare-Niemeyer	Nu	

<i>Stat membru U.E.</i>	<i>Circumscripțiile electorale</i>	<i>Vot preferențial</i>	<i>Distribuția locurilor</i>	<i>Prag</i>	<i>Numirea candidaților</i>
<b>CROAȚIA</b>	unică națională	Da	D' Hondt	5%	Doar partidele politice sau coalițiile pot numi candidați
<b>DANEMARCA</b>	unică națională	Da	D' Hondt	Nu	Doar partidele reprezentate în Folketing sau în Parlamentul European pot face nominalizări de candidați; Noile partide au nevoie de semnăturile alegătorilor care să reprezinte cel puțin 2% din voturile de la alegerile anterioare pentru Folketing
<b>ESTONIA</b>	unică națională	Nu	D' Hondt		Doar partidele politice pot prezenta liste; O garanție echivalentă cu de cinci ori salariul minim lunar
<b>FINLANDA</b>	unică națională	Da	D' Hondt	Nu	Partidele politice sau asociațiile de alegători (formate din cel puțin 2.000 persoane) numesc

<b>Stat membru U.E.</b>	<b>Circumscripțiile electorale</b>	<b>Vot preferențial</b>	<b>Distribuția locurilor</b>	<b>Prag</b>	<b>Numirea candidaților</b>
					candidați
<b>FRANȚA</b>	8 regionale	Nu	D' Hondt	5%	Egalitatea de gen
<b>GERMANIA</b>	unică națională, dar membrii aleși fie de pe listele landurilor, fie de pe listele federale	Nu	Sainte-Lagüe	5%	Doar partidele politice pot trimite liste de candidați; Pentru lista de la nivel federal – partidele cu mai puțin de 5 reprezentanți în Parlamentul European, Bundestag sau în Parlamentele landurilor au nevoie de 4.000 semnături; Pentru listele landurilor – 2.000 semnături
<b>GRECIA</b>	unică națională	Nu	Varianta sistemului Hare	3%	Doar partidele politice pot trimite liste de candidați; Este necesar un depozit
<b>IRLANDA</b>	4 regionale	Da	Vot unic transferabil-VUT Droop	Nu	Listele prezentate de partidele politice înregistrat; Candidații independenți necesită 60 de semnături ale persoanelor

<i>Stat membru U.E.</i>	<i>Circumscripțiile electorale</i>	<i>Vot preferențial</i>	<i>Distribuția locurilor</i>	<i>Prag</i>	<i>Numirea candidaților</i>
					din registrul electoral și din aceeași circumscripție electorală
<b>ITALIA</b>	5 regionale	Da	Hare	Nu	Independenții au nevoie de 30.000 semnături, dintre care 10% trebuie să provină din fiecare subregiune a circumscripției electorale. Partidele politice și grupurile cu cel puțin un mandat în Parlamentul European sau în Parlamentul italian pot prezenta liste fără semnături
<b>LETONIA</b>	unică națională	Nu	Sainte-Lagüe	Nu	Liste prezentate de partidele politice înregistrate; O garanție de 1.450 euro
<b>LITUANIA</b>	unică națională	Da	Hare-Niemeyer	5%	Doar partidele politice pot numi candidați
<b>LUXEMBURG</b>	unică națională	Da	D' Hondt/ Habenbach -Bischoff	Nu	Sunt necesare 250 semnături ale

<b>Stat membru U.E.</b>	<b>Circumscripțiile electorale</b>	<b>Vot preferențial</b>	<b>Distribuția locurilor</b>	<b>Prag</b>	<b>Numirea candidaților</b>
					alegătorilor înregistrați sau ale unui membru al Parlamentului sau ale membrilor Camerei Deputaților
<b>MALTA</b>	unică națională	Da	VUT/Droop	Nu	Garanție de 40 lire malteze (95 euro) se rambursează dacă lista obține peste 10% din voturi
<b>OLANDA</b>	19 regionale pe listele de partid	Da	D' Hondt	Nu	Doar partidele politice pot prezenta liste de candidați Partidele care nu sunt reprezentate în Parlamentul European achită o garanție de 450 euro Listele trebuie să fie însoțite de cel puțin 30 semnături ale alegătorilor
<b>POLONIA</b>	13 regionale	Nu	D' Hondt/ Hare-Niemeyer	5%	Sunt necesare 10.000 semnături ale alegătorilor din circumscripția electorală

<i>Stat membru U.E.</i>	<i>Circumscripțiile electorale</i>	<i>Vot preferențial</i>	<i>Distribuția locurilor</i>	<i>Prag</i>	<i>Numirea candidaților</i>
<b>PORTUGALIA</b>	unică națională	Nu	D' Hondt	Nu	
<b>REGATUL UNIT</b>	12 regionale	Regatul Unit Nu Irlanda de Nord Da	Regatul Unit D' Hondt Irlanda de Nord Nu	Nu	Garanție de 5.000 lire sterline (6.750 euro) Numirile de la nivelul circumscripțiilor electorale trebuie să fie aprobate de 30 alegători
<b>ROMÂNIA</b>	unică națională	Nu	D' Hondt	5%	Partidele, coalițiile și organizațiile minorităților pot propune liste. Cerința egalității de sexe. Nu e necesar depozit. 200.000 semnături susținere pentru liste Independenții au nevoie de 100.000 semnături
<b>SLOVACIA</b>	unică națională	Da	Droop/ Hare-Niemeyer	5%	Pentru partidele politice o garanție de 1.510 euro
<b>SLOVENIA</b>	unică națională	Da	D' Hondt	4%	Partidele politice pot prezenta liste susținute de patru membri ai Adunării Naționale sau

<b>Stat membru U.E.</b>	<b>Circumscripțiile electorale</b>	<b>Vot preferențial</b>	<b>Distribuția locurilor</b>	<b>Prag</b>	<b>Numirea candidaților</b>
					de cel puțin 1.000 alegători Candidații independenți au nevoie de 3.000 semnături
<b>SPANIA</b>	unică națională	Nu	D' Hondt	Nu	Partidele sau coalițiile prezintă liste +15.000 semnături
<b>SUEDIA</b>	unică națională	Da	Sainte-Lagüe	4%+ candidații trebuie să obțină 5% din nr. total de voturi exprimate pentru partidul acestora	Doar partidele politice pot prezenta liste de candidați
<b>UNGARIA</b>	unică națională	Nu	D' Hondt	5%	Listele prezentate de partidele înregistrate +20.000 susținători

**Figura 6. Reguli electorale aplicate de către statele membre U.E. cu ocazia alegerilor europarlamentare**

*Sursa: C. Turșie, „Reforma alegerilor europene pentru 2014. Provocarea listelor transnaționale”, p. 84-86*

Cele prezentate mai sus, ne obligă la formularea unor aprecieri, comentarii. Astfel, observăm faptul că 20 din cele 28 de state membre ale Uniunii Europene practică un sistem unde întregul teritoriu al statului este văzut ca o singură circumscripție electorală. Totuși, regăsim și țări ca Belgia, Franța, Irlanda, Italia, Marea Britanie ce au optat pentru circumscripțiile regionale, în vreme ce Polonia și Germania utilizează sisteme mixte, combinații formate atât din liste naționale, cât și din liste regionale. Iată deja că cele

afirmate mai sus dau naștere primelor comentarii, primelor judecăți de valoare. Așadar, varietatea modalităților de scrutin surprinse în figura cu numărul 6 denotă existența unor diferențe de viziune aparținând statelor membre cu privire la viața politică și la modalitățile de reglementare a acesteia.

Mergând mai departe cu analiza, remarcăm de asemenea, și faptul că 16 țări practic sistemul de vot preferențial, în vreme ce celelalte 12 preferă votul de listă închisă, iar 3 state Irlanda, Malta și Marea Britanie (Irlanda de nord, în speță) utilizează sistemul de vot unic transferabil. „Am evidențiat aceste date întrucât mărimea circumscripției și structura votului au un efect semnificativ asupra modului în care candidații pentru Parlamentul European își organizează campania. Circumscripția mică și votul uninominal afectează relația între candidat și votant, forțându-l pe primul să își organizeze campania mai aproape de cetățeni și oferind posibilitatea cetățenilor să recompenseze prestațiile bune din Parlament”<sup>20</sup>.

În ceea ce privește distribuția mandatelor de europarlamentar la nivelul unei circumscripții, situația se prezintă în felul următor: majoritatea statelor membre aplică metoda d'Hondt.<sup>21</sup> Regăsim însă, și state precum Germania, Letonia, Suedia ce utilizează metoda Sainte-Lagüe<sup>22</sup> sau Luxemburgul ce aplică metoda Hagenbach-Bischoff<sup>23</sup>. Încă o dată, tradițiile și concepțiile extrem de variate cu privire la viața politică ale statelor membre U.E., își fac simțită prezența, nepermițând existența unor similitudini între sistemele electorale, încurajându-se, în acest mod, diversitatea, pluritatea procedeele de vot.

În altă ordine de idei, precizăm faptul că „cu excepția condiției de naționalitate a unui stat al Uniunii și a celei a deplinei folosințe a drepturilor electorale, comune tuturor statelor membre, condițiile de eligibilitate variază de la un stat la altul”<sup>24</sup>. În acest sens, „cetățenii Uniunii care locuiesc în alt stat membru decât cel al căror naționali sunt, au dreptul de a vota în statul unde au rezidența, la fel ca naționali statului respectiv”<sup>25</sup>. De altfel, diferențele survin mai ales, din modul în care fiecare țară înțelege și apreciază

<sup>20</sup> C. Turșie, *op. cit.*, p. 87.

<sup>21</sup> O metodă de calcul prin divizori potrivit căreia numărul de voturi primit de fiecare listă de candidați se divide, pe rând cu 1, 2, 3, 4, 5,.....35, după care se dispun câturile obținute pentru toate listele de candidați în ordine descrescătoare, aceasta fiind ordinea în care fiecărui cât urmează să-i corespundă câte un mandat până când sunt epuizate toate mandatele care sunt de distribuit, iar în cadrul fiecărei liste, alocarea se va face în funcție de ordinea în care numerele apar pe liste; C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 57.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 57, Metoda numerelor impare, prin care voturile obținute de fiecare listă sunt împărțite la o serie de divizori, începând cu 1, 4... în număr egal cu numărul de mandate care sunt de atribuit, după care toate câturile, pentru toate listele de candidate sunt ordonate în ordine descrescătoare, fiecărui cât urmând să-i corespundă câte un mandat, până la distribuția tuturor mandatelor.

<sup>23</sup> *Ibidem*, într-o primă fază, se stabilește numărul de mandate la care are dreptul fiecare listă, numărându-se voturile exprimate pentru candidații săi și aplicându-se metoda d'Hondt, după care se dispun câturile obținute pentru toate listele de candidați în ordine descrescătoare, aceasta fiind ordinea în care fiecărui cât urmează să-i corespundă câte un mandat până când sunt epuizate toate mandatele care sunt de distribuit.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>25</sup> C. Turșie, *op. cit.*, p. 84.



conceptul de rezidență, „unele state solicitând domiciliul sau rezidența în statul unde se exercită dreptul la vot (România), iar altele înscrierea în registrul populației (Belgia, Cehia)”<sup>26</sup>. Totodată, o situație mai specială o regăsim și în ceea ce privește dreptul de vot al cetățenilor non-rezidenți în țara de origine. „Cele mai permissive state sunt Austria, Olanda, Spania, Finlanda, Franța sau Suedia care permit votul acestora în orice țară ar locui, în timp ce Belgia, Danemarca, Grecia, Italia sau Portugalia permit votul doar cetățenilor non-rezidenți care trăiesc pe teritoriul unui alt stat U.E., iar Germania sau Marea Britanie condiționează dreptul de vot de nedepășirea unei perioade maxime de timp de rezidență în afara țării de origine (25, respectiv 15 ani)”<sup>27</sup>. În ceea ce privește vârsta minimă pentru exercitarea dreptului la vot, aceasta este de 18 ani în majoritatea statelor membre U.E. De asemenea, „în Belgia, Grecia, Malta, Luxemburg, votul este unul obligatoriu pentru toți electorii înscriși pe listele electorale”<sup>28</sup>.

Mai notăm și faptul că acele persoane ce își depun candidatura pentru a fi aleși în Parlamentul European sunt nevoite a îndeplini o serie de condiții ce țin de vârstă – vârsta minimă a candidaților variază între 18 ani (Danemarca, Finlanda, Malta, Germania, Olanda, Slovenia, Portugalia) și 25 de ani (Cipru, Grecia, Italia). De regulă, „nominalizarea candidaților se realizează de către partidele politice sau organizațiile asimilate acestora în unele state ca Danemarca, Germania, Grecia, Slovacia, Suedia, în timp ce în alte state sunt acceptate și candidaturile independente, cu condiția să primească un număr de semnături, de exemplu în Irlanda, Italia, România. În unele state, candidaturile nu pot fi prezentate decât însoțite de dovada că au primit un anumit număr de semnături sau că regroupează un anumit număr de electori. În Grecia, Irlanda, Olanda, Regatul Unit, Slovacia este cerută și depunerea unei cauțiuni”<sup>29</sup>.

Iată că, deși, au trecut mai bine de 40 de ani de la primele alegeri directe organizate pentru Parlamentul European, statele membre continuă să se confrunte cu aceleași probleme ca în anul 1979. De altfel, oamenii politici ai acelor timpuri au văzut în organizarea unui scrutin european un prim pas făcut înspre îngustarea prăpastiei existente între Uniunea Europeană și cetățenii săi. Din păcate, această distanță ce s-a statornicit între instituțiile europene și cetățeni nu s-a redus, ba dimpotrivă s-a accentuat pe măsura trecerii timpului. Așadar, după 40 de ani și 9 runde de alegeri europene, „este evident că lucrurile nu au mers conform așteptărilor. Prezența la urne a scăzut constant, acesta fiind primul semn că mai mult de jumătate din cetățenii europeni nu sunt interesați de aceste alegeri. Cifrele ar fi probabil și mai dramatice dacă votul nu ar fi obligatoriu în Belgia, Cipru, Grecia sau Luxemburg”<sup>30</sup>.

Un motiv în plus ce se adaugă celor deja înregistrate de către instituțiile europene, pentru reformarea cu celeritate a actualului mod de organizare și desfășurare a scrutinului european, perceput de către cetățeni drept simple alegeri naționale pentru legislativul

---

<sup>26</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>30</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *op. cit.*, p. 57.

europen, lipsite de rezultate vizibile și tangibile. De altfel, prezentele proceduri electorale au dat naștere unor discursuri divergente care sporesc și mai mult dezinteresul și apatia cetățenilor, dar și a candidaților vis a vis de politicile publice de la nivel european. Întrucât nu avem alegeri cu adevărat europene, s-au ridicat o serie de probleme, aici rezumându-ne a detalia două dintre acestea. Prezentăm, astfel, un prim exemplu din categoria acelor ce pledează pentru reformarea sistemului electoral european, dat fiind faptul că lipsa sa de omogenitate, de uniformitate au transformat partidele naționale în principalii actori ai acestor alegeri. De altfel, „partidele naționale sunt cele care candidează în alegerile europene”<sup>31</sup>, ele fiind cele care alcătuiesc listele cu candidați. „Această consecință este amplificată de folosirea principiului reprezentării proporționale. Cu excepția Irlandei, unde este folosit votul unic transferabil, toate celelalte state folosesc liste de partid, 13 dintre ele permițând alegătorilor să opteze pentru anumiți candidați de pe lista unui partid sau de pe mai multe liste. În statele unde listele de partid sunt blocate, este clar că doar primii candidați de pe listă au șanse de a fi aleși”<sup>32</sup>. Întrucât alegerile europene sunt dominate de teme specifice politicii interne și nu europene, așa cum ar fi normal, în cazul unui astfel de scrutin, ele s-au transformat în arena unde cetățenii își pot exprima nemulțumirea față de partidul sau partidele de guvernământ. Totodată, actualele reguli electorale „ridică un semn de întrebare și asupra legitimității europarlamentarilor. Nu există dubii că fiecare europarlamentar este ales în mod legal, dar un europarlamentar ales într-un stat ar putea să nu fi fost ales într-un alt stat, având totuși același număr de voturi pentru el însuși sau pentru partidul său, din cauza diferențelor de magnitudine a circumscripțiilor, a faptului că votul este obligatoriu în unele state și în altele nu, a pragurilor electorale diferite, a modului în care este reglementat dreptul de vot al cetățenilor unui stat care locuiesc în alt stat sau a vârstei minime necesare pentru a candida”<sup>33</sup>.

Iată doar câteva motive ce ne îndeamnă să pledăm pentru o reformare a procedurii electorale de la nivelul U.E., pentru „adoptarea unei proceduri uniforme care să minimalizeze diferențele importante ce se înregistrează între procedurile electorale ale statelor membre, pentru a face alegerile europene cu adevărat europene și nu o sumă de 28 de alegeri naționale diferite”<sup>34</sup>.

## 2. Informarea politică a cetățenilor europeni: esența unei bune funcționări a cetății democratice

„Prezența scăzută la alegerile care ne-au adus pe toți aici dovedește cât de urgentă este această problemă. O Europă fără cetățeni este de neconceput. (...) Instituțiile Comunității au produs sfeclă de zahăr, unt, brânză, vinuri, viței și chiar porci europeni. Nu au produs însă europeni”<sup>35</sup>. Weiss Louise rostea aceste afirmații, de altfel valabile și în

<sup>31</sup> *Idem*, p. 6.2

<sup>32</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>34</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 206.

<sup>35</sup> C. Turșie, *op. cit.*, p. 82.

prezent, cu ocazia reunirii primului Parlament European ales prin sufragiu universal în 1979. De o consistență și încărcătură aparte, aceste afirmații ne reamintesc și astăzi faptul că „cetățeanul este parte componentă a angrenajului electoral, și nu în cele din urmă, decidentul, cel care prin votul său configurează noile structuri de putere”<sup>36</sup>. De altfel, „într-o comunitate sănătoasă, cetățenii participă la procesul de luare a deciziilor de interes public, informându-se cu privire la problemele care îi afectează, solicitând autorităților să adopte măsurile pe care ei le consideră de cuviință și participând efectiv la punerea în practică a deciziilor luate”<sup>37</sup>.

Punând sub lupa analizei literatura de specialitate dedicată fenomenului electoral, remarcăm faptul că „participarea cetățenilor la procesul de adoptare a deciziilor într-o democrație cu tradiție este un proces gradat, care presupune parcurgerea anumitor etape. Primul nivel al participării este informarea, care presupune eforturi atât din partea cetățenilor, cât și din partea administrației publice. Instituțiile publice sunt obligate să emită informații către cetățeni, privind activitatea și planurile lor, pentru ca aceștia să poată înțelege direcțiile prioritare ale politicii administrative a aleșilor locali/naționali/europeni. Al doilea nivel se referă la consultarea cetățenilor, aceasta fiind acțiunea autorităților pentru identificarea necesităților cetățenilor, pentru evaluarea priorităților unor acțiuni sau colectarea de idei și sugestii privind o anumită problemă”<sup>38</sup>. Întrucât obiectul analizei noastre îl constituie studierea impactului alegerilor europarlamentare asupra cetățenilor europeni din perspectiva procedurii de consultare a acestora, menționăm faptul că o formă prin care se realizează cu o anumită periodicitate aceasta o constituie exercitarea dreptului la vot. În acest sens, „grupurile de indivizi își exprimă, prin practica votului, prin manifestări sau petiții, decizia lor de a lua parte la decizia publică”<sup>39</sup>.

Propunem în continuare o scurtă paranteză, pe care o apreciem drept una necesară pentru mai bună înțelegere a necesității de a avea alegători informați, digresiune utilă pentru cunoașterea cauzelor ce determină „lipsa de încredere a cetățenilor în clasa politică și indică o întrerupere în comunicarea dintre cetățeni și cei aleși să-i reprezinte”<sup>40</sup> în Parlamentul European.

Așadar, „alegerile europene sunt, dintre toate alegerile, cele care înregistrează întotdeauna cea mai slabă participare electorală. Ele par a fi atinse în mod special de această criză de reprezentare politică, iar lipsa de claritate a mizelor, a programelor comune ale forțelor politice, ca și complexitatea mecanismelor instituționale ale politicii la nivel european, contribuie la adâncirea deficitului democratic asociat votului european”<sup>41</sup>. Cele precizate au condus la o „lipsă de angajament civic din partea europenilor ce a însemnat

---

<sup>36</sup> C. Gilia, *Paradoxul alegerilor parlamentare din 2012 – un Parlament supraponderal*, în Revista „Sfera Politicii” nr. 174/2013, p. 32 (<http://www.sferapoliticii.ro/sfera/174/art04-Gilia.php>).

<sup>37</sup> D. Murgescu, C. Dumitrică, „Participarea cetățenească-mijloc de implicare a cetățeanului în procesul decizional,” Revista „Sfera Politicii” nr.136/2009, p. 38 (<http://www.sferapoliticii.ro/sfera/136/art07-murgescu.html>).

<sup>38</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>41</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 128.

un relativ eșec al procesului de legitimare a Parlamentului European prin sufragiu universal direct. După aproape 40 de ani de exercitare a acestuia, chestiunea reprezentării politice la nivel european nu a reușit să se impună și să motiveze electorii<sup>42</sup>.

„La o analiză mai atentă a sistemului politic foarte mulți dintre cei chemați să voteze nu pot oferi detalii despre modul în care funcționează instituțiile și rolul pe care îl au acestea. Nici măcar nu pot explica efectul propriului vot în momentul în care ajung la urne. Toate aceste disfuncționalități au o cauză: lipsa de informare și lipsa culturii administrative și a celei politice<sup>43</sup>.

Considerăm că fiind corect informați, având toate datele, „cetățenii nu vor mai întâmpina dificultăți în identificarea sensului unor alegeri care au puțină legătură cu cadrul experienței lor democratice<sup>44</sup>, dar care pot avea repercusiuni asupra viitorul lor. Iată de ce e nevoie a privi mai întâi înspre literatura de specialitate și a repertoriza principalele teorii enunțate de-a lungul timpului cu privire la informarea politică a cetățenilor.

„Problema nivelului de informare politică a cetățenilor a suscitât interesul filosofilor politici de la apariția primelor cetăți democratice până în prezent<sup>45</sup>. De altfel, modelul democrației reprezentative unde „instituțiile au în componență un număr de membri aleși direct sau indirect de către cetățeni care le mandatează puterea de a le reprezenta interesele în limitele prevăzute prin lege<sup>46</sup> este unul definitoriu pentru problematica studiată. De ce considerăm aceasta? Deoarece, la un moment dat, literatura de specialitate reține în paginile sale, faptul că „funcționarea democrației reprezentative presupune ca cetățenii să aibă un oarecare nivel de interes față de problemele cetății și un minim nivel de informare despre problemele politice<sup>47</sup>. Aceasta ne demonstrează faptul că „informația politică din punct de vedere funcțional, are ca rol principal facilitarea deciziilor politice în relativă cunoștință de cauză<sup>48</sup>. Totodată, aceasta ilustrează și faptul că „cetățenii își cunosc interesele politice și sunt capabili să le urmărească cu succes<sup>49</sup>.

În altă ordine de idei, prin lentilele literaturii de specialitate descoperim faptul că „votul este un fenomen nu întotdeauna rațional și nicidecum autonom. Nu există cetățean care să voteze în deplină cunoștință de cauză, nimeni nu cunoaște totalitatea informațiilor politice care ar putea fi relevante pentru vot<sup>50</sup>. Totuși, nenumăratele scrutine organizate la nivel mondial au evidențiat faptul că acei „indivizi care sunt mai informați politic vor fi mai capabili să își justifice deciziile electorale prin argumente coerente și bine înrădăcinate în realitatea socială<sup>51</sup>.

---

<sup>42</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>43</sup> E. Tușa, *Europeanism și alegeri europarlamentare în spațiul public românesc*, în Revista „Sfera Politicii” nr. 179/2014, p. 29 (<http://www.sferapoliticii.ro/sfera/179/art03-Tusa.php>).

<sup>44</sup> *Idem*, p. 142.

<sup>45</sup> M. Comșa, A. Gheorghită, C. Tufiș, *Alegerile pentru Parlamentul European, România 2009*, Editura Polirom, Iași, 2010, p. 161.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 162.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 162-163.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 162.

Mergând pe firul raționamentelor enunțate până acum, remarcăm utilizarea unor „scurtături cognitive, precum afilierea partinică, ideologia, aspectul fizic al candidaților, euristica de reprezentare, votul economic, ce au potențialul de a-i ajuta pe cei mai puțin informați politic să ia decizii similare cu cele ale cetățenilor mai informați”<sup>52</sup>. În aceeași notă, observăm și faptul că „informarea politică tinde să fie corelată destul de puternic cu nivelul de educație, cu venitul, cu ocupația, cu indicatori socio-economici în general”<sup>53</sup>.

După ce am oferit o serie de explicații de ordin teoretic cu privire la informarea politică a cetățenilor, ne putem apleca, în rândurile următoare asupra studierii situației de la nivelul Uniunii Europene, mai precis asupra identificării motivelor ce determină apatia, dezinteresul, slabele cunoștințe ale electorilor europeni cu ocazia alegerilor organizate pentru legislativul european.

Cu toate că s-au depus numeroase eforturi de către oficialitățile europene în vederea înlăturării etichetei atribuită încă de la organizarea primelor alegeri directe pentru Parlamentul European din anul 1979, cea de alegeri de rang secund, se pare că aceasta persistă și în prezent, fiind demonstrată de indiferența electorilor pentru acest tip de scrutin, dar și de rata de participare electorală în scădere constantă din anul 1979 încoace. Aceasta e justificabilă având în vedere că „evoluția alegerilor europene a fost marcată, alături de o slabă participare, de folosirea lor ca o „tribună” pentru a transmite mesaje forțelor politice naționale, în special celor aflate la guvernare”<sup>54</sup>. Dominate de teme politice interne, și prea puțin de chestiuni de interes european, alegerile pentru Parlamentul European, sunt pentru cetățeni unele lipsite de miză, de rezultate tangibile. De ce spunem acestea? Argumentăm folosindu-ne de situația alegerilor naționale, cadrul cel mai apropiat de experiența democratică a votanților. Astfel, în cazul alegerilor naționale „sunt alese consilii locale și primari, se formează guverne, care apoi se ocupă de alte subiecte concrete pentru alegători, precum salariile și pensiile, prețurile sau drumurile. În contrapondere, în cazul alegerilor europene, cei aleși vor „dispărea” într-un corp de peste 700 de persoane, în care vocea unui anumit europarlamentar se va face cu greu auzită”<sup>55</sup>. Transformate într-un soi de „alegeri intermediare, unde este testată popularitatea guvernelor sau a câștigătorilor ultimelor alegeri naționale,” alegerile pentru Parlamentul European sunt marcate tot mai tare de o creștere a indiferenței cetățenilor. Aceasta se datorează și unei grave lipse de informare a acestora.

De altfel, electorii iau pentru prima oară contact cu candidații și partidele politice în perioada campaniei electorale. Aceasta din urmă este utilizată drept „instrument prin care partidele și candidații se prezintă alegătorilor și prezintă acestora programele lor electorale. Este perioada în care alegătorii pot obține datele necesare pentru a lua o decizie informată privind modul în care vor vota”<sup>56</sup>. Lipsite de dezbateri coerente și

---

<sup>52</sup> *Idem*, p. 163.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 167.

<sup>54</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 138.

<sup>55</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *op. cit.*, p. 60.

<sup>56</sup> C. Tufiș, *Alegerile pentru Parlamentul European 2009. Interesul pentru alegerile europarlamentare*, Newsletter Studii electorale românești, Fundația Soros România, București, iulie 2009, p. 14 ([http://www.fundatia.ro/sites/default/files/SER\\_01.pdf](http://www.fundatia.ro/sites/default/files/SER_01.pdf)).

substanțiale despre Uniunea Europeană și dominate de tematici naționale, campaniile electorale pentru legislativul european nu prezintă interes printre alegători, „care în lipsa unor cunoștințe clare cu privire la sensul acestui scrutin sau modalitățile de vot, sunt mai degrabă înclinați să nu se prezinte să voteze, considerând, fie că nu-i privesc rezultatele scrutinului, fie că, în lipsa cunoștințelor necesare, nu pot face cele mai bune alegeri”<sup>57</sup>. De altfel, „partidele politice sunt puțin dispuse să investească mijloace importante în campania pentru alegerile europene, iar dezbaterile asupra temelor europene sunt aproape inexistente, preferându-se a se deturna atenția înspre teme de politică internă”<sup>58</sup>.

Mergând mai departe cu raționamentul, remarcăm faptul că acest tip de scrutin reușește să mobilizeze un număr redus de electori și datorită faptului că aceștia din urmă nu posedă suficiente cunoștințe despre integrarea europeană. Oferim în acest sens, exemplul României, unde „la ceva mai mult de zece ani de prezență „activă” în U.E., românii nu se puteau mândri cu foarte multe cunoștințe despre aceasta. Dacă înainte de aderare unul din patru români cunoștea numărul de state membre sau modalitatea în care europarlamentarii sunt aleși, după o perioadă în care am avut timp să ne obișnuim cu faptul că mai sunt alte 27 de țări în U.E. în afară de noi și că votul nostru direct desemnează reprezentanții pe care îi avem la Strasbourg și Bruxelles, proporția românilor ce știu aceste lucruri”<sup>59</sup>, dacă este să privim înspre Eurobarometrul realizat după alegerile din 23-26 mai 2019, se pare că a sporit. Astfel, regăsim România, printre acele state a căror cetățeni consideră că „vocea lor contează în U.E.”, 57% dintre respondenți împărțășind acest punct de vedere, fiind cea mai semnificativă creștere la nivelul U.E. la acest capitol din anul 2002 încoace<sup>60</sup>.

Dincolo de această ignorare a evenimentelor de bază vine absența informațiilor despre evenimentele de la nivel european, datorată, în principal, mass-media și reprezentanților noștri în instituțiile europene. În mod firesc, cele afirmate în rândurile de mai sus, dau naștere unor interogații precum: Ce rol îndeplinește mass-media în cadrul campaniilor electorale? De ce aceasta nu acordă interes subiectelor europene? În primul rând, „cercetările de marketing întreprinse de-a lungul timpului au demonstrat rolul important al mass-mediei în informarea și mobilizarea electoratului”<sup>61</sup>, dat fiind faptul că aceasta este „cea care captează, selectează și difuzează informații. Ea este cea care introduce și elimină de pe agenda publică subiecte și determină concentrarea atenției”<sup>62</sup>. Totodată, „cetățenii devin mai luminați în timpul campaniilor electorale datorită intensității acoperirii media în această perioadă și pentru că indivizii sunt motivați să caute

<sup>57</sup> C. Mătușescu, C. Gilla, *op. cit.*, p. 134.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 135.

<sup>59</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *op. cit.*, p. 161.

<sup>60</sup> R. Lupitu, *Primul Eurobarometru după alegerile europene. România, țara cu cea mai mare creștere a percepției cetățenilor că „vocea lor contează în U.E.”*, Calea europeană, 13 iulie 2019 (<https://www.caleaeuropeana.ro/primul-eurobarometru-dupa-alegerile-europene-romania-tara-cu-cea-mai-mare-crestere-a-perceptiei-i-cetatenilor-ca-vocea-lor-conteaza-in-ue/>).

<sup>61</sup> C. Turșie, *op. cit.*, p. 88.

<sup>62</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *op. cit.*, p. 161.

informație politică în timpul campaniilor”<sup>63</sup>. Totuși, în cazul alegerilor europene, mass-media nu mai deține acel rol mobilizator datorită pe de o parte „dificultăților legate de numărul și dimensiunea listelor de candidați, iar pe de altă parte, din pricina prejudecății că Europa nu interesează pe nimeni”<sup>64</sup>. De altfel, „lipsa de vigoare a campaniei electorale pentru alegerile europene a făcut ca aceasta să nu stârnească interes în rândul mass-mediei naționale, pentru care actorii comunitari sunt în general invizibili, iar alegerile europene oricum nu reprezintă un subiect care se vinde. Este vorba, de fapt, de un cerc vicios: apatia alegătorilor, alimentată de absența unor veritabile competiții, cu mize ce pot fi înțelese, alimentează la rândul ei dezinteresul media în raport cu aceste alegeri”<sup>65</sup>.

La acestea se adaugă „limbajul de lemn al Bruxelles-ului”, tehnic și profund specializat ce îi face până și pe cei mai informați dintre votanți să întâmpine dificultăți în identificarea informațiilor care să-i ajute să ia o decizie, motiv pentru care aceștia preferă să utilizeze informații care nu au neapărat legătură cu scrutinul european. Se bazează într-o mai mare măsură pe evaluarea situației economice, mai precis pe percepția asupra direcției înspre care se îndreaptă țara în luarea unei hotărâri în cunoștință de cauză. Același limbaj tehnic coroborat cu „lăsarea pe plan secund a dimensiunii europene de către media conduc la adâncirea distanței dintre cetățeni și instituțiile în care se iau deciziile la nivelul U.E.”<sup>66</sup>. De altfel, mass-media „se rezumă la a prezenta rezumate ale celor relatate pe plan internațional, de cele mai multe ori însă lacunar și fără o perspectivă proprie, fapt ce conduce la o absență a informațiilor particularizate ce determină o deturnare a publicului de la subiectele de tip european”<sup>67</sup>. Așadar, „fără investigații proprii, majoritatea cotidianelor și săptămânalelor nu pot oferi altceva decât informații generale care nu interesează în mod direct cetățenii”<sup>68</sup>. Pe de altă parte, nici comunicarea dintre europarlamentari și mass-media nu este una tocmai fericită, dat fiind faptul că de cele mai multe ori ea este inițiată de către mass-media și mai puțin de către euro-aleși. Considerăm că „cu o informare potrivită asupra activității desfășurate de către euro-deputați, alegătorii nu ar ajunge să se întrebe la fiecare cinci ani care este utilitatea acestor alegeri și ce face fiecare persoană pe care o votează în instituțiile europene”<sup>69</sup>.

Totodată, se impune a atrage atenția și asupra faptului că nu întotdeauna „cifrele statistice referitoare la participarea la vot”<sup>70</sup> exprimă preocuparea conștientă și implicarea voită a votanților în procesul decizional. Simpla exprimare a votului nu înseamnă în mod

---

<sup>63</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>64</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 135.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 151.

<sup>66</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *op. cit.*, p. 162.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 163.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 164.

<sup>70</sup> Potrivit Eurobarometrului post- electoral, participarea la alegerile europene din 2019 a crescut cu 8%, până la 50,6%, fiind cea mai mare prezență înregistrată de la scrutinul din 1999 (49,5%). Cea mai semnificativă creștere a participării la vot a fost înregistrată în state ca: Polonia (22%), România (19%), Spania (17%), Austria (15%) și Ungaria (14%); R. Lupitu, *op. cit.*, (<https://www.caleaeuropeana.ro/primul-eurobarometru-dupa-alege-rile-europene-romania-tara-cu-cea-mai-mare-crestere-a-perceptiei-cetatenilor-ca-vocea-lor-conteaza-in-ue/>).

automat preocuparea cetățeanului respectiv pentru problemele de interes local, național sau european, pe care politicienii aleși și cu ajutorul lor vor trebui să le soluționeze”<sup>71</sup>.

Iată că, „dacă insistența cu care mass-media autohtonă caută să acopere cele mai mici detalii ale evenimentelor naționale s-ar regăsi și în ceea ce privește aspectele europene, informațiile despre acestea din urmă ar spori și am beneficia de un public informat care ar mai putea să spună și „nu” din când în când solicitărilor U.E.”<sup>72</sup>.

În concluzia acestei secțiuni, reținem faptul că „pentru funcționarea eficientă a U.E. și pentru menținerea legitimității politice a instituțiilor sale, este esențial ca cetățeanul să fie implicat într-o manieră mai directă și într-o măsură mai mare în procesul decizional privind politicile publice care îl afectează. Astfel, dincolo de participarea la vot și de alegerea unor reprezentanți politici, cetățeanul trebuie să aibă ocazia de a fi consultat referitor la politicile publice de nivel local, național și european. Numai prin cooperarea reală dintre cetățean și structurile administrative se poate ajunge la un climat propice dezvoltării în viitor”<sup>73</sup> a Uniunii Europene și implicit a statelor sale membre.

### **3. Europenizarea alegerilor europene sau despre refacerea legăturilor electorale dintre cetățeni și euro-deputați**

Literatura de specialitate se pronunța la un moment dat despre alegeri ca fiind „în viața unui stat un moment foarte important. Ele determină cine vor fi reprezentanții în diferitele structuri naționale sau în cele supranaționale. Alegerile sunt mecanismul cheie al legăturii dintre oameni și guvernare: ele sunt singurul mod în care masa populației își poate exprima sprijinul pentru un partid în defavoarea altuia. În orice stat democratic, desemnarea guvernanților este un proces firesc, care animă toți actorii implicați în procesul electoral: partide, electori, instituții ale statului cu atribuții în domeniu. Este momentul în care electoratul conștientizează că este titularul suveranității și dorește să își exprime voința cu privire la un anumit candidat sau la un anumit partid politic”<sup>74</sup>.

De altfel, istoria ne-a demonstrat pe parcursul anilor faptul că „dacă la nivel statal sufragiul universal a constituit unul din vectorii întăririi conștiințelor politice naționale, factor ce a condus la transformarea dreptului de vot într-o datorie civică, el nu a mai jucat același rol și la nivel european”<sup>75</sup>. În plus, la o privire mai atentă asupra celor nouă tururi de scrutin ce s-au desfășurat până în acest moment (1979, 1984, 1989, 1994, 1999, 2004, 2009, 2014, 2019) remarcăm o „îndepărtare constantă și în creștere a scrutinului european față de datele naționale și comportamentele electorale care se manifestă în cadrul acestora”<sup>76</sup>. Cu toate că „alegerile europene reprezintă unul din rarele momente de democrație directă de la nivelul Uniunii Europene”<sup>77</sup>, participarea electorală este una

<sup>71</sup> D. Murgescu, C. Dumitrică, *op. cit.*, p. 44.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 165.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>74</sup> C. Gilia, *op. cit.*, p. 32.

<sup>75</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 123.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 123.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 130.



scăzută, electoratul manifestă tendințe de sancționare a partidelor naționale aflate la guvernare, iar dezbaterile pe teme europene lipsesc cu desăvârșire, preferându-se a se deturna atenția înspre chestiuni de politică internă. Cele precizate în rândurile de mai sus au determinat apariția în literatura de specialitate a unor interogații ce s-au transformat rapid în ipoteze de cercetare pentru un număr important de studii dedicate fenomenului electoral european, precum: „Cum poate fi explicat faptul că întărirea „puterilor” Parlamentului European a fost însoțită de o îndepărtare a electorilor săi, tendință calificată în doctrină ca „paradoxul electorului european” – cu cât integrarea europeană progresează, cu cât puterile Parlamentului European se extind, cu atât mai puțini electori votează? De ce votează mai puțin astăzi pentru o adunare care a obținut dreptul de codecizie și o putere sporită de control asupra Comisiei, decât pentru Parlamentul din 1979, a cărei funcție era esențialmente consultativă? Să însemne aceasta că, de-a lungul timpului electorii europeni s-au convins că aleșii lor nu au cu adevărat putere în Uniune?”<sup>78</sup> În atare condiții, călăuziți de acest șir de întrebări, vom încerca pe parcursul acestei secțiuni, să identificăm unele posibile explicații pentru această stare a lucrurilor, și chiar să avansăm unele propuneri de creștere a reprezentativității democratice a membrilor Parlamentului European.

Pornim la drum, precizând mai întâi faptul că acest gen de alegeri au fost catalogate imediat de la apariție drept alegeri de rang secund (*second order elections*). De altfel, literatura de specialitate a avansat pentru termenul de „second order national elections” explicația potrivit căreia „atât campania electorală, cât și rezultatul alegerilor sunt influențate de constelația politică națională”<sup>79</sup>. S-a creionat de asemenea, și un model explicativ unde „s-a afirmat faptul că cetățenii nu folosesc alegerile europene pentru a-și exprima preferințele cu privire la politica europeană sau pentru a-i penaliza<sup>80</sup> sau recompensa pe deputații europeni”<sup>81</sup>. Drept caracteristici ale acestui model, reținem următoarele: „alegerile pentru Parlamentul European determină o prezență mai redusă decât cele pentru Parlamentele naționale, tendință care s-a menținut chiar și după întărirea rolului Parlamentului European în arhitectura instituțională a U.E. A doua caracteristică se referă la faptul că partidele aflate la guvernare pierd masiv procente, alegerile europene fiind caracterizate printr-un așa numit „efect antiguvernamental,” care se resimte într-un grad din ce în ce mai mare cu cât momentul alegerilor europene este mai îndepărtat de cel al precedentelor alegeri naționale. O a treia caracteristică ține de faptul că în alegerile europene au mai multe șanse să se profileze și sunt încurajate partidele mici sau chiar partide noi în detrimentul celor mari. În fine, ca alegeri de

<sup>78</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>79</sup> N. Brack, R. Coman, Y.-S. Rittelmeyer, C. Stănculescu, *Despre Parlamentul European, democratizare și democrație*, Editura Institutului European, Iași, 2011, p. 123.

<sup>80</sup> Eurobarometrul realizat după alegerile din 23-26 mai 2019 indică România (14%), Belgia (14%) și Marea Britanie (22%) drept țările cu cele mai mari creșteri procentuale unde cetățenii au votat pentru a-și exprima dezacordul vis a vis de o anumită situație; R. Lupitu, *op. cit.*, (<https://www.caleaeuropeana.ro/primul-eurobarometru-dupa-alegerile-europene-romania-tara-cu-cea-mai-mare-crestere-a-perceptiei-cetatenilor-ca-v-ocea-lor-conteaza-in-ue/>).

<sup>81</sup> *Idem*, p. 123.

importanță secundară, campania dedicată lor este dominată de teme de interes național, nu european și este marcată de o mobilizare mai redusă nu doar la nivel de electorat, ci și din punctul de vedere al resurselor angrenate<sup>82</sup>.

Privind mai atent înspre modelul explicativ prezentat mai sus, remarcăm faptul că acesta înglobează o serie de deficiențe „colectate” de-a lungul celor 40 de ani de când se organizează alegeri directe pentru Parlamentul European, carențe ce au adâncit și mai mult prăpastia existentă între instituțiile U.E. și cetățeni. De altfel, demersul nostru este centrat pe identificarea unor soluții pentru aceste deficiențe procedurale, iar ca să prindă contur este necesar să înțelegem foarte bine care sunt cauzele și consecințele ce au condus la actuala stare de fapt.

Pornim în această analiză având în vedere faptul că unele cercetări realizate de-a lungul timpului în materia alegerilor europene au evidențiat faptul că electorii europeni continuă să rămână profund atașați națiunii și cadrului de exercitare a reprezentării politice naționale. De altfel, ei întâmpină „dificultăți în identificarea sensului unor alegeri ce au puțină legătură cu cadrul experienței lor democratice, de a înțelege mecanismele prin care votul pe care ei îl oferă pentru candidații aleși la nivelul circumscripțiilor naționale, are influență asupra desemnării unei structuri politice supranaționale de care poate depinde viitorul lor”<sup>83</sup>. Totodată, „optimismul din anii '80 cu privire la integrarea europeană pe care cetățenii îl manifestau la acea vreme s-a diminuat treptat, și, pe fondul unui relativ eșec al Uniunii în a-și apropia cetățenii, instalându-se la nivelul societăților naționale un euroscepticism ce contribuie la îndepărtarea unei părți a electoratului de scrutinul european sau la transformarea acestuia în instrument de protest. Opiniilor cetățenilor față de integrarea europeană li se adaugă dificultăți legate de posibilitatea de a aprecia sau de a înțelege funcționarea atipică a Parlamentului European în raport cu cele mai multe sisteme naționale, ceea ce face ca acesta să fie asimilat „birocrăției bruxelleze” și să fie perceput ca îndepărtat de electorii săi, care nu pot controla modul în care aleșii s-au achitat de angajamentele asumate, iar impactul activității acestuia asupra politicilor și deciziilor comunitare să fie pus la îndoială”<sup>84</sup>. În aceeași notă, Maignette Paul consemna faptul că „puțină importanță pe care alegătorii o acordă alegerilor europene pune în evidență inteligența lor politică: ei au înțeles că Parlamentul European nu este punctul nodal al sistemului politic european, cu alte cuvinte, că drepturile lor politice de cetățeni europeni nu sunt decât unul din elementele care o definesc. Dacă rata de participare la alegerile europene este inferioară celei de la alegerile legislative naționale, dacă cetățenii profită uneori de această ocazie pentru a exprima votul lor de protest, dacă dezbaterile pre-electorale sunt centrate în general pe probleme naționale, toate acestea se întâmplă pentru că cetățenii europeni cred în continuare că statele rămân cadrele majore de unde se exercită suveranitatea”<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> D. Mihalache, *Alegerile europarlamentare în România. Comunicare și marketing politic în campania din 2014*, Revista „Sfera Politicii” nr.179/2014, p. 3 (<http://www.sferapoliticii.ro/sfera/179/art01-Mihalache.php>).

<sup>83</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 142.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 142.

<sup>85</sup> P. Maignette, *op. cit.*, p. 19.

Dacă până la semnarea și intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona din anii 2007, respectiv 2009, miza alegerilor europene nu era una foarte clară pentru cetățeni, dat fiind faptul că configurația Parlamentului rezultată după fiecare rundă de alegeri nu avea nicio consecință legală asupra formării oricărui alt for de la vârful U.E., Tratatul de la Lisabona aduce cu sine o măsură menită să dea un „nou suflu,” o mai mare importanță votului european: alegerea președintelui Comisiei Europene ținându-se cont de rezultatele alegerilor pentru Parlamentul European. O asemenea măsură venea să dea sens și influență votului european, impunând „partidelor să-și numească de la început candidații, fapt ce ar fi condus la personalizarea alegerilor și stărnirea interesului printre alegători și media, precum și la formularea unui veritabil program electoral centrat pe tematici europene, popularizat în cadrul unor campanii comune”<sup>86</sup>.

Cu toate acestea, chiar „dacă alegerile europene sunt ocazia de a desemna prin sufragiu direct membrii unei adunări transnaționale, în practică acestea transmit mai degrabă imaginea unei juxtapuneri de spații naționale, o agregare de scene politice naționale, ceea ce face dificilă „europenizarea lor”, decuplarea lor de spațiile politice interne și impunerea ca un moment de exercițiu democratic distinct, dedicat unor problematici și mize proprii Europei”<sup>87</sup>.

Iată că, „în ciuda creșterii puterii Parlamentului pe teren legislativ (prin intermediul procedurilor de cooperare, aviz conform și codecizie) și în ceea ce privește controlul Comisiei Europene (datorită rolului acestuia tot mai mare în desemnarea sa) alegerile pentru Parlamentul European continuă să se dispute între partidele naționale asupra unor chestiuni naționale”<sup>88</sup>. Aceasta se datorează și faptului că la nivelul Uniunii Europene nu au existat unele partide transnaționale coerente, capabile să mobilizeze electoratul astfel încât acesta să le sprijine în campanii și să le susțină platformele de politici publice. De altfel, „principala problemă a partidelor transnaționale a fost faptul că partidele naționale jucau deja principalele două roluri politice pe scena electorală. Alegătorii înțeleseseră deja și se identificaseră cu „etichetele de brand” ale partidelor naționale pe care se arătau cam reticenți să le înlocuiască cu altele care să definească niște partide europene de mari dimensiuni, încă noi și necunoscute”<sup>89</sup>. Totodată, partidele politice europene, apărute, în adevăratul sens al cuvântului, destul de târziu pe scena politică europeană, nu au reușit să impună „liste comune formate din candidați provenind din diferite țări și care să fie aceiași în întreaga Uniune pentru familia politică respectivă. Aceste liste, ca și ofertele partidelor sau teme de campanie, sunt dominate, în mare parte, de considerente naționale, ceea ce face ca elementele cu adevărat „europene” să nu ocupe decât un loc marginal”<sup>90</sup>. De altfel, în multe țări, partidele naționale continuă să se folosească de aceste alegeri în lupta pentru guvernul național, în vreme ce alegătorii le utilizează drept „carnete de note pentru

---

<sup>86</sup> *Idem*, p. 207.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 134-135.

<sup>88</sup> D. Varela, *Governarea Uniunii Europene*, Editura Institutului European, Iași, 2008, p. 37.

<sup>89</sup> S. Hix, A. Noury, G. Roland, *op. cit.*, p. 107.

<sup>90</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 141.

guvernele lor naționale”<sup>91</sup>. De asemenea, „alegerile pentru Parlamentul European oferă cetățenilor oportunitatea de a vota sincer și nu strategic. Alegătorii vor vota pentru partide mai apropiate de preferințele lor ideologice, în loc să voteze partide mari, mai îndepărtate, dar care au mai multe șanse să formeze guvernul. Alegerile europene permit de asemenea cetățenilor să-și exprime nemulțumirea față de partidul sau partidele de guvernământ”<sup>92</sup>. Iată că, „votul sancțiune reflectă astfel naționalizarea scrutinului european, alegerea electorilor făcându-se în cadrul de interpretare național”<sup>93</sup>.

Prin lentilele literaturii de specialitate, remarcăm și faptul că „participarea electorală și votul sunt influențate și de momentul în care au loc alegerile europene în relație cu ciclul electoral național. De exemplu, dacă alegerile europene se desfășoară la puțin timp după cele naționale, partidul sau partidele la putere se află într-o perioadă de grație și mai pot beneficia de susținerea de care au beneficiat cu ocazia alegerilor naționale. Dacă alegerile europene au loc înaintea celor naționale, partidele vor fi motivate să investească timp și bani în campanie. Dacă alegerile se desfășoară la jumătatea ciclului electoral, partidele sau partidul de guvernământ se vor/va afla probabil la cel mai scăzut grad de popularitate”<sup>94</sup>. Atragem atenția și asupra faptului că votul european ca vot sancțiune poate constitui o critică constructivă adusă puterii naționale, dar se poate transforma și într-un vot anti-U.E. alimentând euroscepticismul cetățenilor. Spre exemplu, „alegătorii ar putea alege să pedepsească partidele aflate la putere votând împotriva lor la alegerile europene și să își dea votul unor partide care li se opun. Dacă partidele aflate la putere sunt proeuropene și opoziția este antieuropeană, nemulțumirea față de guvernanți devine un vot anti-U.E. și favorizează apariția în Parlamentul European a unor europarlamentari anti-U.E.”<sup>95</sup>. Așa se explică scorurile pozitive înregistrate de către partidele extremiste atât de stânga cât și de dreapta, mai degrabă la scrutinul european decât la alegerile naționale.

Iată că, cele expuse pe parcursul acestei secțiuni i-au determinat pe specialiștii în integrare europeană să pună în discuție legitimitatea Parlamentului European. „Fără ca prin aceasta să negăm importanța participării la alegerile europene, legitimitatea pe care reprezentarea democratică o dă unui sistem și necesitatea ca alegerile să rămână suverane, achiesăm la ideea potrivit căreia fenomenul de demobilizare electorală ce caracterizează alegerile europene astăzi este mai degrabă expresia unei evoluții spre un model mai critic de exprimare cetățenească, decât semnul unei crize democratice”<sup>96</sup>.

De altfel, din ce în ce mai des, cetățenii europeni demonstrează faptul că nu se mai mulțumesc să fie simpli purtători pasivi de drepturi, consumatori reprezentanți prin vot. Ei se arată drept cetățeni activi<sup>97</sup>, capabili de a influența agenda politică a Uniunii Europene,

<sup>91</sup> D. Varela, *op. cit.*, p. 33.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 138.

<sup>94</sup> N. Brack, R. Coman, Y.-S. Rittelmeyer, C. Stănculescu, *op. cit.*, p. 124.

<sup>95</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *op. cit.*, p. 65.

<sup>96</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 137.

<sup>97</sup> În acest sens, comparativ cu ultimele alegeri europene din 2014, cetățenii europeni s-au prezentat la urne în 2019 mânați de un puternic simț al datoriei civice, 52% dintre aceștia relatând că doar așa au simțit că

ce au nevoie să înțeleagă în ce constă și care este miza proiectului la care sunt chemați să-și dea adeziunea.

În continuarea acestui demers, pledăm pentru refacerea legăturii electorale dintre cetățeni și europarlamentari, conexiune ce vreme de nouă tururi de scrutin s-a înrăutățit de la an la an, pentru depășirea statutului de alegeri de rangul doi, dar și pentru creșterea reprezentativității democratice a aleșilor.

Punând sub lupa analizei literatura de specialitate dedicată fenomenului electoral european, descoperim o serie de propuneri de reformare a alegerilor europene, venite din zona teoretică, precum cea aparținând lui „Hertner Isabelle ce enumera într-un studiu recent, cinci condiții ale europenizării alegerilor europene: o mai bună finanțare a campaniei de către partidele europene, nu de către partidele naționale individual; centrarea campaniei pe subiecte europene; un program electoral comun pentru partidele naționale aparținând aceluiași partid european; o campanie electorală integrată partid european – partide naționale membre; un candidat comun pentru Președinția Comisiei propus de fiecare partid european”<sup>98</sup>.

Rămânem în aceeași zonă și precizăm faptul că în anul 2007, euro-deputatul britanic Duff Andrew depunea la Comisia pentru Afaceri Constituționale o inițiativă pentru modificarea regulilor de organizare a alegerilor europene. Această propunere cuprindea o serie de inovații majore, precum: „toate statele cu o populație mai mare de 20 de milioane de locuitori trebuie să se împartă în circumscripții electorale regionale. Din aceste circumscripții se vor alege maxim 751 de euro-deputați, după regulile electorale ale alegerilor europene deja utilizate de fiecare stat; pe lângă numărul maxim de 751 de euro-deputați, se vor alege 25 de europarlamentari dintr-o singură circumscripție formată din întreg teritoriul U.E. Numărul maxim de euro-aleși va crește deci, la 776”<sup>99</sup>.

Această inițiativă se impune drept propunerea prin care partidele europene se pot transforma în principalii actori ai alegerilor europene. Astfel, „ele ar avea posibilitatea să propună liste chiar și în statele unde nu au niciun partid care să le reprezinte în mod oficial”<sup>100</sup>. Totodată, „posibilitatea de a vota pentru o listă transnațională, care să includă noi personalități, reprezintă o soluție la care elitele politice europene au recurs pentru a combate absenteismul. De asemenea, se crede că folosirea acestor liste transnaționale va micșora importanța mândriei naționale în cadrul Parlamentului European, iar promovarea unor candidați care provin din alte state ar forța oficialii de rang înalt ai fiecărui partid european să fie mai prezenți în campanii, să viziteze mai multe țări, să se implice în popularizarea punctelor de vedere ale partidelor, ridicând astfel standardele dezbaterilor și orientându-le către subiecte de relevanță pentru întreaga Uniune”<sup>101</sup>.

---

pot schimba lucrurile, participând la vot; R. Lupitu, *op. cit.*, (<https://www.caleaeuropeana.ro/primul-euro-barometru-dupa-alegerile-europene-romania-tara-cu-cea-mai-mare-crestere-a-perceptiei-cetatenilor-ca-vocea-lor-conteaza-in-ue/>).

<sup>98</sup> C. Turșie, *op. cit.*, p. 90.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>100</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *op. cit.*, p. 67.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 68.

Iată că, inițiativa lui Duff Andrew vorbește despre două voturi pe care electorii europeni ar trebui să le acorde: unul pentru alegerile desfășurate pe lista națională ori regională, iar cel de al doilea pentru lista transnațională europeană. În aceste condiții, „sistemul de vot în cazul circumscripției pan-europene presupune următoarele: candidații de pe listele transnaționale să provină din cel puțin 1/3 din statele membre; listele vor putea fi propuse doar de partidele europene; respectarea echilibrului de gen; vot preferențial pe liste semi-deschise (permite alegătorului să voteze fie pentru lista de partid, fie pentru un candidat individual); mandatele alocate după metoda Saint – Laguë (argumentând că este mai proporțională decât metoda d’Hondt); nu va exista prag electoral; se va crea o Autoritate Electorală a U.E. care să managerizeze alegerile pe listele transnaționale”<sup>102</sup>.

Așadar, avem de a face cu o „combinație între listele specifice fiecărui stat și cele transnaționale. Cea mai mare parte a europarlamentarilor ar urma să fie aleși în mod tradițional, folosind liste de candidați la nivel național, iar restul ar fi aleși prin intermediul unor liste de candidați comune pentru toate țările membre, câte una pentru fiecare partid european”<sup>103</sup>. O astfel de formulă ar urma „să lărgască aria de opțiuni aflate la dispoziția electorilor; ar oferi candidaților mai multe stimulente pentru a face mai intens campanie pe teme europene, în interiorul, dar și în afara propriei țări; ar întări infrastructura partidelor europene, precum și mecanismele de transmisie a informațiilor pe teme europene dinspre elitele politice către alegători”<sup>104</sup>.

Inițiativa lui Duff Andrew a surescitat în literatura de specialitate și nu numai o serie de dezbateri presărate cu argumente pro și contra. Astfel, „listele transnaționale constituie un experiment de democrație transnațională, care ar trebui susținut de toți cei care doresc crearea unui spațiu public european și a unui veritabil sistem european de partide drept creuzet al formării unei conștiințe politice europene. Pe de altă parte, se crede că aceste liste transnaționale nu ar conduce decât la crearea a două categorii de europarlamentari, iar partidele naționale nu ar suporta diminuarea rolului în alcătuirea listelor electorale în defavoarea partidelor europene”<sup>105</sup>.

Această propunere reprezintă cu siguranță prima reformă coerentă și progresistă a regulilor electorale europene de la introducerea acestora în anul 1976, nu este una perfectă, dar cu certitudine poate deveni una perfectibilă, dat fiind faptul că fondul proiectului este unul bun, unde listele transnaționale vin să întărească competiția de la nivel european, partidele europene ar căpăta vizibilitate printre cetățeni, mass media, am asista la crearea unei elite politice cu adevărat europene. Totuși, „creionarea unui sistem de vot impune precauție, dat fiind faptul că cetățenii vor judeca oportunitatea listelor transnaționale și prin prisma tipului de scrutin utilizat: vot preferențial sau liste închise”<sup>106</sup>. Pledăm

<sup>102</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>103</sup> S. Gherghina, G. Jigău, *op. cit.*, p. 68-69.

<sup>104</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>105</sup> C. Turșie, *op. cit.*, p. 90.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 90.

pentru votul preferențial în defavoarea listei închise, întrucât „alegătorii pot să își exprime preferința pentru unul sau mai mulți candidați de pe lista națională și/sau de pe lista transnațională pentru care au optat. Astfel, după ce fiecare partid află câte mandate obține, pe listele naționale sau pe cele transnaționale, în urma votului, candidații cu numărul cel mai mare de opțiuni exprimate de către alegători vor avea prioritate în ocuparea mandatelor câștigate”<sup>107</sup>.

Găsim aceste inițiative de bun augur, mai ales pentru că vin în sprijinul cetățenilor europeni, ce vor avea astfel „o mai bună reprezentare a puterilor deputaților lor, vor putea realiza mai ușor impactul pe care Uniunea îl are asupra vieții lor cotidiene”<sup>108</sup>. Dar, „realizarea unei veritabile reforme electorale este un proces lung și, cel mai probabil, controversat”<sup>109</sup>.

#### 4. Concluzii

Demersul nostru științific a căutat să aducă în prim plan problematica alegerilor europene, cunoscute ca fiind alegeri de ordin secund, problematică deosebit de importantă pentru oficialii europeni care se confruntă de la un ciclu electoral la altul cu o participare tot mai scăzută a cetățenilor europeni și cu un anumit dezinteres pe care aceștia din urmă îl afișează cu privire la subiectele ce țin de Uniunea Europeană. Această atitudine se datorează pe de o parte și faptului că în ultima perioadă, instituțiile europene au început să fie percepute de către publicul european ca fiind „un mamut birocratic care în mare măsură se autoservește pentru a-și justifica existența, este politic și democratic nelegitim, nereprezentativ, și în general comunică ineficient, insuficient, și cu un limbaj și de o manieră care, de cele mai multe ori, nu reușesc să capteze interesul și imaginația unei largi audiențe la nivel național în statele membre”<sup>110</sup>. Cele precizate mai sus vin să completeze varietatea de reguli electorale pe care le regăsim la nivelul statelor membre și care impun cu celeritate reformarea procedurii electorale de la nivelul Uniunii Europene.

De altfel, pe parcursul analizei întreprinse am evidențiat faptul că electorii europeni continuă să rămână profund atașați națiunii și cadrului de exercitare a reprezentării politice naționale, întâmpinând unele „dificultăți în identificarea sensului unor alegeri ce au puțină legătură cu cadrul experienței lor democratice”<sup>111</sup>. Pe lângă prezentarea cauzelor și consecințelor ce au condus la această stare de fapt, în cadrul prezentului studiu ne-am concentrat și pe identificarea unor soluții. Astfel, am adus în atenție o serie de propuneri de refacere a legăturii electorale dintre cetățeni și europarlamentari, precum cele formulate de către Hertner Isabelle sau Duff Andrew.

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>108</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 208.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> D. Luca, *Dilemele comunicării Uniunii Europene*, Editura Qual Media, Cluj Napoca, 2009, p. 116.

<sup>111</sup> C. Mătușescu, C. Gilia, *op. cit.*, p. 142.

Totodată, suntem de părere că informarea corectă a cetățenilor cu privire la importanța Parlamentului European și a alegerilor europene ar conduce la reducerea deficitului de participare la scrutinul european, ar trezi interesul cetățenilor pentru politica de la nivel european, dar și dorința de participare și implicare în procesul de luare a deciziilor. De altfel, cetățenii au nevoie a percepe votul nu doar ca pe o datorie civică, ci și ca pe acel instrument generator de schimbare aflat la îndemâna sa, drept ce o dată exercitat le poate conferi unele beneficii personale și colective ce le pot influența traiul cotidian.



## *II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE*



## Conferințele Facultății de Drept

1. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Centrul de Drept penal, a organizat în data de 24 septembrie 2019 Conferința internațională *Anticipating new trends in criminal justice, The 6th Edition of the Sino-European Criminal Law Forum*.

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Sun Wanhuai**, Universitatea de Est din China, Facultatea de Științe politice și drept – *Understanding and Application of the Crime of Destroying Production and Operation in the Chinese Criminal Law*; prof. univ. dr. **Wei Changdong**, Academia de Științe sociale din Shanghai, Societatea chineză de Criminologie, Centrul de cercetări pentru Dreptul penal european, *China's Wisdom and Contribution to the World in the Construction of „Clean China” Rule of Law System*; prof. univ. dr. **Zoran Pavlović**, Facultatea de Drept, Universitatea de Dreptul afacerilor, Novi Sad, Avocatul poporului pentru Vojvodina, Republica Serbia – *The Position and Rights of Homosexually Oriented Sentenced Prisoners in Serving Prison Sentences*; prof. univ. dr. **Elek Balázs**, Facultatea de Drept, Universitatea din Debrecen, Curtea de Apel din Debrecen, Ungaria – *The European Aspects of Tax Fraud (The Hungarian Practice)*; prof. univ. dr. **Wang Enhai**, Universitatea de Est din China, Facultatea de Științe politice și drept – *Reflection on the Leniency System for Admission of Guilt and Acceptance of Punishment – From the Perspective of the Accused's Right to Repent*; prof. univ. dr. **Csaba Szilovics**, Facultatea de Drept, Universitatea din Pécs, Ungaria – *Tax Heroes*; dr. **Balláné Szentpáli Edit**, Facultatea de Drept, Universitatea din Debrecen, Ungaria – *Plea Bargain – Tax Fraud*; lect. univ. dr. **Laura Stănilă**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, Centrul de Drept penal – *On the Necessity of Recognizing Artificial Intelligence as Subject to Criminal Law*; prof. univ. dr. **He Ping**, Universitatea de Est din China, Facultatea de Științe politice și drept – *The Risk of Money Laundering in Internet Finance and Its Countermeasures*; Prof. univ. dr. **Herke Csongor**, Facultatea de Drept, Universitatea din Pécs, Ungaria – *The pre-trial in the new Hungarian Criminal Procedure Code*; conf. univ. dr. **Flaviu Ciopec**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, Centrul de Drept penal – *New Trends in Addressing Corporate Crimes: Internal Investigations*; conf. univ. dr. **Chen Haifeng**, Academia de Științe sociale din Shanghai, Institutul de Drept – *The Specialization of Criminal Procedure for Duty Crimes in China*; asist. univ. dr. cercetător **Cheng Yan**, Universitatea de Est din China, Facultatea de Științe politice și drept – *The Development of Defense Right in Chinese Criminal Procedure*; drd. **Adrian Stan**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, Centrul de Drept penal – *Discussions on amending the Law no. 241/2005 of tax evasion. The position of Romanian Constitutional Court*; drd. **Matei-Ciprian Graur**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, Centrul de Drept penal – *The Convict's Right to Hope. Difficulties Regarding the Condition of Payment of the Prejudice in the Matter of Conditional Release*.

2. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în data de 29 octombrie 2019, în ciclul „Prelegerile Facultății de Drept”, prelegerile cu teme

---

*The legal and judicial system in Israel, The legislation in car accidents in Israel și The art of cross-examination*, susținute de **Ariel G. Bergner**, judecător la Curtea din Netania, Israel.

3. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în cadrul workshop-ului *Diaspora Guest Lectures*, prelegerea *Evoluția cadrului european în pregătirea Uniunii Bancare*, susținută de dr. **Larisa Dragomir** (Comisia Europeană – Direcția Generală pentru Stabilitate Financiară), în data de 29 noiembrie 2019. Doamna Larisa Dragomir este absolventă a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara și doctor în drept al European University Institute (Florența, Italia).

4. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în data de 6 decembrie 2019 prima ediție din seria de evenimente *Discuțiile lui Valentin Constantin. Ce rămâne de spus despre drept?*, care l-a avut ca invitat pe domnul prof. univ. dr. **Paul Vasilescu**, decan al Facultății de Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca (2004-2012).

### *III. ȘCOALA DOCTORALĂ*



## **Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara**

### **Susțineri de teze de doctorat:**

1. În data de 12 iulie 2019, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a fost susținută teza de doctorat „*Principiul proporționalității în dreptul european al drepturilor omului*”, elaborată de doctorandul Papuc M. Teodor, sub coordonarea științifică a domnului prof. univ. dr. Constantin Valentin.

2. În data de 21 septembrie 2019, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a fost susținută teza de doctorat „*Dimensiunea constituțională și legislativă a libertății comerțului*”, elaborată de doctoranda Gherman L. Cristina-Florina, sub coordonarea științifică a domnului prof. univ. dr. Ioan Vida.





#### *IV. APARIȚII EDITORIALE*



În anul 2019, au fost publicate mai multe lucrări elaborate de cadre didactice ale Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.

1. Bercea Raluca, Doroga Sorina, *Dreptul Uniunii Europene în hotărâri și cazuri practice*, ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2019.

Cartea „Dreptul Uniunii Europene în hotărâri și cazuri practice” este, pe de-o parte, o antologie a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, iar pe de altă parte, un grupaj de așa-numite „cazuri practice”, spețe construite pentru uzul studenților.

Jurisprudența selectată susține într-o manieră accesibilă teoria generală a sistemului juridic al Uniunii Europene și reprezintă o extrem de utilă trecere în revistă a tendințelor curente din jurisprudența Curții.

Nu în ultimul rând, cartea le prezintă celor familiarizați cu jurisprudența activistă, bazată pe „interpretări evolutive” ale tratatului, a Curții de la Strasbourg, o versiune diferită, cea a interpretării care se autolimitează, în special la jurisprudența Curții de la Luxemburg din ultimul deceniu.

Nu este prima carte de acest gen, este însă una dintre cele mai bune. O culegere de texte densă, riguroasă și elegantă.

2. Raluca Bercea, Lucian Bojin, Diana Botău, *Vă place dreptul?*, Editura C.H. Beck, București, 2019.

În 2019, profesorul Valentin Constantin, de la Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, împlinește 65 de ani.

Pentru comunitatea juridică din România, Valentin Constantin este, în primul rând, un distins profesor de drept internațional public și de drepturile omului. De asemenea, este cel care, de peste două decenii, scrie despre drept eliberat de corsete dogmatice: a introdus în literatura juridică română nu doar idei, autori și cărți noi (spre exemplu, realismul juridic și pe cei mai importanți autori americani din secolul XX), ci și un stil proaspăt, dezinvolt, născut din plăcerea de a citi drept și de a scrie despre drept. Pe urmele celor pe care îi admiră, precum Oliver Wendell Holmes sau Karl Llewellyn, textele profesorului Valentin Constantin exprimă un „realism românesc”, în care dreptul nu este desprins de fapte, ci le este integrat.

Pentru noi, însă, Valentin Constantin este profesorul care ne-a format ca juriști, învățându-ne cum să folosim reperele curenților de gândire pe care le apreciem – inevitabil, uneori, diferite de cele pe care el însuși le apreciază – ca să scriem cu onestitate despre teme a căror alegere ne-o asumăm. Am dorit, prin urmare, să îl aniversăm printr-un proiect care să îi reflecte personalitatea, concepând, împreună cu el, zece întrebări pe care le-am adresat câtorva dintre marii juriști ai României contemporane și ale căror răspunsuri le-am consemnat într-un volum colectiv. Lăsându-i cititorului bucuria să le descopere, îi vom spune doar că subiectele atinse sunt dreptul în vigoare, cercetarea juridică fundamentală, polemica în drept, aculturația juridică, impactul doctrinei asupra practicii judiciare, revistele, facultățile de drept și profesiile juridice, dreptul și ideologia ori

judecătorii Curții Constituționale. Ne aflăm, probabil, în fața celei mai sincere radiografii oferite dreptului românesc în ultima perioadă.

**3. Raluca Bercea, *7 dileme în teoria comparației*, Editura C.H. Beck, București, 2019.**

Lucrarea abordează în mod echilibrat concepte dificile de drept (comparat și nu numai) și exemple practice, dând consistență și reliefând importanța incontornabilă a dreptului comparat în epoca globalizării, a intersecțiilor și joncțiunilor dintre ordinele juridice.

Abordând subiecte de actualitate, cartea îl invită pe cititor, la fiecare pagină, să se sustragă presupuzițiilor disciplinare înrădăcinate și să(-și) chestioneze certitudinile modulate de propriul drept, astfel încât capitolele sunt structurate sub forma a șapte dileme, materia nefiind tratată apodictic.

Problematici precum statutul științific sau hermeneutic al dreptului, diferența și alteritatea, epistemologia metodologiilor juridice sunt adresate nu ca interogații filosofice sterile, ci ca mize juridice relevante pentru orice sistem de drept deschis către interacțiune cu alte sisteme.

Nu în ultimul rând, lucrarea cuprinde în fiecare capitol fragmente care propun practica efectivă a comparației și încapsulează referințe bibliografice fundamentale pentru domeniul dreptului comparat, constituind un reper pentru explorări ulterioare.

**4. Flaviu Copec, *Drept procesual penal. Partea generală*, ed. 2, Editura C.H. Beck, București, 2019.**

Lucrarea analizează aspectele privind obiectivele procesului penal, dar și a manierei în care aceste obiective sunt realizate în practica judiciară penală. Fiind concepută ca un suport de curs pentru studenți, aceasta reprezintă o contribuție reală la înțelegerea termenilor juridici specifici, cuprinzând trimiteri la lucrări de referință, exemple și jurisprudență, adresându-se astfel și tuturor celor care doresc o aprofundare a științelor penale.

**5. Coord. Flaviu Ciopec, Laura-Maria Stănilă, Ioana Celina Pașca, *Previzibilitatea legislației și jurisprudenței în materie penală*, Editura Universul Juridic, București, 2019.**

Volumul de față cuprinde lucrările secțiunii de drept penal din cadrul Conferinței Internaționale Bienale organizate la 2-3 noiembrie 2018 de către Centrul de Cercetări în Științe Penale din cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara.

Prima parte concentrează discuții în legătură cu extensiunea și intensiunea noțiunii de previzibilitate în dreptul penal material, în timp ce a doua parte a volumului se referă la analiza efectelor imprevizibilității în domeniul dreptului procesual penal. Studiile publicate reprezintă atât abordări punctuale a anumitor instituții de expresie generală (reabilitarea, infracțiunea omisivă, răspunderea persoanelor juridice, prescripția), cât și evaluări ale conținutului normativ al unor infracțiuni din perspectiva caracterului previzibil (traficul de influență, spălarea banilor, evaziunea fiscală). În materia procedurilor penale analizele au

vizat arestul la domiciliu, calitatea de martor sau acordul de recunoaștere a vinovăției, fără a neglija cercetări dedicate înțelegerii și explicației cauzelor imprezibilității.

6. Adrian Fanu-Moca, *Drept penal. Partea specială II*, Editura C.H. Beck, București, 2019.

Lucrarea analizează infracțiunile reglementate în Partea Specială a Codului penal cuprinse în programa disciplinei Drept penal. Partea specială II, aferentă semestrului al doilea, conform fișei disciplinei de la Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara. Astfel, lucrarea este destinată, în mod primordial, studenților, realizând o abordare analitică a infracțiunilor contra înfăptuirii justiției, a infracțiunilor de corupție și de serviciu, a infracțiunilor de fals, a infracțiunilor contra siguranței circulației pe drumurile publice și a câtorva infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială. Selecția lor tematică este făcută și prin raportare la programele examenelor de admitere în profesiile juridice, astfel că ea va putea fi utilizată și în scopul pregătirii acestora.

Lucrarea poate fi un instrument util și practicienilor în drept, interpretările textelor de incriminare fiind realizate pornind de la frecvențele „dezlegări ale unor chestiuni de drept”, în contextul în care, de la intrarea în vigoare a noului Cod penal, în anumite materii, practica judiciară nu s-a uniformizat, simțind nevoia unor intervenții diriguitoare din partea instanței supreme, autorul realizând în cuprinsul lucrării o analiză critică a acestora.

7. Cătălin Lungănașu, *Contestația la executare. Instituție fundamentală a dreptului procesual civil*, Editura C.H. Beck, București, 2019.

Contestația la executare, în opinia autorului, este o instituție fundamentală a dreptului procesual civil deoarece înglobează elementele esențiale din cele două faze pe care le poate prezenta procesul civil. Fiind o instituție specifică executării silite, soluționarea unei cauze ce are ca obiect contestația la executare presupune, indiscutabil, aducerea în discuție și verificarea diferitelor instituții și proceduri execuționale căci, în esență, întreaga fază a executării silite poate fi, de principiu, supusă verificării și cenzurării tocmai prin acest mijloc procesual al contestației.

8. Adina R. Motica, Oana-Elena Buzincu, Veronica Stan, *Admiterea în notariat. Teste grilă și sinteze teoretice*, ed. a 5-a, Editura Hamangiu, București, 2019.

*Admiterea în notariat. Teste-grilă și sinteze teoretice* reprezintă un proiect dedicat în primul rând celor care se pregătesc pentru examenul de admitere în profesia de notar, fiind structurat astfel încât să asigure parcurgerea și asimilarea eficientă și ușoară a informațiilor necesare, având în permanență și posibilitatea verificării acestora. Publicată pentru prima dată în anul 2015, lucrarea a fost dezvoltată continuu și îmbunătățită ediție după ediție, ajungând în prezent la următoarea structură:

- Fișe teoretice de drept notarial pentru pregătirea temeinică a concursului în concordanță cu ultimele modificări legislative din domeniul dreptului notarial, fiind

revizuite potrivit Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, cu modificările la zi;

- Teste grilă în materia dreptului notarial, a dreptului civil și a dreptului procesual civil, cu una sau două variante corecte de răspuns, cu explicațiile aferente atât din literatura de specialitate, cât și din actele normative în vigoare;

- Modele recapitulative realizate după tiparul subiectelor de examen, fiecare cuprinzând câte 100 de întrebări tip grilă din toate materiile regăsite în tematica pentru susținerea examenului de admitere în notariat.

**9. Coordonatori:** Florin Moțiu, Andrea-Annamaria Chiș;

**Autori:** Vladimir Diaconiță, Emese Florian, Alexandru Ilie, Nicoleta Miclăuș-Badin, Daniela Moțiu, Kamelia Sîrbu, Roxana Dan, Cristina Codruța Hageanu, *Admiterea în magistratură și în avocatură. Culegere de subiecte cu explicații ale variantelor de răspuns. Vol. I – Drept civil, Drept procesual civil*, Editura Universul Juridic, București, 2019.

Subiectele selectate, respectând structura examenelor pe care se bazează astăzi concursurile de admitere în profesiile juridice, la care se adaugă și explicațiile tuturor variantelor de răspuns, vor permite simularea examenelor/concursurilor de admitere în profesiile juridice, precum și gestionarea emoțiilor specifice acestora.

Lucrarea cuprinde subiectele date la concursurile/examenele de admitere în profesiile juridice din ultimii ani, fiind sistematizată în capitole corespunzătoare, conform disciplinelor de concurs/examen, în această ordine:

- Drept civil (admitere INM/magistratură 2016-2019; admitere Barou stagiaři/definitivi 2016-2019);

- Drept procesual civil (admitere INM/magistratură 2016-2019; admitere Barou stagiaři/definitivi 2016-2019);

Subiectele conțin explicații ale tuturor variantelor de răspuns, avându-se în vedere:

- soluționările contestațiilor la baremul de notare și evaluare;

- modificările legislative și dispozițiile legale în vigoare;

- decizii ale Curții Constituționale, recursuri în interesul legii, doctrină etc.

Explicațiile sunt poziționate la finalul fiecărui chestionar anual, permițându-se astfel o verificare reală a cunoștințelor, precum și o simulare a punctajului.

**10. Sergiu Popovici, *Drept internațional privat***, Editura C.H. Beck, București, 2019.

Prezentul curs are în vedere analiza principalelor instituții ale dreptului internațional privat (raportul juridic cu element de extraneitate, izvoarele dreptului internațional privat, calificarea, materia succesorală etc.) prin raportare la prevederile în vigoare ale Codului civil, Codului de procedură civilă, precum și a convențiilor internaționale și regulamentelor europene în materie (regulamentele „Bruxelles” și „Roma”).

**11. Voicu-Ionel Pușcașu, Cristinel Ghigheci, *Codul de procedură penală adnotat. Vol. I. Partea generală și Vol. II. Partea specială***, Editura Universul Juridic, București, 2019.

Am reunit în această lucrare tot ceea ce este astăzi relevant, din punct de vedere jurisprudențial, pentru înțelegerea, interpretarea și aplicarea corectă a Codului de procedură penală.

Sub fiecare normă citată am redat, sintetic, un extras din deciziile Curții Europene a Drepturilor Omului (în cauzele contra României), ale Curții de Justiție a Uniunii Europene (chiar dacă nu priveau în mod direct România), dar și din deciziile obligatorii ale Curții Constituționale și ale ICCJ, pronunțate în recursuri în interesul legii sau în dezlegarea unor chestiuni de drept.

Mai mult, constatând că, pentru atingerea scopului propus, adesea este foarte utilă și cunoașterea argumentelor cuprinse în deciziile de respingere pronunțate de către Curtea Constituțională, cu privire la excepțiile de neconstituționalitate ridicate, sau de către ICCJ, cu privire la sesizările pentru pronunțarea unor decizii obligatorii pentru interpretarea legii și lămurirea unor chestiuni de drept, am făcut efortul de a le evalua și pe acestea, din anul 2014 și până în prezent, și a le include, acolo unde acestea conțineau elemente semnificative pentru corecta înțelegere a normei procedural-penale vizate.

Suplimentar, am strâns deciziile de speță ale ICCJ (și nu numai), din perioada recentă, mai exact cea a ultimilor 10 ani, care sunt de actualitate și pot prezenta interes pentru întregirea informației juridice necesare în cunoașterea corecteii interpretării și aplicării a legii.

Lucrarea se dorește mai mult decât un compendiu de decizii reprezentative și utile. Am încercat să și corelam informația prezentată și, uneori, să o și comentam, punctual, prin intervenții minimale, în note de subsol.

Pentru cei care nu găsesc în jurisprudență răspunsul la problemele pe care norma de procedură le ridică, am încercat să direcționăm efortul de documentare prin menționarea, sub fiecare normă, a articolelor publicate în principalele reviste de specialitate, deoarece, uneori, doctrina reușește să ridice nu doar întrebări încă neadresate de jurisprudență, avansând posibile răspunsuri la acestea, dar și să comenteze, mai mult sau mai puțin pertinent, unele soluții jurisprudențiale.

**12.** Claudia Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, ed. a 9-a, Editura C.H. Beck, București, 2019.

Lucrarea cuprinde o analiză de ansamblu a instituțiilor de drept procesual civil, partea specială, conform noului Cod de procedură civilă. *Partea specială* urmărește să explice optica legiuitorului privitoare la desfășurarea procesului civil, în căile de atac, în cadrul procedurilor speciale, a modului în care se desfășoară un litigiu în fața instanțelor arbitrale și în executarea silită, ultima etapă a procesului civil.

*Ediția 9* a lucrării se distinge prin actualizarea și completarea comentariului instituțiilor corespunzătoare Pății speciale a Dreptului procesual civil, potrivit noilor orientări. Sunt avute în vedere ultimele modificări legislative aduse în domeniu prin decizii de neconstituționalitate, recursuri în interesul legii sau decizii pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, dar și modificările prevăzute de Legea nr. 310/2018.

Prezentul manual este destinat în primul rând studenților facultăților de drept, dar și altor juriști care urmăresc să-și clarifice reglementările corespunzătoare *Părții speciale a Dreptului procesual civil*.

**13.** Claudia Roșu, Alin Speriusi-Vlad, *Drept procesual civil. Partea specială, Caiet de seminar*, ed. 4, Editura C.H. Beck, București, 2019.

Caietul de seminar este corespunzător manualului *Drept procesual civil. Partea specială*.

Tematica seminarelor urmărește să detalieze titlurile din curs și să exemplifice cu aplicații practice și teste grilă, noțiunile teoretice.

*Ediția 4* a lucrării cuprinde numeroase spețe și grile noi, actualizări inspirate, în primul rând, de jurisprudența recentă în materie, autorii urmărind ca explicațiile privind interpretarea dispozițiilor noului Cod de procedură civilă să-și găsească reflectarea în realitatea concretă.

Lucrarea este destinată în primul rând studenților facultăților de drept, dar și juriștilor care urmăresc să fie la zi cu orientările practicii judiciare.

Intenția autorilor este de a oferi un instrument util, pentru o imagine completă asupra noțiunilor prezentate, prin corelarea manualului cu caietul de seminar.

**14.** Irina Sferdian, *Dreptul asigurărilor*, ed. 3, Editura C.H. Beck, București, 2019.

În lucrare sunt examinate în manieră ușor accesibilă elemente legate de conceptul de asigurare, contractul de asigurare, actorii care joacă pe piața asigurărilor (asigurați, asigurători, terți beneficiari, intermediarii de asigurări), particularitățile pe care le prezintă contractul de asigurare de bunuri, de răspundere civilă și de persoane, problemele controversate din asigurarea RCA și din materia asigurării creditului și asigurărilor obligatorii.

*Ediția 3* reprezintă o revizuire substanțială a celei anterioare, în urma reglementării contractului de asigurare în actualul Cod civil, a modificărilor legislative survenite în privința funcționării societăților de asigurare, a asigurării de răspundere civilă auto, a distribuției în asigurări etc., dar și a opiniilor specialiștilor din domeniu publicate în ultima perioadă.

**15.** Coord. Mihai Adrian Hotca, autori: Laura Maria Stănilă, Teodor Manea, Giulia Sologon, Cristian Bălan, Cătălin Constantinescu, Lucian Criste, *Admiterea în magistratura și în avocatură. Culegere de subiecte cu explicații ale variantelor de răspuns. Vol. II – Drept penal, Drept procesual penal*, Editura Universul Juridic, București 2019.

Lucrarea cuprinde subiectele date la concursurile/examenele de admitere în profesiile juridice din ultimii ani, fiind sistematizată în capitole corespunzătoare, conform disciplinelor de concurs/examen, în această ordine:

- Drept penal (admitere INM/magistratură 2017-2019; admitere Barou stagiaari/definitivi 2017-2019);



- Drept procesual penal (admitere INM/magistratură 2017-2019; admitere Barou stagieri/definitivi 2017-2019).

Subiectele conțin explicații ale tuturor variantelor de răspuns, avându-se în vedere: soluționările contestațiilor la baremul de notare și evaluare; modificările legislative și dispozițiile legale în vigoare; decizii ale Curții Constituționale, recursuri în interesul legii, doctrină etc. Explicațiile sunt poziționate la finalul fiecărui chestionar anual, permițându-se astfel o verificare reală a cunoștințelor, precum și o simulare a punctajului.

**16.** Laura Maria Stănilă, *Drept penal. Partea generală II*, Editura Universul Juridic, București, 2019.

Cursul de ***Drept penal, Partea generală II***, este dedicat studenților facultăților de drept, studenților la programele de master în științe penale, precum și candidaților la concursurile de admitere în avocatură și magistratură care doresc să dobândească cunoștințe temeinice în materia teoriei infractorului, a răspunderii penale și a sancțiunilor penale.

Cursul este structurat pe șase părți: Partea I – *Infractorul*, Partea a II-a – *Răspunderea penală*, Partea a III-a – *Sancțiunile penale*, Partea a IV-a – *Individualizarea sancțiunilor penale*, Partea a V-a – *Cauze care înlătură sau modifică executarea pedepsei* și Partea a VI-a – *Cauze care înlătură consecințele condamnării*.

De menționat este faptul că lucrarea aduce elemente de noutate în materia răspunderii penale a persoanei juridice – prin prezentarea modelelor de angajare a răspunderii penale a persoanei juridice – și a răspunderii penale a minorului – prin analiza condițiilor de angajare și a tipurilor de măsuri educative ilustrate prin multiple exemple de practică judiciară. De asemenea, cursul are în vedere toate modificările legislative, precum și deciziile Curții Constituționale și ale Înaltei Curți de Casație și Justiție (atât cele pronunțate de completul de dezlegare a unor chestiuni de drept, cât și de completul privind soluționarea recursului în interesul legii) și cuprinde numeroase referiri la practica judiciară recentă și foarte recentă. Sunt prezentate laudativ sau critic și opiniile exprimate în literatura de specialitate în legătura cu diferite instituții pentru a oferi o mai bună cunoaștere a acestora de către publicul ținta.



*V. PREMII*



**1. Cătălin Lungănașu**, asistent în cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara, a obținut în data de 25 septembrie 2019 **Premiul „SAVELLY ZILBERSTEIN” 2018** pentru articolul ***Admisibilitatea cererii de suspendare a executării silite***, publicat în Revista Română de Executare Silită nr. 2/2018.

**2. Laura Maria Stănilă**, lector în cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara, a obținut în data de 21 noiembrie 2019 **Premiul pentru cel mai bun articol** publicat în *Revista de Drept Penal al Afacerilor*, pentru articolul ***Inteligența artificială: o provocare pentru drept***, publicat în Revista de Drept Penal al Afacerilor nr. 2/2018.

## Analele UVT – seria Drept

### I. Criterii de tehnoredactare

Materialele destinate publicării se transmit de către autori numai pe suport electronic la adresa de e-mail: claudia.rosu@e-uvt.ro.

Materialele trimise de autori trebuie să se conformeze exigențelor referitoare la structura articolelor, studiilor, comentariilor și anume, acestea să cuprinsă o introducere, secțiuni cu titlu bine definit, precum și concluzii.

Textele trimise să fie scrise cu fontul Times New Roman, obligatoriu cu diacritice, cu dimensiunea de 12, iar subsolul de 10, la un rând. Din stânga paginii în dreapta ei, dimensiunea să fie de 16,5.

Textul trebuie însoțit obligatoriu de un rezumat în limba Română și de un rezumat în limba Engleză și de cuvintele-cheie ale articolului atât în limba română, cât și în limba engleză.

Titlul articolului se scrie atât în limba Română, cât și în limba Engleză.

În cuprinsul materialului, cu excepția titlului acestuia, textul și notele de subsol se culeg cu literă obișnuită.

În notele de subsol, prima dată se scrie inițiala prenumelui și apoi numele autorului, titlul lucrării se scrie integral și cu italic, – editura – se scrie integral, de ex. Editura C.H. Beck, localitatea de apariție, anul, pagina. Mențiunea – op. cit. – se scrie cu italic. Dacă sunt doi-patru autori ai unei lucrări, se trec toți, despărțiți prin virgulă. De ex.; S. Beligrădeanu, Gh. Mohanu. Dacă sunt mai mult de patru coautori, se scrie, după caz, numai numele primului și în continuare ș.a. ori (dacă există) numele autorului coordonator.

Ex. V. Pașca, *Studii de drept penal*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p.

La volumele scrise de mai mulți autori și în care la fiecare capitol, titlu, parte este nominalizat autorul citarea se face astfel: C. Stătescu, *Fapta ilicită cauzatoare de prejudiciu, ca izvor de obligații (Răspunderea civilă delictuală)*, în „Drept civil. Teoria generală a obligațiilor” de C. Stătescu, C. Bîrsan, Editura All Beck, București, 1999, p. 121 și urm.

Dacă titlul este într-o limbă străină se scrie în această limbă (și nu se traduce în cazul în care este în limbile franceză și engleză; se traduce în limba română dacă este în orice altă limbă ca, de pildă, germană, rusă, spaniolă etc.).

Nici în text, nici în notele de subsol nu sunt permise cuvinte sau fraze culese cu caractere aldine/bold ori integral cu majuscule.

În text și în notele de subsol nu sunt permise prescurtări precum: prev., disp., H.G., O.G., O.U.G. etc., ci se scrie denumirea completă adică: prevăzută, dispozițiile, Hotărârea Guvernului nr., Ordonanța Guvernului nr., Ordonanța de urgență a Guvernului nr.; Legea nr. etc.

Indicarea oricăror acte normative se face numai prin numărul și anul apariției, fără a se indica și ziua adoptării (ex. Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ).

Atât în text, cât și în note se scriu numai prescurtat art., paragr., alin., urm, iar în notele de subsol se scriu numai prescurtat p., t., vol.

În text și în notele de subsol se scriu prescurtat numai unele din denumirile codurilor, și anume: C. civ.; C. pr. civ.; C. pen.; C. pr. pen. etc. Nu se prescurtează, ci se scriu complet: Codul muncii; Codul vamal, Codul silvic etc.

Materialele să nu depășească numărul de 20 de pagini.

Denumirile oricăror instituții (persoane juridice) române (de ex. Ministerul Finanțelor Publice, Ministerul Justiției etc.) se scriu integral, nefiind permisă prescurtarea lor. Prin excepție se pot prescurta: O.N.U.; U.E.; N.A.T.O.

Este interzisă, în text și în notele de subsol, prescurtarea denumirii următoarelor instanțe: Curtea Constituțională; Înalta Curte de Casație și Justiție; Curtea Europeană a Drepturilor Omului; Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Numai în cuprinsul notelor de subsol, următoarele categorii de instanțe ori hotărâri se scriu exclusiv prescurtat: ex. Trib. București; Jud. Brașov; C. Ap. Cluj; S. civ.; S. pen., S. de cont. adm.; dec.; sent.; înch.

Citările la notele de subsol se fac astfel: Curtea Constituțională, dec. nr. 312/2010; C. Ap. București, S. a IV-a civ., dec. nr. 312/2011; etc.

Toate publicațiile (revistele de specialitate) se scriu cu titlul integral și între ghilimele, nefiind permisă prescurtarea lor. De ex: Revista „Dreptul” nr. 3/2011, p.....; Revista „Pandectele române” nr. 6/2004, p....., „Revue trimestrielle de droit civil” nr. 1/2004, p.....

În cazul actelor normative, se scrie la nota de subsol, monitorul în care a fost publicată astfel: Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 145 din 14 februarie 2010 și dacă este cazul, cu modificările și completările ulterioare sau republicarea.

În cazul referirilor la Culegerea de jurisprudență a Curții de Justiție a Comunităților Europene, în cazul primei citări, dintr-un articol, se pune denumirea completă a culegerii, și anume: „Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice”, urmată de an și pagină. În citările subsecvente, din același articol, se trece doar „Recueil ...”, urmat de anul culegerii și pagina.

În cazul materialelor în care predomină citarea deciziilor Curții Europene a Drepturilor Omului, precum și ale instanțelor Uniunii Europene, se admit următoarele prescurtări: C.E.D.O.; Comisia = Comisia Europeană a Drepturilor Omului; Convenția = Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale; C.E.D.H. = Recueil des arrêts et décisions.

Culegerile de decizii se citează astfel: Înalta Curte de Casație și Justiție, S. pen., dec. nr. 120/2010, în *Buletinul jurisprudenței 2010*, p. 700.

Dacă un autor dorește să sublinieze un text dintr-un citat ori să includă o paranteză într-un citat se procedează astfel: (s.n. – V.P.); (paranteza noastră – V.P.).

Toate lucrările și jurisprudența citate se indică numai în notele de subsol. Nu se permit materiale cu bibliografia și jurisprudența trecute la sfârșitul acestora.

Notele de subsol se numerotează în continuare, nu începând cu nota 1 la fiecare pagină.

Privitor la materialele care se publică, redacția își rezervă dreptul de a face sugestii, propuneri, modificări autorilor, iar dacă aceștia nu se conformează să decidă nepublicare articolelor.

Colaboratorii sunt obligați să respecte legislația privind drepturile de autor evitând total orice formă de plagiat. În cazul preluării unor idei din alte lucrări, colaboratorii sunt obligați să le citeze și, când este cazul, să treacă între ghilimele unele pasaje din lucrările citate.

Redacția revistei nu-și asumă nicio răspundere pentru nerespectarea de către colaboratori în caz de plagiat și în general a oricărei nerespectări de către aceștia a reglementărilor din legislația privind drepturile de autor.

În caz de plagiat, parțial sau integral, întreaga răspundere, atât juridică (penală, contravențională, civilă), cât și deontologică revine în exclusivitate autorului care a săvârșit plagiatul, redacția revistei neasumându-și vreo răspundere pentru încălcarea legislației privind dreptul de autor și drepturile conexe de către persoanele care înaintează revistei materiale în vederea publicării.

## **II. Structura revistei:**

Revista va fi structurată pe următoarele secțiuni:

1. Studii, articole, comentarii – Secțiunea de Drept privat; Secțiunea de Drept public;
2. Manifestări științifice;
3. Școala doctorală;
4. Evenimente;
5. Apariții editoriale

Articolele se trimit membrilor colegiului de redacție, care vor avea putere de cenzură a materialelor.

## **III. Apariții editoriale**

Analele UVT – seria Drept va avea 2 apariții anuale. Pentru primul număr, materialele se vor preda până la data de 31 mai a anului curent. Pentru al doilea număr, materialele se trimit până la data de 30 noiembrie a anului curent.

Prof. univ. dr. habil. Claudia Roșu  
Redactor-șef



## Cuprins

Cuvânt înainte	
Liber Amicorum prof. univ. dr. Emilia MIHAI .....	3

### I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

#### Secțiunea de drept privat

Consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor personale în contractele business to consumer – condiția consimțământului granular	
Lect. univ. dr. Juanita GOICOVICI .....	7

Reverse engineering: cât de relevantă este dobânda anuală efectivă pentru transparența prețului creditului?	
Prof. univ. dr. Lucian BERCEA .....	25

Posibilitatea invocării existenței unor clauze de natură abuzivă în cadrul contestației la executare	
Prof. univ. dr. Tiberiu MEDEANU.....	49

Procedura specială a evacuării din imobilele folosite sau ocupate fără drept	
prof. univ. dr. Claudia ROȘU .....	59

#### OPINIE JURIDICĂ

Referitoare la cererea în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, dacă instanța investită prin hotărâre de declinare a competenței poate invoca necompetența materială/funcțională, fără a-și verifica competența materială/funcțională în temeiul dispozițiilor de drept aplicabile, doar cu motivarea că instanța care a declinat competența în favoarea sa nu a invocat excepția necompetenței materiale în termenul prevăzut de dispozițiile art. 131 C. pr. civ., apreciindu-se astfel că această instanță a devenit competentă să soluționeze cauza ca urmare a pronunțării unei încheieri interlocutorii prin care a reținut că este competentă material/funcțional	
Prof. univ. dr. Claudia ROȘU, Lect. univ. dr. Florina POPA, Lect. univ. dr. Alin SPERIUȘI-VLAD, Asist. univ. dr. Cătălin LUNGĂNAȘU .....	67

Principiul disponibilității părților în procesul civil versus principiul rolului activ al judecătorului în aflarea adevărului: corelații, interferențe, limite	
Lect. univ. dr. Florina POPA .....	76

„Păreră ta contează” conform noilor reguli ale pieței online Lect. univ. dr. Flaminia STĂRC-MECLEJAN .....	88
Contractul standard în sistemul de drept american. Scurt studiu de doctrină Asist. univ. cercet. dr. Dan-Adrian CĂRĂMIDARIU .....	102
Clauzele abuzive – particularități în procedura contestației la executare Asist. univ. dr. Cătălin LUNGĂNAȘU .....	133
Răspunderea pentru reaua-credință în negocieri Asist. univ. dr. Raul MIRON.....	155
Înscrisul autentic în dreptul austriac Drd. Andrei RUSU.....	174
<b>Secțiunea de Drept public</b>	
Conducerea unui vehicul fără permis de conducere. Două ipoteze de (ne)tipicitate Conf. univ. dr. Adrian FANU-MOCA .....	197
Știința dreptului în Evul Mediu, Renaștere și Iluminism Lect. univ. dr. Dana-Maria DIACONU.....	204
O perspectivă istorică asupra accesului la justiție în dreptul românesc Lect. univ. dr. Violeta STRATAN .....	213
Reconstrucția constituțională a Afganistanului drd. Teodor Ioan COMAN .....	228
Gestiunea prin contract a terenurilor agricole ale statului Drd. Mădălina SAUCA .....	241
Obligația contractuală și răspunderea penală pentru omisiuni Drd. Cristina NICORICI.....	259
Liberarea condiționată în cazul detențiunii pe viață și a pedepsei închisorii mai mare de 10 ani drd. Lorena-Alexandra AVRAM.....	269

Aplicarea sancțiunii „avertismentului” în legislația contravențională a Republicii Moldova și a României Conf. univ. dr. Oleg PANTEA .....	278
Participarea la alegerile pentru Parlamentul European sau despre prima obligație ce îi revine unui cetățean european Drd. Teodora Elena ZALDEA .....	284
<b>II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE</b> Conferințele Facultății de Drept .....	315
<b>III. ȘCOALA DOCTORALĂ</b> Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara .....	319
<b>IV. APARIȚII EDITORIALE</b> .....	321
<b>V. PREMII</b> .....	331

# 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](http://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](mailto:comenzi@ujmag.ro)