IUSTITIA

REVISTA BAROULUI DOLJ

ANUL VI **NR. 1-2(12)/2016**

CUPRINS

PROFESIA LA ZI

Florea Gheorghe - Codul de conduită, etică și deontologie al avocatului român. Necesitatea elaborării tezelor prealabile 3

Sorin Stănciulescu - Indemnizaţia pentru incapacitate temporară de muncă, indemnizaţia de maternitate, ajutorul pentru creşterea copilului și ajutorul de deces în noua reglementare privind sistemul de pensii ale avocaților 7

FORUM

Lucian Bernd Săuleanu, Lucian Nițuleasa - Dreptul avocaților de utilizare a siglei baroului 11

Mihai-Dragoș Nicu - Despre avocatură și nemurire, precum și despre avocați nemuritori 14

Radu Marinescu - Congresul Federației Barourilor Europene (Luxembourg, 2016) 16

ZIUA EUROPEANĂ A AVOCAȚILOR - ACCESUL LA JUSTIȚIE (10 DECEMBRIE)

Ion Turculeanu - Accesul la justiție 18

Mihaela Opran - Accesul liber la justiție în dreptul intern 22

Ionel Grigorie - Rolul justiției în prevenirea și combaterea violenței domestice 35

Constantin-Adi Gavrilă - Medierea, accesul și reforma în justiție..... 41

STUDII ȘI CERCETĂRI

Sebastian Rădulețu, Crina Kaufman - Procedura hotărârilor-pilot și aplicarea ei în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la România 56

Bogdan Valentin Mihăloiu - Considerații privitoare la infracțiunile contra intereselor Uniunii Europene (art. 18[1] alin.1 din legea nr. 78/2000) 64

Eugen Tițoiu - Dispunerea argumentării judiciare. Rolul elocuțiunii în argumentarea judiciară 67

Răzvan Scafeș - Regimul sancțiunilor juridice aplicabile cazurilor de conflict de interese în interiorul societăților 78

Lucian Bernd Săuleanu - Schimbarea prototipului societar: de la societatea pe acțiuni la societatea cu răspundere limitată 86

Vasile Soltan - Studiu complex asupra clauzei de inalienabilitate – limitare convențională a dreptului de proprietate 90

Carmen Andreea Purcea - Considerații privind tipuri de pacte societare 97

PRACTICĂ JUDICIARĂ

Lotus Gherghină - Jurisprudența curții de apel Craiova în materia insolvenței societăților 101

Carmen Adrian Domocoș - Prescripția dreptului de a cere executarea silită sub imperiul noului Cod de procedură civilă a unui titlu executoriu obținut anterior intrării sale în vigoare 118

Iulia Alexandra Bosneanu - Comentariu la decizia civilă nr.2131/2015a Î.C.C.J., Secția I civilă. Contract de vânzare- cumpărare încheiat potrivit Legii 112/1995 lovit de nulitate absolută. Acțiune în daune- interese constând în contravaloarea îmbunătățirilor aduse imobilului. Admisibilitatea acțiunii în evacuare formulată de proprietarul actual. Efectele dreptului de retenție. 129

FILE DIN ISTORIA BAROULUI DOLJ

Cosmin Gherghe - Emanoil Chinezu – autor al unui proiect de Constituție (1857) 135

VARIA

INTERVIU cu domnul profesor Michael Martinek, Facultatea de Drept, Universitatea din Saarbrücken - Germania, realizat către domnul avocat Dragoș Nicu, consilier al Baroului Dolj 146

Lucian Nițuleasa - Noutăți privind sistemul juridic francez 149

Corina Moisei - Considerații privind instituirea procedurii plângerii constituționale în Republica Moldova 153

PROFESIA LA ZI

Codul de conduită, etică și deontologie al avocatului român. Necesitatea elaborării tezelor prealabile

Av. Dr. Florea Gheorghe
Președintele U.N.B.R.

Întărirea, înțelegerea deontologiei și practicarea acesteia cu credință sunt aspectele esențiale ale contemporaneității. Oamenii si-au pierdut credința în idealuri, devin tot mai puțin sensibili la principii fundamentale după care sa se ghideze în viață. Sunt dezorientați, nu-si mai înțeleg identitatea, altădată clar stabilită de ordinea socială. Într-un fel e de înțeles, e greu să facă față nonvalorilor promovate. E greu să ne mai găsim reperele!

Nu putem decât să avem speranța ca vom avea sensibilitatea să realizăm că suntem într-un moment cheie, de mare blazare, în care daca nu întărim credința în valori, în etică, pierdem profesia și ne pierdem pe noi!

Prin Hotărârea Congresului avocaților din 1999, avocații români și-au însușit integral Codul Deontologic al avocatului European (în continuare, Codul), ca fiind și Codul deontologic al avocatului român, cu mult înainte de aderarea României la Uniunea Europeană. Codul a fost adoptat în ședința plenară, ținută la Lyon pe 28 noiembrie 1998 de Consiliul Consultativ al Barourilor Europene (CCBE) – organul suprem de reprezentare a profesiei de avocat în fața instituțiilor Uniunii Europene.

Codul consacră norme deontologice fundamentale pentru garantarea dreptului la apărare prin avocat, dar finalitatea sa esențială este aceea de stabilire a unor norme de conduită pentru avocatul aflat în exercițiul transfrontalier al profesiei. În prezent CCBE elaborează și dezbate propuneri de îmbunătățire și modificare a Codului.

Codul se aplică în prezent în România în condițiile în care acte ale organelor profesiei, în limitele competențelor lor legale, au consacrat expres reguli de deontologie profesională, mai ales în domeniile evitării conflictelor de interese, al concurenței profesionale, al publicității profesionale, dar și cu privire la bunele practici în domeniul prestațiilor rezervate de lege serviciilor profesionale avocațiale. Numeroase norme incluse în Statutul profesiei de avocat, care au corespuns schimbărilor sociale și politice precum și modificărilor legislative intervenite succesiv cu privire la profesia de avocat, la momentul adoptării lor, au dobândit natura sau au o funcție strict deontologică. Realitatea exercitării profesiei contrazice adesea exigența specifică unor norme cu caracter statutar.

Congresul avocaților 2015 a decis că este în interesul general al profesiei de avocat din România elaborarea și includerea într-un act normativ unitar a normelor de conduită profesională și deontologia avocatului român, față de evoluția profesiei de avocat în România, față de tradițiile profesiei de avocat din spațiul românesc, dar și față de modul în care a fost repoziționată activitatea avocatului în raport cu sistemul judiciar și mediul de afaceri, în plan intern și european.

Reformele legislative și schimbările politice și sociale au influențat exercitarea profesiei de avocat în România. Corpul avocaților din România nu a rămas indiferent la aceste schimbări. Sunt convins că membrii Consiliului Uniunii Naționale a Barourilor din România sunt de acord că este de neconceput o deontologie dublă, triplă sau multiplă în cadrul Uniunii Europene. De aceea activitatea avocatului român nu poate să fie

diferită esențial de conduita profesională care implică respectarea regulilor de etică și deontologie din Uniunea Europeană.

În demersurile sale, profesia de avocat nu poate abdica de la principiile care caracterizează activitatea avocatului și care au dobândit caracter de constante profesionale. Durabilitatea lor în timp dovedește concludent actualitatea funcției esențiale tradiționale a avocatului în societatea modernă. Este nevoie însă să fie reglementate și cele mai recente experiențe profesionale, unele complet străine de profesia de avocat până de curând, altele preluate după modelul exercitării profesiei pe plan european și mondial, adesea in sisteme juridice cu alte tradiții și reglementări decât cele care au inspirat tradițional legislația privind profesia de avocat în România.

Noua reglementare se va fundamenta și va respecta rolul rezervat avocatului într-o societate democratică, în care avocatul exercită profesia pe bază de lege, iar cadrul legal configurează exact rolul avocatului, al organelor profesiei , limitele de competență ale acestora din urmă.

Funcția socială a avocatului într-o societate bazată pe lege reclamă stabilirea unor norme de conduită profesională și a unor principii și norme de etică și deontologie profesională, care deosebesc serviciile profesionale ale avocatului de alte servicii profesionale intelectuale, inclusiv prin exercitarea unor profesii compatibile cu exercitarea profesiei de avocat sau prin conlucrare cu profesii care nu sunt permanent și tradițional implicate în realizarea efectivă a justiției. Interesele încredințate avocatului de către persoane interesate de ocrotirea drepturilor și intereselor lor legitime configurează particular limitele concrete, proprii și specifice profesiei de avocat, acelea subordonate apărării pe bază de lege. Întreaga conduită profesională a avocatului este subordonată imperativului apărării demnității umane, valoare superioară care se regăsește în întreaga ordine juridică a unei societăți civilizate, care se bazează pe lege și în care avocatul asigură persoanelor și societății, tehnica și cunoștințele necesare pentru consiliere juridică și apărarea drepturilor și intereselor legitime. Într-o societate care funcționează pe baza Dreptului și care proclamă drept valori fundamentale egalitatea în fața legii și Justiția, avocatul ca expert în legi și cunoscător al tehnicii juridice și strategiilor procesuale este indispensabil pentru realizarea Justiției, cu garantarea informării depline și asistarea juridică a părților, atât în proces cât și în afara lui, pentru realizarea deplină a dreptul la apărare, cerință indispensabilă a protecției judiciare efective a oricărei persoane.

Avocatul este obligat să aibă un comportament care să permită atât satisfacerea drepturilor inalienabile ale clientului, cât și apărarea și consolidarea valorilor superioare pe care se bazează societatea și condiția umană.

Regulile tradiționale se împrospătează, viața admite reguli noi în lumina dreptului comparat, iar experiențe profesionale recente îmbogățesc practica profesiei, dar reclamă și o deontologie adaptată la nou.

Profesia de avocat are însă și datoria socială de a proteja valorile fundamentale ale statului de drept: drepturile și libertățile fundamentale ale omului, dreptul persoanelor la securitate juridică și judiciară, justiția bazată pe lege. De aceea deontologia profesiei de avocat aparține domeniului dreptului. Reglementările reclamă claritate, precizie și un potențial real de adaptare la evoluția profesiei de avocat, astfel încât orice modificare de fapt sau de drept a situației profesionale în care se află avocatul să permită adaptarea a normei de conduită, de etică și deontologie la noua realitate legislativă sau socială în care se desfășoară activitatea avocatului.

Dăinuiesc principiile fundamentale în exercitarea profesiei de avocat: *independența, demnitatea, integritatea, loialitatea, secretul profesional și libertatea de apărare.*

Într-un stat de drept, *independența avocatului* este la fel de necesară ca imparțialitatea judecătorului. Avocatul își informează clientul asupra situației sale juridice, a diferitelor valori care se pun în joc în oricare dintre acțiunile sau omisiunile sale și asigură apărarea tehnică a drepturilor și libertăților sale față de alți agenți sociali, de ale căror drepturi și demnitate personală trebuie, de asemenea, să se țină seama. Această activitate complexă a avocatului servește nu numai cetățeanului, dar și sistemului Statului de Drept, dacă avocatul nu este supus presiunilor, dacă avocatul are libertate deplină de a cunoaște, de a-și forma o opinie profesională asupra cazului, a informa și apăra, fără altă obligație în afara idealului justiției. În nici un caz, avocatul nu trebuie să acționeze constrâns și nici de complezență!

Cinstea, probitatea, loialitatea, dedicația și veracitatea sunt virtuți care trebuie să fie indispensabile activității avocatului. Ele fundamentează relațiile necesare de încredere avocat-client și constituie baza cinstei și demnității profesiei. Avocatul trebuie să acționeze întotdeauna cinstit și responsabil, cu competență, cu loialitate față de client, cu respect pentru partea adversă, păstrând secretul celor aflate în activități profesionale sau în legătură cu acestea. Dacă orice avocat nu procedează astfel, activitatea sa individuală afectează cinstea și demnitatea întregii profesii.

Secretul profesional și confidențialitatea sunt îndatoriri fundamentale ale avocatului. În același timp, drepturile avocatului la confidențialitatea consultației juridice si respectul dreptului la secret profesional nu constituie decât *concretizarea drepturilor fundamentale pe care legea le recunoaște clienților și apărării ca mecanisme esențiale ale statului de drept*.

Legea recunoaște oricărei persoane dreptul de a nu se autoincrimina, de a nu da declarații împotriva ei însăși și, de asemenea, dreptul la viață privată. Ambele drepturi vizează respectarea libertății și a dreptului la intimitate. Dar cetățeanul devine tot mai vulnerabil la puterea statului. Cetățeanul are nevoie de avocat pentru a cunoaște consecințele juridice ale faptelor sale, și pentru aceasta, trebuie să-i mărturisească și situații dintre cele mai intime. Tot ceea ce îi dezvăluie clientul, cu toate circumstanțele sale, plus tot ceea ce i se comunică de către alt avocat cu caracter confidențial, va trebui să fie păstrat secret. Avocatul de transformă astfel în paznicul intimității clientului său și al dreptului inalienabil al acestuia de a nu declara împotriva lui însuși.

Avocatul nu poate să-și riște libertatea și independența, loialitatea față de client nici secretul profesional și de aceea deontologia stabilește interzicerea exercitării profesiilor sau îndeplinirii funcțiilor care direct sau indirect creează orice fel de presiune fizică sau psihică care poate pune în pericol independența avocatului sau dezvăluirea oricăror date secrete. Altfel se pot prejudicia interese legitime ale clienților și se afectează grav încrederea cetățenilor în dreptul la apărare, și prin extensie în tot sistemul de garanții legale privind securitatea juridică și judiciară a persoanei.

Corespunzător principiilor fundamentale ale profesiei de avocat, reglementarea trebuie să clarifice bazele *incompatibilităților și publicității personale*. Codul privind Publicitatea va trebui să respecte principiile demnității, loialității, veracității și discreției, să salveze în orice situație secretul profesional și independența avocatului.

Funcția de armonizare socială, specifică profesiei, care tradițional a legitimat avocatul ca „mediator de drept" impune avocatului *obligația de a asigura înțelegerea între părți*, impune ca informarea făcută de avocat să nu fie tendențioasă nici să incite sau să invite la conflict sau litigiu.

Independența avocatului este intim legată de *principiul libertății de alegere*.

Avocatul este liber să preia conducerea juridică a rezolvării unei probleme iar cetățeanul este de asemenea liber să-și încredințeze interesele unui avocat la libera sa alegere și să înceteze relația profesională în momentul când consideră de cuviință. Această libertate absolută, va putea periclita propriul drept de apărare dacă între activitatea profesională a unui avocat și cea a înlocuitorului său se produce un vid de asistență juridică efectivă. De aceea, din vechea *instituție a „acceptului"*, trebuie să se impună obligația de comunicare obligatorie a avocatului-înlocuitor de către avocatul – înlocuit printr-o activitate de informare responsabilă. Aceasta este și situația în prezent, în practică, în majoritatea situațiilor. Există o garanție pentru client că nu va rămâne fără apărare efectivă pentru că trebuie să existe un singur moment în care vor înceta răspunderile unuia și vor începe cele ale celuilalt, și că se va asigura o informare completă, în beneficiul intereselor care fac obiectul apărării.

Avocatul trebuie întotdeauna să țină seama de funcția superioară pe care societatea i-o încredințează. Apărarea efectivă a drepturilor individuale și colective a căror recunoaștere și respectare constituie coloana vertebrală a Statului de Drept nu se poate realiza decât dacă avocatul ales se poate ocupa de problemă, este în stare să asiste și să apere real și efectiv. Aceste imperative îl obligă pe avocat *să-și adapteze și să își crească constant cunoștințele juridice*, să solicite sprijinul colegilor specializați ori mai experimentați, când este necesar.

Exercitarea colectivă și multidisciplinară a profesiei de avocat pe baza tehnicilor oferite de instituțiile financiare, impune reglementarea păstrării fondurilor clienților, menținându-i identificați separat de alți clienți ai cabinetului și, mereu la dispoziția clientului, ceea ce va contribui la transparența activității avocatului, consolidând încrederea clientului.

Normele deontologice care reglementează obligațiile și relațiile avocatului cu baroul, judecătorii și procurorii, colegii sau clienții, cunosc puține schimbări, aprofundează salvgardarea valorilor fundamentale în relația avocat-client. Se concretizează obligațiile de informare, cresc precauțiile pentru a evita conflictul de interese, protejând răspunderea și independența avocatului, se stabilesc mecanisme care să permită identificarea clară a începutului și sfârșitului activității profesionale a avocatului și, deci, a răspunderii sale. Sunt necesare reguli clare pentru recunoașterea și exercitarea libertății avocatului de a înceta apărarea când nu mai dorește s-o continue, decizie liberă care garantează permanent independența și care corespunde celei pe care o are cetățeanul pentru a desemna un avocat la alegere în orice moment.

Sistemul alegerii libere a avocatului și de acceptare a apărării trebuie particularizat pentru apărarea garantată în orice caz printr-un sistem de ajutor judiciare legal, mai conformă realitățile sociale, care să dea posibilitatea beneficiarului asistenței prin avocat, gratuite, să beneficieze de același nivel de servicii profesionale din partea unui avocat îndreptățit la o retribuire demnă a muncii sale.

Se impune actualizarea conceptului de *„pact de quota litis"* care niciodată nu a fost considerat de profesie ca ar fi inclus onorariul cuvenit avocatului, în mod obișnuit. *„Pactul de quota litis"* reflectă o asociere și participarea avocatului împreună cu clientul la rezultatul litigiului. Este necesar să se clarifice dacă se periclitează independența și libertatea avocatului care nu mai e doar apărător, ci un asociat al clientului său pentru realizarea unui rezultat material. Sunt așteptate clarificări dacă se alterează funcția apărării, ori se provoacă abandonarea sau discriminarea cetățenilor care au de revendicat drepturi de mărime patrimonială redusă sau a căror protejare este dificilă.

Normele deontologice nu pot impune limitări ale *concurenței libere și loiale în profesia de avocat*. Se conservă cerințele fundamentale care impun ca profesia să fie exercitată cu competență, de bună credință, cu libertate și independență, loialitate față de client, respectarea părții adverse și păstrarea secretului profesional.

Revine Consiliilor barourilor datoria de a asigura dezbaterea și implicarea avocaților în elaborarea noului cadru normativ, prilej pentru cunoașterea și aprofundarea normelor deontologice, dar și ocazie de a revitaliza obligația de a veghea la respectarea lor și corectarea, potrivit regimului disciplinar legal și statutar, a conduitelor profesionale contrare atribuțiilor normative rezervate profesiei de avocat din rațiuni ce țin de interesul reputației și prestigiului profesiei, dar și din rațiuni ce țin de domeniul interesului social general.

Indemnizaţia pentru incapacitate temporară de muncă, indemnizaţia de maternitate, ajutorul pentru creşterea copilului și ajutorul de deces în noua reglementare privind sistemul de pensii ale avocaților

Av. Sorin Stănciulescu
Baroul Dolj

Legea 72/2016 vizează un sistem propriu, unic și autonom de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților, definind principiile fundamentale de organizare și funcționare ale sistemului, precum și bugetul acestuia. Totodată, legea evidențiază contribuțiile la fondurile sistemului, categoriile de pensii, modul de stabilire și de plată a acestora, celelalte drepturi de asigurări sociale ale avocaților și prestațiile sociale aferente. Actul normativ mai prevede și modul de organizare a Casei de Asigurări a Avocaților, precum și atribuțiile acesteia în gestionarea sistemului, cu finalitatea de a defini și reglementa răspunderea juridică, respectiv jurisdicția sistemului de pensii.

Asigurații sistemului de pensii ale avocaților au dreptul, pe lângă pensie, la următoarele prestații de asigurări sociale: indemnizație pentru incapacitate temporară de muncă, cauzată de boli obișnuite, accidente de muncă sau accidente în afara muncii; indemnizație de maternitate; ajutor pentru creșterea copilului; ajutor de deces. De aceste drepturi beneficiază asigurații care au un stagiu de cotizare de cel puțin douăsprezece luni anterior producerii riscului, dacă nu realizează venituri din profesie și au achitate la zi obligațiile de plată către fondurile sistemului de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților.

Indemnizațiile și ajutoarele de asigurări sociale se achită beneficiarului, reprezentantului legal sau mandatarului desemnat prin procură specială de către acesta și pot fi solicitate, pe bază de acte justificative, în termen de 6 luni, calculat de la data la care beneficiarul era în drept să le solicite[1].

În perioada în care avocatul beneficiază de celelalte drepturi de asigurări sociale, altele decât pensia, va plăti o cotă procentuală din aceste indemnizații sau ajutoare cu titlu de contribuție la fondul de asigurări sociale al sistemului de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților. Această cotă se stabilește prin decizie a Consiliului de administrație al C.A.A. și se reține o dată cu plata prestației de asigurări sociale.

Plata prestațiilor de asigurări sociale încetează începând cu ziua următoare celei în care beneficiarul a decedat sau nu mai îndeplinește condițiile legale pentru acordarea drepturilor respective. Reluarea în plată a prestațiilor de asigurări sociale suspendate se face, la cerere, începând cu ziua în care a încetat cauza suspendării.

I. Indemnizație pentru incapacitate de muncă

Asiguratul aflat în incapacitate de muncă și care nu realizează venituri din profesie[2] beneficiază, în sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților, de indemnizație pentru incapacitate temporară de muncă.

---

[1] Baza de calcul al indemnizațiilor este egală cu media aritmetică a veniturilor brute aferente contribuțiilor lunare efectiv plătite la sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților în ultimele 12 luni anterioare producerii riscului asigurat, respectiv suma veniturilor brute aferente contribuțiilor lunare efectiv plătite în ultimele 12 luni, împărțită la 12.

[2] Prin venit din profesie se înțelege, în cazul avocatului asociat într-o societate civilă profesională sau societate profesională cu răspundere limitată, venitul care i se avansează legal, conform contractului de societate și statutului acesteia, în cursul unui exercițiu financiar.

Durata de acordare a indemnizației pentru incapacitate temporară de muncă este de cel mult 180 de zile în interval de un an, socotit din prima zi de îmbolnăvire. Începând cu a 91-a zi, perioada de acordare a indemnizației de incapacitate temporară se poate prelungi până la 180 de zile, cu avizul medicului expert al asigurărilor sociale.

Durata de acordare a indemnizației pentru incapacitate temporară de muncă este mai mare în cazul unor boli speciale[3]. Indemnizația pentru incapacitate temporară de muncă se suportă de către sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților din a 16-a zi de la data ivirii stării de incapacitate, cu excepția internărilor în spital, a bolilor gravidelor și a urgențelor medicale, care se suportă de la data ivirii stării de incapacitate.

În perioada vacanțelor judecătorești, indemnizația pentru incapacitate temporară de muncă se suportă de la data ivirii stării de incapacitate, în caz de internare în spital pentru afecțiuni sau accidente grave, definite ca atare în normele medicale, pentru afecțiunile în legătură cu starea de graviditate, precum și pentru perioada de incapacitate determinată de tratamentul ambulatoriu acordat ca o consecință a internării pentru afecțiunile respective.

Modul de calcul al indemnizației pentru incapacitate temporară de muncă se stabilește prin hotărâre a Consiliului U.N.B.R., în funcție de contribuția asiguratului la sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților în ultimele douăsprezece luni și de situația financiară a sistemului.

Dovada incapacității temporare de muncă sau a perioadei de concediu de maternitate se face prin certificat medical eliberat potrivit reglementărilor în vigoare. În cazul concediului de maternitate, prin certificat medical se înțelege orice act medical doveditor în original, care este însoțit de copia conformă cu originalul a certificatului de naștere. Dacă certificatul medical originale e necesar pentru obținerea unor drepturi din alte sisteme de asigurări, asiguratul poate face dovada fie cu copie legalizată, fie cu o copie conformă cu originalul, situație atestată de către filială sau sucursală, după caz.

Pentru a i se acorda indemnizația cuvenită, avocatul aflat în incapacitate temporară de muncă trebuie să anunțe filiala sau baroul, după caz, în termen de 48 de ore de la ivirea stării de incapacitate, iar certificatul medical, vizat de medicul de familie, să fie depus în cel mult 5 zile de la data încetării stării de incapacitate, prevăzută în certificat[4].

În cazurile în care se justifică o verificare suplimentară, filialele sau sucursalele pot solicita opinia unui medic agreat, a unui expert sau a comisiei de expertiză a capacității de muncă, prevăzută în legislația din sistemul public, cu privire la diagnostic, modalitatea de eliberare a certificatului medical, identificarea medicului sau a unității sanitare emitente.

Documentul medical pentru atestarea incapacității temporare de muncă pentru o perioadă mai mare de 180 de zile este valabil la plată numai dacă este eliberat de comisia de expertiză medicală a capacității de muncă din sistemul public de pensii cu care filialele sau sucursalele C.A.A. au încheiat convenții de colaborare. Perioada în care asiguratul urmează un tratament balnear nu este recunoscută de sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale al avocaților drept perioadă de incapacitate temporară de muncă[5].

II. Indemnizația de maternitate

Indemnizația de maternitate se acordă pe perioada concediului de sarcină și a concediului de lăuzie, pe o perioadă de 126 de zile calendaristice, asiguratelor care nu realizează venituri din profesie. De aceleași drepturi

---

[3] Respectiv un an, în intervalul ultimilor 2 ani, pentru tuberculoză pulmonară și unele boli cardiovasculare, conform reglementărilor din sistemul public de pensii; un an, cu drept de prelungire până la un an și jumătate de către medicul expert al asigurărilor sociale, în intervalul ultimilor 2 ani, pentru tuberculoză meningeală, peritoneală și urogenitală, inclusiv a glandelor suprarenale, precum și pentru SIDA și cancer de orice tip, în funcție de stadiul bolii; un an și jumătate, în intervalul ultimilor 2 ani, pentru tuberculoză pulmonară operată și osteoarticulară; 6 luni, cu posibilitatea de prelungire până la maximum un an, în intervalul ultimilor 2 ani, pentru alte forme de tuberculoză extrapulmonară, cu avizul medicului expert al asigurărilor sociale.

[4] Nerespectarea acestor termene, fără justificare, atrage nevalabilitatea lor la plată.

[5] Fac excepție cazurile de internare în unitățile spitalicești balneare pentru afecțiuni sau accidente grave, definite ca atare în normele medicale.

beneficiază și femeile care au încetat plata contribuției de asigurări sociale la sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților, dar care nasc în termen de 9 luni de la data pierderii calității de asigurat.

Indemnizația de maternitate se poate acorda integral sau fracționat, în funcție de numărul de zile calendaristice efectuate cu titlu de concediu legal de maternitate, în urma recomandării medicului și a opțiunii persoanei beneficiare. În cazul în care copilul se naște mort sau moare în perioada acordării indemnizației de maternitate, aceasta se acordă pentru întreaga perioadă.

Acest tip de indemnizație este suportat din fondul pentru alte drepturi de asigurări sociale, în funcție de contribuția asiguratei la sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților, în cuantumul și în condițiile stabilite prin hotărâre a Consiliului U.N.B.R.

Sistemul C.A.A. recunoaște concediul pentru sarcină ce se acordă pe o perioadă de 63 de zile înainte de naștere și concediul pentru lăuzie ce se acordă pe o perioadă de 63 de zile după naștere. Concediile pentru sarcină și lăuzie se pot compensa între ele, în funcție de recomandarea medicului și de opțiunea persoanei beneficiare, cu respectarea prevederilor legislației incidente. În situația în care survine decesul mamei, la naștere sau imediat după aceasta, tatăl beneficiază de restul indemnizației neîncasate de mamă.

III. Ajutor pentru creșterea copilului

Avocații au dreptul la un ajutor lunar pentru creșterea copilului, în cuantum fix, pentru o perioadă similară prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 111/2010 privind concediul și indemnizația lunară pentru creșterea copiilor, aprobată cu modificări prin Legea nr. 132/2011, cu modificările și completările ulterioare.

Ajutorul pentru creșterea copilului se acordă părintelui biologic al copilului precum și persoanei care a adoptat copilul, căreia i s-a încredințat copilul în vederea adopției sau care are copilul în plasament ori în plasament în regim de urgență, până la împlinirea vârstei de 2 ani a copilului, respectiv 3 ani a copilului cu handicap.

Perioada în care asiguratul primește ajutor pentru creșterea copilului constituie stagiu de cotizare în cadrul sistemului de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților. Cuantumul ajutorului lunar pentru creșterea copilului se stabilește prin hotărâre a Consiliului U.N.B.R. luată în trimestrul al IV-lea al fiecărui an, pentru anul următor, în baza propunerii C.A.A.

În situația unei sarcini gemelare, de tripleți sau multipleți se acordă câte un ajutor pentru creșterea copilului pentru fiecare copil născut dintr-o astfel de sarcină.

Acordarea ajutorului pentru creșterea copilului se sistează de drept, începând cu prima zi a lunii în care asiguratul îndreptățit la primirea acestuia prestează activități specifice profesiei de avocat, chiar dacă nu a expirat perioada de suspendare voluntară din exercițiul profesiei, pentru care s-a optat în vederea primirii ajutorului. Prestarea acestor activități poate fi dovedită prin orice mijloace de probă admise de lege, la sesizarea făcută de orice persoană interesată.

Sistarea ajutorului se decide după ascultarea beneficiarului. Imposibilitatea ascultării beneficiarului, din orice motive, nu împiedică luarea deciziei de sistare a ajutorului.

Ajutorul pentru creșterea copilului se acordă părintelui biologic al copilului precum și persoanei care a adoptat copilul, căreia i s-a încredințat copilul în vederea adopției sau care are copilul în plasament ori în plasament în regim de urgență.

IV. Indemnizație în caz de deces

În cazul decesului asiguratului sau al pensionarului, de ajutor de deces beneficiază soțul supraviețuitor, unul din descendenții de grad I ai defunctului sau persoana care suportă cheltuielile ocazionate de deces. Acordarea ajutorului de deces nu este condiționată de realizarea unui anumit stagiu de cotizare. Cuantumul ajutorului de deces se stabilește prin hotărâre a Consiliului U.N.B.R., la propunerea C.A.A., prin raportare la dispozițiile normative din sistemul public ce reglementează aceeași materie[6].

[6] Cuantumul se achită la nivelul cuvenit la data decesului.

Asiguratul sau pensionarul beneficiază de ajutor de deces în cazul decesului unui membru de familie[7] aflat în întreținerea sa, care nu era asigurat sau pensionar la data decesului. În cazul în care ajutorul de deces, încasat conform altor dispoziții legale, este mai mic decât cel care se acordă în sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților, se acordă diferența dintre cele două cuantumuri.

Ajutorul de deces se suportă din fondul pentru alte drepturi de asigurări sociale al sistemului de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților și se acordă, la cerere, pe baza unor documente specifice[8]. Dovada că solicitantul a suportat cheltuielile ocazionate de deces se face cu înscrisuri doveditoare în acest sens, inclusiv cu declarație pe propria răspundere a solicitantului ajutorului de deces. De asemenea, dovada că membrul de familie nu era asigurat sau pensionar se face prin declarație pe propria răspundere a celui care solicită ajutorul de deces.

Ajutorul de deces se achită în termen de 48 de ore de la solicitare și depunerea actelor necesare soluționării cererii.

[7] Se consideră membru de familie soțul; copiii proprii, copiii adoptați, în vârstă de până la 18 ani sau, dacă își continuă studiile, până la terminarea acestora, fără a depăși vârsta de 26 de ani; părinții oricăruia dintre soți.

[8] Ajutorul de deces se acordă pe baza următoarelor documente: a) cerere pentru acordarea ajutorului de deces; b) certificat de deces (original și copie); c) act de identitate al solicitantului (original și copie); d) acte de stare civilă ale solicitantului, din care să rezulte gradul de rudenie cu decedatul, sau, după caz, actul care atestă calitatea de tutore, curator, mandatar (original și copie); e) dovada că solicitantul a suportat cheltuielile ocazionate de deces (original și copie).

FORUM

Dreptul avocaților de utilizare a siglei baroului

Av. Lucian Bernd Săuleanu
Decanul Baroului Dolj
Drd. Lucian Nițuleasa

Demersul nostru în identificarea posibilității avocaților de a utiliza sigla baroului în care își exercită activitatea este urmarea unei cereri formulate în acest sens și supuse analizei Consiliului Baroului Dolj în ședința din 20 octombrie 2016, care ne-a prilejuit câteva observații.

Statutul profesiei de avocat reglementează regimul utilizării siglei de către avocați în exercitarea profesiei în două prevederi, respectiv:

- art. 122 alin. 4 - "Contractul de asistență juridică va fi tipărit în formulare tipizate și înseriate ce vor conține **sigla** U.N.B.R., **cea a baroului emitent,** denumirea „Uniunea Națională a Barourilor din România" și cea a baroului emitent. Seria va avea o componentă literală comună fiecărui barou și o componentă cifrică formată din 6 cifre, urmată de menționarea anului emiterii formularelor. Înserierea este rezervată de către barou fiecărei forme de exercitare a profesiei" ;
- art. 248 - "Corespondența formei de exercitare a profesiei poate cuprinde: c) **sigla formei de exercitare a profesiei**, avizată, în prealabil, de consiliul baroului".

Așadar, în ceea ce privește dreptul avocaților de utilizare a siglei baroului din care fac parte, în legislația specială există o singură prevedere expresă, cea din art. 122 alin. 4 din Statutul profesiei de avocat, care este însă insuficientă pentru a clarifica pe deplin regimul juridic, ținând cont că acest text de lege limitează utilizarea siglei doar în contractele de asistență juridică.

Sub acest aspect ne interesează să stabilim posibilitatea avocaților de a utiliza sigla baroului în corespondență, având în vedere și că cea de-a doua dispoziție normativă, cuprinsă în art. 248 alin. 1 lit. c) din Statut nu este lămuritor, întrucât conferă avocatului dreptul de a utiliza sigla formei de exercitare, avizată, în prealabil, de consiliul baroului, ci nu sigla baroului, iar condiția privind obținerea avizului prealabil al consiliului baroului privește în mod limitativ doar această situație.

Prin urmare, fiind vorba de un însemn al unei organizații profesionale, reglementat de legislația specială a profesiei, apărarea împotriva utilizării siglei baroului fără avizare urmează a se realiza prin raportare la Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și Legea nr. 84/1998 privind înregistrarea mărcilor și indicațiilor geografice.

În primul rând, cu privire la incidența Legii nr. 8/1996 privind drepturile de autor se impune, înainte de toate, pentru stabilirea drepturilor de utilizare, analiza definiției operațiunii de "reproducere", așa cum aceasta este oferită de legea specială în art. 14: prin reproducere, se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloc și sub orice formă, inclusiv realizarea oricărei înregistrări sonore sau audiovizuale a unei opere, precum și stocarea permanentă ori temporară a acesteia cu mijloace electronice. Totodată, fiind vorba de accesul la utilizarea unui însemn profesional, trebuie avută în vedere și noțiunea operațiunii de "împrumut", așa cum este aceasta prevăzută la art. 14^1 din Legea nr. 8/1996 – "*prin împrumut, în sensul prezentei legi, se înțelege punerea la dispoziție spre utilizare,*

pentru un timp limitat și fără un avantaj economic sau comercial direct ori indirect, a unei opere prin intermediul unei instituții care permite accesul publicului în acest scop".

Însă, aplicarea Legii nr. 8/1996 **nu reprezintă o soluție** având în vedere dispozițiile art. 9 lit. c) care stabilesc că *nu pot beneficia de protecția legală a dreptului de autor simbolurile oficiale ale statului, ale autorităților publice și ale organizațiilor, cum ar fi: stema, sigiliul, drapelul, emblema, blazonul, insigna, ecusonul și medalia.*

În al doilea rând, în conformitate cu Legea nr. 84/1998, privind mărcile și indicațiile geografice, modificată și completată prin Legea 66/2010, la O.S.I.M. se pot înregistra ca mărci denumiri însoțite sau nu de un element figurativ. Indiferent de tipul mărcii (verbală, figurativă sau combinată), procedura de înregistrare este aceeași, respectiv pentru a fi înregistrată ca marcă o denumire (sau un slogan), însoțită sau nu de un element figurativ (desen), este necesară completarea unui formular tip (**cererea pentru înregistrarea unei Mărci pe cale națională)** și achitarea taxelor prevăzute în Ordonanța Guvernului nr. 41/1998 republicată, privind taxele în domeniul protecției proprietății industriale și regimul de utilizare a acestora.

După publicarea cererilor în format electronic în maxim 7 zile, O.S.I.M. examinează în fond o cerere de înregistrare marcă în 6 luni de la publicarea acesteia, iar în cazul admiterii înregistrării mărcii, aceasta se va publica în Buletinul Oficial de Proprietate Industrială - Secțiunea Mărci, în format electronic și se înscrie în Registrul Mărcilor, urmând să se elibereze certificatul de înregistrare. Protecția prin marcă se referă la protecția asupra denumirii înregistrate, nu asupra serviciilor sau produselor oferite, marca fiind un semn susceptibil de reprezentare grafică servind la deosebirea produselor/serviciilor identice sau similare care aparțin unei persoane fizice/juridice de cele aparținând altor persoane. Înregistrarea mărcii conferă titularului un drept **exclusiv** asupra mărcii pentru produsele și/sau serviciile pentru care s-a efectuat înregistrarea, pe un termen de 10 ani de la data constituirii depozitului. Înregistrarea aduce cu sine interdicția , pentru terți, de a depune sau de a utiliza, fără autorizație, indiferent sub ce formă, marca sau unul din elementele sale caracteristice, pentru aceleași produse sau servicii.

Raportat la subiectul analizei noastre trebuie menționat că drepturile asupra unei mărci pot fi transmise prin cesiune sau licență, oricând în cursul duratei de protecție a mărcii, prin cesiune înțelegându-se transmiterea drepturilor asupra mărcii, iar prin licență autorizarea terților să folosească marca pe întreg teritoriul României sau pe o parte a acestuia, pentru toate sau numai pentru o parte dintre produsele ori serviciile pentru care marca a fost înregistrată.

Cu toate acestea, Legea nr. 84/1998 reglementează și **marca colectivă**, astfel că ne întrebăm în ce măsură sigla baroului este o "marcă colectivă" așa cum o definește art. 3 lit. e) ca fiind *marca destinată a servi la deosebirea produselor sau a serviciilor membrilor unei asociații de produsele sau serviciile aparținând altor persoane*. Având în vedere că baroul este o persoană juridică de interes public constituit din toți avocații înscriși în baroul avocaților, putem aprecia că răspunsul este unul afirmativ printr-o interpretare extensivă a art. 50, care stabilește că asociațiile de fabricanți, de producători, de comercianți, de prestatori de servicii pot solicita la O.S.I.M. înregistrarea de mărci colective. Solicitantul unei mărci colective depune un regulament de folosire a acesteia, în care sunt menționate persoanele autorizate sa folosească marca colectivă, condițiile care trebuie îndeplinite pentru a deveni membru al asociației, condițiile de folosire a mărcii, motivele pentru care această utilizare poate fi interzisă unui membru al asociației, precum și sancțiunile care pot fi aplicate de asociație.

În lipsa unor dispoziții exprese în legislația noastră specială, apreciem ca fiind utilă prezentarea **dreptului avocaților de utilizare a siglei baroului în sistemul de drept francez**.

În acest sens, relevante sunt dispozițiile art. 10. 4. din **Decizia din data de 12 iulie 2007 privind regulamentul interior naţional (RIN) al profesiei de avocat**[1]**, precum si cele prevăzute de art. 10.4.2.**

[1] Le papier à lettres peut mentionner :
- le numéro de télex, l'adresse électronique ;
- (…);
- **la mention du logo du cabinet, de la profession et, sous réserve de l'accord de l'ordre, du logo du barreau d'appartenance** ;

din **Decizia din data de 20 mai 2010 privind reforma regulamentului interior naţional (RIN) al profesiei de avocat**[2]**.**

Potrivit art. 10.4, în ceea ce privesc documentele care emană de la un avocat, acestea pot purta, pe lângă mențiunile autorizate de lege, și sigla cabinetului de avocat și a baroului de apartenență, însă, în acest ultim caz, numai cu acordul baroului al cărui semn distinctiv urmează a fi utilizat.

Ulterior deciziei din 12 iulie 2007, legiuitorul francez modifică dreptul de utilizare a siglei baroului, prevăzând, potrivit art. 10.4.2. din Decizia din 20 mai 2010, ca toate documentele destinate corespondenței și care emană de la un avocat aflat în exercitarea profesiei, să poată purta mențiunea siglei baroului de apartenență însă, de această dată, sub rezerva avizului decanului Baroului.

Din cele prezentate rezultă dificultatea în identificarea unei soluții pentru protecția însemnelor profesiei prin raportare la legislația specială a mărcilor, astfel că apreciem utilă crearea unui cadru în legislația profesiei de avocat, adecvat protecției semnelor distinctive ale profesiei; de menționat că în Anexa XXVII la Statutul profesiei de avocat este prezentat modelul insignei de avocat, alte însemne nefiind reglementate. Apreciem că *de lege lata* nu există argumente pentru a refuza folosirea de către avocați a siglei baroului pe al cărui tablou sunt înscriși, motiv pentru care o cerere expresă în acest sens adresată consiliului baroului trebuie admisă, soluție de altfel apreciată ca fiind legală și de către Consiliul Baroului Dolj, care a aprobat utilizarea siglei Baroului Dolj în corespondența și celelalte înscrisuri ale formelor de exercitare a profesiei.

[2] Tout document destiné à la seule correspondance de l'avocat peut également faire mention :
(…);
« — **du logo du cabinet, de celui de la profession et, sous réserve de l'accord du bâtonnier, de celui du barreau d'appartenance ;**

Despre avocatură și nemurire, precum și despre avocați nemuritori

Av. Mihai-Dragoș NICU
Baroul Dolj

Vă amintiți filmul "Avocatul Diavolului"?

Semnul de întrebare de mai sus este o glumă: cred că nu există avocat căruia să nu îi fi rămas pe retină prestația lui Al Pacino, încarnând, sub numele avocatului John Milton, o versiune contemporană, corporatistă, a lui Mefistofel, ispititor implacabil al tânărului și ambițiosului confrate Kevin Lomax, jucat și el magistral de Keeanu Reeves.

Dincolo de intriga întortocheată, subiectul filmului este simplu, fiind dat, de fapt, de una dintre slăbiciunile omenești. O puteți numi orgoliu, vanitate sau mândrie. Și, chiar dacă este cel din urmă dintre păcatele capitale, este favoritul Diavolului, fiindcă este cu siguranță cel mai des întâlnit și îmbrăcând cele mai variate forme. Ne-o recunoaște chiar Al Pacino în ultima replică a filmului: "Vanity, definitely my favorite sin."

Profesia de avocat, atât de nobilă și frumoasă, este în egală măsură și ingrată, căci există un palier pe care vanitatea nu poate fi satisfăcută nicidecum: gloria perenă. Numele câtor avocați sunt recunoscute în întreaga lume? Și câte au trecut testul timpului și au rămas în conștiința colectivă, în istorie, dacă vreți?

Unii îmi veți răspunde: Istrate Micescu! Un titan al barei, al cărui nume este cvasinecunoscut în prezent. Delavrancea? Dacă nu ar fi pledat în procesul intentat de Caragiale obscurului Caion, am fi uitat cu toții că a fost și avocat. Take Ionescu? Nu cunosc!

Iată, deci, că avocatura poate asigura doar o glorie efemeră și, eventual, de nișă. Cel puțin sub această formă, a căutării dăinuirii numelui peste timp, a setei de notorietate postumă, păcatul vanității nu îi poate atinge pe avocați. Măcar din acest punct de vedere, avocații sunt oameni mai buni și vor avea mai puțin de dat socoteală la Judecata de Apoi, nu?

Ar fi, poate, adevărat, dacă nu mi-ar fi tunat deodată în minte reprosul lui Cicero: "*Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?*"

E limpede, am început cu stângul acest articol, există și avocați nemuritori...

Lăsând în urmă această palidă încercare de umor, voi enumera în continuare câteva personalități ilustre, care și-au câștigat notorietatea excelând în cu totul alte domenii, dar care au practicat și avocatura.

Voi începe cu "ai noștri" și, vorba unui profesor de liceu, "dacă nu v-am spus deja, vă repet încă o dată!": Barbu Ștefănescu-Delavrancea. Marele dramaturg, membru al Academiei Române, urmase cursurile Facultății de Drept din București în perioada 1877-1882. Teza de licență în drept, susținută în anul 1882, s-a numit "*Pedeapsa, natura și însușirile ei*". Ulterior, Delavrancea a plecat în Franța, spre a-și continua studiile. Aici l-a cunoscut pe marele orator Leon Gambetta, cel care avea să-i influențeze fundamental stilul retoric. În 1884, Delavrancea a revenit în țară și s-a înscris în Baroul Ilfov, unde a devenit în scurt timp cel mai căutat penalist. Despre oratorul Barbu Ștefănescu-Delavrancea, George Ranetti scria: "*Denunț baroului pe Delavrancea ca pe o primejdie pentru societate. În sala unde pledează Delavrancea nu poți intra. Să se puie prețuri de intrare mai mari decât la reprezentațiile cu Sarah Bernhardt. Să se introducă în Codul penal un articol: acuzatul pe care îl apăra Delavrancea – inocent din oficiu, dar Delavrancea să-ți rostească pledoaria pentru desfătarea publicului*".

Un alt nemuritor al literaturii române este Ionel Teodoreanu. La numai doi ani de la terminarea liceului, autorul "Medelenilor" a promovat, în trei sesiuni consecutive, toate examenele din cei trei ani de studii ai Facultății de Drept de la Universitatea din Iași, în 1920, urmând aceeași carieră profesională ca și

tatăl său, avocatul Osvald Teodoreanu. Ironizat de George Călinescu, care îl supranumea ”Metaforel”, din cauza stilului încărcat, Ionel Teodoreanu are și uriașul merit de a face loc în paginile sale unor rânduri savuroase despre avocatura interbelică: ”*Pe rînd, apărătorul e filozof, e uman, e analist, e jurist, e biblie: ai zice că vorbesc cu ritm și dulce grai, foile bibliotecilor de popularizare pentru adulți. Câte nu învață publicul de la un avocat în vervă! Dar e teribil apărătorul! Întrerupt de procuror, îl sfarmă ca un automobil în plină viteză pe o biată zburătoare. Dar e și șmecher apărătorul! Întrerupt de președinte, se-ndulcește, se transformă, ca un cazan cu smoală fierbinte devenit revărsare de sirop de fragi. Mamele ar vrea să-l aibă ginere; fetele — logodnic; femeile măritate — amant; bătrânii — fiu; copiii — tată.*”

Sărim acum de la procesele lui Teodoreanu la ”Procesul”. Kafka, frate! Mare maestru al suprarealismului, izvor esențial de influență pentru dramaturgul român Eugen Ionescu, Franz Kafka a absolvit dreptul la Universitatea Carol Ferdinand din Praga. Ce-i drept, romancierului nu i-a plăcut această nobilă știință, pe care a ironizat-o în scurta povestire ”Noul avocat”, în care Bucefal, calul lui Alexandru cel Mare, este nevoit să se dedice studiului legii. În pofida acestui lucru, Kafka a fost un apreciat avocat de asigurări, specializat în accidente de muncă.

Cu mult înaintea lui Kakfa, însă, a scris Charles Perrault. Autorul unor basme nemuritoare, precum Motanul Încălțat, Frumoasa din Pădurea Adormită, Scufița Roșie, Cenușăreasa, Perrault a devenit avocat în anul 1651, urmând doar pentru scurtă vreme cariera tatălui său, întrucât… s-a plictisit!

Pentru a nu vă plictisi și eu cu atâta literatură, vă voi îndrepta și spre alte muze.

Probabil sunt puțini cei care știu că tenorul italian Andrea Bocelli, deși își pierduse complet vederea în copilărie, a studiat dreptul la Universitatea din Pisa și chiar a practicat avocatura timp de un an de zile, ca apărător din oficiu. Iar Henri Matisse lucra într-un cabinet juridic, când și-a descoperit dragostea pentru culori, cu mult înainte de a picta celebra ”La Blouse Roumaine”. Cât despre Vasili Kandinski, acesta chiar a predat dreptul la Moscova pentru scurt timp.

Unii avocați s-au făcut cunoscuți chiar și în sport! Iubitorii de rugby și-l amintesc cu siguranță pe Nick Farr-Jones, căpitanul naționalei Australiei, campioana mondială din 1991. El a lucrat ca avocat în Sidney înainte de a atinge aurul mondial cu selecționata Wallabies.

Însă avocații sunt mult mai activi în politică decât în arte sau sport. Ne amintim cu toții de o mulțime de președinți, prim-miniștri, parlamentari sau primari care au cochetat cu avocatura, poate și pentru că această profesie formează lideri.

Un astfel de lider a fost inegalabilul Nelson Mandela, laureat al Premiului Nobel pentru Pace, primul președinte al Africii de Sud ales prin vot universal. Între 1943 și 1949, Mandela a studiat dreptul la Universitatea Witwatersrand, din Johannesburg, unde era singurul student de culoare și a trebuit să înfrunte rasismul profesorilor și colegilor. Din 1952 a început să lucreze în cadrul unor firme de avocatură, dar a fost și arestat în repetate rânduri, pentru instigare la revoltă împotriva regimului de apartheid. Cu toate acestea, în august 1953, Mandela și prietenul său, Oliver Tambo, au fondat propria lor societate de avocatură, Mandela & Tambo, specializată în apărarea conaționalilor săi oprimați, adesea victime ale brutalității poliției. Luptător neîmpăcat pentru libertate și egalitate, Mandela a petrecut 27 de ani în închisoare, înainte de a fi eliberat, în 1990.

Un alt nume rămas pentru eternitate în conștiința colectivă este Mahatma Ghandi. Pe numele real Mohandas Karamchand Gandhi, acesta a studiat dreptul la University College of London, în Anglia, între 1888 și 1891. La două zile după ce a fost admis cu ușurință în Baroul Angliei și Tării Galilor, Ghandi s-a îmbarcat către în India, devenind avocat mai întâi în țara sa de baștină, apoi în Africa de Sud. Mai târziu, Ghandi avea să devină inițiatorul mișcărilor de revoltă nonvionlente, iar India îl onorează drept ”Părintele Națiunii”. În 1948, Premiul Nobel pentru Pace nu a fost acordat, întrucât Mahatma Ghandi fusese asasinat la începutul anului.

L-am păstrat pentru final pe Avram Iancu, ”Craiul Munților” , marele revoluționar român de la 1848, care, în chiar primăvara anului Revoluției, promovase examenul de admitere în avocatură, după ce studiase dreptul la Cluj. Și este momentul să închei, reamintesc doar că, în 1924, decanul Baroului Dolj, Dem D. Stoenescu, a instituit premiul ”Avram Iancu”, pentru a recompensa autorul celei mai bune lucrări juridice, iar această tradiție a fost reluată de conducerea actuală a baroului.

Congresul Federației Barourilor Europene (Luxembourg, 2016)

Av. Radu Marinescu
Baroul Dolj

În perioada 13-15 octombrie 2016, am reprezentat Baroul Dolj la prestigiosul eveniment profesional, reprezentat de Congresul Federației Barourilor Europene (FBE), desfășurat la Luxembourg.

La acest eveniment au participat activ reprezentanți ai marilor barouri europene (Paris, Londra, Madrid, Frankfurt, Berlin, Haga, Bruxelles, Barcelona, Milano, Roma, Viena, Strasbourg etc) ; cadrul desfășurării acestui eveniment profesional l-au reprezentat sediile baroului din Luxembourg, Curții de Justiție a Uniunii Europene și cel al Camerei de Comerț. Din România a mai participat o delegație a Baroului Cluj.

Congresul a avut ca obiectiv științific dezbaterea unei ample problematici profesionale, privind independența profesiei, secretul profesional, drepturile apărării, în special în cauzele penale, precum și rolul și importanța avocatului în procedurile Curții Europene de Justiție, precum și cazuistica acesteia privind profesia de avocat. Toate acestea au fost raportate la Convențiile internaționale privind drepturile și libertățile fundamentale, în special CEDO.

Prima zi a Congresului, 13 octombrie, a fost rezervată întâlnirilor Președinției și Comisiilor FBE. În cadrul Comisiei pentru Barourile din Est, al cărei membru sunt, am prezentat aspecte privind exercițiul profesiei în cadrul local, dar și național - alături de colegii din Baroul Cluj (acces la justiție, limitări ale dreptului la apărare, încălcări ale secretului profesional, dificultăți în exercițiul profesiei, stadiul legislației profesionale, pregătirea profesională etc.), preocupările Baroului Dolj pentru cooperare regională precum și deschiderea baroului nostru pentru conlucrarea cu alte barouri și structuri profesionale europene.

Având în vedere faptul că Baroul nostru a fost o prezență activă , expunând probleme și propunând soluții, în cadrul Comisiei (care are ca membri, avocați din întreaga Europă), s-a formulat propunerea ca o viitoare ședință a comisiei (la care pot participa și membri ai altor comisii sau ai Președinției), pe tematica exercițiului liber și independent al profesiei, să se desfășoare la Craiova, în anul 2017, urmând ca, în măsura în care baroul nostru va avea posibilitatea organizării sale, să stabilim aspectele concrete.

Activitatea Comisiei noastre (ca de altfel a tuturor celorlalte comisii) a fost prezentată plenului Congresului, în data de 15 octombrie, inițiativele noastre fiind foarte bine primite. Președinția FBE, precum și alți colegi, și-au exprimat chiar dorința de a participa la preconizatul eveniment profesional de la Craiova, pentru a cunoaște Baroul nostru, conducerea acestuia, corpul profesional și aspectele profesionale cu care ne confruntăm și pentru a identifica posibilitățile concrete de conlucrare profesională.

Ziua de 14 octombrie a fost rezervată unei sesiuni științifice de aproximativ 12 ore, în sediul impresionant al CJUE, beneficiind de participarea mai multor judecători și avocați generali europeni, între care dl. Koen Lenaerts, Președintele Curții. Au mai participat și reputați profesori universitari, precum și avocați specializați în procedurile în fața instanțelor europene.

Această sesiune științifică a analizat problematica rolului, modalităților și importanței participării avocatului în procedurile din fața instanțelor europene (Tribunalele și Curtea). Au fost analizate probleme concrete privind exercițiul profesiei, independența, secretul profesional, drepturile avocatului etc., în jurisprudența Curții și, corelativ, aspecte privind respectarea drepturilor și libertăților fundamentale. Au fost exprimate puncte de vedere critice, dar și așteptările avocaților de la viitoarea jurisprudență a instanțelor europene. O secțiune foarte interesantă a dezbaterilor a reprezentat-o analiza consecințelor BREXIT-ului asupra profesiei noastre în spațiul european, asupra activității și interacțiunilor cu instanțele europene și, evident, asupra sistemului judiciar și avocaților din Marea Britanie. Avocaţii britanici și-au exprimat

îngrijorarea în legătură cu posibilitatea de a mai pleda în instanțele europene, și și-au manifestat interesul pentru stabilirea unor conlucrări profesionale cu avocați din UE, pentru a putea continua practica profesională în cadrul instanțelor europene. Am transmis personal către mai mulți avocați britanici prezenți, invitația de a vizita baroul nostru.

Așa cum am arătat , ultima zi de Congres a fost rezervată analizării și aprobării activității Comisiilor, adoptării de rezoluții, dezbaterilor privind modernizarea și eficientizarea activității FBE și extinderea Federației prin primirea și a altor barouri (la acest Congres au fost primite două noi barouri, din Anglia și, respectiv, Spania).

În ultima zi a Congresului, la inițiativa Comisiei pentru Barourile din Est, urmare a invitației transmise de colegii din Cluj, dl. judecător Cristi Dănileț (membru CSM), a prezentat un material privind activitatea EDUIURIS (educația juridică în scoli).

Congresul a fost un nou prilej de întâlnire și comunicare profesională, de stabilire de legături utile între barouri, de analiză a problemelor cu care ne confruntăm și de identificare și adoptare a unor soluții. Precizez că, în urma activității în cadrul Federației, Baroul Cluj (reprezentat de fiecare dată de o delegație de minim 4 persoane), a realizat înfrățiri recente cu barourile Barcelona și Cracovia, desfășurând evenimente profesionale în comun și deschizând calea unor conlucrări profesionale între avocații din aceste barouri, demers care ar putea fi urmat și de către baroul nostru.

Mulțumesc pe această cale, Decanului și Consiliului Baroului Dolj, pentru interesul și susținerea acordate participării noastre la acest eveniment de prestigiu, care ne asigură prezența activă în elita profesională europeană.

ZIUA EUROPEANĂ A AVOCAȚILOR - ACCESUL LA JUSTIȚIE (10 DECEMBRIE)

Accesul la justiție

Av. Ion Turculeanu
Vicepreședinte U.N.B.R.

Conform legislației internaționale și europene a drepturilor omului, noțiunea de acces la justiție obligă statele să garanteze oricărei persoane dreptul de a se adresa instanței pentru a obține o măsură reparatorie, în cazul în care se constată că drepturile persoanei au fost încălcate. Prin urmare, acesta este, de asemenea, un drept care permite persoanelor să își exercite alte drepturi. Accesul la justiție cuprinde o serie de drepturi fundamentale ale omului, cum ar fi dreptul la un proces echitabil conform articolului 6 din ECHR și conform articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a UE, precum și dreptul la un remediu efectiv conform articolului 13 din ECHR și conform articolului 47 din Cartă.

Dreptul privind accesul la justiție din Carta drepturilor fundamentale a UE poate corespunde celui cuprins în CEDO. Prin urmare, jurisprudența CEDO este importantă pentru interpretarea drepturilor din Cartă.

În pofida faptului că punerea în aplicare a dispozițiilor CEDO și ale Cartei drepturilor fundamentale a UE este guvernată de sisteme distincte, ambele accentuează ideea necesității punerii în aplicare în primul rând la nivel național a dreptului la un remediu efectiv și a celui la un proces echitabil.

Accesul la justiție permite persoanelor fizice să se protejeze împotriva încălcării drepturilor[1], să remedieze faptele ilicite, să atragă răspunderea puterii executive și să se apere în cadrul procedurii penale. Accesul la justiție este atât un proces, cât și un obiectiv și este esențial pentru persoanele care urmăresc să beneficieze de alte drepturi procesuale și de drept material.

În legislația europeană a drepturilor omului, noțiunea de acces la justiție este consacrată în articolele 6 și 13 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (CEDO) și în articolul 47 din Carta drepturilor fundamentale a UE, care garantează dreptul la un proces echitabil și la o un remediu efectiv, conform interpretării date de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO) și, respectiv, de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE).

Conform dispozițiilor art. 21 din Constituția României:

”Orice persoană se poate adresa justiţiei pentru apărarea drepturilor, a libertăţilor şi a intereselor sale legitime.

Nici o lege nu poate îngrădi exercitarea acestui drept.

Părțile au dreptul la un proces echitabil şi la soluţionarea cauzelor într-un termen rezonabil.

Jurisdicţiile speciale administrative sunt facultative şi gratuite.”.

CEDO are rolul de organism de supraveghere: acesta asigură respectarea obligațiilor de către statele participante prin soluționarea plângerilor justițiabililor cu privire la încălcarea CEDO.

[1] Consiliul Europei (2015), Factsheet on guaranteeing equal access of women to justice Strasbourg, Consiliul Europei.

Conform articolului 35 din Convenție, persoanele trebuie să demonstreze că au epuizat toate căile de atac la nivel național înainte ca CEDO să analizeze cauza[2].

Acest lucru reflectă principiul subsidiarității, ceea ce înseamnă că instanțele naționale sunt în primul rând responsabile pentru garantarea și protecția drepturilor omului la nivel național[3].

Prin urmare, instanțele naționale sunt garanții primari ai legislației UE, însă pentru a asigura aplicarea uniformă a legislației UE, acestea pot solicita CJUE să se pronunțe cu privire la chestiuni de interpretare a legislației UE prin procedura hotărârii preliminare. Astfel se generează un dialog între instanțele naționale și CJUE. CJUE este gardianul ordinii de drept unice a UE, care include obligații clare privind drepturile fundamentale. Persoanele pot introduce acțiuni în anulare, care au ca obiect examinarea legalității actelor adoptate la nivelul UE (inclusiv aspecte legate de drepturile fundamentale), însă condițiile privind introducerea acestor acțiuni sunt restrictive. Persoanele trebuie să demonstreze că acestea „îl vizează în mod direct și individual"[4]. Conform CJUE, acest sistem de control judiciar al actelor emise de instituții UE este complet.

Articolul 6 din CEDO și articolul 47 din Carta drepturilor fundamentale a UE garantează dreptul la un proces echitabil.

CEDO a admis faptul că dreptul la un proces echitabil cuprinde dreptul de acces la o instanță. Articolul 6 se aplică acuzațiilor în materie penală, litigiilor privind drepturile și obligațiile civile recunoscute în legislația națională.

Articolul 47 din Cartă include dreptul de acces la instanță. Acesta nu se limitează la acuzațiile în materie penală și la drepturile și obligațiile civile; cu toate acestea, Carta se aplică la nivel intern numai în cazul în care statele membre implementează (sau derogă de la) legislația UE.

Atât legislația CoE, cât și legislația UE utilizează termenul de „tribunal", în locul termenului „instanță", însă acești termeni sunt echivalenți. Un tribunal trebuie să aibă funcții judiciare, să poată pronunța hotărâri cu caracter obligatoriu și să îndeplinească alte criterii elaborate de CEDO și CJUE, inclusiv criteriul de independență și imparțialitate.

CEDO și CJUE au consacrat principii coerente pentru a stabili dacă un organism poate fi considerat instanță.

Dreptul de acces la instanță nu este unul absolut. Acesta poate fi limitat – însă limitările pot să nu afecteze esența dreptului în cauză.

În conformitate atât cu legislația CoE, cât și cu legislația UE, dreptul de acces la instanță înseamnă că instanțele ar trebui să fie accesibile. Accesibilitatea poate implica disponibilitatea instanțelor competente în cauză, disponibilitatea de interpretare, accesul la informații și accesibilitatea hotărârilor judecătorești. Accesibilitatea se poate referi inclusiv la poziționarea geografică a unei instanțe, în cazul în care locația îndepărtată împiedică reclamanții să participe în mod efectiv în cadrul procedurilor judiciare[5].

În temeiul CEDO, drepturile trebuie să fie „concrete și efective" mai degrabă decât „teoretice și iluzorii"[6]. Pentru ca dreptul de acces la instanță să fie unul efectiv, statele pot fi obligate să asigure asistență judiciară, traducere sau alt sprijin de natură practică astfel încât să permită persoanelor accesul la procedurile judiciare.

Dreptul de acces la instanță nu este unul absolut. Acesta poate fi limitat. De exemplu, impunerea unor

---

[2] CEDO, cauza Er şi alţii/Turcia, nr. 23016/04, 31 iulie 2012, alineatul 57.

[3] CEDO, cauza Scordino/Italia (nr. 1), nr. 36813/97, 29 martie 2006, alineatul 140.

[4] TFUE, art. 263 (4). Pentru un exemplu care ilustrează complexitatea acestui domeniu de drept, vezi CJUE, C-583/11 P, cauza Inuit Tapiriit Kanatami şi alţii/Parlamentul European şi Consiliul Uniunii Europene, 3 octombrie 2013.

[5] CJUE, C-567/13, cauza Nóra Baczó şi János István Vizsnyiczai/Raiffeisen Bank Zrt, 12 februarie 2015, alineatele 56-57. Vezi, de asemenea, CJUE, C-413/12, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León/Anuntis Segundamano España SL, 5 decembrie 2013, alineatul 41. Pentru mai multe informații, vezi și Consiliul Europei, Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției (CEPEJ) (2013), Liniile directoare revizuite privind crearea hărților judiciare de susținere a accesului la justiție în cadrul unui sistem judiciar de calitate, 21 iunie 2013; Consiliul Europei, CEPEJ (2014), Guidelines on the organisation and accessibility of court premises, 12 decembrie 2014; Consiliul Europei, CEPEJ (2008), Lista de verificare pentru promovarea calităţii justiţiei şi instanţelor judiciare, 3 iulie 2008, ex. la p. 19-25, inclusiv interpretarea, accesul la informații, accesibilitatea hotărârilor judecătorești.

[6] CEDO, cauza Artico/Italia, nr. 6694/74, 13 mai 1980, alineatul 33.

limite de timp rezonabile poate favoriza buna administrare a actului de justiție. În plus, obligația de a plăti taxe judiciare poate conduce la eliminarea cererilor neîntemeiate sau poate fi justificată din motive bugetare[7].

Cu toate acestea, restricțiile nu trebuie să afecteze „însăși esența dreptului". De exemplu, suspendarea procedurii pentru o perioadă semnificativă de timp poate încălca dreptul de acces la instanță întrucât împiedică o persoană să obțină o „soluție" în cauză[8].

Drepturile prevăzute la articolele 6 și 13 din ECHR și la articolele 47 și 48 din Carta drepturilor fundamentale a UE nu sunt unele absolute și pot fi limitate în anumite circumstanțe. În plus, clauzele de derogare din standardele internaționale în domeniul drepturilor omului permit statelor să își adapteze, temporar, o parte dintre obligații în circumstanțe excepționale – cum ar fi în situațiile de urgență publică care amenință viața națiunii.

În temeiul legislației CoE, în aprecierea legalității unei limitări, CEDO ia în considerare importanța accesului la justiție ca principiu democratic[9].

O restricție legală trebuie:

- să aibă un scop legitim;
- să fie proporțională;
- să se asigure că însăși esența dreptului nu este afectată.

Articolul 6 din CEDO nu definește „scopul legitim", însă jurisprudența CEDO oferă exemple ale unor astfel de scopuri legitime. Acestea includ limitări ale dreptului de acces la instanță pentru a proteja persoanele responsabile de îngrijirea pacienților împotriva hărțuirii pe nedrept prin acțiuni în instanță[10], în vederea asigurării bunei administrări a actului de justiției[11], și pentru a proteja libertatea de exprimare a parlamentarilor și menținerea separației puterilor între judiciar și legislativ[12].

Proporționalitatea este principiul-cheie al jurisprudenței CEDO. Este necesar un echilibru just între obiectivele legitime ale statului și măsurile pe care statul le utilizează pentru atingerea acestora. Proporționalitatea necesită, de asemenea, un echilibru just între drepturile persoanei și interesul public.

Cu cât este mai mare ingerința, cu atât mai mult se impune o justificare.

În ceea ce privește evaluarea situației financiare, CEDO a susținut că nu va exista nici o încălcare a articolul 6 (1), în cazul în care un reclamant nu se încadrează în sistemul de asistență judiciară deoarece venitul său nu se încadrează în criteriile financiare prevăzute, cu condiția ca esența dreptului de acces la instanță să nu fie afectată[13].

Statele nu sunt obligate să cheltuiască fonduri publice pentru a asigura egalitatea totală de arme între persoana asistată și partea adversă, „atât timp cât i se oferă fiecărei părți o posibilitate rezonabilă de a-și susține cauze în condiții care să nu îi creeze un dezavantaj substanțial față de partea adversă"[14].

Taxele și costurile judiciare pot constitui o limitare ilegală a dreptului de acces la justiție în cazul în care acestea sunt prea mari, deoarece pot priva persoanele de dreptul de acces la instanță. Caracterul adecvat al unei taxe depinde de elementele fiecărui caz în parte, inclusiv de resursele reclamantului.

Formalismul excesiv (o interpretare riguroasă a normelor de procedură) poate priva reclamanții de dreptul de acces la instanță.

Standardele ridicate în materie de probe pot limita accesul la instanță. Prezumțiile de fapt sau de drept (de exemplu, prezumțiile de discriminare) pot ajuta persoanele fizice în a-și urmări obiectivul în cauză.

---

[7] CEDO, cauza Ashingdane/Regatul Unit, nr. 8225/78, 28 mai 1985, alineatul 57.
[8] CEDO, cauza Kutic/Croația, nr. 48778/99, 1 martie 2002, alineatul 25.
[9] CEDO, cauza Kijewska/Polonia, nr. 73002/01, 6 septembrie 2007, alineatul 46.
[10] CEDO, cauza Ashingdane/Regatul Unit, nr. 8225/78, 28 mai 1985, alineatul 57.
[11] CEDO, cauza Harrison Mckee/Ungaria, nr. 22840/07, 3 iunie 2014
[12] CEDO, cauza A./Regatul Unit, nr. 35373/97, 17 decembrie 2002, alineatul 77.
[13] CEDO, cauza Glaser/Regatul Unit nr. 32346/96, 19 septembrie 2000, alineatul 99. Vezi, de asemenea, CEDO, cauza Santambrogio/Italia, nr. 61945/00, 21 septembrie 2004, alineatul 58 (familia reclamantului a plătit pentru reprezentare).
[14] CEDO, cauza Steel şi Morris/Regatul Unit, nr. 68416/01, 15 februarie 2005, alineatul 62

Termenele de prescripție trebuie să fie proporționale și să servească unui interes legitim - cum ar fi buna administrare a actului de justiției sau prevenirea inechităților ce au rezultat din acțiunile anterioare.

Imunitățile pot fi permise în cazul în care acestea servesc unui scop legitim – de exemplu, protejarea libertății de exprimare a parlamentarilor sau îndeplinirea atribuțiilor de serviciu de către funcționarii publici.

Taxele judiciare pot ajuta la administrarea eficientă a actului de justiție (de exemplu, prin descurajarea justițiabililor abuzivi sau reducerea costurilor administrative), dar, pot restricționa în același timp accesul la justiție. Taxele judiciare excesive care împiedică justițiabilii să introducă o acțiune civilă pot constitui o încălcare a articolului 6 (1) din ECHR[15].

În temeiul legislației CoE și al legislației UE, taxele judiciare nu sunt incompatibile automat cu articolul 6 (1) din ECHR sau cu articolul 47 din Carta drepturilor fundamentale a UE. Cu toate acestea, în cazul în care taxele judiciare sunt prea mari, acest lucru ar putea priva persoanele de dreptul de acces la instanță[16].

De exemplu, CEDO a constatat taxe disproporționate, care însumează până la aproximativ de patru ori venitul lunar al reclamantului.

În cauza Stankov/Bulgaria, reclamantul a acționat în instanță statul pentru detenție ilegală și a câștigat, fiindu-i acordate daune-interese. Cu toate acestea, i s-a impus plata unei taxe judiciare în valoare de aproximativ 90 % din despăgubirea pe care trebuia să o plătească statul. Prin urmare, reclamantul și-a pierdut efectiv despăgubirea, chiar dacă instanțele bulgare au admis fără echivoc că acesta era îndreptățit să le primească. CEDO a reținut faptul că, în cadrul unei acțiuni în despăgubire împotriva statului, normele privind costurile judiciare trebuie să evite plasarea unei sarcini excesive pentru justițiabili. Costurile nu ar trebui să fie excesive sau să constituie o restricție nejustificată privind dreptul de acces la instanță. Cu toate că impunerea taxelor judiciare a fost compatibilă cu buna administrare a actului de justiție, nivelul relativ ridicat și complet inflexibil al taxelor judiciare, în acest caz, a reprezentat o limitare disproporționată a dreptului reclamantei de a avea acces la instanță. Diferite soluții procedurale utilizate în alte state membre - cum ar fi reducerea sau renunțarea la taxele judiciare pentru acțiuni în despăgubire împotriva statului sau care rămân la aprecierea instanței în stabilirea cuantumului- nu au fost disponibile și în cazul de față. Curtea a constatat încălcarea articolului 6 (1) din ECHR.

Taxele vor fi apreciate în funcție de circumstanțele specifice ale fiecărui caz în parte – inclusiv posibilitatea de plată a persoanei - pentru a stabili dacă persoana în cauză mai poate beneficia de dreptul de acces la instanță. Acest drept poate fi încălcat prin refuzul de a rambursa costurile părții câștigătoare.

Statele ar trebui să se asigure că prin necesitatea de a finanța administrarea actului de justiție nu se refuză exercitarea dreptului de acces la instanță. Legislația națională prevede adesea posibilitatea de a solicita asistență judiciară pentru a acoperi taxele judiciare.

Formalismul excesiv se referă la interpretarea strictă a normelor de procedură, care ar putea priva reclamanții de dreptul de acces la instanță. Acest lucru poate include interpretarea strictă a termenelor de prescripție, a regulilor de procedură și a probelor.

În urmă acestei sumare prezentări a câtorva aspecte cuprinse în larga arie a accesului la justiție, poate ar fi nimerit sa revedem și din acest punct de vedere legea taxelor de timbru și procedura regularizării cererilor de chemare în judecata care în acest moment si-a atins exact scopul contrar celui dorit: cereri de chemare în judecata anulate care duc la reintroducerea acelorași cereri și astfel la mărirea numărului de cauze de pe rolul instanțelor.

Un nivel mai scăzut de formalism și o deschidere mai mare către justificabil sunt direcțiile în care sistemul nostru de drept trebuie sa se îndrepte, caci îndeplinirea justiției a fost întotdeauna singurul scop al statului de drept.

---

[15] CEDO, cauza Kreuz/Polonia, nr. 28249/95, 19 iunie 2001, alineatele 61-67

[16] CEDO, cauza Perdigão/Portugalia, nr. 24768/06, 16 noiembrie 2010, alineatul 74. Vezi, de asemenea Organizaţia Naţiunilor Unite (ONU), Comitetul pentru Drepturile Omului (CDO) (2008), Cauza nr. 1514/2006, cauza Casanovas/Franța, 28 octombrie 2008, alineatul 11.3.

Accesul liber la justiție în dreptul intern

Drd. Mihaela Opran

Cadrul juridic intern privind accesul liber la justiție

Fiind stat semnatar al Convenției Europene a Drepturilor Omului, România trebuie să stabilească un cadru juridic, pornind de la cele mai importante reglementări, care să se reflecte în toate categoriile de acte juridice, prin care să se poată proteja toate garanțiile privind drepturile și libertățile stabilite de Convenție.

Obligațiile statului sunt atât pozitive, în sensul de a constitui toate normele legislative astfel încât să formeze un set de reguli prin care să fie respectate toate garanțiile dreptului la un proces echitabil în general și liberului acces la justiție în special, cât și negative, în sensul de a nu limita nejustificat prin mijloace directe sau indirecte aplicabilitatea acestor norme.

Apreciem că, avându-se în vedere criteriul clasificării obligațiilor după obiectul lor, obligațiile impuse statului sunt unele de rezultat[1], iar nu unele de diligență[2].

Convenția impune respectarea tuturor drepturilor înscrise în aceasta fără rezerve din partea statelor. Cu alte cuvinte, prin semnarea convenției, obligațiile statelor devin totale, iar singurele limitări permise sunt cele ocazionate de circumstanțele excepționale așa cum, de altfel, recunoaște și Constituția. Statul nu poate fi exonerat de rezultatul urmărit pentru acțiunile de implementare și garantare a drepturilor fundamentale. În aceste condiții, obligațiile nu pot fi unele de diligență, deoarece scopul încheierii Convenției este acela de a garanta necondiționat drepturile prevăzute în aceasta. Nu este de ajuns ca statele să întreprindă doar toate diligențele pentru ocrotirea drepturilor fundamentale, ci este necesar ca acestea să obțină protecția concretă a acestora.

1. Protecția accesului liber la justiție în dreptul intern.

Deși prevăzută la nivel internațional, protecția garantată de Convenție trebuie să se reflecte în primul rând în prevederile legale interne. Astfel, punctul de pornire este instituirea unor norme naționale prin care să fie transpuse textele instrumentelor internaționale. Statele trebuie în principal să își alinieze propriul sistem de drept la cerințele Convenției, chiar dacă aplicabilitatea prevederilor acesteia va prima întotdeauna față de normele interne.

Un astfel de cadru național de protecție se realizează de la cel mai înalt nivel, respectiv legea fundamentală, până la legislația ordinară și normele de aplicare.

1.1 Protecția la nivel constituțional.

În România, toate persoanele se bucură de drepturile și libertățile fundamentale, recunoscute de instrumentele internaționale de protecție la care statul a aderat, independent de criterii de timp și spațiu[3].

Așadar, drepturile ocrotite au caracter universal, aplicabilitatea efectivă a acestora fiind cu atât mai

---

[1] Obligațiile de rezultat sunt recunoscute de art. 1481 alin. 1 C.civ., conform căruia : *„ În cazul obligației de rezultat, debitorul este ținut să procure creditorului rezultatul promis„.*

[2] Cu privire la recunoașterea acestei clasificări, deși contestată de unii doctrinari, a se vedea Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, pag. 5

[3] Dan Claudiu Dănișor, *op. cit.*, pag. 546.

imperativă. La nivel intern, această cerință se traduce în necesitatea prevederii exprese a dreptului în Constituție.

Constituția reprezintă ansamblul regulilor politice și sociale care s-au dezvoltat pe parcursul istoriei statului și care în prezent îl identifică din punct de vedere politic și juridic[4]. Evident că recunoașterea unor drepturi fundamentale stabilite anterior la nivel internațional și care rezultă de altfel dintr-un drept natural, va fi făcută tot prin intermediul acestui act legislativ suprem.

Încă prin forma din 1923[5], Constituția recunoștea la art. 107 alin. 3, o primă formă a liberului acces la justiție[6]. În concret, reglementarea prevedea posibilitatea promovării acțiunilor judecătorești împotriva încălcării drepturilor de către autoritățile administrative, ca urmare a actelor emise în exercițiul acestei puteri. Așadar, accesul la justiție era unul specializat, garanția limitându-se la atacarea actelor administrative. Este totuși o primă modalitate de a recunoaște persoanelor dreptul fundamental de a se adresa instanțelor.

Constituția din 1948[7], reprezentând un veritabil regres față de predecesoarea sa, și reprimând majoritatea drepturilor fundamentale așa cum sunt recunoscute în prezent, nu mai vorbește despre posibilitatea persoanelor de a se adresa instanțelor pentru recunoașterea drepturilor acestora, ci se limitează doar la a garanta dreptul la apărare și la petiționare în fața autorităților publice.

A doua Constituție din perioada comunistă, datând din 1965, a reprezentat un progres în ceea ce privește normarea drepturilor persoanelor, astfel că art. 35[8] se referea și la liberul acces la justiție al persoanelor în cazul vătămării intereselor acestora prin intermediul actelor administrative emise. Era astfel o protecție expresă, inspirată din Constituția interbelică.

După înlăturarea regimului comunist, noua Constituție democratică din 1991 și varianta revizuită a acesteia din 2003 s-au concentrat către ideea constituirii unor repere moderne pentru construcția statală aflată la acel moment la început de drum. Astfel o importanță deosebită a fost acordată drepturilor fundamentale în forma instituită de Convenție.

În acest context a fost introdus art. 21 al Constituției, citat anterior în prezenta lucrare, al cărui titlu se referă expres la accesul liber la justiție, prevăzând posibilitatea nelimitată a persoanelor de a se adresa instanțelor judecătorești în cazul în care acestea apreciază că au fost încălcate sau au nevoie de recunoașterea drepturilor sale.

Fiind vorba în prezent despre o recunoaștere constituțională a acestui drept, toate normele interne trebuie să se conformeze acestei prevederi și să instituie, la rândul lor, norme speciale care să întărească această protecție.

Constituționalizarea principiului liberului acces la justiție oferă persoanelor o încredere sporită atât în sistemul judiciar, deoarece pot avea siguranța posibilității de a formula acțiuni în justiție, cât și în cel politic, deoarece acesta manifestă interes pentru ocrotirea drepturilor persoanelor.

Controlul respectării protecției constituționale se face prin intermediul Curții Constituționale, ca instanță de contencios constituțional. Aceasta este singurul organ jurisdicțional care are puterea de a declara că anumite texte de lege încalcă principiile constituționale.

Prin urmare, rolul Curții este acela de a veghea la respectarea normelor constituționale și de a verifica dacă actele normative respectă exigențele acesteia, iar în caz contrar va dispune sancționarea legislației în sensul de a înlătura aplicabilitatea respectivelor prevederi.

1.2. Protecția prin alte categorii de reglementări.

[4] A se vedea Ion Deleanu, *op. cit.*, pag. 258-265.

[5] Disponibilă pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act_text?idt=1517

[6] Art. 107 alin. 3 din Constituția României 1923: *„Cel vătămat în drepturile sale, fie printr-un act administrativ de autoritate, fie printr-un act de gestiune făcut cu călcarea legilor și a regulamentelor, fie prin rea voință a autorităților administrative de a rezolva cererea privitoare la un drept, poate face cerere la instanțele judecătorești pentru recunoașterea dreptului său".*

[7] Disponibila pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act_text?idt=1574

[8] Conform art. 35 din Constituția României 1965: *„Cel vătămat într-un drept al său printr-un act ilegal al unui organ de stat poate cere organelor competente, în condițiile prevăzute de lege, anularea actului și repararea pagubei".*

Așa cum am arătat, toate celelalte reglementări naționale trebuie să se supună prevederilor constituționale și astfel nu vor putea limita în niciun fel liberul acces la justiție, deoarece scopul tuturor actelor normative naționale este de a pune în aplicare principiile constituționale pentru fiecare categorie distinctă de reglementare.

Am indicat anterior că, așa cum de altfel este și de așteptat, codurile de procedură civilă și penală sunt cele care stabilesc dreptul general al persoanelor de a obține recunoașterea și protecția drepturilor acestora prin intermediul instanțelor. Spunem că o astfel de localizare a prevederilor era una așteptată, deoarece scopul codurilor de procedură este acela de a detalia mecanismul de creare și soluționare a dosarelor în instanță. Așadar, realizarea acestora nu ar putea fi posibilă fără posibilitatea persoanelor de a se adresa efectiv instanțelor cu diferite plângeri și acțiuni specifice.

În domeniul dreptului penal, liberul acces la justiție se caracterizează prin posibilitatea persoanelor de a formula plângeri penale și denunțuri care urmăresc ca finalitate să fie ocrotită ordinea de drept în stat și sancționate potențialele infracțiuni.

Accesul la justiție se referă la toate procedurile cu caracter jurisdicțional, indiferent dacă acestea au loc în fața unui organ administrativ, dacă sunt proceduri cu caracter prealabil promovării acțiunilor în instanță sau dacă sunt proceduri ce țin de punerea în executare a hotărârilor judecătorești. De asemenea, liberul acces la justiție nu estre întrerupt în faza judecății, deoarece dreptul nu se consumă odată cu înregistrarea dosarului în instanță. Astfel, persoana trebuie să poată, în cadrul procesului, să formuleze cereri și să administreze probatorii în susținerea acestora, în fața instanței.

Dincolo de reglementarea generală, toate drepturile specifice, ocrotite prin norme speciale, beneficiază de prevederi separate privind posibilitatea formulării unor acțiuni în justiție.

Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ recunoaște dreptul persoanelor vătămate prin acte administrative emise de instituții publice să se adreseze instanțelor pentru repararea prejudiciilor astfel cauzate[9]. Aceasta este practic o reglementare pe cale specială a dreptului fundamental așa cum era acesta recunoscut de constituțiile din 1923 și 1965. De remarcat că în acest caz, legislația condiționează dreptul la acțiune de formularea unei plângeri prealabile către autoritatea administrativă. Cu toate acestea, instituirea unei astfel de formalități nu îngrădește efectiv liberul acces la justiție, deoarece termenul definește în acest caz inclusiv autoritatea cu activitate jurisdicțională către care se îndreaptă plângerea prealabilă.

În același sens, Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale se referă la posibilitatea persoanelor de a formula acțiuni în fața instanțelor pentru a întrerupe actele de concurență neloială sau a acoperi prejudiciile produse de aceste fapte[10].

Prevederi asemănătoare se regăsesc, de exemplu, în Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive încheiate între profesioniști și consumatori[11], Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de

---

[9] Conform art. 8 alin. 1 din Legea nr. 554/2004: *„Persoana vătămată într-un drept recunoscut de lege sau într-un interes legitim printr-un act administrativ unilateral, nemulțumită de răspunsul primit la plângerea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. h), poate sesiza instanța de contencios administrativ competentă, pentru a solicita anularea în tot sau în parte a actului, repararea pagubei cauzate și, eventual, reparații pentru daune morale. De asemenea, se poate adresa instanței de contencios administrativ și cel care se consideră vătămat într-un drept sau interes legitim al său prin nesoluționarea în termen sau prin refuzul nejustificat de soluționare a unei cereri, precum și prin refuzul de efectuare a unei anumite operațiuni administrative necesare pentru exercitarea sau protejarea dreptului sau interesului legitim".*

[10] Conform art. 7 alin. 1 din Legea nr. 11/1991: *„Orice persoană care are un interes legitim se poate adresa direct instanțelor de judecată competente pentru încetarea și interzicerea practicilor de concurență neloială, pentru acoperirea prejudiciilor patrimoniale și morale suferite ca urmare a unei practici de concurență neloială, fără a fi necesară parcurgerea vreunei formalități în fața Consiliului Concurenței".*

[11] Conform art. 14 din Legea nr. 193/2000: *„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."*

Soluționare a Contestațiilor[12], Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe[13], precum și multe alte acte normative.

Scopul instituirii unor prevederi distincte are în vedere caracterul special al normelor care astfel necesită o detaliere a procedurilor administrative și judiciare pe care acestea le generează. Prin urmare nu ar fi fost suficientă doar prevederea generală din Codul de procedură civilă în legătură cu posibilitatea formulării unor acțiuni în justiție, deoarece trebuiau indicați, pe de-o parte pașii administrativi ce preced procedura judiciară[14], iar, pe de altă parte, derogările de la normele procedurale generale[15].

1.3. Măsuri legislative întreprinse de statul român în vederea îmbunătățirii cadrului de soluționare a litigiilor.

Parte din obligațiile de ordin pozitiv ale statelor o reprezintă și acea de a crea un cadru legislativ predictibil și funcțional. Ocupația legislativului trebuie să fie aceea de îmbunătăți permanent legislația, inclusiv în ceea ce privește regulile procedurale în conformitate cu care sunt soluționate pretențiile civile și cauzele penale ale persoanelor.

Legile au rolul de a crea reguli de conduită prin principii generale de reglementare[16] astfel încât toate situațiile juridice să poată fi încadrate printr-un temei juridic. În speță toate actele normative, indiferent de puterea de la care provin, trebuie să se supună drepturilor fundamentale recunoscute de Constituție.

Conform Strategiei de reformă a sistemului judiciar pentru perioada 2005-2007[17], garantarea liberului acces la justiție era unul dintre principalele obiective pe care guvernarea trebuia să le urmărească în perioada administrației respective. Desigur că preocuparea este una generală, toate guvernele având pe ordinea de zi sprijinirea și implementarea unor pachete legislative cu ajutorul Parlamentului, pentru a oferi protecția necesară acestui drept fundamental.

Așa cum se arată în Strategie, asigurarea liberului acces la justiție se poate realiza doar prin implementarea unui cadru legislativ coerent care poate oferi garanțiile procesuale necesare persoanelor justițiabile. Pentru realizarea acestui deziderat, au fost identificați doi piloni de acțiune, respectiv consolidarea cadrului legislativ și asigurarea în practică a accesului liber la justiție. În ceea ce privește cadrul legislativ, acesta trebuie să fie afectat de modificări în primul rând în reconsiderarea sistemului taxelor de timbru, inclusiv din punct de vedere al cuantumului, precum și acordarea de facilități la plata cauțiunilor[18] în materie civilă și comercială[19]. Asigurarea în practică a liberului acces la justiție urma a se realiza prin creșterea calității asistenței judiciare din oficiu.

---

[12] Ca și în cazul Legii nr. 554/2004, și în acest caz legea prevede formularea unei contestații prealabile pe cale administrativ-jurisdicțională către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, iar acțiunea în fața instanțelor judecătorești va putea fi formulată doar față de soluția pronunțată pe cale administrativă.

[13] Art. 139 din Legea nr. 8/1996: *„Titularii drepturilor recunoscute și protejate prin prezenta lege pot solicita instanțelor de judecată sau altor organisme competente, după caz, recunoașterea drepturilor lor și constatarea încălcării acestora și pot pretinde acordarea de despăgubiri pentru repararea prejudiciului cauzat. Aceleași solicitări pot fi formulate în numele și pentru titularii de drepturi de către organismele de gestiune, de către asociațiile de combatere a pirateriei sau de către persoanele autorizate să utilizeze drepturi protejate prin prezenta lege, conform mandatului acordat în acest sens. Când o acțiune a fost pornită de titular, persoanele autorizate să utilizeze drepturi protejate prin prezenta lege pot să intervină în proces, solicitând repararea prejudiciului ce le-a fost cauzat."*

[14] Așa cum este cazul Legii nr. 554/2004 și a Legii nr. 101/2016

[15] Așa cum este cazul Legii nr. 11/1991 și a Legii nr. 8/1996.

[16] Dan Claudiu Dănișor, *op. cit.*, pag. 422

[17] Strategia face parte din obiectivele generale ale Guvernului României din perioada 2005-2007, disponibilă pe *gov.ro/fisiere/programe_fisiere/050401-strategie-sistjud.pdf .*

[18] Cauțiunile în materie civilă sunt reglementate în anumite cauze, ca o măsură de garantare a bunei-credințe procesuale a reclamantului și pentru a preveni exercitarea abuzivă a drepturilor sale.

[19] Strategia se referă la cauzele comerciale deoarece a fost concepută pentru perioada 2005-2007. Ulterior intrării în vigoare a Codului civil în anul 2011 și a Codului de procedură civilă în anul 2013, cauzele comerciale au fost unificate cu cele comerciale.

Studiul final asupra proiectului Reforma Sistemului Judiciar a Ministerului Justiției din 2008[20] a identificat ca o prioritate în reforma sistemului judiciar simplificarea procedurilor judiciare, ceea ce reprezintă în esență o măsură de sporire a efectivității dreptului liberului acces la justiție.

Din obiectivele urmărite în prezent în domeniul justiției, așa cum au fost acestea expuse în spațiul public de către actuala guvernare rezultă că liberul acces la justiție nu mai este amintit, principalul interes fiind în prezent legat de efectivitatea despăgubirii persoanelor vătămate prin infracțiuni și celor datorate în cauzele privind restituirea proprietăților[21]. O astfel de schimbare de optică poate fi însă datorată unei autoaprecieri pozitive din partea executivului în sensul că acesta consideră că a atins obiectivele impuse anterior și astfel în prezent este garantat efectiv liberul acces la justiție la un nivel suficient pentru standardele internaționale actuale.

În acest context a fost adoptată Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, act normativ ce a adus mai multe modificări legislative importante în întâmpinarea intrării în vigoare a Codului civil și Codului de Procedură civilă.

Așa cum rezultă din expunerea de motive a Legii, scopul principal al acesteia este degrevarea instanțelor prin crearea unui cadru normativ care asigură celeritatea în soluționarea cauzelor. Deoarece liberul acces la justiție devine efectiv doar în cazul în care instanțele pot soluționa în mod competent cererile, toate măsurile impuse prin Legea nr. 202/2010 au contribuit la garantarea dreptului fundamental. Astfel, Legea a reprezentat o puternică reformare a modului în care se derulează procesele de la introducerea cererilor și până la faza executării silite.

Eficientizarea activității instanțelor s-a realizat prin formalizarea cuprinsului cererilor, precum și prin accelerarea duratei de desfășurare a cauzelor. Realitatea juridică a contrazis în unele cazuri prevederile legislative deoarece chiar și în prezent[22] scurtarea duratei de desfășurare a proceselor este dificil de realizat în contextul lipsei de spații în instanțe precum și a resurselor umane insuficiente.

Continuând direcția setată de adoptarea Legii nr. 202/2010, sistemul intern de drept a beneficiat de o reformare extensivă ca urmare a intrării în vigoare a noilor coduri civil, penal, de procedură civilă și de procedură penală. Necesitatea adoptării unor astfel de acte normative primare era evidentă luând în considerare vechimea codurilor anterioare[23]. Apariția unor situații juridice noi, neavute în vedere de vechea reglementare, precum și exigențele instrumentelor internaționale de protecție au determinat o revizuire din temelii a legislației naționale.

Aflată încă în plin proces de reformă, sistemul legislativ este orientat spre protecția drepturilor persoanelor prin îmbunătățirea duratei proceselor, îmbunătățirea condițiilor de desfășurare a acestora și, în general, de o creștere a calității actului de justiție. Din acest punct de vedere, accesul liber la justiție este protejat printr-o deschidere generală a posibilității formulării acțiunilor în justiție pentru orice pretinsă încălcare a drepturilor persoanelor, precum și prin oferirea posibilității de a-și exprima opinia față de toate aspectele procesuale[24].

---

[20] Proiectul a fost elaborat de către Gallup Organization și predat Direcției de Implementare a Proiectelor Finanțate din Împrumuturi Externe, fiind disponibil în prezent pe https://www.google.ro/?gws_rd=ssl#q=reforma+sistemului+legislativ

[21] Actuala strategie de guvernare în domeniul justiției, disponibilă pe http://gov.ro/ro/obiective/strategii-politici-programe/justitie&page=4

[22] Majoritatea prevederilor legii nr. 202/2010 au fost preluate în noile coduri, astfel încât își găsesc aplicabilitatea chiar și în prezent.

[23] În ceea ce privește codul civil, acesta data din anul 1864, cel de procedură civilă din 1865, cel penal și de procedură penală din 1968

[24] Art. 14 din Codul de procedură civilă instituie principiul contradictorialității, conform căruia toate cererile și aspectele procesuale trebuie puse în discuția tuturor părților. În același timp, Codul de procedură penală consacră prin art. 1-13 principiile generale ale desfășurării procesului penal, printre care se regăsesc aflarea adevărului, obligativitatea punerii în mișcare a acțiunii penale și, poate cel mai importantă, dreptul la apărare, adică un set de reguli care împreună formează cadrul de manifestare efectivă a dreptului liberului acces la justiție.

2. Accesul liber la justiție în jurisprudența Curții Constituționale.

În conștiința publică protecția drepturilor și libertăților fundamentale este realizată prin intermediul justiției constituționale, deși în realitate nu aceasta este funcția esențială a acestei justiții, ci aceea de a garanta respectarea ierarhiei normative și a competențelor[25].

Cu toate acestea, instanța de contencios constituțional asigură indirect și protecția drepturilor fundamentale cu condiția ca acestea să fie prevăzute în constituție și astfel, prin analizarea conformității actelor normative cu aceste prevederi, se va pronunța și asupra încălcării acestor drepturi. Apreciem că aprecierile asupra neconstituționalității unor anumite texte de lege reprezintă în egală măsură o verificare a obligațiilor statului în ceea ce privește garantarea drepturilor fundamentale.

Accesul liber la justiție presupune chiar și un acces la justiția constituțională. Această idee se impune a fi discutată chiar și în situația în care Curtea Constituțională nu este un organ jurisdicțional de drept comun. Legea nr. 147/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale prevede că aceasta poate fi sesizată în cazurile prevăzute de art. 146 din Constituție. Prin urmare, competența Curții nu se referă la cererile justiție formulate de persoanele ce se consideră vătămate în exercițiul drepturilor acestora. De altfel, chiar dacă art. 146 recunoaște indirect posibilitatea formulării excepțiilor de neconstituționalitate, acestea nu echivalează cu sesizarea Curții cu o nouă cauză. Practic, excepția de neconstituționalitate este ridicată în fața instanțelor ordinare, care vor decide asupra sesizării Curții, astfel că aceasta nu este atributul persoanelor.

Accesul la justiția constituțională se realizează însă în opinia noastră sub două aspecte. Pe de-o parte, posibilitatea formulării excepțiilor de neconstituționalitate deschide drumul către analizarea conformității normelor cu legea supremă și astfel asupra încălcării drepturilor fundamentale. Pe de altă parte, acesta se manifestă într-un mod inedit, respectiv prin existența unei instanțe care se poate pronunța asupra încălcării drepturilor fundamentale ale persoanei în lipsa unei sesizări a acesteia. Această împrejurare este posibilă deoarece Curtea Constituțională se adresează prin controlul său societății civile în general, respectiv tuturor cetățenilor, iar nu unui anumit individ, protecția fiind una totală.

În analiza conceptului liberului acces la justiție, Curtea Constituțională a apreciat că acest principiu implică accesul persoanei la toate acele mijloace de procedură prin care este înfăptuită justiția, iar acesta presupune și posibilitatea neîngrădită a acestora de se folosi de aceste proceduri în toate formele permise de lege. Interdicția stabilită de art. 21 alin. 2 din Constituție, conform căreia legile nu pot să îngrădească accesul la justiție, reprezintă o obligație a statului de a nu exclude nicio categorie socială de la exercițiul drepturilor procesuale stabilite de lege[26].

Așadar, Curtea recunoaște liberul acces la justiție ca un principiu constituțional, ceea ce înseamnă că toate celelalte norme interne trebuie să se supună acestei reguli. De altfel, legea de revizuire a Constituției din 2003 a consolidat rolul acestui drept ca și principiu al statului de drept, iar poziționarea dispozițiilor constituționale consacră dreptul de liber acces la justiție prin raportare cu celelalte drepturi și libertăți fundamentale[27]. De asemenea, în executarea acestei obligații a statului de a alinia întreaga legislație națională în limitele instituite de cerințele accesului liber la justiție, nu trebuie negat niciunei persoane aparținând unei anumite categorii drepturile procesuale.

În ceea ce privește caracterul dreptului de liber acces la justiție, Curtea Constituțională a statuat că așa cum s-a arătat și în jurisprudența sa și a Curții Europene a Drepturilor Omului, liberul acces la justiție nu reprezintă un drept cu caracter absolut, fiind posibile și restricții în condițiile în care prin acestea nu este afectată esența dreptului de a avea acces la un tribunal. În această privință statului îi este recunoscută o marjă proprie de apreciere.[28].

---

[25] Dan Claudiu Dănișor, *op. cit.*, pag. 701.

[26] CCR, Decizia nr. 1/1994, *precit.*

[27] Anamaria Bucureanu, *Dreptul la un proces echitabil: Impactul asupra dreptului european asupra procedurilor jurisdicționale interne,* Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2006, pag.71.

[28] CCR, Decizia nr. 894/5 decembrie 2006, disponibilă pe www.ccr.ro

Așadar, chiar dacă este recunoscut la rang de principiu constituțional, liberul acces la justiție nu presupune lipsa oricăror condiții premergătoare privind formularea cererilor. O asemenea interpretare are în vedere în primul rând cerințele privind eficientizarea și formalizarea actului de justiție. Dreptul ce trebuie protejat este acela de a acces la o instanță, în sensul posibilității formulării de cereri pentru protejarea drepturilor. În acest context, statele pot stabili liber anumite cerințe premergătoare depunerii cererilor de chemare în judecată, fără însă a afecta esența acestui drept.

Orice barieră procedurală stabilită de legislația națională trebuie să păstreze un caracter proporțional față de scopul urmărit și să nu depășească aceste limite pentru a nu afecta esența dreptului liberului acces la justiție, așa cum rezultă și din art. 53 al Constituției.

În ceea ce privește limitarea dreptului liberului acces la justiție prin cerințe procedurale prealabile, s-a pronunțat Curtea Constituțională într-o altă cauză în care a analizat constituționalitatea dispoziţiilor din Legea nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice. În concret, s-a invocat neconstituționalitatea prevederilor art. 118 alin. 1 din actul normativ amintit având în vedere că acestea impuneau obligația depunerii plângerii împotriva procesului verbal de contravenție la organele de poliție îngrădește nejustificat accesul liber la justiție.

Curtea a constatat încălcarea art. 21 din Constituție în cazul existenței unui impediment de natură administrativă care nu poate fi justificat din punct de vedere obiectiv și juridic și prin care poate fi afectat exercițiul liberului acces la justiție, fiind astfel prejudiciate prevederile art. 21 alin. 1-3 din Constituție. În speță, obligația legislativă de a depune plângerea la organul constatator reprezenta o condiție preliminară de acces al instanță, care nu putea fi justificată din punct de vedere obiectiv sau rezonabil nici măcar prin raționamentul că în acest mod organul administrativ lua la cunoștință despre formularea acesteia și astfel nu va porni executarea silită a amenzii dispuse prin procesul verbal.

De asemenea s-a apreciat că astfel de obligații impuse petenților creează premisele unor abuzuri ce pot fi săvârșite de către agenții instituției administrate care, deși ar putea fi sancționate disciplinar sau penal, asupra contestatorului ar crea o afectare a dreptului său de acces la justiție așa cum acesta este recunoscut și ocrotit de art. 21 din Constituție. Acesta din urmă cuprinde și posibilitatea efectivă a persoanelor de a formula cereri de chemare în judecată direct către instanța de judecată în vederea recunoașterii drepturilor sau intereselor sale legitime. Textul de lege care instituia obligația de depunere a plângerii contravenționale către organul constatator, iar nu către instanță reprezintă o veritabilă îngrădire a dreptului de liber acces la justiție în condițiile în care nu există ca și alternativă și posibilitatea de a depune plângerea direct la instanță[29].

Așa cum am arătat anterior, liberul acces la justiție presupune în esența sa accesul la un tribunal care respectă celelalte exigențe enumerate ale dreptului la un proces echitabil. Prin urmare orice drept recunoscut de lege, pentru protecția sa trebuie să poată fi valorificat pe cale judiciară în fața unui astfel de tribunal. Accesul trebuie să fie neîngrădit pentru a garanta efectivitatea acestuia, condiții în care orice cerință administrativă privind depunerea acțiunii înf ața unei alte instituții, fără atribuții jurisdicționale afectează esența dreptului în discuție. Trebuie subliniat că situația este distinctă față de cea întâlnită în cadrul procedurilor administrativ jurisdicționale, deoarece în ipoteza avută în vedere de Legea nr. 195/2002 plângerea era depusă la serviciul poliției rutiere, nu ca o cerință prealabilă, respectiv pentru ca aceasta să funcționeze ca un organ cu atribuții jurisdicționale, ci pur și simplu pentru a fi înaintată de această instituție către instanță. Afectarea liberului acces la justiție constă tocmai în această mediere nejustificată din punct de vedere legal între instanță și justițiabil, context în care pot fi tergiversate nejustificat procedurile judiciare.

Această optică a fost întărită de Curte printr-o altă hotărâre în care a luat în discuție excepția de neconstituționalitate a vechilor prevederi din Legea nr. 7/1996 a cadastrului și publicității imobiliare, care instituiau obligația de formulare a plângerii împotriva încheierilor de carte funciară direct la biroul teritorial de carte funciară, iar nu la instanță. Instanța constată caracterul neconstituțional cu motivarea că în cadrul examinării excepției de neconstituționalitate, Curtea a observat că prin art. 50 din Legea nr. 7/1996 prin care

[29] CCR, Decizia nr. 462 din 17 septembrie 2014, disponibilă pe www.ccr.ro

se stabilește procedura de urmat în cazul contestării încheierilor de înscriere sau respingere a înscrierii în cartea funciară, se prevede că plângerea formulată trebuie depusă direct la biroul teritorial din cadrul oficiului de carte funciară teritorial.

Pornind de la analiza acestei dispoziții legale, Curtea a aprecia că și în această cauză există o încălcare a dreptului de acces liber la justiție, deoarece există posibilitatea ca oficiul teritorial fie să nu transmită plângerea către instanța de judecată, fie să o transmită cu întârziere chiar și în condițiile în care prin art. 50 alin. 2 din Legea nr. 7/1996 se impune această obligație, și astfel să prejudicieze pe petent.

Curtea a stabilit că principiul constituțional al liberului acces la justiție semnifică o posibilitate reală a persoanelor de a se putea adresa în mod direct și nemijlocit către instanțele de judecată în vederea ocrotiri drepturilor și intereselor legitime ale acestora, fără ca acest drept să fie îngrădit de o altă prevedere legislativă.

Din nou, la fel ca și în spața analizată anterior, s-a apreciat că un astfel de impediment administrativ nu poate justifica un scop obiectiv sau rațional pentru care a fost instituit, ceea ce face ca acesta să reprezinte o veritabilă încălcare a dreptului prevăzut de art. 21 alin. 1-3 din Constituție față de persoana interesată. Astfel, prin instituirea obligației de a depune plângerea exclusiv la sediul biroului teritorial din cadrul oficiului de carte funciară ca o condiție preliminară pentru accesul la justiție nu poate fi justificată din punct de vedere al scopului urmărit și nu poate reprezenta o limitare rezonabilă[30].

Se observă consecvența Curții în abordarea juridică a acestei probleme, în sensul că libertatea accesului la justiție se traduce în posibilitatea persoanei de a se adresa direct și nemijlocit instanțelor de judecată. Orice impediment instituit de legiuitor în exercitarea acestui drept trebuie să fie fundamentat pe o logică juridică, respectiv să urmărească un scop ce poate fi verificat prin raport cu limitarea pe care o realizează.

Jurisprudența Curții Constituționale recunoaște la nivel de principiu constituțional liberul acces la justiție și astfel îl are în vedere atunci când analiza prevederilor legislative o impune. Deși nu are ca scop primordial protecția drepturilor fundamentale, Curtea realizează și acest deziderat prin ocrotirea ierarhiei normelor și a supunerii tuturor actelor normative față de prevederile constituționale. Orice verificare asupra textelor de lege adoptate în exercitarea celorlalte puteri ale statului va aduce în discuție și ipoteza încălcării unui drept fundamental atunci când atitudinea statului poate fi încadrată, printr-o interpretare extensivă, în sfera atingerilor aduse exercitării acestora.

3. Influența hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului asupra jurisprudenței interne

Din acest punct de vedere analiza este, cel puțin la prima vedere, destul de simplă, odată ce art. 46 al Convenției consacră caracterul obligatoriu al hotărârilor definitive ale Curții față de statele care au fost parte în respectiva cauză.

Obligativitatea conformării rezultă și din asumarea prevederilor convenției prin semnarea actului internațional. Astfel, la fel ca în cazul unui contract, semnarea convenției impune și obligația de respecta prevederile acesteia și de a contribui la realizarea scopului acesteia.

Cum protecția drepturilor fundamentale se realizează la nivel internațional de către Curtea europeană a drepturilor omului, art. 46 al Convenției stabilește expres obligația statelor de a respecta hotărârile definitive în care acestea sunt parte[31]. Sistemul judiciar al Convenției nu putea fi efectiv decât în cazul în care statele s-ar fi conformat dispozițiilor Curții.

Prin urmare, redactorii Convenției au dorit instituirea unui mecanism judiciar de control al modului în care sunt puse în aplicare de către state prevederile acesteia și în care este asigurată respectarea drepturilor

[30] CCR, Decizia nr. 467/22 aprilie 2008, disponibilă pe www.ccr.ro

[31] Această obligație a fost subliniată chiar și de Curte prin hotărârea în cauza *Scozzarri et Giunta c. Italiei,* 13 iulie 2000, disponibilă pe hudoc.echr.coe.int.

și libertăților[32]. Adeseori, hotărârile Curții în cazurile ce ajung să fie analizate de judecătorii acesteia, constată încălcarea unor drepturi ocrotite prin Convenție. În acest caz, prin soluția pronunțată Curtea oferă persoanei prejudiciate și o compensație echitabilă ce urmează a fi achitată de către stat. În acest context nu trebuie să înțelegem că obligația de conformare a statelor se referă doar la plata compensației dispusă, ci și la modificarea legilor astfel încât să fie eliminată încălcarea constatată, așadar o forță obligatorie și a considerentelor hotărârii.

În conținutul obligației statului de a executa hotărârile Curții se regăsește și repunerea persoanei prejudiciată în situația anterioară, aplicație a principiului *restitutio in integrum*[33], măsurile prin care se realizează aceasta fiind lăsate la aprecierea statului. În acest sens, s-a recunoscut că cea mai adecvată soluție este posibilitatea revizuirii hotărârii interne în discuție[34].

Această posibilitate este recunoscută expres de codurile de procedură civilă și penală naționale. Astfel art. 509 pct. 10 din Codul de procedură civilă prevede posibilitatea revizuirii hotărârii în cazul în care CEDO a constatat o încălcare a drepturilor sau libertăților fundamentale în cadrul unei hotărâri judecătorești ale cărei efecte continuă să se producă. Aceeași reglementare se regăsește și în materie penală, în cadrul art. 465 al Codului de procedură penală.

Înseamnă că principalul efect al hotărârilor Curții este acela de a permite reformarea hotărârilor pronunțate de instanțele naționale prin care s-a încălcat un drept fundamental. Soluția Convenției este de a oferi o forță efectivă a hotărârilor Curții asupra situației persoanei prejudiciate. Deși Curtea nu se poate pronunța asupra unor măsuri asupra hotărârilor instanțelor naționale, statele se obligă să adopte singure aceste măsuri. Soluția unanim acceptată este aceea de a putea fi revizuite acele hotărâri prin care s-au produs prejudicii constatate de Curte, pentru a repara integral prejudiciile ce ar putea să se manifeste și în viitor în cazul în care astfel de hotărâri ar beneficia în continuare de autoritate de lucru judecat.

O altă modalitate prin care statul înțelege să ofere caracter obligatoriu hotărârilor Curții este aceea de a obliga instanțele naționale să aplice cu prioritate dreptul internațional la care România este parte și, prin urmare, să aibă în vedere hotărârile pronunțate de Curte în spețe similare cu cele judecate.

Deși hotărârile Curții nu reprezintă izvor de drept decât în cauzele în care acestea s-au pronunțat efectiv asupra respectivei situații juridice, caracterul obligatoriu al prevederilor Convenției impune instanțelor să își formeze raționamentul logico juridic și prin aplicarea considerentelor folosite de Curte în alte spețe similare, indiferent dacă România a fost parte în acestea sau nu.

Această influență a hotărârilor Curții este vizibilă tot mai mult în sistemul judiciar național, instanțele folosind tot mai des soluțiile acesteia pentru a-și motiva propriile hotărâri, pornind de la același raționament în spețe similare.

Prin urmare importanța hotărârilor Curții este sporită de caracterul obligatoriu oferit, pe de-o parte de art. 46 al Convenției, iar, pe de altă parte, de aparența de superioritate pe care o oferă instanțelor naționale.

4. Limitări naționale ale accesului liber la justiție

Jurisprudența Curții nu se opune instituirii de către state a unor limitări ale accesului liber la justiție în sensul unor cerințe administrative preliminare actului de justiție efectiv, prin care însă să fie blocată posibilitatea obținerii judecății în anumite circumstanțe.

Am stabilit anterior că liberul acces la justiție este un principiu constituțional și astfel orice limitare poate fi făcută doar în interiorul prevederilor legii fundamentale. Există așadar, raportându-ne și la art. 53 al Constituției, o balanță foarte sensibilă în cazul limitărilor dreptului de liber acces la justiție. Astfel, pe de-o parte acestea pot fi instituite pentru motive ce țin de buna desfășurare a justiției și disciplinarea justițiabililor

---

[32] Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, pag. 1552.

[33] Ibidem 172.

[34] Fr. Sudre, *Droit international et europeen des droits de l`homme, 9e edition revue et argumentee,* PUF, Paris, 2008, pag. 727.

în redactarea cererilor, iar, pe de altă parte, acestea limitări nu trebuie să fie excesive și nu trebuie să cauzeze o ingerință nejustificată în dreptul fundamental, față de rezultatul urmărit.

Ce se poate însă înțelege prin „buna desfășurare a justiției", din punct de vedere al analizei dreptului la un proces echitabil? Noțiunea nu este definită de vreun act normativ, fiind prezentă în aceeași formă, fără a fi oferită o definiție, și în anumite prevederi legale[35]. Înseamnă că analiza se va face în funcție de mai multe elemente interdependente. Așadar, buna desfășurare a justiției ar reprezenta ansamblul de reguli procedurale și administrative care coordonează activitatea puterii jurisdicționale și ajută la înfăptuirea justiției în condiții optime.

Definiția pe care o propunem este una generală, deoarece și conceptul este susceptibil de o interpretare extensivă. Ceea ce este important însă este păstrarea caracterului optim al desfășurării procedurilor, caracter ce poate fi obținut doar prin implementarea unui set de norme care să contribuie la celeritatea procedurii, îmbunătățirii actului de justiție, accesibilitatea generală a procedurii judiciare, etc.

Art. 124 din Constituție vorbește despre înfăptuirea justiției, limitându-se la a arăta că aceasta se „înfăptuiește în numele legii". Este adevărat că aceasta trebuie să fie cea mai importantă caracteristică într-un stat de drept, democratic, însă nu putem scăpa din vedere faptul că justiție înseamnă inclusiv proceduri administrative anterioare ședințelor de judecată. Înfăptuirea justiției se va face în numele legii și în aceste etape și astfel nu trebuie să încalce, în mod abuziv, drepturile fundamentale ale persoanelor.

Din punct de vedere al administrării justiției trebuie luate în considerare mai multe aspecte, care se referă la: volumul dosarelor, durata de soluționare a acestora, spațiile destinate ședințelor de judecată, etc. De asemenea, o importanță deosebită o reprezintă limitarea acțiunilor vădit neîntemeiate, sau exercitate abuziv, pentru a nu mări nejustificat activitatea instanțelor.

Buna desfășurare a justiției impune satisfacerea tuturor cerințelor identificate mai sus, astfel încât actul de justiție să se apropia cât mai mult de condițiile optime, așa cum sunt acestea acceptate într-o societate democratică, partea a unui stat semnatar al Convenției.

Am analizat anterior două dintre limitările naționale, respectiv procedura prealabilă și plata unor taxe de timbru. Ambele țin de buna administrare a justiției deoarece impun cerințe suplimentare anterioare formulării acțiunilor în justiție, însă scopul acestora este de a limita acele litigii "inutile", respectiv cele care sunt vădit neîntemeiate.

Procedurile prealabile administrative au rolul de a oferi posibilitatea instituției care a emis actul de a-l revoca, urmare a argumentelor juridice prezentate de persoana căreia acesta i se adresează. În acest mod, se asigură o justiție mai eficientă, prin eliminarea unui număr de acțiuni, respectiv cele potențiale, dar în cazul cărora justițiabilul este mulțumit de răspunsul din procedura prealabilă. Procedurile prealabile nu afectează accesul liber la justiție decât în cazul în care se constituie ca un impediment veritabil în exercitarea dreptului la acțiune. De exemplu, faptul că rezultatul din procedura prealabilă poate fi contestat în fața instanței este o garanție a acestui principiu. Însă în cazul în care procedura administrativă ar fi singura deschisă persoanei respective, accesul ar fi vătămat iremediabil.

Nu trebuie însă confundată procedura prealabilă, în cadrul căreia se caută obținerea unei decizii a organului administrativ cu atribuții jurisdicționale ce poate fi atacat în instanță, cu obligația instituită de unele forme ale actelor normative anterioare. Astfel accesul la justiție este limitat excesiv în cazul în care se impune obligația transmiterii plângerii către o altă instituție care ar trebui ulterior să o transmită către instanță, însă nu este limitat în cazul în care această instituție acționează ca un organ cu atribuții jurisdicționale pentru a pronunța o soluție asupra actului emis de aceasta, soluție ce poate ulterior fi contestată în instanță.

Un al doilea caz de aparentă limitare a liberului acces la justiție este obligația de plată a taxelor de timbru. Pe plan intern, OUG nr. 80/2013 este noul act normativ în materie, făcând parte din reforma legislativă în ceea ce privește acțiunile în justiție.

Plata taxelor de timbru are două scopuri principale. În primul rând, acestea se constituie ca o taxă

[35] În acest sens, art. 7 lit. e) din Regulamentul privind organizarea și funcționarea administrativă a Înaltei Curți de Casație și Justiție, se referă la „măsurile necesare pentru buna desfășurare a activității Înaltei Curți de Casație și Justiție".

pentru serviciul prestat de instanțe, justificând astfel din punct de vedere economic și organizarea acestora. În al doilea rând, prin instituirea obligației de plată a taxei de timbru sunt evitate unele acțiuni șicanatorii și vădit neîntemeiate. Reclamantul, în cazul în care cunoaște că va fi obligat să achite o sumă considerabilă cu titlu de taxă de timbru, va fi interesat de promovarea doar a acțiunilor civile pe care le consideră întemeiate.

Cuantumul taxelor instituit prin lege se raportează în principal la valoarea obiectului litigiului. Astfel, cu cât pretențiile patrimoniale sunt mai însemnate, cu atât taxa va fi mai mare și va reprezenta un veritabil impediment pentru formularea acțiunii. O valoare exagerată a taxei de timbru constituie în sine un element ce afectează liberul acces la justiție, deoarece pentru persoanele cu posibilități materiale reduse va face imposibilă exercitarea acțiunilor. Cu toate acestea, legiuitorul a prevăzut posibilitatea acordării ajutorului public judiciar pentru persoanele care nu au posibilitatea să achite taxa la valoarea solicitată prin lege.

O altă limitare analizată este procedura regularizării prevăzută de Codul de procedură civilă. De asemenea, pe aceasta am analizat-o anterior, identificând o veritabilă ingerință în exercițiul dreptului de liber acces la justiție în cazul în care cererea de chemare în judecată este anulată pentru neindicarea unor elemente de identificare ale celorlalte părți, care nu sunt imperios necesare pentru comunicarea către aceștia a actelor de procedură (așa cum sunt codul numeric personal sau codul unic de identificare pentru persoane juridice).

Intenția legiuitorului pentru procedura regularizării a fost în mod cert îmbunătățirea actului de justiție prin formalizarea cererilor de chemare în judecată și astfel disciplinarea justițiabililor, spre a reduce numărul de cereri informe adresate instanțelor care ar trebui ulterior precizate sau care sunt vădit neîntemeiate și astfel încarcă nejustificat ședințele de judecată. În acest context norma juridică nu ar fi reprezentat o limitare a efectivității accesului liber la justiție, însă aplicarea sa, inclusiv de către instanțele de judecată, creează de multe ori premisele unei ingerințe excesive.

O altă modalitate de a limita acțiunile în justiție este obligația de plată a cauțiunii în materie civilă. Aceasta reprezintă o garanție oferită de petent, constând într-o sumă de bani consemnată la dispoziția instanței, pentru anumite cereri formulate de acesta, ce ar putea prejudicia pe pârât, inclusiv prin tergiversarea excesivă a cauzei.

Mai multe texte de lege impune plata unei cauțiuni pentru anumite categorii de acțiuni. Astfel, art. 719 C.pr.civ. impune obligația de plată a cauțiunii în cazul formulării cererii de suspendare a executării silite, art. 953 C.pr.civ. în cazul cererii pentru sechestru asigurător, art. 143 C.pr.civ. în cazul cererii de suspendare a cauzei în cadrul judecății asupra strămutării, art. 952 C.civ. în cazul cererilor formulate pentru prevenirea degradării sau înstrăinării bunurilor posedate, ș.a.

Se observă că legiuitorul a instituit această obligație în cazul acelor cereri care pot afecta cealaltă parte din proces. Dacă luăm spre exemplu cazul cererii de suspendare a executării silite, eventuala admitere a acesteia va face imposibilă desfășurarea executării silite până la finalizarea judecății asupra contestației la executare. Cu toate acestea, este posibil ca soluția asupra contestației la executare să nu fie favorabilă părții ce a cerut suspendarea și astfel cealaltă parte, care este și creditor în dosarul de executare să fie vătămat prin tergiversarea procedurii execuționale. În acest caz, acesta va avea posibilitatea de a urmări suma depusă cu titlu de cauțiune spre a-și recupera prejudiciile astfel create.

Din punct de vedere al liberului acces la justiție este evident că obligația de plată a cauțiunii reprezintă o limitare poate mai mare decât plata taxei de timbru. Având în vedere că aceasta este pusă tot în sarcina reclamantului, în primul rând, obligația se va cumula cu cea de plată a taxei de timbru ceea ce înseamnă un efort financiar sporit pentru acesta. Însă, spre deosebire de taxa de timbru, legea nu recunoaște facilitatea scutirii de la plata cauțiunii, ceea ce pentru persoanele cu venituri reduse reprezintă, un veritabil impediment în exercitarea dreptului de liber acces la justiție.

Din punct de vedere al justificării perceperii cauțiunii, în cauza Iosif și alții c. României[36], Curtea a apreciat că un cuantum al cauțiunii de 133.984 euro, reprezentând 20% din valoarea creanței ce trebuia

[36] CEDO, Iosif și alții c. României, 10443/03, 20 decembrie 2007.

recuperată prin executarea silită, este foarte ridicată și nu poate fi justificată în niciun fel de circumstanțele cauzei sau de situația financiară a reclamanților. În acest caz, nici acordarea de către instanță a unui termen de o lună nu este de natură a anula ingerința nejustificată în exercitarea liberului acces la justiție, deoarece cauțiunea nu poate fi stabilită într-un cuantum fix, raportat la valoarea obiectului acțiunii, deoarece poate ajunge la valori disproporționate față de posibilitatea efectivă de achitare a unor sume de bani de către persoane rezonabile.

O problemă relativ recentă cu privire la limitarea liberului acces la justiție a fost constituită de prevederile art. 2 din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, conform cărora, anterior promovării cererii de chemare în judecată în anumite materii, reclamantul trebuia să facă dovada participării la o ședință privind beneficiile medierii, desfășurată împreună cu un mediator, iar în caz contrar, acțiunea urma a fi respinsă ca inadmisibilă. Prin urmare se punea în discuție chiar esența dreptului de liber acces la justiție prin condiționarea acestuia de realizarea unei proceduri prealabile în cadrul căreia nu se urmărea soluționarea diferendului (deoarece nu era vorba despre o mediere propriu-zisă) ci doar a obținerii unor informații.

Curtea Constituțională a apreciat că aceste prevederi legislative sunt contrare art. 21 din Constituție și reprezintă o încălcare a principiului liberului acces la justiție, deoarece, deși procedura medierii propriu-zise este facultativă, conform aceluiași act normativ, Legea nr. 192/2006, totuși parcurgerea ședinței de informare este obligatorie. Prin urmare, este evident că o astfel de obligație instituită și pentru care se prevede orice sancțiune, nu neapărat cea a respingerii ca inadmisibilă a cererii de chemare în judecată nu este în concordanță cu art. 21 din Constituție conform căruia niciun act normativ nu poate îngrădi dreptul de liber acces la justiție. Existența unei obligații de a parcurge o procedură prealabilă prin care se oferă informare cu privire la avantajele procedurii de mediere este în esența sa o îngrădire a accesului liber la justiție, deoarece reprezintă un obstacol în exercitarea unui drept protejat de Constituție, ceea ce, împreună cu sancțiunea inadmisibilității cererii de chemare în judecată înseamnă chiar interzicerea dreptului în sine. Având în vedere că există și situații în care persoanele își manifestă voința ca situația litigioasă să fie soluționată doar în fața instanței de judecată, Curtea consideră că o astfel de reglementare legală nu oferă posibilitatea de apreciere a acestora față de necesitatea efectivă a acestei proceduri.

Orice limitare a dreptului de acces liber la justiție, care înseamnă posibilitatea oricărei persoane de a obține recunoașterea drepturilor sale de către instanțele de judecată, indiferent de gradul de importanță al acesteia, trebuie să fie justificată din punct de vedere al scopului acesteia în raport cu prejudiciul cauzat. În acest context este necesar a fi analizat dacă dezavantajele pe care le creează depășesc posibilele avantaje urmărite.

Jurisprudența Curții Constituționale și a Curții Europene a Drepturilor Omului a statuat în mod expres că prin simpla prevedere legislativă, chiar dacă aceasta este la rangul de principiu constituțional, nu este suficientă pentru a putea asigura și exercitarea efectivă a acestuia în condițiile în care în practică sunt impuse obstacole. Concluzia este că accesul la justiție trebuie să fie unul efectiv și eficace, așa cum s-a reținut și prin Decizia Curții Constituționale nr. 670/18.05.2011.

Prin urmare, Curtea a considerat că o procedură prealabilă cu caracter obligatoriu prin care se obține informarea asupra avantajelor oferite de mediere este un obstacol în calea posibilității persoanelor de a se adresa direct instanțelor de judecată pentru ocrotirea și recunoașterea drepturilor sale. Oricum, o obligație de informare asupra existenței unui act normativ este o încălcare a liberului acces la justiție nejustificată, odată ce justițiabilul nu încearcă prin aceasta soluționarea efectivă a situației litigioasă, ci doar parcurgerea unei ședințe cu caracter formal, ceea ce reprezintă o sarcină inoportună[37].

Față de acest aspect, Curtea Constituțională a reținut practic că orice obligație suplimentară impusă reclamantului anterior formulării acțiunii și care este sancționată în caz de neexecutare, cu respingerea acțiunii, înfrânge principiul liberului acces la justiție, odată ce aceasta nu este instituită pentru posibilitatea

[37] CCR, Decizia nr. 266/2014, disponibilă pe www.ccr.ro, para. 22-24.

teoretică de a preveni sau soluționa conflictul, ci doar pentru a obține anumite informații, respectiv cu privire la cuprinsul legii medierii, informații care oricum sunt prezumate a fi cunoscute în lumina principiului *nemo censetur ignorare legem.*

În concluzie, legislația națională poate institui mai multe reglementări care să condiționeze formularea acțiunilor civile de anumite cerințe, așa cum ar fi plata unor sume de bani sau parcurgerea unor proceduri administrative. Existența acestor limitări trebuie să fie justificată de elemente ce țin de buna înfăptuire a justiției și nu trebuie să fie disproporționate în raport de scopul urmărit. Orice limitare care se dovedește nejustificată, fie, în cazul plății sumelor de bani, prin caracterul excesiv al acestora, fie, în cazul instituirii unei proceduri prealabile, dacă aceasta nu este menită să ofere posibilitatea soluționării conflictului, ori orice altă limitare de acest gen, vor fi considerate contrare principiului constituțional al liberului acces la justiție.

Rolul justiției în prevenirea și combaterea violenței domestice

Judecător Dr. Ionel Grigorie[1]
Curtea de Apel Craiova

1.Problema violenței domestice care poate lua diverse forme de la violența fizică, verbală la violența psihologică este o problemă generală care preocupă statele și care nu este ușor de demonstrat fiindcă de cele mai multe ori are loc în cadrul relațiilor personale, în spațiul intim. Violența domestică este o chestiune de putere și de control fiindcă agresorii aleg să recurgă la violență pentru a obține ceea ce vor și pentru a-și menține controlul. Că este un fenomen o demonstrează datele statistice potrivit cărora în perioada 2006-2012 în România au fost estimate 72000 de cazuri raportate de violență domestică, din care 720 de decese au fost cauzate de violența domestică, violența psihologică a afectat între 30-39 % dintre femeile din țara noastră iar 30% au spus că au suferit violență fizică și /sau sexuală de la vârsta de 15 ani.

În demersul nostru de a identifica mijloacele civile și penale de protecție a victimelor violenței domestice este necesar mai întâi să evidențiem cadrul internațional și regional pentru prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor inclusiv a violenței domestice, să definim violența domestică și formele ei de manifestare. Curtea Europeană a Drepturilor Omului recunoaște că și bărbații pot fi victime ale violenței domestice și într-adevăr, copii sunt deseori, de asemenea victime ale acestui fenomen, în mod direct sau indirect[2].Cea mai comună formă de violență domestică rămâne însă violența împotriva femeilor.

Cadrul legislativ internațional cu privire la drepturile femeilor cuprinde Convenția privind eliminarea tuturor formelor de discriminare împotriva femeilor(1979), Declarația ONU privind eliminarea violenței împotriva femeilor(1993), Convenția interamericană privind prevenirea, pedepsirea și eradicarea violenței împotriva femeilor(1994) Declarația de la Beijing (1995), Protocolul la carta africană a drepturilor omului și popoarelor privind drepturile femeilor în Africa (2003) și Recomandarea consiliului Europei Rec(2002) a Comitetului de miniștri către statele membre privind protecția femeilor împotriva violenței.

Convenția Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice cunoscută sub denumirea de Convenția de la Istanbul[3], cea mai importantă reglementare în sistemul european, definește violența domestică ca reprezentând,, toate acțiunile de violență fizică, sexuală, psihologică sau economică care survin în familie sau în unitatea domestică sau între foștii sau actualii soți sau parteneri, indiferent dacă agresorul împarte sau a împărțit același domiciliu cu victima (art,3 lit.b).

Legea 217/2003[4] definește formele de violență enumerate în Convenția de la Istanbul și în plus cuprinde ca forme ale violenței domestice violența socială și violența spirituală. Dacă violență fizică, sexuală, psihologică sau economică sunt frecvent întâlnite și nu necesită prea multe comentarii, violența socială se referă la impunerea izolării persoanei de familie, de comunitate și de prieteni, interzicerea frecventării instituției de învățământ, impunerea izolării prin detenție inclusiv în locuința familială, privarea intenționată de acces la informație. Violența spirituală se manifestă prin subestimarea sau diminuarea importanței

[1]Expert în managementul cauzelor de violență domestică.
[2] Opuz c. Turciei hotărârea din 9 iunie 2009.
[3] Adoptată în 2011 și ratificată de România cu rezerve prin Legea nr.30/2016 publicată în M.Of. Partea I nr.224/25 martie 2016
[4] Republicată în temeiul dispozițiilor art.248 din Legea nr.187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr.286/2009 privind Codul penal, publicată în M.Of. al României partea I NR.117 din 01 martie 2013

satisfacerii necesităților moral-spirituale prin interzicere, ridiculizare, penalizare a aspirațiilor membrilor de familie, a accesului la valorile culturale.

Cauzele violenței împotriva femeilor și violența domestică sunt adânc înrădăcinate în inegalitatea de gen ce se referă la rolurile construite social, comportamentele, activitățile și însușirile pe care o societate dată le consideră adecvate pentru femei și bărbați, violența fiind rezultatul unui dezechilibru de putere între bărbați și femei. Preocuparea statelor pentru perfecționarea legislației în vederea identificării celor mai eficiente mijloace de a combate acest fenomen este de înțeles fiindcă, violența domestică reprezintă un fenomen structural care afectează persoanele din punct de vedere al sănătății fizice, sexuale, psihologice, al relației cu prietenii cu familia și colegii de muncă, afectează copii și societatea ca întreg.

Factorii de risc ce pot declanșa violența domestică sunt următorii: separarea recentă, posesia de arme, antecedente violente, consum de alcool, droguri, boala psihică, tulburări de natură sociopată, mesaje obsesive, hărțuire, existența copiilor.

2. Legea 217/2013 sancționează violența în familie săvârșită de către un membru de familie împotriva unui alt membru al aceleiași familii, în sensul că victima poate solicita instanței, ca în scopul înlăturării stării de pericol, instanța să emită un ordin de protecție prin care să se dispună, cu caracter provizoriu una sau mai multe obligații sau interdicții. Noțiunea de membru de familie cuprinde ascendenții și descendenții, frații și surorile, copii acestora precum și persoanele devenite prin adopție potrivit legii astfel de rude, soțul soția și sau fostul soț fosta soție, persoanele care au stabilit relații asemănătoare acelora dintre soți sau dintre părinți și copii, în cazul în care conviețuiesc, tutorele sau altă persoană care exercită în fapt ori în drept drepturile față de persoana copilului, reprezentantul legal sau altă persoană care îngrijește persoana cu boală psihică.

În perioada 2012-2014 la nivelul judecătoriilor s-au înregistrat 3629 de cauze având ca obiect emiterea ordinului de protecție, iar la instanțele de control judiciar au ajuns în calea de atac 676 de cauze[5]. Cererea este în competența judecătoriei de pe raza teritorială în care își are domiciliul sau reședința victima și poate fi introdusă de victimă personal sau prin reprezentant legal și în numele victimei de: procuror; reprezentantul autorității sau structurii competente, la nivelul unității administrativ-teritoriale, cu atribuții în materia protecției violenței în familie; reprezentantul oricăruia dintre furnizorii de servicii sociale în domeniul prevenirii și combaterii violenței în familie, autorizați conform legii, cu acordul victimei.

Potrivit art.27 alin.1 din Legea 217/2013 cererile pentru emiterea ordinului de protecție se judecă de urgență și în orice situație soluționarea acestora nu poate depăși un termen de 72 de ore de la depunerea cererii. Alineatul 1 al articolului 27 a fost modificat prin adoptarea Legii 351/23.12.2015[6] întrucât anterior nu era prevăzut un termen pentru soluționarea cererii fiind menționat doar faptul că se judecă de urgență fapt ce a generat o practică neunitară a instanțelor de judecată. Cererile se judecă în camera de consiliu, participarea procurorului este obligatorie, părțile se citează potrivit regulilor privind citarea în cazuri urgente, asistența juridică a persoanei împotriva căreia se solicită ordinul de protecție fiind obligatorie. Caracterul urgent al acestei cereri determinat de necesitatea de a proteja integritatea fizică sau psihică ori libertatea persoanei ce sunt puse în pericol printr-un act de violență, a impus în practica instanțelor ca faza regularizării cererii de chemare în judecată să nu mai fie parcursă.

În hotărârea prin care se admite cererea privind emiterea ordinului de protecție instanța dispune cu caracter provizoriu una sau mai multe din următoarele obligații: evacuarea temporară a agresorului din locuința familiei, indiferent dacă acesta este titularul dreptului de proprietate; reintegrarea victimei și după caz a copiilor, în locuința familiei; limitarea dreptului de folosință al agresorului numai asupra unei părți a locuinței comune atunci când aceasta ar putea fi partajată încât agresorul să nu vină în contact cu victima; obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de copii acesteia; interdicția pentru agresor de a se deplasa în anumite localități sau în zone determinate pe care persoana protejată le frecventează ori le vizitează periodic; interzicerea oricărui contact, inclusiv telefonic prin

[5] Raportul Inspecției Judiciare nr.1609/IJ/1070/DIJ/2014 disponibil pe www.csm.1909.ro
[6] Publicată în M.Of.din data de 30 decembrie 2015

corespondență sau în orice alt mod cu victima; obligarea agresorului de a preda poliției armele deținute; încredințarea copiilor minori sau stabilirea reședinței acestora[7].

Judecata se face de urgență și cu precădere, nefiind admisibile probe a căror administrare necesită timp îndelungat, fapt ce înseamnă că în măsura în care sunt prezenți martorii la judecarea cererii aceștia vor fi audiați după punerea în discuție a probei, proba cu înscrisuri fiind relevantă în cauză și ne referim aici la certificate medico-legale ce atestă exercitarea actelor de violență, procese verbale din care rezultă că agresorul a mai fost reclamat la poliție pentru acte de violență domestică. ,,Tribunalul a apreciat că într-adevăr, pârâtul prezintă pericol pentru viața și integritatea fizică și psihică a soției sale și a fiului său, care trebuie protejat, cel puțin temporar, până când pârâtul va înțelege consecințele actelor sale și gravitatea acestora și până când va remedia problemele comportamentale pe care acesta însuși le recunoaște și pe care chiar tribunalul le-a putut observa pe parcursul desfășurării ședinței de judecată. Faptul că apelantul-pârât prezintă pericol pentru viața și integritatea fizică și psihică a soției sale și a fiului său poate rezulta indirect și din împrejurarea că pârâtul are același tip de comportament agresiv psihic și fizic și față de ceilalți membrii ai familiei sale, respectiv cu părinții săi și cu fratele său, apelantul fiind implicat în mai multe dosare penale în care este cercetat sub aspectul mai multor fapte privind violențe în familie, amenințări, distrugere și violare de domiciliu,,[8].

Pronunțarea se poate amâna cu cel mult 24 de ore, iar motivarea ordinului se face în cel mult 48 de ore de la pronunțare.

O primă problemă care s-a ivit în practică a fost aceea daca ordinul de protecție poate fi emis împotriva unui fost concubin ce exercită acte de violență.

Dacă articolul 5 din Legea 217/2003 stabilește că prin membru de familie se înțelege soțul/soția și sau fostul soț/fosta soție, precum și persoanele care au stabilit relații asemănătoare acelora dintre soți sau dintre părinți și copii, în cazul în care conviețuiesc, Convenția de la Istanbul are un conținut mai cuprinzător referindu-se la foștii sau actualii soți sau parteneri, indiferent dacă agresorul împarte sau a împărțit același domiciliu cu victima. Prin urmare nu are importanță faptul că la momentul exercitării actelor de violență concubinii nu mai locuiau împreună.

Articolul 3 din Convenție nu se regăsește printre cele pentru care România și-a exprimat rezerve, motiv pentru care în baza art.11 din Constituția României[9] în condițiile în care Parlamentul a ratificat Convenția de la Istanbul, ar trebui ca instanțele de judecată să aplice direct prevederile Convenției de la Istanbul în situația în care ordinul de protecție este cerut împotriva unui fost partener ce nu mai locuiește împreună cu victima.

Conform art.27 alin.5 din Legea 217/2003 în caz de urgență deosebită, instanța poate emite ordinul de protecție chiar în aceeași zi pronunțându-se pe baza cererii și a actelor depuse, fără concluziile părților ceea ce înseamnă că agresorul nu mai este citat, însă hotărârea i se comunică iar în acest caz termenul de recurs este de 3 zile de la comunicare. În toate cazurile recursul se judecă cu citarea părților și participarea procurorului.

O a doua problemă sesizată în practica judiciară se referă la faptul că la instanța de fond, cererea se judecă în Camera de Consiliu iar asistența juridică a persoanei împotriva căreia se solicită ordinul de protecție este obligatorie. La judecarea căi de atac legiuitorul nu a mai reluat dispozițiile menționate anterior, iar unele instanțe au judecat în ședință publică fără a asigura asistența juridică persoanei împotriva căreia se solicită ordinul de protecție în timp ce altele au aplicat acele dispoziții[10].Considerăm că articolul 27 din Legea 217/2003 ce se referă la judecarea cererii în primă instanță nu sunt aplicabile la soluționarea căii de

---

[7] Art.23 alin.1 din Legea 217/2003.

[8] Tribunalul Hunedoara, S.I civ., dec.nr..285/A/5 iunie 2014, www.universul juridic.ro

[9] Conform art.11 alineatul 1 din Constituție statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte. Alineatul 2 al aceluiași articol menționează că tratatele ratificate de parlament, potrivit legii fac parte din dreptul intern.

[10] A se vede Raportul Inspecției Judiciare menționat anterior.

atac în lipsa unei prevederi exprese în acest sens.

Întregul mecanism prevăzut de legiuitor privind înregistrarea, judecarea și exercitarea căii de atac împotriva hotărârii prin care a fost soluționată cererea având ca obiect emiterea unui ordin de protecție este menit să asigure protecția victimelor violenței domestice în special a femeilor și copiilor. În acest sens în maximum 5 ore de la momentul pronunțării hotărârii o copie a hotărârii se comunică organelor teritoriale de poliție.

Încălcarea oricăreia din măsurile și obligațiile impuse prin ordinul de protecție constituie infracțiunea de nerespectarea hotărârilor judecătorești și se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an durata măsurilor de protecție dispuse prin ordinul de protecție se stabilește de judecător, fără a putea depăși 6 luni de la data emiterii ordinului.

Victimele violenței domestice sunt persoane vulnerabile în fața cărora se ridică adesea bariere în ceea ce privește accesul la justiție determinat de inegalitatea juridică, inegalitatea culturală-este de condamnat femeia care își reclamă soțul sau partenerul în cadrul anumitor etnii; inegalitatea socio-economică-femei care locuiesc în zone rurale fără posibilitatea de a-și asigura întreținerea fiind dependente de soți; femei migrante-supuse agresiuni soților evită să reclame autorităților de teama de a nu fi expulzați; femei cu dizabilități-aflate în nevoie ce nu sesizează abuzurile pentru că ar rămâne fără ajutor, femeile în vârstă. Depășirea acestor bariere este posibilă printr-o corectă și coerentă informare a victimelor asupra drepturilor acestora legate de protecția specială adecvată situației și nevoilor sale, la servicii de consiliere, reabilitare, reintegrare socială, la consiliere și asistență juridică gratuită în condițiile legii.

Se cuvine să amintim aici ca element de noutate faptul că directiva 2011/99/UE din 13 decembrie privind ordinul european de protecție a fost transpusă în legislația internă prin adoptarea Legii 151/2016[11].ordinul european de protecție permite ca, pentru victimele violenței-în special cele care au fost supuse violenței domestice sau urmărite-ordinele de restricționare, de protecție și de interdicție emise într-un stat membru al UE să fie recunoscute rapid și cu ușurință pe teritoriul UE printr-o simplă certificare.

3.Dacă în materie civilă ordinul de protecție constituie un mijloc de protecție a victimelor violenței domestice în continuare vom încerca să examinăm instrumentele pe care organele judiciare penale le pot folosi în același scop.

În practică în paralel sau anterior formulării cererii de emitere a ordinului de protecție, victimele violenței domestice formulează plângeri penale la poliție sau la parchet.

Lipsa unor proceduri bine definite în cazul sesizărilor având ca obiect violența domestică a avut de multe ori consecințe dramatice pentru victime, sens în care avem în vedere cazul ,,Perla,, din municipiul București, când în ziua de 05 martie 2012 soțul aflat în proces de divorț cu soția, s-a deplasat la salonul unde aceasta lucra a ucis cu o armă de foc două persoane(una era soția) și a rănit alte șase persoane. S-a stabilit pe parcursul cercetărilor că la data de 01 martie 2012 soția aflată în proces de divorț cu acesta, îl reclamase la poliție pentru amenințări învederând că este deținătorul unei arme de foc, însă autoritățile nu au grăbit soluționarea plângerii[12].Ridicarea armelor de foc este o măsură pe care instanța o poate dispune în cazul emiterii ordinului de protecție.

Acesta este motivul pentru care în momentul în care sunt sesizate cu fapte penale ce au ca obiect violența domestică organele judiciare trebuie să facă o evaluare precisă și rapidă a pericolului cu care se confruntă victima, așa încât aceasta să poată fi ajutată rapid și eficient, în primul rând prin scoaterea acesteia și a copiilor din mediul respectiv. Cel mai mare risc există în momentul plecării și după ce victima a plecat. Scopul evaluării este acela de a identifica victimele expuse celui mai mare pericol și de a decide cum vor fi ajutate.

Victimele violenței domestice pot fi găzduite în centre de primire în regim de urgență denumite

[11]Publicată în M.Of partea I nr.545 din 20 iulie 2016

[12] www.avocatura.com

adăposturi care asigură protecție, găzduire, îngrijire și consiliere victimelor violenței în familie[13] a căror locație este secretă pentru publicul larg. Este important de asemenea ca victima să fie informată asupra drepturilor sale încă de la prima audiere și asupra consecințelor demersului său.

Codul penal român sancționează mai aspru infracțiunile săvârșite asupra unui membru de familie, prin majorarea cu o pătrimea maximului prevăzut de lege pentru infracțiunile prev. de art.188, art.189 , și art.193-195 C.p. În cazul infracțiunilor prevăzute în art. 193 și art. 196 săvârșite asupra unui membru de familie, acțiunea penală poate fi pusă în mișcare și din oficiu iar împăcarea înlătură răspunderea penală.

O reacție eficace a autorităților judiciare constând în efectuarea cu maximă celeritate a urmăririi penale, propunerea și luarea măsurilor preventive corespunzătoare gradului de pericol al faptei săvârșite și periculozității agresorului sunt de natură să facă diferența și să dea încredere victimelor că plângerea lor a avut finalitate. În lanțul acesta trofic ce începe cu momentul depunerii plângerii de către victima violenței domestice, rolul polițistului, procurorului și judecătorului sunt determinante pentru asigurarea prevenirii și combaterea acestui gen de fapte.

Persoanele care sunt vulnerabile sunt echivalate din punct de vedere al nevoii de protecție specifică, cu persoanele aflate în situații care le expun unui risc deosebit de a fi prejudiciate prin expunerea la violențe repetate în cadrul relațiilor apropriate, categoriile de persoane prezumat vulnerabile fiind prevăzute în art.113 alin.1 Cod procedură penală.

,,Instanța are în vedere că o importanță deosebită într-o cauză penală, care implică agresiuni față de o persoană aflată în stare de vulnerabilitate evidentă față de agresor(inferioritate din punct de vedere al forței fizice)cu antecedență relaționară agresivă din partea inculpatului în raport de victimă (aceasta a agresato fizic și în trecut), trebuie acordată declarației persoanei vătămate având în vedere că atare infracțiuni comportă foarte des, un probatoriu specific, dovezile materiale fiind uneori inexistente. În astfel de cazuri când inculpatul neagă chiar dacă numai parțial, implicarea sa în toate infracțiunile reținute în actul de sesizare, declarațiile persoanei vătămate trebuie analizate prin raportare la restul probelor și indiciilor care pot conduce la concluzia că starea de fapt prezentată de victimă nu constituie o fabulație sau o încercare de răzbunare din partea acesteia,,[14].

Prin urmare în evaluarea probatoriului este foarte importantă declarația luată de organele judiciare persoanei vătămate, fiind aplicabile dispozițiile art. 111 alin.6 Cod procedură penală ce impun ca audierea acestora să se facă în incinte special adaptate pentru a se evita contactul cu agresorul și implicit o victimizare secundară, audierea prin intermediul sau în prezența unui psiholog sau a altui specialist în consilierea victimelor, audierea de către o persoană de același sex atunci când se realizează de organul de cercetare penală. La audiere, persoana vătămată poate fi însoțită, la cererea sa, de către reprezentantul său legal și de către o altă persoană desemnată de către persoana vătămată, cu excepția cazului în care organul judiciar decide în sens contrar.

Potrivit art.111 alin.9 Cod procedură penală audierea persoanei vătămate de către organul judiciar care a înregistrat o plângere cu privire la săvârșirea unei infracțiuni se desfășoară de îndată, iar dacă acest lucru nu este posibil, se va realiza ulterior depunerii plângerii fără întârzieri nejustificate. Această declarație constituie mijloc de probă chiar dacă a fost luată înainte de începerea urmăririi penale. Pentru a împiedica victimizarea secundară, așa cum am menționat reaudierea persoanei vătămate, se face numai dacă acest lucru este strict necesar pentru desfășurarea procesului penal.

În cazul persoanei vătămate minor legiuitorul a prevăzut că înregistrarea audierii acesteia prin mijloace tehnice audio sau audiovideo este obligatorie în toate cazurile[15] pentru a o proteja. Teza a doua a

---

[13]În România există 59 de adăposturi pentru victimele violenței în familie(39 publice, 19 private, 2 în parteneriat public-privat) 3 centre pentru agresori, 20 de centre de prevenire și combaterea violenței în familie(10 publice, 9 private, 1 în parteneriat public-privat)

[14]S.p nr.220/10.02.2016 pronunțată în dosarul nr.23791/197/2015 de Judecătoria Brașov nepublicată.

[15]Alin. (8) al art. 111 a fost introdus de pct. 16 al art. II din ORDONANȚA DE URGENȚĂ nr. 18 din 18 mai 2016, publicată în MONITORUL OFICIAL nr. 389 din 23 mai 2016

alineatului 8 al art.111 Cod procedură penală anulează practic prima teză întrucât prevede ,,Atunci când înregistrarea nu este posibilă, acest lucru se consemnează în declarația persoanei vătămate, cu indicarea concretă a motivului pentru care înregistrarea nu este posibilă,, și evident lipsa mijloacelor tehnice este des invocată în practică.

În raport de gravitatea faptelor pe parcursul desfășurării procesului penal pot fi dispuse față de agresor măsuri preventive privative sau neprivative de libertate.

4.Ansamblul mijloacelor procedurale ce se referă la modalitatea de sesizare a infracțiunilor privind violența domestică, acordarea statutului de persoană vulnerabilă, tehnicile speciale de audiere a persoanelor vătămate, probatoriul administrat, măsurile preventive dispuse, hotărârea pronunțată trebuie înțeles ca un mecanism de natură să asigure prevenirea și combaterea violenței domestice.

Suntem de părere că instrumentarea acestui gen de cauze penale ar trebui, așa cum în materie civilă există completuri specializate de minori și familie, să se realizeze de persoane specializate polițiști, procurori, judecători care să fie formate în acest sens și să cunoască specificul violenței domestice și consecințele acesteia.

Este important de asemenea să existe proceduri bine definite și protocoale încheiate între organele judiciare, ONG-urile implicate în protecția victimelor violenței domestice, autoritățile publice locale cu atribuții în materia protecției victimelor, furnizorii de servicii sociale pentru ca în momentul în care organele de poliție sunt sesizate cu astfel de fapte să se realizeze o evaluare corectă a riscului și a măsurilor ce se impun pentru protecția persoanelor vătămate.

Medierea, accesul și reforma în justiție[1]

Drd. Constantin-Adi Gavrilă

În contextul internaționalizării comunităților și revoluției tehnologice, nevoile oamenilor sunt din ce în ce mai multe și mai variate, fapt care a determinat transformări ale unor concepte bine definite, așa cum este conceptul de ”justiție”. Metodele alternative de soluționare a disputelor (Alternative Dispute Resolution, ADR) au apărut pentru a sprijini procesul de gestionare eficientă a disputelor și litigiilor, făcând astfel necesară organizarea și desfășurarea unui proces în instanța de judecată doar în cauzele în care consensul nu poate fi găsit. În acest fel se poate ajunge și în România la rezultate notate în alte țări, precum Statele Unite ale Americii, în care se pronunță hotărâri judecătorești în 5-7% din cauzele înregistrate pe rolul instanțelor, restul de 93-95% fiind rezolvate în mod amiabil prin metode ADR. Acesta este un exemplu pozitiv de reformă în justiție în care centrul de greutate al justiției se mută de la criteriul cantitativ al numărului de cauze soluționate la cel calitativ al soluțiilor adoptate.

1. Introducere

În data de 7 mai 2014, printr-un comunicat de presă[2] am fost informați că în urma sesizării în dosarul 531D/2013, Curtea Constituțională din România a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că prevederile art.2 alin.1 și alin.1 indice 2 din Legea 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, mai exact obligația participării la ședința de informare și respingerea cererii de chemare în judecată ca inadmisibilă (în lipsa participării la ședința de informare) sunt neconstituționale[3]. Astfel, Decizia nr. 266 a Curții Constituționale din România a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.464 din data de 25 iunie 2014.

Iată că, la nici un an de la intrarea în vigoare și aplicarea dispozițiilor[4] privind obligativitatea participării la ședința de informare asupra avantajelor medierii, legea se schimbă, dovedind, încă o dată, nu imaturitate sau inconsecvență, ci faptul că ne aflăm într-o perioadă de început, practic de experiment, în ceea ce privește implementarea medierii în România. Este firesc să se producă asemenea schimbări, până ce formula potrivită urmează a fi identificată, experiențele altor țări europene arătând că nu este deloc ușor (Italia, Franța, Olanda, etc).

În România, medierea a trăit într-un mare anonimat începând cu anul 2006 – anul apariției primei legi ce reglementa medierea ca procedură de soluționare a conflictelor și organizarea profesiei de mediator, Legea nr.192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator. Mica Reformă din justiția românească a fost aceea care a trezit interesul multora și a stârnit curiozitatea asupra felului în care medierea ar fi putut deveni ”utilă” și românilor, moment în care, firește, au apărut primele opinii legate cele mai eficiente, dar corecte, modele de implementare a acestei proceduri în legislația românească.

Prin vocile a mii și mii de mediatori formați de-a lungul anilor, căci medierea a fost mult mai atractivă ca și nouă profesie liberală pe piața muncii decât ca metodă de soluționare a disputelor apărute între oameni,

---

[1] Studiu prezentat cu ocazia Conferinței Internaționale Bienale SISTEMUL JURIDIC ÎNTRE STABILITATE ȘI REFORMĂ (Craiova, 20-21 martie 2015)

[2] Curtea Constituțională a României, *Comunicat de presă publicat în ziua de 7 mai 2014 pe site-ul Curții Constituționale a României*, http://www.ccr.ro/noutati/COMUNICAT-DE-PRES-90.

[3] Luminița Trifan și Constantin Adi Gavrilă, Medierea rămâne o posibilitate, 2014, Revista Baroului Dolj nr.1/2014

[4] Art. 2 (1) și Art 2 (1^2) din *Legea nr. 192 din 16 mai 2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator*, M. Of. Nr. 441 din 22 mai 2006.

s-a făcut cunoscut conceptul de mediere într-un limbaj potrivit și cu convingerea necesară pentru început de drum.

Întreaga suflare din România a primit, într-un fel sau altul, informația despre mediere, dacă nu cumva doar termenul ca atare, suficient pentru etapa în care ne găsim dar insuficient pentru o înțelegere obiectivă asupra fundamentelor acestei proceduri.

Avocații, magistrații, consilierii juridici, notarii și mediatorii, s-au întrebat dintr-o dată dacă nu cumva e prea mult, sau prea puțin pentru aceste vremuri tulburi, având în vedere criza economică, gradul de educație, mentalitatea oamenilor, nivelul lor de înțelegere și posibilitatea de aplicare practică.

Răspunsul ar putea întârzia să apară, deoarece la acest moment statisticile privind numărul de cazuri soluționate prin mediere sunt irelevante, dat fiind faptul că a existat, de-a lungul perioadei de implementare, un interes scăzut și posibilități financiare limitate pentru a se identifica un număr real de cazuri mediate.

La nivel național, din totalul anual de aproximativ 3 milioane de cazuri noi intrate pe rolul instanțelor de judecată, au fost soluționate prin recurgerea la procedura medierii 258 în anul 2010, 1525 în anul 2011, 1729 în anul 2012 și 1749 în anul 2013.

Iată că măsurile legislative bazate pe sancționarea cererii de chemare în judecată cu inadmisibilitatea în cazul lipsei dovezii de participare la o ședință de informare nu au produs efectele scontate la nivelul concret al cauzelor soluționate. Iată că, o dată în plus, se dovedește că măsurile legislative coercitive prezintă riscul formalizării procedurilor create, fără generarea unor efecte reale.

Revenind la obligativitatea procedurii de informare prevăzută la art.2 alin.1 din Legea 192/2006, s-a creat o gravă confuzie începând cu februarie 2013, când oamenii au înțeles, în mod greșit, faptul că ”medierea” a devenit obligatorie iar mai apoi, în mai 2014, au înțeles că aceeași ”mediere” nu mai este obligatorie.

În mod firesc, medierea nu a fost, nu este și nu poate fi o procedură obligatorie, în caz contrar pierzându-și însăși esența ca și procedeu voluntar, amiabil, prin care părțile, având deplină putere de decizie, ajung să se înțeleagă (nu să se și împace, în mod obligatoriu) dar în legătură cu acest aspect vom reveni în cele ce urmează.

Medierea se regăsește pe agenda europeană de modernizare a justiției statelor membre. Ea poate fi privită ca o procedură la care părțile și avocații lor pot apela atunci când negocierea a eșuat iar riscurile ca situația să rămână neclarificată pentru o perioadă considerabilă de timp sunt mari. Medierea poate fi o procedură de gestionare a acelor riscuri iar cunoașterea ei de către avocați poate să creeze oportunități și pentru aceștia.

În condițiile în care caracterul voluntar al medierii intră în conflict cu modelele de implementare a medierii ca procedură obligatorie se pune întrebarea în ce mod este afectat accesul la justiție, ca drept garantat de Constituția României.

Dar caracterul voluntar al medierii poate fi privit prin mai multe perspective, așa cum vom vederea în continuare; perspectiva acceptării informării cu privire la avantajele medierii, perspectiva acceptării inițierii procedurii de mediere, perspectiva acceptării participării la procedura de mediere și perspectiva acceptării soluționării disputei prin încheierea unui acord.

În doctrina internațională sunt mai multe teorii cu privire la ”medierea obligatorie”, de la cele conservatoare în care tot ceea ce are legătură cu medierea trebuie să fie voluntar, până la cele moderniste în care voluntariatul se referă doar la facultatea soluționării disputei dar care apreciază că medierea poate fi o procedură obligatorie, într-o formă sau alta. De altfel, motivarea Deciziei nr. 266/2014 este eminamente conservatoare[5].

[5] Extras din Decizia nr.266/2014 a Curții Constituționale a României: ”23. Întrucât pot exista situații în care persoanele fizice sau juridice doresc ca soluționarea conflictului să se facă exclusiv de către instanța de judecată, Curtea constată că prin reglementarea legală criticată nu le este permis acestora să aprecieze singuri dacă au sau nu nevoie de această informare. Accesul liber la justiție reprezintă facultatea fiecărei persoane de a se adresa unei instanțe judecătorești pentru apărarea drepturilor sale sau valorificarea intereselor sale legitime. Orice limitare a acestui drept, oricât de neînsemnată ar fi, trebuie să fie temeinic justificată, analizându-

Un exemplu de bune practici este situația din Statele Unite ale Americii. Acolo, conceptul de înțelegere domină soluțiile litigiilor civile care în procent de peste 95% se soluționează pe baza acordul dintre părți, acord dezvoltat prin negociere, mediere sau alte proceduri alternative[6].

Ne propunem ca prim această lucrare să definim corect esența voluntară a medierii și să observăm în ce mod afectează aceasta accesul la justiție prin diferite modele de implementare a acestei proceduri. Astfel, vom putea identifica în mod corect contextul în care introducerea medierii în legislația românească poate contribui la reformarea sistemului juridic.

2. Interferența caracterului voluntar al medierii cu accesul liber la justiție

2.1. Caracterul voluntar al medierii

Caracterul voluntar al medierii se găsește în esența procedurii de mediere alături de confidențialitatea medierii, neutralitatea și imparțialitatea mediatorului, principiul autodeterminării părților și faptul că mediatorul nu are putere de decizie.

De altfel, caracterul voluntar al medierii reprezintă o formă de materializare a principiului autodeterminării părților conform căruia părțile sunt cele care trebuie să își dea acordul atât cu privire la latura formală, procedurală a medierii[7]. Tot ceea ce are legătură cu procedura de mediere, de la primele discuții preliminare până la încheierea unei medieri trebuie, conform caracterului voluntar al medierii, să se realizeze cu consimțământul liber al părților, cu respectarea principiului disponibilității și prin asigurarea libertății de voință a acestora. Practic, orice formă de coerciție care este externă intereselor părților, alterează voința acestora, deci intră în conflict cu caracterul profund voluntar al procedurii de mediere.

Există totuși teorii conform cărora în stabilirea interesului individual, trebuie ținut cont și de interesul colectiv (*costurile avansate de state pentru administrarea justiției, calitatea superioară a actului de justiție bazat pe acordul părților în raport de actul de justiție bazat pe impunerea unei soluții, etc.*), exemple în acest sens fiind educația obligatoria, obligația de a se purta pe șantier cască de protecție sau obligația sancționabilă de a încheia poliță de răspundere auto. Apreciem că similitudinea dintre aceste exemple și obligativitatea medierii poate face obiectul unor alte studii.

Etapele procedurale ale procedurii de mediere sunt (1) aranjamente preliminare, inclusiv informarea părților cu privire la avantajele medierii, (2) inițierea medierii prin semnarea contractului de mediere, (3) ședințele de mediere și (4) încheierea acordului. Dacă dorim să privim la caracterul voluntar, în esență, al procedurii de mediere trebuie să privim la toate aceste etape.

De fapt, orice interpretare a oricărei norme care se referă la instituirea unor ”stimulente” mai mult sau mai puțin robuste pentru utilizarea procedurii de mediere trebuie să privească în mod obligatoriu la toate aceste perspective care sunt utilizate de multe ori și pentru a justifica măsuri legislative din ce în ce mai

---

se în ce măsură dezavantajele create de ea nu cumva depășesc posibilele avantaje. Atât în jurisprudența Curții Constituționale, cât și în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, se arată că "simpla sa consacrare legală, chiar și la nivelul suprem, prin Constituție, nu este de natură a asigura și o eficacitate reală a acestuia, atât timp cât, în practică, exercitarea sa întâmpină obstacole. Accesul la justiție trebuie să fie asigurat, în consecință, în mod efectiv și eficace" (a se vedea, spre exemplu, Decizia Curții Constituționale nr. 670 din 18 mai 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 421 din 16 iunie 2011)”.

[6]E.g., Marc Galanterși Mia Cahill, “Most Cases Settle”: Judicial Promotion and Regulation of Settlements, 46 Stanford L. Rev. 1339, 1339–40 (1994); Gillian K. Hadfield, Where Have Allthe Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the ChangingDisposition of Federal Civil Cases; Jason Scott Johnston și Joel Waldfogel, Does Repeat Play Elicit Cooperation? Evidencefrom Federal Civil Litigation; Frank E.A. Sander, The Obsessionwith Settlement Rates, 11 Negotiation J. 329, 331 (1995) (“95 la sută din toate litigiile din instanță se încheie cu un acord în cele din urmă”); W. Kip Viscusi, Product and Occupational Liability

[7] De exemplu, modalitatea comună sau separată în care mediatorul se întâlnește cu părțile, subiectele de discuție sau calendarul de întâlniri dintre mediator și părți programat după încheierea contractului de mediere.

coercitive în vederea implementării procedurii de mediere. Din păcate, nici Directiva 52/2008/CE[8] privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială și nici Decizia nr. 266/2014 a Curții Constituționale nu disting cu claritate între aceste perspective, situație față de care se pot ivi cu ușurință confuzii generatoare de interpretări discutabile.

Perspectivele prin care poate fi privit caracterul voluntar al medierii sunt prezentate și în figura de mai jos.

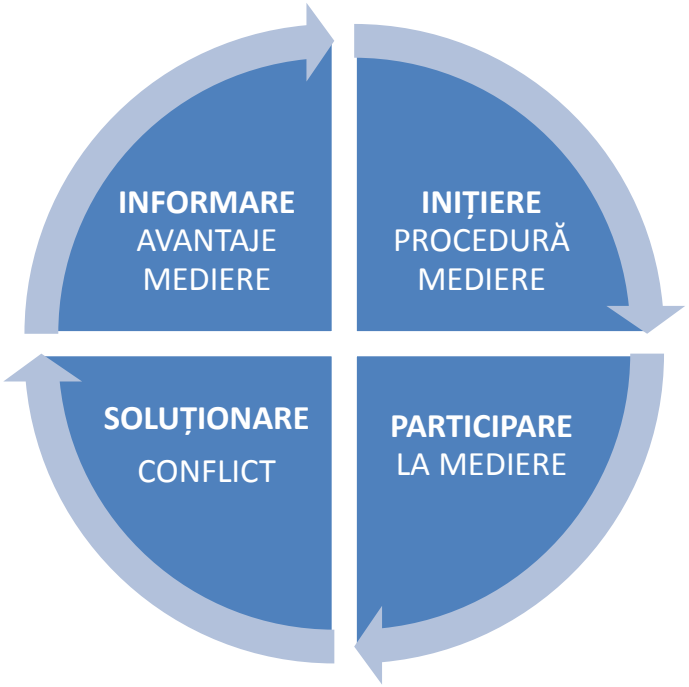

Figura 1 – Cele patru perspective ale caracterului voluntar al medierii

2.1.1 Perspectiva informării cu privire la procedura de mediere a caracterului voluntar al medieri

Prima perspectivă, aceea a informării cu privire la avantajele medierii, se referă la faptul că o persoană care este pusă în situația de a beneficia de servicii de mediere trebuie să fie în cunoștință de cauză cu privire la avantajele acestei proceduri, costurile, efectele și riscurile utilizării ei. Sunt puține persoanele care cunosc toate aceste chestiuni, nici nu este nevoie de abordări academice sau științifice pentru a afirma faptul că medierea este încă necunoscută de marea majoritate a oamenilor.

De altfel, cei mai mulți, atunci când privesc la mediere, creează similitudini imperfecte cu procedurile culturale de construire a consensului, fie că acestea se numesc *sfatul bătrânilor*, *comisiile de împăciuire* sau *staborul țigănesc*. Se creează în acest fel, de cele mai multe ori, confuzia conform căreia medierea este o procedură de soluționare a conflictelor al cărei obiectiv este împăcarea părților[9].

Tocmai de aceea este utilă clarificarea acestor chestiuni, astfel încât, cei care sunt puși în situația de a se adresa instanțelor de judecată să aprecieze cu privire la oportunitatea medierii în fiecare caz. Statul

[8] Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2008 privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială, Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 136/3

[9] Mediere Transformativă, un stil de mediere care își propune să refacă relația părților, înainte de a fi adresat obiectivul soluționării conflictului. În opoziție, stilul evaluativ de mediere adresează obiectivul soluționării conflictului cu prioritate în raport de obiectivul secundar al refacerii relației sociale care a stat la baza apariției conflictului. Cel mai întâlnit stil de mediere este stilul facilitativ de mediere în care, pentru mediator, atât soluționarea cauzei cât și refacerea relației părților au în principiu priorități egale, urmând ca părțile să stabilească prioritățile lor.

român a creat prin art.2 (1) și art.2 (1[1]) o măsură legislativă în acest sens, măsură care a fost declarată neconstituțională de Decizia 266/2014 a Curții Constituționale a României. Dar în conformitate cu art.227 (3) din Codul de Procedură Civilă, "*în cazul în care judecătorul recomandă medierea, părțile se vor prezenta la mediator, în vederea informării lor cu privire la avantajele medierii. După informare, părțile decid dacă acceptă sau nu soluționarea litigiului prin mediere*". Iată că judecătorul are autoritatea de a impune părților să se prezinte la o ședință de informare cu privire la beneficiile medierii.

Astfel, putem afirma că în acest moment, în țara noastră, medierea este parțial voluntară din perspectiva informării cu privire la avantajele medierii (chiar dacă de la 1 august 2013 până la 7 mai 2014, medierea nu a fost voluntară din această perspectivă pentru cazurile prevăzute de art.60 indice 1 din Legea nr. 192/2006) având în vedere obligația părților de a se prezenta la un mediator în cazul în care judecătorului le recomandă acest lucru.

Având în vedere că subiectul este perspectiva informării cu privire la avantajele medierii, ca mijloc de analiză a caracterului voluntar al procedurii de mediere, nu putem trece mai departe fără să spunem că în mod normal, în timp, importanța acestei perspective se atenuează, făcând în așa fel ca evoluția mentalului colectiv, a educației civice, sociale și juridice să asigure suficiente informații oamenilor cu privire la gestionarea eficientă a conflictelor, astfel încât să nu mai fie necesare măsuri coercitive sau obligatorii în acest sens. Sigur că pentru ca acest lucru să se întâmple, statele trebuie să ia în calcul măsuri de *educație obligatorie*.

2.1.2 Perspectiva inițierii procedurii de mediere a caracterului voluntar al medierii

A doua perspectivă, cea a inițierii procedurii de mediere, se referă la facultatea de a semna inițiа procedura de mediere. În România, procedura de mediere este inițiată de părți și de mediator prin semnarea contractului de mediere[10].

Conform art. 45 din Legea nr. 192/2006, *contractul de mediere trebuie să cuprindă, sub sancțiunea anulării, următoarele clauze:*

a) identitatea părților aflate în conflict sau, după caz, a reprezentanților lor;

b) menționarea tipului sau a obiectului conflictului;

c) declarația părților că au fost informate de către mediator cu privire la mediere, efectele acesteia și regulile aplicabile;

d) obligația mediatorului de a păstra confidențialitatea și decizia părților privind păstrarea confidențialității, după caz;

e) angajamentul părților aflate în conflict de a respecta regulile aplicabile medierii;

f) obligația părților aflate în conflict de a achita onorariul cuvenit mediatorului și cheltuielile efectuate de acesta pe parcursul medierii in interesul părților, precum și modalitățile de avansare și de plată a acestor sume, inclusiv în caz de renunțare la mediere sau de eșuare a procedurii, precum și proporția care va fi suportată de către părți, ținându-se cont, dacă este cazul, de situația lor socială. Dacă nu s-a convenit altfel, aceste sume vor fi suportate de către părți în mod egal;

g) înțelegerea părților privind limba în care urmează să se desfășoare medierea;

h) numărul de exemplare în care va fi redactat acordul în cazul în care acesta va fi în forma scrisă, corespunzător numărului părților semnatare ale contractului de mediere;

i) obligația părților de a semna procesul-verbal întocmit de către mediator, indiferent de modul în care se va încheia medierea.

De asemenea, contractul de mediere se încheie în formă scrisă, sub sancțiunea nulității absolute. Acesta se semnează de către părțile aflate în conflict și de mediator și se întocmește în atâtea exemplare originale câți semnatari sunt[11].

---

[10] Art. 45 din *Legea nr. 192 din 16 mai 2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator*, M. Of. Nr. 441 din 22 mai 2006

[11] Art. 47 (1) din *Legea nr. 192 din 16 mai 2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator*, M. Of. Nr. 441 din 22 mai 2006

În România, medierea este actualmente voluntară din punctul de vedere al inițierii procedurii de mediere, adică părțile nu sunt obligate de lege să semneze contractul de mediere și să parcurgă această etapă înainte de inițierea procedurilor judiciare.

Este de amintit aici cazul Italiei, unde prin Decretul Legislativ nr. 28/4 martie 2010, cu aplicare din 21 martie 2011, medierea urma să fie obligatorie înainte de procedurile judiciare pentru mai multe tipuri de cazuri. Măsura a fost declarată neconstituțională de Curtea Constituțională din Italia cu motivarea "exces de putere legislativă" pentru că a fost introdusă prin act normativ al Guvernului Italian chiar dacă inițial, excepția de neconstituționalitate a fost ridicată pe motivul încălcării accesului la justiție[12].

Ulterior, în 21 iulie 2013, Guvernul Italian a aprobat noi reguli de mediere prin Decretul Lege nr. 69/2013 care a fost adoptat prin lege de Parlamentul Italian în august 2013 cu aplicare din septembrie 2013. Măsura este introdusă pentru un termen de patru ani, până în anul 2017, cu o primă evaluare după doi ani, în anul 2015. Măsura introduce obligativitatea participării la o primă ședință de mediere cu costul stabilit prin lege de 40Euro pentru mai multe tipuri de cauze, inclusiv partaje succesorale, partaje de bunuri, grănițuiri, malpraxis medical, calomnie prin presă. Măsura impune, de asemenea, ca părțile să beneficieze de asistența avocaților la mediere, ca și condiție de desfășurare a medierii.

Iată un model prin care părțile sunt obligate să participe la o primă ședință de mediere, având totuși posibilitatea de a se retrage după această ședință. Modelul este denumit și opt-out și este implementat în puține țări din lume, inclusiv SUA, Australia, Slovenia sau Argentina.

În ziua de 20 ianuarie 2014, în cadrul Comisiei pentru Afaceri Juridice a Parlamentului European a fost prezentat studiul de impact cu titlul *"Redemararea" directivei privind medierea: evaluarea impactului limitat al implementării sale și propunerea de măsuri pentru creșterea numărului de medieri in UE*. Pentru creșterea semnificativă a numărului celor care recurg la mediere în Uniunea Europeana, propunerea de ansamblu care rezultă din studiu este următoarea: intervenție legislativă care să introducă, nu doar să permită, elemente de mediere obligatorie, cel puțin pentru anumite categorii de cazuri.

În considerentele Directivei 2008/52/CE privind medierea, la punctul 14 reținem că "*Nici o dispoziție a prezentei directive nu ar trebui să aducă atingere legislației naționale în temeiul căreia recurgerea la mediere este obligatorie sau face obiectul unor stimulente sau sancțiuni, cu condiția ca o astfel de legislație să nu împiedice părțile să își exercite dreptul de acces la sistemul judiciar*".

De asemenea, așa cum vom observa la secțiunea modele legislative, directiva europeană nu distinge foarte clar dacă medierea este voluntară din perspectiva inițierii procedurii de mediere. Spre exemplu, la articolul 3 (a), Directiva spune că " *„mediere" înseamnă un proces structurat, indiferent cum*

este denumit sau cum se face referire la acesta, în care două sau mai multe părți într-un litigiu încearcă, din proprie inițiativă, să ajungă la un acord privind soluționarea litigiului dintre ele, cu asistența unui mediator. Acest proces poate fi inițiat de către părți, recomandat sau impus de instanță sau prevăzut de dreptul unui stat membru.". Iată că în același paragraf întâlnim două dispoziții care se pot referi la perspective diferite ale caracterului voluntar și dacă nu sunt clar diferențiate se produce confuzie, chiar percepția unei contradicții. În opinia noastră, expresia "din proprie inițiativă" se poate referi la perspectiva soluționării, pe când expresia "impus de instanță" se poate referi la perspectiva inițierii procedurii de mediere**.**

În concluzie, în acest moment, în România, medierea are caracter voluntar din perspectiva inițierii procedurii de mediere. De notat însă că urmare publicării Deciziei nr. 266/2014 a Curții Constituționale din România, pe site-ul Consiliului de Mediere din România a fost publicat un comunicat[13] conform căruia "... *Consiliul de Mediere va depune toate eforturile pentru transpunerea în legislația națională a dispozițiilor Directivelor Europene cu privire la mediere, cu respectarea prevederilor constituționale, astfel încât, medierea să devină o procedură obligatorie, preluând și adaptând modelul altor țări din UE, respectiv Italia*...". Avem rezerve cu privire la asocierea dintre Directivele Europene și procedura obligatorie de mediere.

---

[12] Articolul 24 din Constituția Republicii Italiene

[13] Vezi comunicatul publicat în data de 25.06.2014 pe site-ul Consiliului de Mediere din România http://www.cmediere.ro/page/1054/comunicat

2.1.3 Perspectiva participării la mediere a caracterului voluntar al medierii

O procedură de mediere poate să dureze chiar și câteva secunde sau minute, caz în care, cel mai probabil, părțile nu ar ajunge la o înțelegere dar ele. Ceea ce ne interesează însă este că atât mediatorul cât și oricare dintre părți pot să încheie procedura de mediere. Joanna Kalowski[14], unul dintre mediatorii care se bucură de recunoaștere internațională spunea că *poți forța pe cineva să intre în mediere dar nu îl poți forța să și rămână în procedura de mediere*.

Conform articolului 1 alin. 2 din Legea nr. 192/2006, " *Medierea se bazează pe încrederea pe care părțile o acordă mediatorului, ca persoană aptă să faciliteze negocierile dintre ele și să le sprijine pentru soluționarea conflictului, prin obținerea unei soluții reciproc convenabile, eficiente și durabile.*". Iată că încrederea de care se vorbește în acest articol este singurul mijloc de control al voinței părților care au inițiat o procedură de mediere, în sensul deciziei acestora de a participa în continuare la mediere.

Observăm, de asemenea, și faptul că părțile pot exercita oricând dreptul de a denunța contractul de mediere, caz în care participarea la mediere se încheie. Acest drept este garantat prin art. 56[15] din Legea nr.192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, conform căruia procedura de mediere se poate încheia și prin denunțarea contractului de mediere de către oricare dintre părți.

Faptul că procedura de mediere este privată și confidențială și faptul că mediatorul este neutru și nu are putere de decizie sunt garanții care asigură părțile că se pot retrage oricând din cadrul procedurii de mediere, fără să fie prejudiciate în orice fel de această acțiune. Lipsa acestor garanții ar face ca părțile să asigure o participare eminamente formală. Spre exemplu, în țările în care medierea poate fi realizată și de judecător sau de arbitru în cadrul așa-numitelor procese hibride[16] (e.g. med-arb, arb-med), părțile ar putea fi reticente să se retragă din procedura de mediere pentru a nu le fi periclitată poziția în cadrul procedurilor judiciare care urmează medierii care a eșuat. Nu este și cazul țării noastre.

Sunt țări[17] unde părțile sunt obligate să participe la o primă ședință de mediere, ceea ce face ca și din această perspectivă, aplicarea medierii să nu fie pur voluntară în aceste cazuri. De asemenea, nu

În concluzie, putem afirma că din punctul de vedere al participării la procedura de mediere, medierea are caracter voluntar în România.

2.1.4 Perspectiva soluționării a caracterului voluntar al medierii

Dacă în legătură cu celelalte trei perspective ale caracterului voluntar al medierii sunt mai multe modalități de aplicare a acestei proceduri în legislație, din punctul de vedere al perspectivei soluționării cauzei, putem spune că există o opinie unanim acceptată, conform căreia, mediatorul trebuie să se asigure că decizia de soluționare a conflictului, atât sub aspectul soluționării cât și sub aspectul conținutului soluției, trebuie să aparțină părților. Mai mult, părțile trebuie să fie în cunoștință de cauză cu privire la toate efectele soluției, fapt care determină utilitatea, poate chiar necesitatea consultanței de care părțile au nevoie, inclusiv cu privire la consultanța juridică.

De notat însă, că medierea nu este o profesie juridică, mediatorul neavând nevoie de competențe juridice și chiar dacă le-ar avea, el nu poate furniza consultanță juridică din perspectiva mediatorului, pentru mai multe motive, inclusiv pentru faptul că nu există un contract în acest sens și nici nu ar putea exista cu două părți care au interese contrare.

---

[14] http://www.jok.com.au/

[15] Art.56 din Legea nr.192/2006: *(1) Procedura de mediere se închide, după caz: a) prin încheierea unei înțelegeri între părți în urma soluționării conflictului; b) prin constatarea de către mediator a eșuării medierii; c) prin depunerea contractului de mediere de către una dintre părți. (2) În cazul în care părțile au încheiat numai o înțelegere parțială, precum și în cazurile prevăzute la alin. (1) lit. b) și c), orice parte se poate adresa instanței judecătorești sau arbitrale competente.*

[16] Keil, James H, "Hibrid ADR" în industria construcțiilor, ProQuest Central, August 2011

[17] Guvernul Republicii Italia / Parlamentul Republicii Italia, Decretul Lege nr. 69/21 iulie 2013

Legea românească clarifică acest aspect prin mai multe norme, inclusiv prin art. 50 (3) din Legea nr.192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, "*Mediatorul nu poate impune părților o soluție cu privire la conflictul supus medierii.*". Mai mult, art.50 (2) din legea mai sus amintită, stabilește că "Metodele și tehnicile utilizate de către mediator trebuie să servească exclusiv intereselor legitime și obiectivelor urmărite de părțile aflate în conflict.".

Aceste dispoziții (și nu numai) plasează medierea în rândul procedurilor amiabile de soluționare a conflictelor, conform figurii de mai jos.

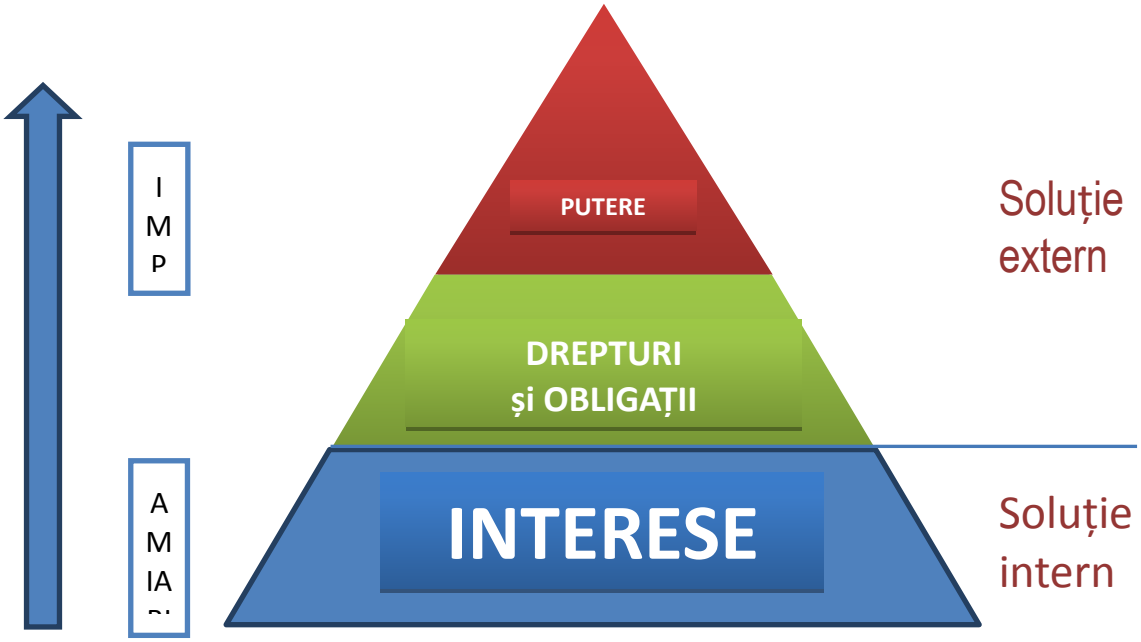

Figura 2 – Criterii de soluționare a conflictelor

Prin urmare, putem afirma că din punctul de vedere al soluționării cauzei, medierea are caracter voluntar în România.

2.2. Accesul la justiție

Platon afirma în Republica[18] acum aproape 2400 de ani că statul ideal ar trebui să cuprindă trei clase: a) meseriașii și plugarii, care asigură satisfacerea nevoilor de trai ale populației; b) războinicii, care apără statul împotriva tuturor atacurilor; c) magistrații, care guvernează statul și asigură fericirea tuturor, virtutea fundamentală a statului fiind justiția, care menține ordinea și unitatea statului.

Justiția a fost astfel definită de Platon ca o virtute fundamentală a statului, menită să mențină ordinea și unitatea statului.

Justiția poate fi definită și ca ansamblul instituțiilor prin intermediul cărora funcția judiciară, activitatea de judecată poate fi exercitată de judecători, deci sistemul justiției reprezintă sistemul organelor judecătorești[19].

Accesul la justiției este un drept esențial, un principiu constituțional și un concept central în contextul mai extins al justiției, garantat de actele fundamentale naționale și internaționale începând cu The Magna Charta[20] „*Art 40. To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.*", Bill of Rights[21] ,

[18] Platon, Opere V, Republica, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1986
[19] Barbu Elena (Munteanu), Lucrare de Doctorat: Reguli constituționale privind accesul la justiție, Universitatea din București, 2013
[20] The Magna Charta (The Great Charter), 1215, England
[21] Bill of Rights (1688), England

Constituția SUA[22] „Amendamentul I, Libertatea religiei, a cuvântului, a presei, libertatea de întrunire și de petiționare: *Congresul nu va elabora nici o lege care să impună o religie sau să interzică practicarea liberă a unei religii; sau să restrângă libertatea cuvântului sau a presei; sau dreptul poporului la întrunire pașnică sau de a adresa Guvernului petiții privind repararea nedreptăților* ".

Articolul 10 al Declarației Universale a Drepturilor Omului proclamată la 10 decembrie 1948 de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite stabilește că "*Orice persoană are dreptul în deplină egalitate de a fi audiată în mod echitabil și public de către un tribunal independent și imparțial care va hotărî fie asupra drepturilor și obligațiilor sale, fie asupra temeiniciei oricărei acuzări în materie penală îndreptată împotriva sa.*".

Accesul la justiție este un drept garantat și de articolul 6 (Dreptul la un proces echitabil) al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale conform căruia "*Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, 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. [...]*".

De asemenea, Constituția României[23] stabilește prin articolul 21 că dreptul la justiție este liber. *Articolul 21 (Constituția României) 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 îngrădi exercitarea acestui drept. (3) Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil. (4) Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite.*

Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice adoptat la 16 decembrie 1966 de Adunarea Generala a Organizației Națiunilor Unite semnat de România în anul 1968 și ratificat[24] de Consiliul de Stat al Republicii Socialiste România în anul 1974 stabilește prin art.2 (3a) că "*Statele părți la prezentul pact se angajează sa garanteze ca orice persoana ale cărei drepturi sau libertăți recunoscute în prezentul pact au fost violate va dispune de o cale de recurs efectivă, chiar atunci când încălcarea a fost comisă de persoane acționând în exercițiul funcțiilor lor oficiale*".

De asemenea, art.9 (4) stabilește că "*Oricine a fost privat de libertate prin arestare sau detențiune are dreptul de a introduce recurs în fata unui tribunal, pentru ca acesta sa hotărască neîntârziat asupra legalității detențiunii sale și sa ordone liberarea sa, dacă detențiunea este ilegală* " iar conform art.14 (1), "[…] *Orice persoana are dreptul ca litigiul în care se află sa fie examinat în mod echitabil și public de către un tribunal competent, independent și imparțial, stabilit prin lege, care sa decidă fie asupra temeiniciei oricărei învinuiri penale îndreptate împotriva ei, fie asupra contestațiilor privind drepturile și obligațiile sale cu caracter civil.* […] ".

Conceptul "acces la justiție" se regăsește și în Tratatul privind Uniunea Europeană și Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, astfel cum au fost modificate prin Tratatul de la Lisabona semnat la 13 decembrie 2007 la Lisabona. Conform articolului 67 (4) din tratatul mai sus amintit, "*Uniunea facilitează*

---

[22] Constituția Statelor Unite ale Americii 1787, SUA. Zece amendamente la Constituție, cunoscute ulterior drept Declarația Drepturilor Omului („Bill of Rights") au fost adoptate în anul 1791 cu două treimi din voturi în primul Congres al Statelor Unite și apoi ratificate cu marja necesară de trei pătrimi din voturi în adunările legislative ale statelor

[23] Constituția României, în forma inițială, a fost adoptată în ședința Adunării Constituante din 21 noiembrie 1991, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 233 din 21 noiembrie 1991 și a intrat în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Constituția României a fost modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758 din 29 octombrie 2003, republicată de Consiliul Legislativ, în temeiul art. 152 din Constituție, cu reactualizarea denumirilor și dându-se textelor o nouă numerotare. Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003 a fost aprobată prin referendumul național din 18 - 19 octombrie 2003 și a intrat în vigoare la data de 29 octombrie 2003, data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758 din 29 octombrie 2003 a Hotărârii Curții Constituționale nr. 3 din 22 octombrie 2003 pentru confirmarea rezultatului referendumului național din 18 - 19 octombrie 2003 privind Legea de revizuire a Constituției României. Constituția României a fost republicată în Monitorul Oficial al României nr. 767 din 31 octombrie 2003.

[24] Decretul nr. 212 din 31 octombrie 1974 pentru ratificarea Pactului internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale și Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice, M.Of. 146 din 20 noiembrie 1974

accesul la justiție, în special pe baza principiului recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și extrajudiciare în materie civilă.".

Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene[25], care în conformitate cu modificările introduse de Tratatul de la Lisabona are același caracter obligatoriu pentru statele membre ca și tratatele, prevede prin articolul 47 (*Dreptul la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil*) că "*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, apărată 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.* ".

Din acest articol extragem mai multe elemente constitutive ale conceptului "acces la justiție":

1. Dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești;
2. Dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale, constituite în prealabil prin lege;
3. Dreptul persoanei de a fi consiliată, apărată și reprezentată;
4. Dreptul la asistență juridică gratuită pentru cei care nu dispun de resurse suficiente, în măsura în care aceasta este necesară pentru a-i asigura accesul efectiv la justiție.

De asemenea, la nivel internațional Comitetul pentru Drepturile Omului din cadrul Organizației Națiunilor Unite a interpretat elemente componente ale conceptului "acces la justiție", un exemplu explicit în acest sens fiind Comentariul General nr. 32[26] asupra articolului 14 al Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice.

Un alt act în care se regăsește conceptul "acces la justiție" este și Convenția privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de mediu[27]. Conform articolului 9 a Convenției, statele semnatare vor asigura în cadrul legislației naționale "acces *la o procedură de recurs în fața instanței de judecată sau a altui organism independent și imparțial prevăzut de lege* ".

Conceptul "acces la justiție" a primit o atenție explicită în doctrina legală de Mauro Cappelletti în anii `70 ca urmare a publicării rezultatelor proiectului Florența Acces-La-Justiție sub forma a patru volume intitulate Acces la justiție[28]. Cappelletti a utilizat descris evoluția accesului la justiție sub forma unei metafore a trei "valuri" de schimbare. "Primul val" implica reformarea instituțiilor pentru furnizarea de asistență juridică gratuită pentru persoanele economic dezavantajate. "Al doilea val" se baza pe extinderea reprezentării intereselor diferite (e.g. consumatori vs. agenți economici). "Al treilea val" punea în discuție eficiența cu care se rezolvă disputele de către instituții și examina alternative mai puțin formale decât instanțele tradiționale.

Dacă prin accesul la justiție se înțelege în mod tradițional accesul la audierea cazului în instanța de judecată, justiția se poate realiza și prin mecanisme precum instituții cu activitate în domeniul drepturilor omului, ombudsman sau metode alternative de soluționare a disputelor. De altfel, chiar Curtea Constituțională a României aprecia în anul 1994 că *liberul acces la justiție presupune accesul la mijloacele procedurale prin care justiția se înfăptuiește*[29]. Prin Decizia nr. 1 din 8 februarie 1994 privind liberul acces la justiție al persoanelor în apărarea drepturilor, libertăților și intereselor lor legitime, fiind chemată pentru a

---

[25] Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene proclamată Comisia Europeană, Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene la data de 7 decembrie 2000, în cadrul Consiliului European de la Nisa, și publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C 83/389 din 30 martie 2010

[26] UN Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)

[27] Convenția privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de mediu, semnată la Aarhus la 25 iunie 1998 și ratificată de Parlamentul României prin Legea nr. 86 din 10 mai 2000, M.Of. 224 din 22 mai 2000

[28] M. Cappelletti și B. Garth (eds.), Access to Justice: A World Survey, Vol. I, Sitjoff and Noordhoff - Alpehenaandenrijn, Milan, 1978

[29] Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 1 din 8 februarie 1994 privind liberul acces la justiție al persoanelor în apărarea drepturilor, libertăților și intereselor lor legitime, M.Of. nr. 69/16 martie 1994

decide dacă instituirea unei proceduri administrativ-jurisdicționale constituie o încălcare a liberului acces la justiție sau poate avea ca efect limitarea acestui acces, Curtea Constituțională a României considera că *este de competenta exclusivă a legiuitorului de a institui asemenea proceduri destinate, în general, sa asigure soluționarea mai rapida a unor categorii de litigii, descongestionarea instanțelor judecătorești de cauzele ce pot fi rezolvate pe aceasta cale, evitarea cheltuielilor de judecata*. De altfel, acestea sunt și beneficiile pe care le auzim prezentate prin portavocea medierii care este tot un mijloc procedural de înfăptuire a justiției.

Din analiza celor de mai sus, plecând de la modul în care a fost materializat acest concept, am putea spune că "accesul la justiție" este mai mult decât un principiu fundamental al organizării oricărui sistem judiciar democratic și care îi conferă oricărei persoane dreptul de a se adresa în mod efectiv instanțelor judiciare competente, pentru a-și exercita drepturile ce îi sunt recunoscute prin Constituție sau prin lege.

Oricum, ca urmare a evoluției demografice, sociale și tehnologice a umanității care a înregistrat creșteri exponențiale în ultimii ani, conceptele „justiție" și „acces la justiție" parcurg procese de schimbări majore, menite să adapteze și să armonizeze mecanismele create la valorile fundamentale cunoscute în contextul schimbărilor care pot fi considerate atât evolutive cât și haotice.

2.3. Modelul legislativ implementat în România

Pentru a avea o imagine cât mai corectă trebuie să analizăm mai multe definiții ale procedurii de mediere și asta în condițiile în care medierea, atât ca procedură cât și ca profesie este la nivel global într-o fază atât de incipientă, încât nu putem spune că există o definiție universal acceptată[30].

Analiza va fi realizată prin raportarea caracterului voluntar al medierii la modelul legislativ implementat în România pentru a observa în ce măsură, prin acest proces legislativ, este facilitat sau chiar îngrădit accesul la justiție.

Legea 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator definește prin art. 1(1) medierea, ca fiind "*o modalitate de soluționare a conflictelor pe cale amiabilă, cu ajutorul unei terțe persoane specializate în calitate de mediator, în condiții de neutralitate, imparțialitate, confidențialitate și având liberul consimțământ al părților*".

Din lectura modului în care legea română definește medierea observăm că medierea se bazează pe liberul consimțământ al părților. De asemenea, conform articolului 43 (1) din Legea nr.192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, " *Părțile aflate în conflict se pot prezenta împreună la mediator. În cazul în care se prezintă numai una dintre părți, mediatorul, la cererea acesteia, va adresa celeilalte părți invitația scrisă, în vederea informării și acceptării medierii, stabilind un termen de cel mult 15 zile*".

Prin coroborarea art.1 cu art.43 (1) tragem concluzia că procedura de mediere poate fi inițiată dacă ambele părți se prezintă la mediator sau dacă se prezintă numai una dintre părți și aceasta solicită invitarea celeilalte părți. Observăm că liberul consimțământ al părților reprezintă o condiție *sine qua non* atât pentru ca părțile sau o parte să se prezinte la mediator cât și pentru a se formula o solicitare în vederea inițierii procedurii de mediere.

Aceeași Directiva 288/52/CE definește medierea prin articolul 3 ca fiind " un proces structurat, indiferent cum este denumit sau cum se face referire la acesta, în care două sau mai multe părți într-un litigiu încearcă, din proprie inițiativă, să ajungă la un acord privind soluționarea litigiului dintre ele, cu asistența unui mediator. Acest proces poate fi inițiat de către părți, recomandat sau impus de instanță sau prevăzut de dreptul unui stat membru.".

Instituția recomandării medierii de către instanță în România se regăsește atât legea medierii cât și în codul de procedură civilă. Astfel, conform articolului 6 din legea medierii (L192/2006), " *Organele judiciare și arbitrale, precum și alte autorități cu atribuții jurisdicționale informează părțile asupra posibilității și a avantajelor folosirii procedurii medierii și le îndrumă să recurgă la această cale pentru soluționarea*

[30] Vezi "Defining Mediation", 04 ianuarie 2014, Kluwer Mediation Blog, Constantin-Adi Gavrilă și Christian Chereji, http://kluwermediationblog.com/2014/01/04/defining-mediation/.

conflictelor dintre ele.".

De asemenea, articolul 227 (2 și 3) din Codul de Procedură Civilă se stabilește că " *(2) În litigiile care, potrivit legii, pot face obiectul procedurii de mediere, judecătorul poate invita părțile să participe la o ședință de informare cu privire la avantajele folosirii acestei proceduri. Când consideră necesar, ținând seama de circumstanțele cauzei, judecătorul va recomanda părților să recurgă la mediere, în vederea soluționării litigiului pe cale amiabilă, în orice fază a judecății. Medierea nu este obligatorie pentru părți. (3) În cazul în care judecătorul recomandă medierea, părțile se vor prezenta la mediator, în vederea informării lor cu privire la avantajele medierii. După informare, părțile decid dacă acceptă sau nu soluționarea litigiului prin mediere. Până la termenul fixat de instanță, care nu poate fi mai scurt de 15 zile, părțile depun procesul-verbal întocmit de mediator cu privire la rezultatul ședinței de informare.*"

Din coroborarea textelor mai sus amintite cu analiza referitoare la caracterul voluntar al medierii pentru a observa în ce mod este afectat accesul la justiție, concluzionăm că în România, medierea nu are caracter pur voluntar din perspectiva informării (art.227 C.p.c.) și este voluntară din punctul de vedere al inițierii, participării și soluționării cauzei prin mediere.

Toate acestea sunt argumente pentru a afirma că accesul la justiție este liber din perspectiva caracterul voluntar al medierii, așa cum este el conturat de modelul legislativ prin care este implementată procedura de mediere în țara noastră.

2.4. Facilitarea accesului la justiție prin mediere (perspective pozitive)

Ministerul Justiției aprecia în anul 2005 prin Expunerea de motive pentru aprobarea proiectului legii privind medierea și organizarea profesiei de mediator că medierea este o temă de bază a strategiei de reformă în justiție.

Conform proiectului, "*Gradul de diversificare al relațiilor sociale și economice într-o societate din ce în ce mai complicată, dezvoltarea economică, nașterea unor noi industrii, complexitatea în creștere a tuturor aspectelor vieții cotidiene adaugă noi și noi tipuri de conflicte. Rezolvarea clasică a conflictului, prin încredințarea acestuia organelor justiției și soluționarea pe conceptul câștig–pierdere (învingător-învins) s-a dovedit că nu constituie întotdeauna cel mai adecvat răspuns, de natură să ofere o soluție tuturor incertitudinilor și dificultăților economice și sociale. În acest context, medierea, ca modalitate de soluționare a conflictelor, alternativă procesului în instanță, poate constitui unul dintre răspunsurile cele mai adecvate la dificultățile evocate mai sus, contribuind totodată, la degrevarea instanțelor de numeroase cauze.*"

Introducerea medierii în legislația europeană și internațională a devenit, fără îndoială, o realitate în considerarea bine-cunoscutelor avantaje pe care le pretinde serviciul profesional de asistență a negocierilor dintre părți de către un specialist – mediatorul.

Pentru accesarea cât mai eficientă a acestor avantaje, unele modele legislative creează obligații, având caracter coercitiv[31] situându-se aproape de o extremă a pendulului, iar altele creează posibilități, având la rândul lor caracter voluntar și situându-se în zona celeilalte extreme a pendulului.

Apreciem că în considerarea caracterului de interes public al medierii (Art 4(1) Legea nr.192/2006), o poziție echilibrată a pendulului care se depărtează într-un mod controlat de ideea pur teoretică de voluntariat și care poate include măsuri bazate atât pe sancțiuni cât și pe stimulente, este poziția care de fapt creează premisele cele mai solide pentru realizarea și accesarea justiției în primul rând prin filtrul real realizat de procedura alternativă a medierii, dar și prin procedura tradițională a procesului clasic.

Enumerăm și comentăm, pe scurt, câteva din perspectivele pozitive prin care medierea contribuie la facilitarea accesului la justiție.

2.4.1 Celeritatea justiției prin disponibilitatea serviciilor de mediere

[31]Giuseppe de Palo și Mary B. Trevor, EU Mediation. Law and Practice, Oxford University Press, Oxford, 2012

Un proverb românesc spune că *o înțelegere strâmbă este mai bună decât o judecată dreaptă*. Semnificația acestuia se referă, printre altele, la supremația soluției bazate pe acord în raport de soluția impusă de un terț. Sigur că ideal este ca acordul să fie obținut cu minim de costuri, fără a fi necesară intervenția (și costurile aferente) unui terț în acest sens.

Studiile arată însă că în condiții standard de calitate, mediatorul poate fi util în 75% din cazuri, în sensul de a ajuta părțile să încheie un acord. Este vorba aici de cazul în care negocierile dintre parți au eșuat dar părțile își doresc încheierea unui acord. Toate aceste situații în care, prin mediere, părțile ajung la înțelegeri, sunt în opinia noastră, acte de justiție.

Apreciem că medierea este o procedură care face parte din conceptul de justiție socială, concept care la rândul lui este subsumat conceptului mai extins de justiție. În aceste condiții, disponibilitatea serviciilor de mediere creează veritabile porți de acces către justiție. Sigur că de o importanță deosebită în acest sens este și calitatea serviciilor de mediere furnizate. Acest subiect va fi abordat secțiunile următoare.

2.4.2 Reducerea costurilor suportate de stat pentru administrarea justiției

Plecăm de la realitatea conform căreia libertățile unei persoane sunt garantate până la punctul de la care sunt afectate libertățile altei persoane. Această chestiune este strâns legată de problema costurilor suportate de stat pentru administrarea justiției. Cu alte cuvinte, cu cât statul are mai multe resurse pentru a administra justiția într-un mod eficient, cu atât accesul la justiție al persoanelor va fi mai facil. Medierea reprezintă cu siguranță o soluție pentru reducerea acestor costuri.

Spre exemplu, conform Studiului CEPEJ[32] pentru anul 2012 prin care este evaluată funcționarea sistemelor judiciare, România acoperă prin colectarea taxelor judiciare de timbru doar 13% din costurile pentru administrarea justiției. Restul de 87% din costuri, aproximativ 300 milioane euro sunt suportate și de cetățenii pentru care accesul la justiție este garantat dar care nu beneficiază de acest serviciu public.

De altfel, mai multe studii[33] au arătat că medierea reduce nu numai costurile suportate de stat pentru administrarea justiției dar și costurile justițiabililor deopotrivă.

2.4.3 Reducerea timpului mediu de gestionare a cazurilor în justiție bazată pe creșterea calității actului de justiție realizată ca urmare a medierilor care se soluționează prin acord (executare voluntară a obligațiilor) în timpul sau chiar înainte de existența unui litigiu

Soluțiile bazate pe acordul părților se execută voluntar de către acestea de regulă și nu sunt urmate de alte proceduri judiciare precum căile de atac. În mod evident, calitatea acestui act de justiție este superioară calității actului de justiție bazat pe soluția instanței care este obligatorie pentru părți. Prin extrapolare, la nivel macro social și judiciar, cu cât vor fi mai multe soluții „superioare" , cu atât mai mult timp va rămâne judecătorului pentru cauzele în care nu este posibilă încheierea unei înțelegeri între părți. Pentru acestea, medierea facilitează accesul la justiție.

Apreciem că și aceasta este o perspectivă pozitivă prin care medierea facilitează accesul la justiție, într-un termen mai rezonabil, a cauzelor în care este necesară intervenția cu celeritate a instanțelor judecătorești.

2.4.4 Facilitarea accesului la justiție pentru persoanele dezavantajate financiar și care nu își permit să suporte costurile unui proces

[32] European Commission For The Efficiency Of Justice (CEPEJ), Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ 2012-2014 evaluation exercise

[33] ADR Center Rome, The Cost of Non ADR – Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation, Rome, 2010; European Parliament, Directorate General For Internal Policies, Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis

Nu ne propunem să intrăm în detaliile discuției cu privire la faptul că justiția *le zâmbește* celor care își permit să suporte costurile unui proces, inclusiv costurile implicate de servicii de asistență juridică de cea mai bună calitate. Plecăm însă de la această realitate și adăugăm următoarele idei.

În primul rând, mediatorul are, conform legii, obligația de a fi obiectiv în considerarea principiului imparțialității, dar în același timp are și obligația de a se asigura că medierea servește interesele tuturor părților implicate și aceea de a asigura un permanent echilibru între părți. Putem spune chiar că asigurarea acestui echilibru reprezintă un risc de a schimba raportul de putere dintre părți, îndepărtându-l pe mediator de obiectivitatea sa. Fără a analiza acest aspect însă, apreciem că această situație vine în sprijinul ideii pe care încercăm să o cristalizăm.

În al doilea rând, este bine cunoscut beneficiul părților conform căruia apelarea la procedura medierii le oferă posibilitatea de a reduce în mod semnificativ costurile necesare pentru susținerea unui proces. Nu apreciem că medierea este o variantă mai ieftină a justiției, ci faptul că oferă justițiabililor controlul costurilor și al riscurilor de a se îndrepta spre incertitudinile unei soluții judecătorești.

În aceste condiții, persoanele dezavantajate din punct de vedere financiar vor vedea cu siguranță în mediere o rută de acces a justiției. Bineînțeles, vorbim aici despre justiția socială în care persoana își asumă responsabilitatea de a face eforturi pentru soluționarea cauzei la a cărei apariție a și contribuit mai mult sau mai puțin.

2.4.5 Facilitarea accesului la justiție prin creșterea încrederii în justiție a justițiabililor ca urmare a înființării de proceduri legale alternative pentru soluționarea litigiilor

Experiența Centrului Pilot de Mediere Craiova înființat în anul 2003 prin Ordinul Ministrului Justiției nr. 1391/C/2003, ca singurul Centru Pilot de Mediere din România, arată că peste 95% dintre beneficiarii serviciilor de mediere au fost mulțumiți sau foarte mulțumiți de calitatea acestor servicii. Este bine-cunoscut, de altfel, faptul că și în cazul în care nu produce un acord, medierea este un serviciu aducător de satisfacții pentru părți cu precădere în cazurile în care relația socială care a stat la baza apariției conflictului este importantă pentru acestea la un nivel comparabil cu importanța soluționării conflictului.

Rezultă de mai sus faptul că medierea contribuie la îmbunătățirea imaginii justiției și bineînțeles la creșterea încrederii justițiabililor în justiție, cu efect pozitiv asupra deciziei persoanelor de a se adresa justiției.

2.5. Constrângerea accesului la justiție prin mediere (perspective negative)

Medierea este în esență o procedură eficientă de gestionare a conflictelor. Totuși, implementarea acestei proceduri în legislație este legată în mod indisolubil de implementarea ei în cultura și mentalitatea oamenilor, care pot fi conflictuali sau rutinați într-o societate conflictuală. Sunt multe barierele care stau în calea implementării eficiente a procedurii de mediere. Din dorința de a depăși aceste bariere dar și în considerarea interesului mediatorilor de a avea clienți, accesul la justiție poate fi constrâns sau blocat de măsuri legislative menite să faciliteze introducerea medierii. Două perspective ale constrângerii accesului la justiție prin mediere vor fi analizate pe scurt în cele ce urmează.

2.5.1 Crearea de bariere nejustificate (e.g. costuri, timp) prin măsuri legislative obligatorii prin care oportunitatea este stabilită doar prin tipul cauzei

Începând cu 1 august 2013, pentru un număr considerabil de tipuri de cauze[34] părțile erau ținute ca înainte de introducerea cererii de chemare la judecată să facă dovada că au fost informate cu privire la avantajele medierii, sub sancțiunea inadmisibilității cererii. În aparență, norma a fost una generoasă, în măsură să asigure realizarea unu proces de educare în masă cu privire la posibilitatea utilizării medierii ca

[34]Articolul 60 indice 1 din legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator.

formă de gestionare eficientă a conflictelor.

Mai mult, norma asigura garanția accesibilității serviciului, obligându-i pe mediatori să nu solicite onorariu. Iată că au fost realizate premisele unui model opt-in prin care, in principiu, toată lumea avea de câștigat.

În practică, însă, tocmai din cauza caracterului absolut al normei cu privire la tipurile de cauze, procedura a devenit eficientă pentru un număr extrem de limitat de cazuri și formală pentru marea majoritate a cazurilor în care, lipsa unei sancțiuni și pentru pârât, acesta nu se prezenta sau chiar, mai mult, în cazul în care pârâtul se prezenta la ședințele de informare cu privire la avantajele medierii, medierea nu era acceptată de reclamant, cel care fusese obligat să apeleze la aceasta procedură pentru a putea ajunge la instanța de judecată.

Mai grav, chiar dacă legea instituia gratuitatea serviciului de informare, din rațiuni de sustenabilitate financiară al biroului de mediator, mediatorii solicitau sume de bani cu titlu de onorariu sub diverse forme.

Cele de mai sus sunt exemple clasice prin care ni se demonstrează că procedura de mediere prezintă eficiență atunci când părțile își doresc cu adevărat o înțelegere, chiar dacă nu afirma acest lucru și instituirea de obligații legale în acest sens este în măsură să declanșeze mecanisme defensive la ceea ce are aparența unei formalități inutile.

De altfel, Curtea Constituțională a României a apreciat în acest sens, declarând neconstituționale art. 2 și art. 2 indice 1 din Legea nr. 192/2006. Pe de altă parte, decizia este criticabilă sub aspectul faptului că realizează o similitudine incorectă între apelarea la mediere și caracterul voluntar al medierii când în realitate, relația dintre ele este una de tipul parte-întreg.

2.5.2 Limitarea dreptului de acces la justiție prin furnizarea de servicii de mediere de o calitate joasă ca urmare a lipsei unor mecanisme integrate de monitorizare și control a calității mediatorilor la intrarea în profesie

Această perspectivă nu are legătură directă cu caracterul voluntar al medierii dar apreciem că importanța ei majoră face necesară o scurtă descriere și în acest context. Medierea nu prezintă doar beneficii pentru părțile disputante, ci implică și riscuri, ca urmare, spre exemplu, a situației de apropiere și expunere în care sunt puse cele două părți implicate în conflict una față de alta. În aceste condiții, calitatea serviciului furnizat de mediator face diferența între utilitatea și inutilitatea sa. În cazul în care calitatea este redusă, în concret, pe lângă faptul că implică niște costuri financiare, de timp și emoționale ale părților, medierea în sine nu este altceva decât o etapă inutilă în calea părților către instanța de judecată, deci, o barieră în acest sens.

Fără a intra în detaliile referitoare la inexistența unor mecanisme integrate de monitorizare și control a calității mediatorilor la intrarea în profesie, facem doar comentariul că această chestiune este de esență și de actualitate în țara noastră.

3. Concluzii

Medierea are un caracter voluntar, în principiu, în țara noastră, iar acesta nu împiedică accesul la justiție, mai ales după pronunțarea Deciziei Curții Constituționale a României nr. 266/7 mai 2014 iar subiectul asigurării accesului la justiție prin implementarea procedurii de mediere rămâne în actualitatea juridică și în atenția specialiștilor din țara noastră.

În acest context, cu toate experimentele nefericite făcute pe pielea cetățenilor în general și justițiabililor în special[35], medierea își păstrează potențialul de degrevare reală a instanțelor de judecată și de creștere a calității actului de justiție prin dezvoltarea culturii de "înțelegere" în societatea și legislația românească. Astfel, procedura de mediere poate contribui în mod structural la reformarea sistemului juridic, fără a-i pune în pericol, în același timp, stabilitatea și echilibrul de care are nevoie.

[35]Vezi Procedura de informare declarată neconstituțională prin Deciziei Curții Constituționale a României nr. 266/7 mai 2014

STUDII ȘI CERCETĂRI

Procedura hotărârilor-pilot și aplicarea ei în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la România*

Prof. univ. dr. Sebastian Rădulețu
Avocat, Baroul Dolj
Crina Kaufman
Șef de divizie la Grefa C.E.D.O.

Forța obligatorie a hotărârilor Curții. Aplicarea art.46 din Convenție. Dezvoltarea jurisprudențială a procedurii hotărârilor-pilot. Efectele *erga omnes* ale unor astfel de hotărâri. Situațiile când Curtea recurge la o astfel de procedură. Aplicarea ei în jurisprudența contra României în legătură cu respectarea drepturilor garantate de art.1 din Primul Protocol Adițional.

1. Din art. 1 al Convenției[1] rezultă că, ratificând acest tratat internațional, statele s-au obligat să creeze un sistem de drept intern compatibil cu cel convențional. De asemenea, art.46 din Convenție stabilește atât forța obligatorie a hotărârilor definitive ale Curții pentru statele care sunt părți în cauzele respective, cât și rolul central pe care Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei îl are în executarea efectivă a acestor hotărâri[2].

Evident că obligația statelor de a respecta hotărârile Curții nu înseamnă numai plata sumelor de bani către reclamanții care au câștigat procesele în fața instanței europene, ci presupune depunerea tuturor eforturilor necesare pentru ca dreptul intern să răspundă exigențelor Convenției. Atingerea acestui obiectiv nu presupune din partea statului numai o atitudine pasivă, o reacție *a posteriori*, după ce survine condamnarea de către instanța europeană și nici nu presupune numai despăgubirea reclamanților din speța respectivă în vederea acoperirii prejudiciului produs în acel caz. Din contră, compatibilizarea dreptului intern cu exigențele convenționale este atinsă în mod optim doar dacă statul dezvoltă și un comportament preventiv, prin care, cel mai târziu după condamnarea într-o anumită speță, să adopte modificările necesare în sistemul național de drept, astfel încât pe viitor să nu se mai producă încălcări de acel tip ale drepturilor fundamentale apărate de Convenție. În acest scop, statul trebuie să aibă o atitudine activă și eficientă pentru a identifica la timp cauzele din dreptul intern care pot determina în viitor o condamnare a sa de către instanța europeană. Acest lucru este în mod evident facilitat dacă există deja hotărâri de condamnare într-un anumit tip de spețe, în care se ridică probleme de ordin general.

---

* Acest articol a apărut într-o variantă inițială în Revista Pandectele Române nr.2/2011.

[1] Art.1: *„Obligația de a respecta drepturile omului*
Înaltele părți contractante recunosc oricărei persoane aflate sub jurisdicția lor drepturile și libertățile definite în titlul I al prezentei convenții."

[2] Art.46: *"Forța obligatorie și executarea hotărârilor:*
1. Înaltele părți contractante se angajează să se conformeze hotărârilor definitive ale Curții în litigiile în care ele sunt părți.
2. Hotărârea definitivă a Curții este transmisă Comitetului de Miniștri care supraveghează executarea ei.(...)"

Modalitatea în care Curtea ar trebui să trateze acest tip de probleme de ordin general, care depășesc cadrul strict al intereselor părților dintr-o anumită cauză, a fost tratată și de către Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei în Rezoluția Res (2004)3 adoptată la 12 mai 2004. De asemenea, Comitetul de Miniștri, în Recomandarea Rec (2004)6 adoptată tot la 12 mai 2004, a indicat obligațiile care incumbă statelor în situația în care împotriva lor se pronunță hotărâri ale Curții care pun în lumină existența în ordinea juridică internă a unor deficiențe structurale sau de ordin general. Conform acestei Recomandări, principala obligație a statelor aflate într-o astfel de situație ar fi crearea unui remediu juridic intern care să permită reclamanților să se adreseze unei instanțe naționale competente.

2. Din jurisprudența Curții cu privire la România, anterioară hotărârii din 8 decembrie 2008 pronunțate în cauza Viașu (hotărâre în care pentru prima dată Curtea a aplicat expres art.46 din Convenție), rezultă că una din problemele constante ale dreptului intern o reprezintă protecția drepturilor fundamentale apărate de art.1 din Primul Protocol adițional la Convenție în cazul persoanelor deposedate de bunurile lor în perioada comunistă. Începând cu *hotărârea din 22 mai 1998, pronunțată în cauza Vasilescu*, dar în special după *hotărârea din 28 octombrie 1999, din cauza Brumărescu*, România a fost condamnată în zeci de spețe, de-a lungul unui deceniu, pentru violarea art.1 din Primul Protocol adițional la Convenție.

În acest timp, legile privind restituirea proprietăților au fost modificate succesiv, ca și actele administrative de executare a acestor legi[3]. Au fost create noi autorități administrative speciale pentru rezolvarea problemei restituirilor, iar procedurile interne pe care trebuiau să le urmeze foștii proprietari au fost modificate semnificativ și în mod repetat în scopul declarat al eficientizării sistemului de restituire a proprietăților sau de acordare a despăgubirilor. Cu toate acestea, sistemul astfel creat nu a fost unul eficace, în special în materia acordării de despăgubiri pentru bunurile preluate de stat și a căror restituire în natură nu mai era posibilă, rezultatul concret fiind amânarea *sine die* a plății acestor despăgubiri, care nu reprezentau altceva decât creanțe contra statului, recunoscute de către acesta, prin autoritățile sale administrative. Acest cadru legislativ și administrativ de acordare a reparațiilor a fost criticat de Curte, în mod expres, în multe dintre hotărârile sale[4] pronunțate în special cu începere din anul 2006, fără însă ca modificările făcute de autorități să ducă la eficientizarea sistemului.

Spre exemplu, în *hotărârea din 29 iunie 2006,* pronunțată *în cauza Jujescu*, Curtea apreciază că noul sistem de acordare a despăgubirilor, creat prin Legea nr. 247/2005 nu este susceptibil să ofere o reparație echitabilă a prejudiciului suferit de persoanele private de dreptul lor de proprietate în perioada comunistă (§ 35-38):

„Curtea observă că vânzarea bunului reclamantei, în temeiul Legii nr. 112/1995, o împiedica să se bucure de dreptul său și că nu i-a fost acordată nicio despăgubire pentru această privare. Într-adevăr, deși a depus o cerere de despăgubire, în temeiul Legii nr. 10/2001, pentru partea vândută terților, reclamanta nu a primit nici până astăzi un răspuns.

Curtea observă că, la data de 22 iulie 2005, a fost adoptată Legea nr. 247/2005 pentru modificarea

---

[3] Numai în materia restituirii terenurilor agricole, cadrul legislativ a suferit numeroase schimbări structurale. A fost adoptată inițial Legea nr.18/1991 privind fondul funciar, care a fost modificată până în prezent de peste 70 de acte normative. Cele mai importante schimbări ale materiei respective au avut loc prin Legea nr.169/1997, Legea nr.1/2000 și Legea nr.247/2005. În ciuda unor prevederi legale exprese, de multe ori Guvernul a amânat succesiv adoptarea normelor metodologice de aplicare a acestor legi, în special în ceea ce privește procedurile de acordare a despăgubirilor pentru bunurile care nu mai puteau fi restituite în natură. Cuantumul acestor despăgubiri, inițial plafonat la o anumită sumă maximă, a fost ulterior, prin Legea nr.247/2005, stabilit la valoarea de piață a proprietăților ce nu mai puteau fi restituite. A fost instituit un nou sistem de acordare a despăgubirilor prin înființarea unei Autorități Naționale pentru Restituirea Proprietăților (A.N.R.P.) și constituirea unui fond de acțiuni intitulat „Proprietatea", ale cărui acțiuni urmau să fie distribuite persoanelor îndreptățite să primească despăgubiri. În ciuda reformării sistemului, acest fond de acțiuni nu a devenit funcțional decât foarte târziu, la începutul anului 2011, după adoptarea hotărârii-pilot din 12 octombrie 2010, pronunțată de Curte în cauza Maria Atanasiu și alții contra României.

[4] Cu titlu de exemplu, menționăm *hotărârea din 29 iunie 2006, pronunțată în cauza Togonel și Gradinaru, hotărârea din 29 iunie 2006, pronunțată în cauza Jujescu, hotărârea din 20 iulie 2006, pronunțată în cauza Radu, hotărârea din 27 iulie 2006, pronunțată în cauza Rabinovici, hotărârea din 12 octombrie 2006, pronunțată în cauza Bărcănescu, hotărârea din 12 octombrie 2006, pronunțată în cauza Tovaru, hotărârea din 14 decembrie 2006, pronunțată în cauza Vidrașcu.*

Legii nr. 10/2001. Această nouă lege acordă un drept la despăgubire la valoarea de piață a bunului ce nu poate fi restituit persoanelor care se află în aceeași situație ca și reclamanta. Curtea observă că legea menționată mai sus propune, pentru persoanele care nu au posibilitatea să obțină restituirea bunului lor în natură, să le acorde o despăgubire sub forma unei participații, în calitate de acționari, la un organism de plasament în valori mobiliare (OPCVM). În principiu, persoanele care au dreptul să primească o despăgubire pe această cale vor primi titluri de valoare ce vor fi transformate în acțiuni, după cotarea societății la bursă.

Curtea observă că, la data de 29 decembrie 2005, societatea pe acțiuni "Proprietatea" a fost înscrisă la Registrul Comerțului din București. Pentru ca acțiunile emise de această societate pe acțiuni să poată face obiectul unei tranzacții pe piața financiară, trebuie urmată procedura de aprobare de către Comisia Națională a Valorilor Mobiliare (CNVM). Conform calendarului previzional al fondului "Proprietatea", operațiunea de conversie a titlurilor în acțiuni trebuia să aibă loc în martie 2006, iar intrarea efectivă la bursă în decembrie 2006.

În speță, presupunând că cererea de restituire formulată de reclamantă în temeiul Legii nr. 10/2001 este admisibilă și că poate face obiectul unei despăgubiri, Curtea observă că "Proprietatea" nu funcționează în prezent într-un mod susceptibil să ducă la acordarea efectivă a unei despăgubiri. Prin urmare, ea consideră că zădărnicirea dreptului de proprietate al reclamantei asupra apartamentului nr. 1, combinată cu lipsa totală de despăgubire, i-a impus o sarcină disproporționată și excesivă, incompatibilă cu dreptul la respectarea bunurilor sale, garantat de art. 1 din Protocolul nr. 1. Prin urmare, a avut loc încălcarea acestei prevederi."[5]

3. Aceste susțineri ale Curții au fost făcute, însă, *in concreto*, fiind valabile pentru spețele analizate, hotărârile respective având efecte numai *inter partes*, conform modelului clasic al hotărârilor instanței europene. În general, hotărârile Curții prin care se constată violarea unui drept fundamental apărat de Convenție creează în sarcina statelor în mod imediat numai obligații individuale, cu privire la reclamantul respectiv. Astfel, efectele directe și imediate ale acestor hotărâri, bazate pe autoritatea lor de lucru judecat, se produc numai între părțile din proces.

Hotărârile Curții au totuși și un efect indirect. Astfel, statul în cauză, după ce a fost o dată condamnat pentru violarea unui drept fundamental într-o speță, este obligat să elimine disfuncționalitățile constatate, astfel încât să evite viitoare condamnări în spețe de același tip. Aceste acțiuni ale statului nu îi sunt impuse de către Curte prin hotărârea pronunțată, care are efecte numai *inter partes*, ci sunt identificate și fixate de organul responsabil cu executarea hotărârilor Curții, și anume Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei. În determinarea acestor acțiuni, Comitetul de Miniștri poartă un dialog permanent cu statul, în vederea identificării problemelor legale sau administrative care au dus la încălcarea Convenției, astfel ca în viitor să fie evitate condamnări în spețe similare. Spre deosebire de obligațiile individuale pe care Curtea le impune statului pârât cu privire la reclamant, a căror îndeplinire este verificată de către Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei ca organ politic însărcinat cu supravegherea executării hotărârilor Curții, conform art.46 § 2 din Convenție, efectele indirecte cu caracter general sunt stabilite de Comitetul de Miniștri în cadrul unui dialog cu statul pârât, ele nefiind, deci, definite expres prin hotărâre (a se vedea *hotărârea din 13 iulie 2000, pronunțată în cauza Scozzari si Giunta c. Italiei*, § 249).

4. Cu toate acestea, în ultimii ani, în anumite condiții, atunci când a identificat o problemă structurală sau sistemică[6] într-un sistem de drept dat și când, în ciuda condamnărilor anterioare, statul respectiv nu a

---

[5] Fragmentul citat face parte din traducerea oficială a *hotărârii Jujescu*, publicată în Monitorul Oficial nr.314 din 22 aprilie 2008.

[6] Prin probleme « structurale » sau « sistemice », Curtea înțelege acele probleme care nu au o cauză individuală, de pildă atitudinea unui judecător sau a unei administrații interne într-un caz dat, ci o cauză ce ține de sistemul intern, și în care judecătorul sau autoritatea de Stat căreia i se reproșează încălcarea Convenției practic nu au nicio marjă de manevră, iar decizia lor, corectă din perspectiva dreptului intern sau pur și simplu nereglementată de dreptul intern, este în mod fatidic contrară Convenției. Prin urmare, o problemă structurală riscă să ducă la un număr foarte mare de cereri pe rolul Curții și să blocheze practic sistemul judiciar al Convenției. Ulterior hotărârii Broniowski susmentionate, Curtea a adoptat mai multe hotărâri în care a evidențiat probleme structurale și a lansat statelor pârâte invitația de a pune sistemul intern în acord cu Convenția (de pildă, *hotărârea din 1 martie 2006 pronunțată în cauza Sejdovic c.Italiei*, cu privire la judecata in contumacie, *hotărârea din 29 martie 2006 pronunțată*

luat nici un fel de măsură generală în scopul evitării viitoarelor încălcări ale drepturilor fundamentale, Curtea nu a ezitat să impună expres statului respectiv anumite obligații generale de reformare a sistemului, separate de obligațiile individuale referitoare la reclamantul din respectiva speță. Aceste hotărâri atipice dobândesc efecte *erga omnes* directe, care derivă din autoritatea de lucru judecat și cu privire la care care Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei are un rol mai bine direcționat decât în cazul fixării obligațiilor generale în cazul unei hotărâri tipice.

Procedura hotărârii pilot este, la ora actuală, utilizată de Curte din ce în ce mai des și se înscrie în aplicarea cu strictețe a principiului subsidiarității sistemului Convenției. Dacă pe moment nu există nicio mențiune în Regulamentul Curții cu privire la criteriile aplicabile pentru inițierea procedurii pilot și nici cu privire la derularea procedurii în cazurile desemnate ca fiind « dosare pilot »[7], putem deduce câteva din aceste regulile aplicabile, analizând jurisprudența pe această temă: informarea prealabilă a părților sau a Guvernului pârât, acordarea unui termen Statului pârât pentru a se conforma hotărârii odată adoptată și chiar suspendarea dosarelor similare pendinte în fața Curții până la expirarea termenului acordat Statului. În unele cauze, s-a indicat Statului ca, odată cu rezolvarea problemei sistemice, să introducă un nou termen de recurs intern pentru persoanele care au un dosar înregistrat în fața Curții. Scopul acestei proceduri pare a fi, așadar, dublu: identificarea problemei sistemice și găsirea unei soluții pentru tratarea eficientă a cererilor similare în fața Curții.

5. Prima și cea mai elocventă hotărâre de acest tip este cea din 22 iunie 2004, pronunțată în *cauza Broniowski contra Poloniei*. În această speță reclamantul s-a plâns de faptul că, în ciuda recunoașterii prin legea poloneză a dreptului său la despăgubiri pentru bunurile pierdute dincolo de Bug, în teritoriile poloneze anexate de fosta Uniune Sovietică, statul polonez nu și-a executat această obligație, încălcându-i în acest mod drepturile apărate de art.1 din Primul Protocol adițional la Convenție. Prin hotărârea menționată, Curtea a stabilit că a fost încălcat dreptul patrimonial al reclamantului, întrucât, statul nu-și executase această obligație recunoscută de dreptul intern.

În plus, Curtea a constatat că în această situație se găseau multe alte persoane, violarea dreptului respectiv nefiind un caz izolat, ci efectul unei carențe generale a sistemului polonez de acordare a despăgubirilor respective. În aceste condiții, Curtea a obligat statul polonez fie să garanteze, prin măsuri legale și administrative potrivite, executarea obligațiilor pe care le are față de aceste persoane, fie să acorde acestora o indemnizație pentru încălcarea drepturilor lor patrimoniale, conform principiilor consacrate de art.1 din Primul Protocol adițional.

În acest mod a fost depășit cadrul clasic al efectelor hotărârilor Curții, care se refereau numai la părțile din proces, efectele extinzându-se cu privire la toate persoanele aflate în situații similare. Prin obligația generală de a aduce corecții cadrului legislativ și practicilor administrative în materie, Curtea a impus Poloniei obligații referitoare nu la reclamantul din speță, ci la celelalte persoane ce invocau același tip de drepturi ca și reclamantul, hotărârea dobândind efecte *erga omnes*, supravegherea îndeplinirii acestor obligații generale revenindu-i, ca de obicei, Comitetului de Miniștri. Acest lucru este cu atât mai clar cu cât obligațiile generale în discuție au fost cuprinse expres în dispozitivul hotărârii.

În plus, Curtea a mai păstrat un mijloc de verificare a modului în care statul urma să-și execute obligațiile generale instituite prin hotărârea din 22 iunie 2004, prin nesoluționarea cu acea ocazie a cererii reclamantului de acordare a unor daune materiale și morale pentru acoperirea prejudiciului suferit ca urmare a încălcării de către stat a drepturilor sale patrimoniale apărate de art.1 din Primul Protocol adițional. În acest mod, în viitoarea hotărâre ce urma să fie pronunțată cu privire la aplicarea art. 41 din Convenție, Curtea

în cauza Scordino c. Italiei, referitoare la expropriere, *hotărârea din 19 iunie 2006 pronunțată în cauza Hutten Czapska c. Poloniei*, relativă la drepturile proprietarilor care închiriază locuințe sau *hotărârea din 15 ianuarie 2009 pronunțată în cauza Burdov c. Rusiei (n° 2)* cu privire la neexecutarea unei hotărâri judecătorești de plată de către statul rus a unei sume datorate reclamantului, aceasta din urmă hotărâre-pilot intervenind după ce Curtea a adoptat peste 200 de hotărâri de încălcare a Convenției de către Rusia în cazuri similare).

[7] Nu este însă exclus ca pe viitor Curtea să elaboreze un cadru previzibil și accesibil publicului pentru astfel de situații.

putea verifica îndeplinirea de către stat a obligațiilor generale stabilite în sarcina sa. Este ceea ce s-a întâmplat mai târziu, când reclamantul și statul polonez au cerut Curții să ia act de o tranzacție intervenită între cele două părți. Cu această ocazie, considerând că statul nu este obligat să îndeplinească numai măsurile individuale trasate de Curte, ci, în paralel, și pe cele generale, prin hotărârea din 28 septembrie 2005 pronunțată în același caz (cu privire la satisfacția echitabilă), instanța europeană a luat act de proiectul de tranzacție al celor două părți numai după ce a verificat îndeplinirea de către stat a obligațiilor de natură generală stipulate în hotărârea pronunțată pe fondul cauzei.[8]

6. Prin cele două hotărâri pronunțate în cazul Broniowski, cea privind fondul cauzei și cea prin care s-a luat act de tranzacția dintre părți, Curtea a dezvoltat practic procedura hotărârilor-pilot[9], prin care se urmărește tratarea unor probleme de ordin sistemic sau structural care apar în ordinea juridică internă a unor state și care sunt de natură să ducă la încălcarea unor drepturi fundamentale ale unei întregi categorii de persoane. Scopul unei astfel de hotărâri este ca, prin obligarea statului să adopte unele măsuri de ordin general, să se elimine în mod rapid și eficient disfuncționalitatea constatată în dreptul intern. Pe de o parte, o astfel de hotărâre are rolul de a ajuta statul să-și rezolve problema respectivă la nivel național și, deci, să-și adapteze dreptul intern la cerințele Convenției, subliniindu-se încă odată rolul subsidiar al Curții. Pe de altă parte, printr-o hotărâre-pilot se evită încărcarea rolului Curții cu un mare volum de plângeri repetitive, care decurg din același tip de spețe, astfel încât prin această procedură se urmărește și asigurarea bunei funcționări a instanței europene[10].

Curtea a aplicat acest tip de procedură și în cazul altor state atunci când a întâlnit probleme de ordin structural care afectau ordinea juridică internă a acestora[11].

7. În jurisprudența cu privire la România, Curtea a făcut pentru prima dată aplicarea art. 46 din Convenție în *hotărârea din 9 decembrie 2008, pronunțată în cauza Viașu*, despre care s-ar putea susține că reprezintă prima hotărâre-pilot adoptată de către Curte împotriva României. Până la acel moment, deși criticase indirect cadrul legislativ și măsurile administrative adoptate în vederea despăgubirii persoanelor private de proprietate, așa cum am arătat mai sus, instanța europeană nu a stabilit în sarcina statului român decât obligații individuale, față de reclamanții din spețele respective. Este pentru prima dată când Curtea stabilește expres în sarcina României obligații generale de reformare a cadrului legislativ și a practicilor administrative, hotărârea urmând să producă, în acest mod, efecte *erga omnes*.

Într-adevăr, problema restituirii proprietăților pierdute în perioada dictaturii comuniste și a acordării de reparații pentru aceste prejudicii reprezintă o problemă generală de ordin structural a dreptului intern, dovadă fiind nu numai numărul mare de hotărâri de condamnare din partea Curții sau sutele de dosare similare aflate încă pe rolul instanței europene, ci și zecile de mii de cereri de restituire formulate în dreptul intern și încă nesoluționate.

8. În plus, dincolo de amploarea ei, Curtea reține alte aspecte particulare ale acestei disfuncționalități a ordinii juridice interne.

---

[8] În mod similar s-a procedat și în *hotărârea din 19 iunie 2006 pronunțată în cauza Hutten Czapska c. Poloniei,* unde Curtea a rezervat aplicarea articolului 41, iar statul polonez a profitat de această ocazie pentru a opera modificări în legislație și a o pune de acord cu cerințele Convenției, lucru constatat de Curte cu ocazia examinării articolului 41, soldată cu o tranzacție (*hotărârea din 28 aprilie 2008*).

[9] Hotărârea din 23 septembrie 2005, pronunțată în cazul Broniowski contra Poloniei, § 3.

[10] În *hotărârea din 22 iunie 2004, pronunțată în cazul Broniowski contra Poloniei*, Curtea menționează expres că urmează să amâne soluționarea tuturor celorlalte spețe similare până la adoptarea de către stat a măsurilor generale impuse prin hotărârea respectivă (§ 198). În urma adoptării acestor măsuri, Curtea a respins sute de cereri similare, cu motivarea că reclamanții dispun de acum înainte de remedii eficiente la nivel intern (de exemplu, *decizia din 4 decembrie 2007, pronunțată în cauza Wolkenberg și alții c. Poloniei,* §§ 18-23).

[11] Spre exemplu *hotărârea din 6 octombrie 2005, pronunțată în cauza Lukenda contra Sloveniei* sau *hotărârea din 28 iulie 2009, pronunțată în cauza olaru și alții contra Moldovei*.

În primul rând, autoritățile române, inclusiv Înalta Curte de Casație și Justiție, în mai multe decizii de speță, au recunoscut crearea unor situații juridice incerte prin cadrul normativ respectiv, punct de vedere însușit și de către guvern (§ 48).

În al doilea rând, această situație durează de mulți ani, în condițiile în care persoanele ale căror drepturi sunt încălcate nu dispun de nici un remediu juridic intern[12] pentru a-și acoperi prejudiciul suferit.

În fine, așa cum am arătat, disfuncționalitatea existentă în ordinea juridică internă generează o multitudine de cauze de același tip care pot supraîncărca activitatea Curții, cu consecințe asupra eficacității instanței europene. Din această perspectivă, în jur de o sută de dosare de același tip au fost deja comunicate Guvernului în procedura din fața Curții și în jur de alte o mie se află pe rolul Curții în așteptarea unui examen.

9. În aceste condiții, prin hotărârea respectivă, în temeiul art. 46 din Convenție, Curtea a stabilit în sarcina statului obligația generală de a lua măsurile necesare pentru a pune capăt violării drepturilor patrimoniale ale persoanelor aflate în situațiile descrise mai sus. Sub privirea atentă a Comitetului de Miniștri în calitate de organ politic ce supraveghează executarea hotărârilor Curții, statul român trebuie să aleagă în acest scop măsurile legale și/sau administrative apte să ducă la înlăturarea violării drepturilor protejate de art.1 din Primul protocol adițional. Curtea s-a mulțumit să indice doar obiectivul care trebuie atins, lăsând astfel statului, sub controlul Comitetului de Miniștri, libertatea alegerii mijloacelor necesare atingerii acestuia. Totuși, cu titlu pur indicativ, Curtea exemplifică ce măsuri generale ar putea lua statul: modificarea sistemului de restituire actual și realizarea urgentă de proceduri simplificate și eficiente care să realizeze un echilibru just al diferitelor interese aflate în joc. În acest sens, drepturile patrimoniale în cauză pot fi respectate fie prin restituirea în natură, fie prin acordarea unei indemnizații, în conformitate cu principiile ce rezultă din jurisprudența Curții în materie[13].

10. Dacă efectuăm o comparație a acestei hotărâri-pilot cu cea pronunțată la 22 iunie 2004, în cauza Broniowski, observăm unele diferențe. Acestea nu sunt însă de natură să atenueze în vreun fel amploarea concretă a efectelor hotărârii Viașu.

Deosebirea formală evidentă este aceea că în hotărârea Broniowski măsurile generale impuse statului sunt prevăzute expres în dispozitivul hotărârii, alături de măsurile individuale, în timp ce în hotărârea Viașu, în dispozitiv apar numai măsurile individuale. Obligația generală impusă statului, aceea de reformare a sistemului de acordare a reparațiilor, este prevăzută numai în considerentele hotărârii, într-un capitol special separat. Deși acest lucru ar putea ridica semne de întrebare cu privire la forța obligatorie a acestor mențiuni care nu apar în dispozitiv, dubiul respectiv este înlăturat chiar de către Curte, aceasta stabilind expres competența Comitetului de Miniștri care trebuie să supravegheze executarea de către stat și a acestor obligații generale. Astfel, Curtea menționează că măsurile generale pe care le va alege statul pentru atingerea obiectivului fixat, vor fi controlate de către Comitetul de Miniștri (§ 79). În plus, nu trebuie uitat că într-un sistem de drept jurisprudențial, cum este cel al Convenției, considerentele hotărârilor Curții au o valoare superioară considerentelor dintr-o hotărâre de drept continental, cum este dreptul nostru intern.

O a doua deosebire dintre cele două hotărâri este împrejurarea că în timp ce în cauza Broniowski Curtea nu a soluționat odată cu fondul și cererea reclamantului de acordare a unei satisfacții echitabile, în temeiul art. 41 din Convenție, în cauza Viașu, prin aceeași hotărâre s-au soluționat atât fondul cauzei cât și

---

[12] Din această perspectivă este de remarcat că în *cauza Viașu*, reclamantul nu a promovat nicio acțiune în justiție în dreptul intern. După recunoașterea dreptului său la reparații de către autoritățile interne administrative și după curgerea unei perioade de timp în care nici nu i s-a restituit terenul și nici nu a primit despăgubiri, reclamantul s-a adresat direct instanței europene. Nici Guvernul și nici Curtea, din oficiu, nu au invocat excepția neepuizării căilor de recurs interne, această împrejurare putând fi explicată prin lipsa unui remediu la nivel intern care să îi permită reclamantului să obțină executarea creanței sale sau/și să își acopere prejudiciul suferit prin încălcarea drepturilor sale.

[13] Este vorba de trei principii generale aplicabile în materie: principiul legalității, principiul existenței unei cauze legitime, a unei utilități publice și principiul justului echilibru. Toate acestea sunt sistematizate în *hotărârea din 22 iunie 2004, pronunțată în cazul Broniowski contra Poloniei*, § 147-151.

capătul de cerere de acordare a unei satisfacții echitabile. Semnificația lăsării nesoluționate a cererii întemeiate pe art. 41 în cauza Broniowski ar putea fi aceea că instanța europeană și-a lăsat deschisă posibilitatea de a controla modul în care statul își îndeplinea obligațiile stabilite prin hotărârea pronunțată pe fond. Or, acest lucru s-a și întâmplat ulterior, cu ocazia pronunțării hotărârii din 23 septembrie 2005 cu privire la tranzacția la care ajunseseră părțile, când Curtea a verificat efectiv măsurile luate de stat pentru înlăturarea violării drepturilor patrimoniale ale persoanelor aflate în acel tip de situații. În cauza Viașu, Curtea nu și-a păstrat această „rezervă", acest mijloc de a controla modul în care statul execută hotărârea pronunțată pe fond, întrucât a soluționat o dată cu fondul și cererea reclamantului de acordare a unei satisfacții echitabile pentru prejudiciul suferit.

Deși, la momentul adoptării hotărârii Viașu, această deosebire dintre cele două hotărâri părea a fi numai una de procedură[14], lipsa ulterioară de reacție a autorităților naționale a indicat necesitatea adoptării unei hotărârii-pilot clasice de genul celei adoptate în cauza Broniowski. De altfel, ulterior, Curtea a mai adoptat și alte hotărâri de genul hotărârii Viașu, precum cea din 20 ianuarie 2009 din cauza Katz contra României sau din 13 ianuarie 2009 din cauza Faimblat contra României, fără însă ca statul să aibă o reacție adecvată.

11. În aceste condiții, la 12 octombrie 2010, Curtea a pronunţat hotărârea în cauza Maria Atanasiu și alții contra României, hotărâre-pilot clasică, similară cu cea din cauza Broniowski.

Interesul deosebit al acestei hotărâri constă, însă, în modul în care Curtea a făcut aplicarea în speță a art. 46 din Convenție, conform căruia statele contractante se obligă să se conformeze hotărârilor definitive ale Curții în litigiile în care ele sunt părți, iar Comitetul de Miniștri din cadrul Consiliului Europei este însărcinat cu supravegherea executării hotărârilor Curții. Executarea acestor hotărâri nu presupune numai plata sumelor la care statul a fost obligat către reclamanți în virtutea art. 41 din Convenție, ci și adoptarea, în ordinea juridică internă, de măsuri generale sau individuale pentru a elimina o violare constatată de Curte și a-i înlătura pe cât posibil consecințele. Unul dintre mijloacele de a ajuta statele să rezolve problemele privind apărarea drepturilor convenționale la nivel național îl constituie procedura hotărârii-pilot, prin care se urmărește îndepărtarea din ordinea juridică internă a disfuncționalităților identificate de Curte.

În acest context, în speță, instanța europeană reamintește că soluționarea prezentei cauze are loc după ce s-a pronunțat deja în mai multe cauze românești, unde a constatat încălcarea art. 6 § 1 din Convenție și art.1 din Primul Protocol adițional ca urmare a deficiențelor sistemului român de restituire a proprietăților pierdute în perioada comunistă și de acordare de despăgubiri pentru acestea. În ciuda adoptării hotărârilor în cauzele Viașu[15], Faimblat și Katz (menționate mai sus), Curtea constată că ineficacitatea acestui sistem persistă și se manifestă pe scară largă, crescând numărul de cauze în care se constată același tip de violări. Această stare de lucruri nu constituie numai o agravare a răspunderii statului, ci și o amenințare a eficacității dispozitivului de control creat de către Convenție, motiv pentru care, în prezenta cauză, este necesară aplicarea procedurii hotărârii-pilot.

Situația existentă în ordinea juridică internă în ceea ce privește despăgubirile, atât la nivel legislativ, cât și din perspectiva practicii administrative, este incompatibilă cu dispozițiile Convenției. Încercând să identifice cauzele pentru care o astfel de situație incompatibilă vizează un număr atât de mare de persoane, Curtea constată extinderea treptată a sferei de aplicare a legilor ce prevăd reparații, precum și absența unui plafon pentru aceste reparații.

De asemenea, potrivit Curții, complexitatea dispozițiilor legislative și schimbarea lor rapidă au determinat o practică judiciară incoerentă, ce a dus la crearea unei incertitudini juridice generale cu privire la drepturile foștilor proprietari, ale statului și ale terților dobânditori.

Dacă această situație de disparitate și incoerență a fost oarecum remediată prin unificarea tuturor procedurilor de restituire prin adoptarea Legii nr. 247/2005, totuși eficacitatea procedurilor de acordare a

---

[14] A se vedea în acest sens **Crina Kaufman, Sebastian Radulețu**, *Hotărârea CEDO din 9 decembrie 2008, pronunțată în cauza Viașu contra României. Rezumat și Comentariu*, Revista Română de Jurisprudență, nr.2/2009, pag. 59.

[15] Pentru semnificația acestei hotărâri se vedea **Crina Kaufman, Sebastian Radulețu**, op.cit., pag. 47-59.

reparațiilor nu a fost îmbunătățită, deoarece Comisia centrală nu a fost dotată cu mijloace umane și materiale suficiente. În acest sens, este de menționat durata foarte mare de timp în care această instituție soluționează cererile, precum și lipsa unor termene legale obligatorii în acest sens.

Deși Curtea este conștientă de efortul financiar la care este supus bugetul statului, ea este totuși frapată de caracterul lent cu care avansează procesul de cotare la bursă a fondului Proprietatea, care ar putea să ușureze tocmai această sarcină bugetară.

Având în vederea toate aceste disfuncționalități, Curtea consideră că este imperativ ca statul să adopte măsuri cu caracter general, care să conducă la realizarea efectivă a dreptului la restituire sau la indemnizații, cu păstrarea unui just echilibru între toate interesele în cauză.

Deși în principiu nu este sarcina Curții să stabilească ce măsuri trebuie luate în concret pentru ca statul să se achite de obligațiile sale decurgând din art. 46 din Convenție, ea poate sugera, cu titlul indicativ, tipurile acestor măsuri.

Așa cum s-a menționat și în hotărârea Viașu, trebuie înlăturat orice obstacol din calea exercitării efective a dreptului la restituire sau la despăgubiri al tuturor persoanelor aflate în situații similare cu reclamantele din prezenta cauză. Acest obiectiv ar putea fi atins prin modificarea mecanismului actual de restituire și prin adoptarea urgentă de proceduri simplificate și eficace, bazate pe practici judiciare și administrative coerente.

Oricum, statul se bucură de o mare marjă de apreciere în alegerea măsurilor destinate să garanteze respectul acestor drepturi patrimoniale. Având în vedere numărul mare de persoane vizate și consecințele unui astfel de mecanism, autoritățile naționale rămân suverane în a alege, sub controlul Comitetului de Miniștri, măsurile generale ce trebuie integrate în ordinea juridică internă pentru a pune capăt violărilor constatate de către Curte.

Referitor la celelalte cauze similare nesoluționate încă, instanța europeană reamintește că procedura hotărârii-pilot are drept scop adoptarea cât mai rapidă a unei soluții la nivel național pentru toate persoanele afectate de aceeași problemă structurală. Pentru acest motiv, precum și datorită numărului mare de astfel de cauze aflate pe rolul său, Curtea a decis prin prezenta hotărâre, așa cum a făcut-o și în cazul altor hotărâri-pilot[16], să amâne pentru o perioadă de optsprezece luni, începând de la data când prezenta hotărâre a devenit definitivă[17], soluționarea tuturor cererilor rezultând din aceeași problematică generală, în așteptarea adoptării de către autoritățile naționale a măsurilor adecvate în domeniu, așa cum au fost descrise mai sus. Această decizie de amânare nu împiedică însă Curtea să declare inadmisibilă orice cerere de acest tip care nu ar întruni condițiile de admisibilitate sau să ia act de o intervenire a unei tranzacții între părți, ștergând cauza de pe rol.

Ca urmare a acestei hotărâri, România a adoptat Legea nr.165/2013, lege cu privire la care Curtea a apreciat ulterior[18] că, în principiu, oferă un remediu eficace în dreptul intern pentru încălcări ale dreptului de proprietate de felul celor menționate mai sus.

[16] De exemplu, hotărârea din 15 ianuarie 2009 pronunțată în cauza Burdov c. Rusiei (n° 2).

[17] Și anume din 12 ianuarie 2011 (3 luni de la comunicarea hotărârii către părți, la 12 octombrie 2010), în cauza nefiind formulată cerere de trimitere la Marea Cameră.

[18] Hotărârea din 29 aprilie 2014, pronunțată în cauza Preda și alții contra României.

Considerații privitoare la infracțiunile contra intereselor Uniunii Europene (art. 18[1] alin.1 din legea nr. 78/2000)

Av. Bogdan Valentin Mihăloiu
Baroul Dolj

În ultima perioadă, practicienii dreptului penal au putut constata o creștere exponențială a cauzelor instrumentate de DNA în materia protejării intereselor financiare ale Uniunii Europene.

Este cert că pe măsura ce volumul programelor finanțate din această categorie de fonduri a crescut, organele de control și-au intensificat și perfecționat verificările, consecința fiind un număr important al cauzelor aflate pe rolul parchetelor și instanțelor cu acest obiect.

Importanța acestui domeniu a făcut ca în Legea nr. 78/2000 legiuitorul român să insereze distinct secțiunea 4[1],secțiune care cuprinde exclusiv incriminarea unor fapte ce aduc atingere intereselor U.E. în țara noastră.

Însă, atenția deosebită acordată legalității administrării și cheltuirii fondurilor ce provin din bugetul U.E. este reflectată și de modificarea de competența materială conținută în art 13 alin.2 din O.U.G. nr. 43/2002 republicată, care a dat în competența DNA acest gen de infracțiuni.

Deși au existat voci în doctrină care au considerat forțată o asemenea normă de competență, este cert că asimilarea unor asemenea infracțiuni celor de corupție a avut în vedere cu precădere că ele sunt rezultatul folosirii abuzive a puterii publice pentru satisfacerea unor interese personale sau de grup.

Pentru înțelegerea exactă a conținutului sintagmei ”interesele financiare ale Uniunii Europene” este de observat că potrivit Curții Europene de Justiție a Comunităților Europene această sintagmă se referă la:

- veniturile și cheltuielile cuprinse în bugetul organismelor, oficiilor și agențiilor, precum și cele prevăzute la art 268 din Tratatul UE;

- veniturile și cheltuielile angajate să fie făcute în legătură cu bugetul Comisiei Europene, în mod direct sau în mod indirect prin intermediul bugetelor gestionate de instituțiile comunitare.

În țara noastră o componentă consistentă a asistenței și sprijinului financiar cu sume din bugetul Uniunii s-a îndreptat către agricultură, fermierii români beneficiind în ultimii ani de finanțări importante ale proiectelor derulate, fie că vorbim de sprijinul de suprafața deținută în arendă sau proprietate ,fie că vorbim de sprijinul legat de înființarea diverselor culturi agricole.

În analiza modului în care s-a reflectat în practică controlul autorităților pe componenta acestor finanțări, este de observat că una din direcțiile pe care s-au desfășurat verificări cu consecința instrumentării unor cauze penale a fost aceea a adeverințelor emise de autoritățile locale cu privire la suprafețele deținute de fermieri, adeverințe menite să justifice obținerea de la direcțiile APIA a sumelor reprezentând plata unică pe suprafață.

În acest sens, au existat numeroase cazuri în care s-au constatat inadvertențe de natură a interesa sfera penală între suprafețele real arendate sau deținute în proprietate și cele inserate în adeverințele emise și pentru care s-a formulat cerere de sprijin.

În măsura în care fermierii au uzat de aceste adeverințe și au obținut sume de bani de la APIA ,sunt de subliniat următoarele considerațiuni ce pot fi avute în vedere din perspectiva penală:

1. natura sumelor –analiza apartenenței la bugete ce țin de interesele financiare U.E.

Prin acest gen de fapte ,sumele obținute de fermier, dacă sunt apreciate ca fiind obținute pe nedrept, vizează două bugete distincte:

- bugetul UNIUNII EUROPENE-deoarece sumele plătite ca ajutor pentru suprafețe deținute sunt plătite din bugetul UE din FONDUL EUROPEAN DE GARANTARE AGRICOLĂ(SAPS);

- bugetul național –deoarece pentru fiecare asemenea sumă avansată din SAPS, bugetul național susține prin plata complementară ajutorul dat fermierului.

Revenim la explicațiile anterioare și subliniem că protejarea intereselor financiare ale Uniunii Europene a presupus analiza modului de accesare a fondurilor din bugetele care, potrivit Curții de Justiție a Comunității Europene ,fac parte din sfera acestor interese financiare, iar bugetul destinat FONDULUI EUROPEAN DE GARANTARE AGRICOLĂ este în mod cert unul ce ține de interesele financiare ale Uniunii.

Însă, este de observat că acest gen de infracțiuni presupune întrepătrunderea între interesele financiare ale UE cu interesele financiare naționale, în măsura în care ajutorul financiar dat de UE este unul menit sa sprijine dezvoltarea națională la care STATUL BENEFICIAR trebuie sa contribuie cu efort financiar propriu. Așa se explică identitatea de tratament juridic și pentru cazul în care sumele obținute pe nedrept de fermier fac parte din bugetul național și care reprezintă cota de cofinanțare prin plata complementară acoperită de statul român.

2. subiecții activi ai infracțiunilor incriminate în secțiunea 4.ind 1 din Legea nr. 78/2000-particularități

Pe lângă răspunderea penală a persoanei fizice și/sau juridice cu privire la care încadrarea juridică vizată poate fi cea reglementată de art 18^1 alin.1 din Legea 78/2000 interesează răspunderea persoanelor din cadrul autorităților publice locale care au emis și semnat adeverințele care au susținut cererea de plată adresata APIA-aspecte ce particularizează analiza unor astfel de infracțiuni.

Din această perspectivă în cvasitotalitatea cazurilor, DNA efectuează urmărirea penală și dispune după punerea în mișcare a acțiunii penale trimiterea în judecată a primarului, respectiv a funcționarului public (de regulă inspectorul de la registrul agricol) în măsura în care adeverințele TIP puse la dispoziție de APIA au fost completate cu date inexacte de natură a avantaja fermierul și de a facilita obținerea fără drept de sume de bani de natura celor indicate anterior.

Problematica investigației penale care vizează funcționarii publici care emit acte în exercițiul puterii publice pune în lumină cel mai eficient rațiunea pentru care legea specială a asimilat acest gen de fapte celor de corupție, deoarece obținerea pe nedrept de sume de bugete ce țin de interesele financiare ale UE nu ar fi posibilă fără concursul unor persoane care exercită forța publică. Sigur, de la caz la caz, se va analiza forma de vinovăție cu care aceștia au acționat, însă ancheta penală a fost chemată să lămurească coparticiparea unor astfel de funcționari la circuitul fraudativ incriminat.

3.încadrarea juridică - aspecte de practică judiciară

Din analiza tendințelor de practică judiciară este de subliniat că nu au existat soluții unitare legate de încadrarea juridică a acestui gen de fapte.

O bună perioadă de timp, DNA reținea din perspectiva încadrării juridice un concurs de infracțiuni între infracțiunile de înșelăciune (art 244 Cp nou) ,fals intelectual (art. 321 C.p) sau fals în înscrisuri sub semnătură privată (art. 322 C p) și folosire sau prezentare cu rea credință de documente ori declarații false ,inexacte sau incomplete care are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei în modalități de participație penale-art 18^1 alin.1 din Legea nr. 78/2000 ce mergeau de la autorat (pentru fermier) până la complicitate (pentru funcționari că emiteau adeverințele).

O asemenea încadrare era determinată-din perspectiva reținerii înșelăciunii- de faptul că ,în modul în care a fost gândită reglementarea, această infracțiune se înfățișa ca o formă atipică a înșelăciunii în convenții, așa cum era incriminată în art 215 alin.1 și 3 C p vechi, înfăptuită fie prin comisiune (prezentarea de documente ori declarații inexact, false sau incomplete), fie prin omisiune (se omite cu știință furnizarea unor date cerute de lege, date care, dacă ar fi fost cunoscute, ar fi condus la neacordarea fondurilor solicitate).

Cu privire la infracțiunile de fals intelectual sau fals în înscrisuri sub semnătură privată, soluțiile diferite din practică au fost generate de faptul că incriminarea unor asemenea acte a vizat necesitatea prezervării încrederii și securității pe care asemenea înscrisuri trebuie să le prezinte[1].

Infracțiunea analizată este una complexă, care în mod cert absoarbe în conținutul ei infracțiunile de fals deoarece presupune în mod obiectiv prezentarea de documente incomplete, false sau inexacte.

Doctrina vine să susțină o asemenea analiză, în măsura în care s-a apreciat ca în modalitatea de la alin.1 al art 18,ind 1 infracțiunea complexă absoarbe falsurile în măsura în care vorbim de "documente ori declarații false, inexacte sau incomplete[2].

Subliniem că o recentă decizie a I.C.C.J. dată în recurs în interesul legii sub nr.4/2016 și publicată în M.Of.418/03.06.2016 a statuat că "fapta de a folosi ,în cadrul autorității contractante, printr-o acțiune a autorului, documente ori declarații inexact ce a avut ca obiect obținerea, pe nedrept, de fonduri din bugetul Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și de fonduri din bugetul național întrunește elementele constitutive ale infracțiunii unice prevăzută de art 18[1] alin.1 din Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, indiferent dacă legea penală mai favorabilă este legea veche sau nouă".

Soluția ICCJ este de natură să ușureze sarcina generala a instanțelor dar și a practicienilor în drept, facilitând analizarea și instrumentarea în materia unor infracțiuni din ce în ce mai numeroase, aspect care nu poate decât să înlăture direcții diferite în practica judiciară.

[1] A se vedea O.DOBLEAGA,M-M.BACIU,,B.KAROLY,Infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Comunităților Europene(I), Revista de Drept Penal, nr.4/2008,p.155

[2] A se vedea O.DOBLEAGA,M-M.BANCIU,B.KAROLY, Infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Comunităților Europene(I), Revista de drept penal, 2008,p 157

Dispunerea argumentării judiciare. Rolul elocuțiunii în argumentarea judiciară

Av. Eugen Tițoiu
Baroul Dolj

Într-o lume organizată sub forma unei societăți post – informaționale în care condiția esențială este adoptarea tehnologiei informației și comunicării în toate domeniile vieții sociale, în care cuvântul cheie este reprezentat de conectivitate, iar globalizarea conduce la o concurență acerbă, informația devine materia primă prioritară a acesteia. În aceste condiții, în care volumul de informație este uriaș, devine extrem de importanta validarea cunoașterii din punct de vedere epistemologic, fapt ce poate rezulta din modalitatea de prezentare, de argumentare a acesteia, din felul în care convingem că o deținem și interpretăm coerent.

Condiția actuală a retoricii are în vedere importanța acesteia în cadrul tuturor domeniilor vieții sociale, dar mai ales în cel al comunicării, întrucât lumea în care trăim este una a interacțiunii comunicative, astfel devine importantă asigurarea unei treceri eficiente de la era informației la cea a comunicării acesteia.

Întrucât, într-o asemenea lume omul modern este forțat să comunice, Retorica modernă capătă și alte înțelesuri și aplicații practice, decât cele avute în antichitate, precum cea de artă/teorie a argumentării raționale, logice ea devenind astăzi o " *arta de a vorbi și scrie bine, ca o artă a exprimării gândirii, ca o artă de formă pură* [1] ".

De ce ar mai conta astăzi studiul părinților retoricii ? Cu ce ne mai poate astăzi ajuta să vorbim în așa fel încât să convingem prin folosirea unor argumente ale logicii și figurilor de stil ?

Retorica, astăzi nu este nici pe departe o artă moartă, astăzi mai mult ca în trecut, privim acest subiect dintr-o perspectiva mai degrabă pragmatică, prin prisma necesităților de zi cu zi: că trebuie să vorbim la un eveniment de lansare de produs, că trebuie să susținem o prezentare de business, că trebuie ținut un discurs echipei sau chiar un toast la un eveniment.

Credem însă că astăzi, sistemul retoric al antichității este nevoit să se reinventeze în cadrul mai larg al pragmatismului lumii noastre inclusiv prin apariția unor noi tipuri de discurs persuasiv, precum cel din reclamele publicitare.

Am putea răspunde cu siguranță, cel puțin din motivul că ține de cultura și demnitatea oratorului de ieri, speaker-ului de astăzi să cunoască istoria disciplinei sale.

Sau, am putea da răspunsul complet, acela că retorica modernă prin componența sa mai noua, de secol XX, a teoriei argumentării se constituie într-o știință interdisciplinară aflată la intersecția filosofiei, logicii, psihologiei, sociologiei și lingvisticii, în care sunt repuse în discuție problemele figurilor retorice ca elemente intrinseci ale discursului și în care studierea acestora poate reprezenta o armă puternică în mâinile celor care fie vorbesc sau ascultă, fie scriu sau citesc un text cu valoare de discurs, întrucât " Retorica rediviva repune în discuție problema figurilor retorice ca elemente intrinseci, organice ale discursului în special în epoca multimedia și a magistralelor informației [2] "

I. Persuadez, deci exist.

Cadrul demersului nostru cu privire la argumentarea judiciară nu poate fi complet fără să facem o

---

[1] **Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca**, Tratat de argumentare – Noua Retorică, Editura Universității " Alexandru Ioan Cuza ", Iași, colecția Cicero 2012, Traducere de Aurelia Stoica, prefață de Michel Meyer, p. 178 .

[2] Silvia Savulescu, Retorica și teoria argumentării, note de curs, www.google.ro/search?q=curs+de+retorica&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=o_OxVtK8FsGcsgHw-ILABA, p. 87 .

scurtă incursiune în istoria retoricii și dialecticii antice cu privire expresă spre partea aplicată a acesteia, cu valoare practică discursului juridic de astăzi și despre care vom vorbi în a doua parte a cursului, întrucât aceasta reprezintă temelia oricărei teorii moderne cu privire la argumentare.

Dintre antici, primul care va recunoaște în mod explicit puterea persuasivă a cuvântului este Platon [3]. Acesta spunea că: "… orice discurs se cuvine să fie alcătuit asemenea unei ființe vii: să aibă un trup care să fie doar al ei, astfel încât să nu-i lipsească nici capul, nici picioarele; să aibă deci o parte de mijloc și extremitățile, menite să se potrivească unele cu altele și toate cu întregul [4] " și continua " Mai întâi vine, așa cred, preambulul, pe care trebuie să-l rostești, la începutul discursului. În al doilea rând, un fel de expositio cu mărturiile ei; în al treilea rând dovezile, iar in al patrulea rând argumentele verosimile [5]."

La acesta construcția discursului trebuia să fie vie ca să convingă, el nu putea fi rostit oricum, conținutul său trebuia obligatoriu, în mod rațional să fie organizat de către orator în patru părți care nu puteau fi spuse decât într-o anumită ordine, altfel scopul său nu putea fi atins.

Mai târziu Cicero în " De oratore " a scris că " *retorica este forța de a convinge, iar datoria retorului este să vorbească în așa fel ca să convingă* ".

Din punct de vedere etimologic cuvântul " retorica " provine din latinescul „ rhetorica ", cu rădăcini în grecescul „ rhitor ", care înseamnă vorbitor sau orator sau " cel ce învăța arta elocinței ". La romani, " rhitorul " era denumit „ rhetor " sau " magister dicendi " (maestru în elocvență).

Termenii retorica și elocința/elocvență se pot confunda, întrucât, stricto sensu, ambii desemnează arta de a vorbi bine și frumos, dar ei nu sunt sinonimi. Elocința/elocvența este talentul de a convinge, pe când retorica este arta care dezvoltă acest talent, elocința/elocvența este un dar al naturii, pe când retorica este arta care te învață cum să-ți conduci acest talent.

Retorica s-a născut din nevoia polisului (cetății – stat) grecești, din modul de organizare ale instituțiilor politice ioniene, ale democrației ateniene, prima între acestea și celei doriene din Agrigent, în Adunări generale și Tribunale și în care activitatea era eminamente orală, de a perfecționa și specializa o categorie de persoane care să se ocupe cu modalitățile de a te adresa în cadrul acestora, retorii fiind angajați pe mulți bani pentru a susține public cauza celui care îi angaja.

Așadar, în antichitate unii bărbați erau în mod natural elocvenți, alții prin studiu au învățat cum să fie elocvenți, cu toții s-au numit oratori, aceștia au adunat și ordonat diferitele metode cu ajutorul cărora se poate ajunge la elocvență, aceștia s-au numit rhitori/rhetori, iar arta creată de ei s-a numit retorică.

Deci din modul de a vorbi, din elocința retorilor (oratorilor) s-a născut retorica (arta oratoriei), întrucât așa cum spunea Cicero în "*De oratore*" "*nu elocvența s-a născut din retorică, ci retorica a luat naștere din elocvență* [6]."

Pentru Platon retorica era arta cuceririi sufletului prin discurs, dar în același timp și un simulacru de politică și al patrulea fel de înșelătorie, la acesta se observa contradicția în care se afla filosoful cu privire la beneficiile acesteia pentru aflarea adevărului, dar și, în același timp, dezavantajele sale, prin disimularea acestuia.

Însă, primul care a rupt retorica de relația cu domeniului politic și filosofic în care fusese tratată până atunci, stabilind într-o structură rațională, deloc desuetă, valoarea practică a acesteia prin reevaluarea elementului argumentativ în oratorie în dauna producerii emoției publicului și nu numai teoretică a sa, a fost Aristotel în lucrarea Retorica.

Retorica, în viziunea lui Aristotel, se află într-o relație strânsă, de mediere cu dialectica, deoarece asemenea ei, retorica tratează argumentele ce nu presupun cunoașterea vreunei științe speciale, nu utilizează premise probabile și dezbat asupra oricărei chestiuni conchizând pro sau contra, numai așa poate

---

[3] Cf. Platon, Menexenos, 235 a; Protagoras, 328 d., citat în Aristotel, Retorica, ediție bilingvă, traducere, studiu introductiv și index de Maria-Cristina Andrieș, note și comentarii de Ștefan-Sebastian Maftei, Editura Iri, Colecția Cogito, București, 2004, p. 13

[4] Cf. Platon, Phaidros, 264 c, în Platon, Phaidros, Editura Humanitas, București, 1993, p. 121

[5] Cf. Platon, Phaidros, 266 d – e, op. cit., p. 128.

[6] Alexandru Țiclea, Retorica, Ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2008, p. 14

explica filosoful legătura acesteia cu gândirea rațională manifestată prin înclinația omului de a dezbate critic orice pe baza opiniilor comunității, dar și ale hazardului [7].

Elementul argumentativ în oratorie sau, altfel spus, relația specială a retoricii cu dialectica, este ideea fundamentală care se regăsește în toate cărțile și capitolele tratatului. Pe de altă parte, retorica este dedicată cu precădere subiectelor asupra cărora oamenii deliberează, ceea ce implică studiul caracterului uman, sau altfel spus, retorica are multe afinități cu politica, întrucât dacă din dialectică își desăvârșește forma, din politică își preia conținutul.

Începută probabil în perioada frecventării Academiei lui Platon și finalizată în perioada Lyceum-ului, de o manieră puternic argumentativă, " Retorica " lui Aristotel a căpătat în timp o autoritate deosebită, reprezentând fundamentul tuturor scrierilor în materie de persuasiune și discurs rațional, ideile acesteia au fost preluate în scrierile similare ale autorilor antici, fie ei greci sau romani, în evul mediu de către scolastici, valabile și astăzi, fiind folosite de continuatorii moderni ai marelui gânditor și fondatorii neoretoricii [8].

Retorica era predată în Lyceum în cadrul bine-cunoscutelor plimbări peripatetice, de dimineață, esoterice, destinate exclusiv studenților școlii și care aveau ca obiect, așa cum spunea Hegel [9] " arta vorbirii, a disputei și la cunoașterea îndeletnicirilor cetățenești … ".

Pentru Aristotel " *retorica este mai puțin arta de a persuada, cât arta de a descoperi tot ceea ce, într-un caz dat, comportă ceva persuasiv* [10] " sau " *facultatea de a cerceta, pentru fiecare caz în parte, ceea ce poate fi capabil de a convinge* [11]. "

Se observa la acesta, încercarea de a explica retorica atât ca artă, cât și ca știință, legătura pe care a creat-o în mod original cu dialectica (arta de a ajunge la un adevăr superior prin dialogul opiniilor contradictorii), cât mai ales teza fundamentală exprimată sub influența profesorului său, anume că – *adevărul are oricând mai multă forță de convingere decât contrarul acestuia.*

Această teză a reprezentat principalul argument al său în ceea ce privește utilitatea retoricii, întrucât oamenii sunt atrași în mod esențial, natural, de adevăr, de recunoașterea acestuia și nu de fals, pentru simplu motiv că este mai convingător decât opusul său, eșecul retoricii discursului nu poate avea în vedere decât modul în care este folosit de către vorbitor, de imoralitatea acestuia, atunci când adevărul este folosit pentru a manipula publicul și astfel, al îndepărta astfel de la acesta.

În final, Aristotel vede retorica ca reprezentând o quasi-știință (o știință având o metodă și un obiect de studiu propriu, n.n.), spre deosebire de alte arte care aveau un obiect strict determinat, aceasta ca și dialectica nu avea un obiect determinat, pentru că ceea ce este capabil de a convinge nu poate avea un obiect determinat [12], dar ar putea fi determinabil. Astfel, nu pot avea importanță argumentele unei retorici avansate ale oratorului, pledanții pierzând cauzele în fața altora, mai experimentați și mai abili, numai din cauza lipsei de instruire, în ceea ce privește folosirea dovezilor, fiind însă la îndemâna lor să se instruiască mai bine, să devină mai experimentați, și, în final, să câștige [13].

La acesta, discursul mai înainte de orice, pentru a convinge, trebuia să fie rostit înainte de toate de către o persoană cu "*caracter*[14] " (ethos) care reprezenta, în opinia sa "*cea mai eficace dovadă*[15] ", astfel

---

[7] Cf. Aristotel, Retorica, I, 1, 1354 a,5, în op. cit. p. 83

[8] Avem în vedere **Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca**, Tratat de argumentare – Noua Retorică, Editura Universității " Alexandru Ioan Cuza ", Iași, colecția Cicero 2012, Traducere de Aurelia Stoica, prefață de Michel Meyer și **Robert Alexy**, A Theory of Legal Argumentation – The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, Oxford University Press, 1989, traducere din germana în engleză Ruth Adler si Neil MacCormick .

[9] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Prelegeri de istorie a filosofiei, Prelegeri de istoria a filosofiei, Vol I, traducere de D.D. Roșca, Editura Academiei R.P.R., București, 1963, p. 572 .

[10] Aristotel, Retorica, op. cit., p. 24 .

[11] Cf. Aristotel, Retorica, I, 1, 1355 b, 25, în op. cit. p. 91 .

[12] idem, p.91 .

[13] Aristotel, Retorica, op. cit., p. 24 .

[14] Cf Aristotel, Retorica, 1356 a, 5 – 20, în op. cit. p. 91

[15] Idem, op. cit., p. 91

vorbitorul devenea credibil, adică demn de încrederea publicului, dobândind puterea de a capta atenția acestuia, apoi fiind nevoie de patos (pathos) și de discurs (logos) propriu – zis.

Vorbind despre sensul cuvântului " *ethos* ", la plural *ethe, ethea*, acesta este un cuvânt grecesc care înseamnă la origine " loc obișnuit " personalizat înseamnă " obiceiul" fiind echivalent cu echivalent cu latinul moravurile. El formează rădăcina lui *ethikos*, însemnând " *morală*, ca arată caracterul moral ". Folosit ca verb la plural neutru a dat *ethika,* utilizată la studiul moralei, aceasta reprezentând originea modernă a cuvântului Etică.

Astăzi, etos-ul denotă atitudinea, caracterul sau valorile fundamentale speciale, trăsăturile unei anumite persoană, oameni, cultura, sau mișcare. Termenul are în vedere sensul figurat de spirit care motivează ideile și obiceiurile și își poate schimba conținutul, sensul odată cu schimbarea " spiritului societății."

Sensul lui " *Pathos* " la plural *pathea* în grecia antica era acela de " suferință " sau " experiență ", în sensul de stare, având forma derivată de " *pathetic* " și reprezenta o cale de apela la emoțiile care stăpâneau publicul și folosirea de către orator a acestora, o tehnică de comunicare cu auditoriul cu scopul de a-l lăsa într-o stare de spirit favorabilă discursului.

În ceea ce privește termenul "*logos*" la plural l*ogoi*, termenul are mai multe înțelesuri, însă Aristotel la dat pe acela de discurs rațional.

Două erau elementele ce puteau da "caracter " oratorului, personalitatea sa morală și efectul pe care îl producea discursul asupra auditoriului, astfel acesta putea induce starea necesară captării bunăvoinței acestuia.

Rostirea trebuia să se facă cu patos pentru a trezi pasiunea auditoriului: "Convingerea este produsă prin mijlocirea auditorilor, atunci când aceștia sunt împinși de discurs la o pasiune; căci noi producem judecăți în mod diferit, după cum simțim durere sau plăcere, prietenie sau ură; în vederea acestui scop, și singurul, spunem noi, se străduiesc să trateze autorii de tehnici ale discursului din zilele noastre [16] ".

Iar, pentru a construi un caracter credibil un orator trebuia să prezinte înțelepciune practică, virtute și bunăvoință: " într-adevăr, vorbitorii înșeală în legătură cu subiectele despre care vorbesc sau asupra cărora deliberează, fie din cauza tuturor acestor motive, fie din cauza uneia dintre ele; căci, ori din lipsă de înțelepciune practică, ei nu opinează corect, ori, opinând corect, din răutate nu spun lucrurile pe care le gândesc, ori sunt înțelepți și destoinici, în schimb nu sunt binevoitori, drept care este posibil ca ei, cunoscând cele mai bune soluții, să nu le recomande. Iar în afară de acestea nu mai există alte cazuri [17] ".

Teoria cu privire la caracterul oratorului, reprezintă momentul de vârf al Retoricii lui Aristotel, atunci când propune ca acesta să reprezinte cea mai importantă " *dovadă tehnică* ", că acesta spune adevărul, astfel dacă acesta ar reuși să convingă auditorul despre virtutea sa morală, atunci el ar deveni demn de încredere, auditoriul fiind convins de adevărul spuselor sale.

În ceea ce privește " dovezile " sau mijloacele de persuasiune, în accepțiunea filosofului acestea erau tehnice, care țineau intrinsec de persoana, arta oratorului, de tehnica, metoda și talentul acestuia, fiind descoperite de acesta prin intermediul discursului și în timpul prin folosirea tehnicilor de argumentare inductive, deductive, a silogismului și extratehnice, extrinseci lui (mărturiile, măsurătorile, înscrisurile, jurămintele, contractele etc.) care există încă dinaintea formulării pledoariei și deci nu au fost procurate de către retor [18].

De altfel, Stagiritul (născut în Stagira în 384 î.e.n.) este cel care a definit pentru prima dată noțiunea de silogism ca fiind " *o vorbire în care, dacă ceva a fost dat, altceva decât datul urmează cu necesitate din ceea ce a fost dat* [19] ".

În ceea ce privește tipurile de discurs, Aristotel identifica plecând de la modul de organizare administrativă a orașelor grecești, dar mai ales de tipurile de auditoriu ale vremii și care era unul activ în timpul discursului, participând la actul de comunicare, formând scopul și obiectivul discursului în trei genuri: genul demonstrativ sau epidictic, genul judiciar și genul deliberativ.

---

[16] Ibidem, op. cit., p. 91

[17] Cf. Aristotel, II, 1378 b, în op cit., p. 187, 189

[18] Cf. Aritotel, Retorica, I, 1355 b, 35, în op. cit., p. 91

[19] Aristotel, Oraganon, vol I, Categorii, Despre interpretare, Analitica primă, traducere, studiu introductiv și note Mircea Florian, Editura IRI, București, 1997, p. 250

În genul demonstrativ sau epidictic, auditoriu era format din spectatori, era specific anumitor ceremonii sau susținerii unei teze politice ; în cel judiciar auditoriu era format din " *judecători ai trecutului* ", se desfășura în fața unor instanțe precum Tribunalul și Curtea cu jurați și genul deliberativ, în care auditoriu era format din " *judecători ai viitorului* ", membrii ai Consiliului și Adunărilor Generale care votau legile polisului.

În a treia parte a Retoricii, adăugată ulterior primelor două, Aristotel se ocupă de stilul discursului, considerând importantă și modalitatea în care sunt comunicate argumentele acestuia spunând: " căci nu este de ajuns faptul de a avea cele pe care este necesar a le spune, ci trebuie și acest lucru, anume cum este nevoie de a spune, iar asta contribuie mult la faptul că discursul să pară de un anumit fel [20] ".

În acest fel, filosoful desăvârșește valoarea practică a manualului său, considerând că nu este important într-un discurs numai argumentul/dovada în sine, ci și modalitatea/stilul în care îl/o transmiți auditoriului și momentul, locul în care trebuie să îl expui acestuia în planul discursului.

La Stagirit, pentru ca un discurs să fie reușit trebuia ca stilul acestuia să îmbrace două condiții: să fie clar și adecvat: " … dacă într-adevăr, virtutea stilului a fost corect definită, vor face ca el să fie plăcut; căci în vederea cărui lucru trebuie să fie el clar, și nu searbăd, ci adecvat? Într-adevăr, dacă flecărește, nu va fi clar, nici dacă este concis, în schimb, este limpede că dreaptă măsură se potrivește. De asemenea, lucrurile enunțate vor face ca stilul să fie plăcut, dacă cuvântul obișnuit și cel străin, apoi ritmul, precum persuasivul provenit din ceea ce este adecvat sunt bine amestecate [21]."

Pentru ca stilul să fie clar, în opinia sa este necesar să folosim termenii cu sensul lor propriu, natural " *căci ceea ce este natural este persuasiv, însă ceea ce este artificial este contrariul ; așa cum, de pildă, oamenii simt aversiune pentru cel care le întinde o cursă, precum față de vinurile amestecate* [22] " sau cum afirma într-o altă scriere a sa " *Darul cel mai de preț al graiului e să fie limpede, fără să cadă în comun* [23]. "

În Retorica, Aristotel ne trimite, în ceea ce privește a doua condiție a stilului vorbirii în cadrul discursului cea adecvării, la o altă lucrare a sa Poetica, întrucât aceste reguli se aplică atât în poezie, cât și în proză, spunând: " *Dintre nume și verbe cele proprii fac stilul clar, pe când toate celelalte cuvinte câte au fost exprimate în Poetica nu îl fac plat, ci împodobit;* [24] ".

Se observă aici, părerea autorului antic de a evita expunerea discursului de o manieră anostă, "plată", ci "împodobită" cu neologisme: "într-adevăr, așa cum, de exemplu, oamenii încearcă același sentiment și în privința stilului, ca și în privința străinilor și a concetățenilor lor; iată de ce trebuie făcut străin limbajul curent; căci ei sunt admiratori ai lucrurilor îndepărtate, iar ceea ce este admirabil este plăcut [25] ", cu epitete și metafore potrivite, în final recomandând ca discursul oratorului să fie " *să fie rezultatul unui amestec al tuturor acestor elemente* [26] "

Modalitatea de exprimare în cadrul discursului trebuie să fie vie, colorată, proaspătă, inedită, filosoful cerând evitarea celei pasive, lipsite de avânt, reci.

În construcția discursului, pot fi folosiți într-un mod potrivit și alți termeni cu valoare stilistică, precum glumele, proverbele, jocurile de cuvinte, ironiile fine, hiperbole, etc, oratorul trebuind să știe să folosească un stil adecvat auditoriului său.

În ceea ce privește împărțirea discursului, Aristotel consideră că cele mai importante și necesare oricărui gen dintre acestea sunt *afirmatio* (expoziținea) și confirmatio [27] (demonstrația sau argumentația) și cu toate sunt: exordiul, afirmația, confirmația, epilogul, însă despre acestea vom vorbi atunci când vom trata despre discursul judiciar, aplicat numai la acesta.

---

[20] Cf. Aristotel, Retorica, III, 15, în op. cit. p. 297 .
[21] Cf. Aristotel, Retorica, III, 1414 a, 20 – 25, în op. cit. p. 343
[22] Cf. Aristotel, Retorica, III, 1414 b, 15, în op. cit., p. 301
[23] Aristotel, Poetica, ediția a III-a, îngrijită de Stela Peticel, studiu introductiv, traducere și comentarii de D.M. Pippidi, Edituia IRI, București, 1998, p. 95 .
[24] Cf. Aristotel, Retorica, III, 1404 b, 5, în op. cit., p. 301
[25] Idem, p. 301 .
[26] Aristotel, Poetica, în op. cit., p. 96 .
[27] Aristotel, Retorica, III, 1414 b, 5, în op. cit. p. 343

Astăzi, este considerat că, înțelepciunea grecilor antici în materie de retorică și elocință a fost dezvoltată în timpul Romei antice de către două dintre marile personalități ale acesteia, dar și ale umanității, expansiunea acesteia fiind în strânsă legătură cu dezvoltarea științei dreptului și care preluând moștenirea primilor au dus-o către noi culmi ale înțelepciunii, aceștia sunt: Marcus Tullius Cicero și Marcus Fabius Quintilianus.

La Cicero, ca răspuns la cele două curente opuse ale vremii sale, cel asianic și cel atic, sinteză a celor două, discursul este caracterizat de echilibru, armonie, simetrie, fiind alcătuit din mai multe părți, expresia trebuia adaptată la genul acestuia, iar părțile sale sunt *invenție, dispositio, elocutio, memoria și pronuntiatio*. În tratatele sale, el face o incursiune în istoria oratoriei antice și o analiză a principalelor curente retorice, dezbătând problema formării oratorului și a funcției sale în societate; oratorul ideal ca " *orator summus et perfectus* " este, în concepția lui, prototipul omului și cetățeanului.

Cicero este și un important deschizător de drum, prin imprimarea caracterului roman retorici grecești, în special aristotelice, însă spre deosebire de aceasta el a cultivat cu precădere retorica discursului și nu retorica cuvântului.

În tratatul "De oratore" conversația dintre cele două personaje ale acestuia (Crassus și Antonius) este axată pe trei teme: formația oratorului, arta retorică și stilul oratoric, iar în " Libri rhetorici ", Cicero afirmă că elocința este o parte a dreptului civil, datoria elocinței este să convingă, scopul este să persuadeze prin vorbire, iar materia elocinței trebuie să se constituie din diversele lucrări care o utilizează.

La acesta trei erau genurile de elocință: genul demonstrativ, care constă în a aduce laude unei persoane, genul deliberativ, în care se dezbate o problemă cu privire la cetate și genul judiciar, constând din apărare și acuzare, cerere și respingere în fața unei curți de judecată.

Esența gândirii sale consta în considerarea elocinței ca regină a științelor și artelor întrucât aceasta presupune (*ingenium* sau *natura*), reprezentând abilitatea naturală sau talentul; (*doctrina, ars*,), reprezentând teoria sau arta și (*exercitatio*, *imitatio, usus*), reprezentând practica. Numai prin îmbinarea acestor trei elemente oratorul poate ajunge la performanță.

Cicero subliniază importanța filosofiei în formarea oratorului, logica oferă argumente, etica dă substanță mesajului, estetica îi conferă expresivitate, formulând teoria celor trei stiluri (*genera dicendi*): înalt sau sublim (*genus grande*), mediu sau temperat (*genus medium*) și simplu (*genus tenue*).

Marcus Fabius Quintilianus, un alt orator și profesor de retorică celebru cu o importanta contribuție teoretică și practică la dezvoltarea elocinței a practicat mai întâi dreptul în tribunalele romane unde s-a impus ca avocat nu prin patosul vehement la moda atunci, nu prin îndrăzneala atitudinii și afirmațiilor, ci prin seriozitatea și profunzimea ideilor, prin atitudinea lui echilibrată, prin eleganta și finețea naturală a stilului său care contrasta puternic cu cea a marii majorități a avocaților de atunci, de unde și butada lui Pliniu cel tânăr în Scrisorile sale: " Oratorul este un ticălos care vorbește prost " (orator est vir malus, dicendi imperitus).

II. Spuneam la începutul cursului nostru, folosind o entimemă că, persuadez deci exist, exprimând într-o altă formă raționamentul cartezianist al gânditorului francez [28] care pleca de la îndoiala acestuia cu privire la ceea ce este adevărat, considerând " *drept aproape fals tot ceea ce nu era decât verosimil* " și ca raționale decât demonstrațiile care, plecând de la idei clare și distincte, propagau, cu ajutorul unor dovezi apodictice, evidența axiomelor pentru toate teoremele sale [29] ".

În opinia noastră, persuasiunea reprezintă un proces rațional, al gândirii logice, pentru că nu pot să persuadez un auditoriu dacă mai înainte nu am deliberat cu noi înșine, dacă mai înainte nu am convins primul dintre auditorii noștri, " încarnarea auditoriului universal [30] ".

În aceste condiții, primul auditoriu al său devine oratorul însuși.

---

[28] **René Descartes :** Dubito ergo cogito, cogito ergo sum (mă îndoiesc deci cuget, cuget deci exist) dicton exprimat în forme diferite în Principiile filosofiei (I, 7) și în Discurs asupra metodei, partea a IV-a .

[29] Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, Tratat de argumentare – Noua Retorică, Editura Universității " Alexandru Ioan Cuza ", Iași, colecția Cicero 2012, Traducere de Aurelia Stoica, prefață de Michel Meyer, p. 11 .

[30] Idem, p. 57 .

Raționamentul nu poate fi considerat ca adevărat, de către cel care îl comunică unui auditoriu, decât daca el este mai întâi demonstrat, argumentat mai întâi sinelui propriu, pentru că, " Într-adevăr, se pare că omul dotat cu rațiune, care încearcă să-și facă o convingere, nu poate decât să nu se sinchisească de toate procedeele care vizează câștigarea celuilalt: el nu poate fi, se crede, decât sincer cu el însuși și este, mai mult decât oricine, capabil să demonstreze valoarea propriilor sale argumente [31] ".

Cei doi autori al Noii retorici [32] încep prin a considera, plecând de la Blaise Pascal și Rene Descartes, pentru care adevărul reprezenta tot ceea ce era urmarea acordului propriu, că persuasiunea eului reprezintă garantul sincerității și al valorii de adevăr a raționamentului nostru.

Aceștia continuă prin a considera deliberarea intimă ca fiind o specia a argumentării și citându-l pe Isocrate [33] care spunea că: " Argumentele prin care îi convingem pe ceilalți vorbind sunt aceleași cu cele pe care le utilizăm atunci când reflectăm; " , concluzionează arătând că, " Psihologia profunzimilor ne-a învățat să nu avem încredere nici în ceea ce pare indubitabil pentru propria noastră conștiință [34] ".

Dacă sinceritatea, după Aristotel are influență asupra " *pathos-ului* " a naturaleței, însuflețirii discursului, " *căci ceea ce este natural este persuasiv, însă ceea ce este artificial este contrariul* ", în ceea ce privește valoarea de adevăr, acesta nu poate avea în vedere, în primul rând decât relația cu sinele propriu și nu cu un alt auditoriu, fiind o premisă a " *caracterului* " sau " *ethos-ului* " oratorului, căci, după gânditorul antic, *adevărul are oricând mai multă forță de convingere decât falsul*.

Pentru că, ceea ce poate fi considerat ca adevărat de către noi înșine, nu este neapărat adevărat și pentru alții, însă într-un discurs ideal acesta este o premisă a puterii de persuasiune a acestuia, dar nu și un rezultat, un dat, pentru că, în aceste condiții, devine important și *logosul* auditoriului, puterea de percepție a acestuia.

În aceiași măsură, argumentul oratorului în deliberarea proprie se poate întemeia pe intuiția acestuia ce nu poate fi demonstrată, dar asta nu înseamnă mai puțin că ea nu poate fi și adevărată, dar va face în același timp discursul mai puțin persuasiv pentru că va fi lipsit de " *logos* ", iar auditoriu nu va înțelege discursul.

Spuneam persuadez și nu conving, întrucât chiar dacă lingvistic cei doi termeni sunt sinonimi, în filozofie și logică aceștia pot avea sensuri distincte pentru susținătorii teoriei adevărului sau cei ai opiniei, " *între filosofi, căutători de absolut și retori, angajați în acțiune* [35] ".

Astfel, oratorii care au în vedere rezultatul discursului, care presupune în final o manifestare în plan material a auditoriului, de ex. de a vota într-un anume fel, de a cumpăra un anumit bun; convingerea reprezintă primul stadiu, primul pas către persuasiune, în acest caz prima fiind inclusă în cea de-a doua, întrucât procesul volitiv, presupune în primul rând, în mod subiectiv considerarea ca adevărat a unui fapt prin convingerea proprie a fiecăruia și, în al doilea rând, în mod obiectiv, exprimarea în plan obiectiv a acțiunii ce ni se cere.

În schimb, cei care sunt preocupați numai de caracterul rațional al procesului de adeziune, cum este Pascal, a convinge înseamnă mai mult decât a persuada pentru că " Automatul (deprinderile, n.n.) este cel persuadat și înțelege prin aceasta corpul, imaginația, sentimentul, pe scurt tot ceea ce nu înseamnă rațiune[36]. "

La Pascal, dacă demonstrațiile cele mai riguroase rămân inoperante, e necesar să se adapteze " *automatul* ", căci suntem deopotrivă automat și spirit și, pentru a genera credință automatismul deprinderilor poate realiza mai mult decât rațiunea însăși, poate genera o acțiune din partea noastră, căci retorica persuasiunii continuă să-și facă efectul și după ce logica a fost învinsă.

Însă, Chaim Perelman și Lucie Olbrechts-Tyteca în Tratat de argumentare – Noua Retorică propun

---

[31] Ibidem, p. 57 .
[32] Ibidem, p. 57 .
[33] Isocrate, Discursuri : Nicocles, § 8 citat de Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, în op. cit. p. 58 .
[34] Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, op. cit. p. 58 .
[35] Idem, p. 40
[36] Blaise Pascal, Cugetări, în Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, în op. cit. p. 41 .

o altă distincție între persuasiv și convingător plecând de la sfera de auditorii căruia i se adresează discursul,

Astfel, este persuasiv discursul care se adresează unui anume auditoriu, înțelegând că acesta este format dintr-un singur individ sau numai o categorie de indivizi și este convingător atunci când acesta are puterea de a obține adeziunea oricărei ființe raționale[37].

III. Astăzi, situația discursului judiciar este aceea în care se află oratorul, profesionist al dreptului, în care se adresează într-un modalitate cu totul formalizată, unui auditoriu specializat, tribunal lato sensu format dintr-o anumită categorie de persoane (judecători), subiectul fiind constituit din situații petrecute înaintea acestui moment cu scopul imediat de a stabili starea de fapt și de a o judeca și în scopul mediat de dreptate/nedreptate [38] prin utilizarea cu predilecție a procedeelor silogistice.

Dar care sunt părțile discursului acestui tip de orator, specializat în drept, plecând de la cele ce au fost stabilite de retoricii antichității ?

Atunci când se adresează instanței de judecată, avocatul, consilierul prin pledoaria sa, trebuie descopere și să-și expună mijloacele de persuasiune, " dovezile " intrinseci și extrinseci, dar în același timp să combată printr-un cotradiscurs dovezile părții adverse, fie că aceasta este procurorul, în procesele penale, fie că este un avocat sau consilier, în cele civile, căci am putea spune plecând de la Aristotel care vorbea de retorică în general, că cea judiciară este … *arta de a descoperi tot ceea ce, într-un caz dat, comportă ceva persuasiv* [39] " sau " *facultatea de a cerceta, pentru fiecare caz în parte, ceea ce poate fi capabil de a convinge*[40]."

Această facultate depinde de " *ethosul* " și " *logosul* " fiecăruia dintre aceștia.

Argumentarea judiciară în ansamblu, dintre cele două părți, din punct de vedere al interacțiunii verbale reprezintă o confruntare, într-un mod polemic, dar în același timp și cooperativ, dintre un discurs și un contradiscurs orientate către același subiect trecut, dar cu un scop comun, așa cum se exprimă legiuitorul, al aflării adevărului.

Iar, discursurile judiciare luate fiecare în parte sunt orientate către un singur scop al avocatului, acela de a persuada judecătorul cu privire la susținerile sale prin folosirea argumentelor și mijloacelor de persuasiune.

Și spunem a persuada și nu a convinge, având în vedere distincția explicată mai sus, întrucât credem că nu este suficient ca avocatul să convingă pe judecător de adevărul discursului său, pentru a da o hotărâre favorabilă lui, ci este nevoie de mai mult, trebuie să îi dea și mijloacele să o facă, în așa fel încât aproape să îl " oblige " să o facă, prin interpretarea legală a stării de fapt și a probelor care o susțin, practic să îi ofere " pe tavă " soluția.

Orice orator, jurist își construiește discursul după aceleași reguli precum cele stabilite acum mai bine de 2000 de ani, de către Aristotel, el cuprinde o parte scrisă care are trei etape în ordine: *inventio*, *dispozitio* și *elocuțio* și o parte orală: memoria și pronuntațio, pentru că orice discurs este mai întâi redactat de către orator și apoi declamat de acesta.

Credem că, înainte de a proceda la scrierea pledoariei, avocatul sau consilierul trebuie să aibă în vedere și profilul judecătorului, căci Quintilian spunea: " *Aș vrea să se cunoască, dacă este posibil și firea judecătorului. Căci, după cum va fi aspru, blând, plăcut, grav, dur, iertător, va trebui să invocăm în interesul cauzei noastre însușiri ce îi sunt pe plac, ori să atenuăm pe cele contrare firii lui* [41] ".

În cadrul lui *inventio*, însemnând a găsi sau a afla, acesta desemnează etapa gândirii raționale prin care sunt identificate în mod sistematic modalitățile practice de încadrare a retoricii discursului, de descoperire a argumentelor ce urmează a fi folosite.

Această etapă este una eminamente de documentare și de gândire și reflecție pentru oratorul nostru.

În această etapă, avocatul sau consilierul descoperă practic care este subiectul discursului, starea

---

[37] Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, în op. cit. p. 42 .

[38] Cf. Aristotel, Retorica, I, 1, 1354 a,5, în op. cit. p. 103

[39] Aristotel, Retorica, op. cit., p. 24 .

[40] Cf. Aristotel, Retorica, I, 1, 1355 b, 25, în op. cit. p. 91 .

[41] Marcus Fabius Quintilianus, Arta oartorică, Vol. I, Editura Mirerva, Biblioteca pentru toți, București, 1974, p. 330 .

de fapt relevantă, care este încadrarea în drept a acesteia, care instituție juridică urmează a se aplica, ceea ce trebuie să demonstreze prin a forma și dezvolta argumentele de persuasiune ce urmează să le folosească, adică a tot ceea ce oratorul dorește să spună prin discurs, fiind din acest punct de vedere în strânsă legătură cu *logosul* acestuia.

În cadrul lui *dispozitio*, însemnând sau " plasare " oratorul jurist își organizează modul în care/cum trebuie să prezinte discursul, planul acestuia, începând cu prezentarea situației de fapt, a încadrării în drept, a argumentelor de fapt și de drept, a dovezilor aduce și a concluziei sau soluției solicitate judecătorului.

În această etapă care se află în legătură cu inventio și în care avocatul procedează la o organizare a argumentelor, modul în care o realizează poate conduce la descoperirea altora noi.

În oratoria clasică, dispozitio la rândul său cuprindea: *exordiu, narratio, confirmatio* sau *discutio* și *peroratio*.

Retorii romani de mai târziu, Cicero și Quintilian, au rafinat această schemă de organizare a lui dispozitio, mergând chiar mai departe, astfel că aceasta a avut șase părți: *exordiu*, *narratio, divisio sau partitio, confirmatio, confutatio și peroratio*.

Introducerea sau *exordiu*, provine din latină și înseamnă " să îndemne mai departe. " reprezintă faza de început discursului prin care oratorul urmărește câștigarea atenției și bunăvoința auditorului.

De asemenea, prin exordiu se face apel la sensibilitatea și bunăvoința ascultătorilor, oratorul putând arata argumentul său principal și toate informațiile relevante la acesta.

Credem că, în situația discursului judiciar, exordiul este inexistent sau se reduce la formula de apelare a instanței de judecată, de ex. Domnule Președinte sau Onorată instanță.

În *Narratio* sau declaratia sunt prezentate faptele referitoare la subiect, în care logosul trebuie să primeze asupra *ethosului* și *pathosului*, în care oratorul dezvoltă tema și confirmă cele anunțate prin exordiu într-o manieră care cere claritate, concizie și sinceritate.

Avocatul sau consilierul în cadrul pledoariilor acestora vor expune prin *narratio* starea de fapt pe larg într-un mod cât mai ușor de înțeles, scurt posibil și cu valoare de adevărul.

Quintilian spunea în a sa Arta oratorică că: " Pentru mine, prima calitate este claritatea, proprietatea termenilor, ordinea lor normală, fraza nu prea extinsă; nimic să nu lipsească, nimic să nu prisosească [42] ".

În cadrul lui *Divisio* sau cunoscut și sub denumirea de *partitio* sunt prezentate problemele controversate și sunt enumerate argumentele care urmează a fi utilizate.

Această etapă pare în discursul judiciar numai atunci când problema de drept comportă interpretări diferite, făcându-se astfel trimitere la doctrină, practica din domenii apropriate, principii de drept, fiind etapa care ar putea constitui punctul de plecare pentru sesizarea tribunalului suprem cu soluționarea unui recurs în interesul legii sau a dezlegării unei probleme de drept.

Etapa *confirmatio* reprezintă practic o dovada de caz, o confirmare aproape irefutabilă prin confirmarea sau validarea celor prezentate prin intermediul lui *narratio* și *divisio*. În această etapă sunt aduse argumente suplimentare care întăresc definitiv argumentele aduse inițial prin *naratio* și *divisio*.

Aceste argumente se pot constitui, în cadrul discursului judiciar prin argumentele de jurisprudență, comunitară, de speță, recurs în interesul legii și dezlegare a problemelor de drept.

Prin *confutatio* oratorul este pregătit pentru situația în care subiectul discursului său, argumentele de persuasiune identificate de acesta comportă contraargumente ce trebuie respinse pe baza raționamentului logic, prin identificarea contradovezilor la acestea.

Avem în vedere, în procesele civile, situația pledoariei avocatului sau consilierului în cadrul răspunsului la întâmpinarea pârâtului prin care sunt combătute susținerile acestuia cu privire la cererea de chemare în judecată în vedere respingerii lor de către tribunal. În procesele penale, situația poate avea în vedere posibilitatea cererii de schimbare a reîncadrării în drept a infracțiunii.

Încheierea sau *peroratio* reprezintă partea finală a textului discursului în care Cicero spunea că un

[42] Idem, Vol II, p. 307 .

retor poate face trei lucruri în această etapă: suma argumentele sale, să arunce pe oricine nu este de acord cu el într-o lumină negativă și să trezească simpatie.

În cadrul acestei etape a discursului judiciar sunt solicitate la maximum puterea de sinteză, de concentrare a argumentelor și totodată personalitatea oratorului, atât rațional cât și afectiv și în care se poate recurge la procedee de amplificare (climax), la apeluri emoționale și de genul recapitulativ.

Reprezintă etapa concluziilor sau notelor scrise, în care avocatul sintetizează într-un mod cât mai eficient argumentele și probele favorabile clientului său, prezentând într-un mod cât mai favorabil situația acestuia cu scopul de a persuada judecătorul să pronunțe o decizie favorabilă lui.

În cadrul etapei tot scrise denumită *elocutio* discursul primește forma literal - gramaticală ce mai apropiată de stilul oratorului, prin modul de redactare, de așezare în frază, fiind apropiat de *pathos* și impregnat de *ethosul* oratorului prin folosirea unor figuri de stil.

Un bun avocat, ar putea prin stil să rafineze argumentele sale și să le organizeze în așa fel încât vor fi aranjate în modul cel mai eficient, apoi ar putea trece la acele zone care, în general, le asociem cu retorica de azi, adică la dezvoltarea stilului prezentării lor, căci un " Stil elegant înseamnă mai mult decât stilul clar și plăcut. Constă, înainte de toate, în a concepe, al doilea, în a exprima bine ceea ce vrei să spui, în al treilea rând, în a-i da strălucire, ceea ce constituie propriu-zis frumusețea estetică [43] ".

Etapa orală presupune două momente ale discursului: memoria și pronuntiatio.

Așa cum este și denumită, memoria are în vedere nu numai procedeul de stocare, de reținere, memorare a discursului, ci și nevoile de improvizare ale oratorului și de sistematizare a informației ce va fi utilizată la un moment dat.

Pronuntiatio sau declamarea reprezintă etapa finala a discursului, a încununării muncii oratorului care își expune oral discursul în fața unui public și în care tonalitatea vocii, mimica, gestica privirea sunt puse în valoare de către acesta care se comportă precum un actor.

Astăzi, în cadrul discursului judiciar această etapă este extrem de formalizată și prea puțin aplecată către perorația antichității din cauza lipsei de timp a judecătorului care are puterea să cenzureze pledoaria avocatului sau consilierului, pledoaria avocatului sau consilierului rezumându-se în multe dintre cazuri cu simpla: *să admiteți/respingeți acțiunea conform cererii scrise.*

Probabil că, în aceste condiții, într-un viitor, este adevărat mai îndepărtat această etapă va dispărea cu totul, tocmai din cauza vitezei cu care se desfășoară în jurul nostru lumea de astăzi ce tinde să se mărească și mai mult.

Cu toate acestea " Retorica rediviva ocupă un loc central în cadrul procesului de comunicare actual, în care semnificația discursului se construiește ca rezultanta a interacțiunilor partenerilor (locutor/interlocutor, autor/lector, orator/auditor). Această perspectivă nouă susține ideea conform căreia retorica nu mai este privită astăzi ca o arta a " ornamentării discursului ", ci mai degrabă ca un mod firesc, " organic " al producerii acestuia: fie că vrem, fie că nu vrem, retorica s-a insinuat în cotidian cu multiplele sale forme și construcții, modificând modul nostru de gândire[44] ".

Este adevărat că astăzi, Retorica modernă îndeplinește mai multe funcții [45], precum: funcția persuasivă, de a convinge un auditoriu utilizând argumentația, demonstrația, seducția și manipularea; funcția hermeneutică – de interpretare a retoricii adversarului; funcția euristică – presupune soluții posibile; funcția explicativă și critică – presupune descifrarea și demonstrarea discursului public, apoi remontarea, regenerarea discursului din perspectivă retorică și argumentativă; funcția metalingvistică – reflecție asupra înțelesul cuvântului și a comunicării lui cu eficiență în cadrul unei limbi date și funcția de particularizare – de reflectare a spiritului, caracterului fiecăruia dintre noi.

Însă, în același timp este adevărat că în ceea ce privește retorica judiciară și nu putem să negăm, "

---

[43] Idem, Vol II, p. 326 .

[44] Silvia Savulescu, Retorica și teoria argumentării, note de curs, www.google.ro/search?q=curs+de+retorica&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=o_OxVtK8FsGcsgHw-ILABA, p. 15 .

[45] În acest sens vezi și Silvia Savulescu, op. cit., p. 16 – 17 .

Pretoriul a suferit transformări esențiale în epoca modernă. A apus vremea pledoariilor ample, exercițiilor emoționante și înfruntărilor dure pe tărâmul măiestriei lingvistice pentru captarea bunăvoinței auditorului. Procesele actuale sunt tehnice, extrem de profesionalizate, iar judecătorii nu mai sunt simpli martori ai desfășurării teatrale a avocaților. Sălile de judecată care au fost martorele pledoariilor celebre ce ne sunt prezentate ca modele de școală au suferit transformări radicale. În acest moment decizia aparține exclusiv judecătorului, iar nevoile acestuia pentru a-și asuma o decizie sau alta sunt total diferite de cele ale unor nespecialiști. Apoi pretoriul modern este afectat de o criză majoră a timpului. Desfășurarea lucrurilor în sala de judecată are loc la o viteză mai mare, totul trebuie concentrat și uneori redus la esență. Judecătorii și însuși mecanismul sistemului judiciar evoluează la viteze de neconceput alta dată[46].“

Și noi retorii, avocați sau consilieri suntem datori să ne adaptăm din mers acestei evoluții.

[46] Adrian Toni Neacșu, Convinge Judecătorul – Tehnica și arta convingerii instanței, Editura Wolters Kluver, București, 2014, p. 17 .

Regimul sancțiunilor juridice aplicabile cazurilor de conflict de interese în interiorul societăților

Av. Răzvan Scafeș
Baroul Dolj

1. Distincția sancțiunilor aplicabile în dreptul intern.

Analiza situațiilor de conflict și contrarietate de interese se face în funcție de cum sunt acestea prevăzute în diferite texte de lege. Diferențierile impuse de legiuitor se remarcă însă și din punct de vedere al sancțiunilor ce intervin prin încălcarea obligațiilor legale.

Atât reglementarea din Codul civil, cât și cele din legislația specială, Legea nr. 31/1990 privind societățile, impun o anumită sancțiune, care diferă însă în funcție de situația analizată, respectiv conflict sau contrarietate de interese. Astfel, până la apariția dispozițiilor art. 215 C.civ., conflictul de interese, așa cum era acesta prevăzut în special de Legea nr. 31/1990 nu presupunea, în caz de apariție decât obligația "abținerii de la deliberări", atunci când se referea la acționari și a aceleia de a reprezenta cu loialitate persoana juridică, pentru administratori. Obligația astfel conturată nu era însă dublată de o sancțiune explicită impusă de legiuitor pentru situația în care aceasta ar fi fost nesocotită.

Sancțiunea incidentă se conturează în astfel de cazuri sub două aspecte, respectiv, pe de-o parte, sancțiunea personală a persoanei care a încălcat obligația sa legală, iar, pe de altă parte, sancțiunea care ar lovi actul juridic încheiat în aceste condiții. Prin act juridic, în sens restrâns înțelegem astfel hotărârile adunării generale ale acționarilor cât și actele juridice ale persoanei juridice încheiate prin reprezentantul administrator.

Deși regimul sancționator al acestui incident în cadrul funcționării persoanei juridice este complex, legislația specială nu oferea expres nicio garanție pentru terțul păgubit de a-și recupera prejudiciul.

Indirect, sancțiunea ce intervine la nivel personal este acțiunea în răspundere civilă față de acționarul sau administratorul care a efectuat operațiunea în situație de conflict de interese. O astfel de cale juridică este însă legată de dreptul subiectiv general recunoscut oricărei persoane de a solicita recuperarea prejudiciului de la cel vinovat de producerea acestuia. Cu alte cuvinte, din acest punct de vedere, nimic nu diferențiază situația conflictului de interese de alte cazuri de încălcări ale oricărei alte obligații civile, acțiunea în răspundere civilă fiind un instrument juridic la dispoziția oricărui subiect de drept ce consideră că drepturile sale au fost încălcate.

2. Tipul de răspundere civilă aplicabil administratorilor și asociaților aflați în conflict de interese.

Credem că se impune însă o analiză a tipului de răspundere civilă la care ne referim, având în vedere că acestea sunt guvernate de regimuri juridice diferite.

În ceea ce privește situația administratorului, potrivit art. 72 din Legea nr. 31/1990, obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele din legea specială. Astfel, în general, răspunderea administratorilor va fi contractuală pentru obligațiile ce rezultă din contract, precum și delictuală, pentru nerespectarea obligațiilor prevăzute în lege în condițiile în care astfel

săvârșesc un delict civil[1]. Așadar, întrebarea la care trebuie să răspundem este dacă prin încălcarea dispozițiilor cu privire la conflict de interese se atrage răspunderea civilă delictuală sau contractuală a administratorului ?

În primul rând, este de reținut că încălcarea unei obligații prevăzută expres doar în lege nu implică automat aplicabilitatea unei răspunderi delictuale, deoarece, chiar în lipsa unor prevederi contractuale, respectiva obligație poate fi privită de legiuitor ca una ce rezultă direct din tipul de contract încheiat, în speță contractual de mandat.

Situația de conflict de interese se referă la încălcarea obligației de loialitate și de a acționa în interesul societății a administratorului și se întemeiază pe obligația legală pe care acesta o are materializată în contractul de mandat încheiat cu persoana juridică și care se completează cu dispozițiile actului constitutiv și ale hotărârilor adunării generale a acționarilor, astfel că apreciem că orice încălcare rezultată din acesta se va găsi pe tărâmul răspunderii civile contractuale.

S-a arătat în doctrină că "în ceea ce privește conținutului mandatului administratorului, el este, în primul rând contractual, obligațiile administratorului rezultând din împuternicirile date de către asociați și care se concretizează în actele constitutive ale societății ori în hotărârile adoptate de către adunarea asociaților"[2].

De asemenea, avem în vedere și că obligația de loialitate față de mandatar în executarea mandatului este recunoscută atât la modul general de art. 2018 și 2019 C.civ., dar și în special pentru administratorii societății, conform art. 1914 C.civ. care arată expres că *"administratorul, în absența opoziției asociaților, poate face orice act de administrare în interesul societății".* Rezultă așadar, că obligațiile ce sunt încălcate în situația unui conflict de interese sunt de esența contractului de mandat de reprezentare a administratorului, astfel încât chiar în lipsa prevederii explicite a acestora în contractul de mandat, răspunderea atrasă va fi tot una civilă contractuală, dată de prevederile legale care reglementează această specie de act juridic.

În situația în care conflictul de interese al administratorului îl determină pe acesta să încheie un act juridic cu depășirea limitelor puterii de reprezentare, respectivul contract nu va obliga în niciun fel societății, sancțiunea fiind inopozabilitatea față de persoana juridică în condițiile în care aceasta nu l-a ratificat[3].

În ceea ce privește însă situația acționarilor care au obligația de a se abține de la deliberări în cazul în care au un interes contrar în legătură cu o anume operațiune, analiza răspunderii devine mai complicată.

În primul rând trebuie stabilit raportul dintre răspunderea civilă delictuală și cea contractuală, pentru a putea determina care dintre acestea se aplică în astfel de cazuri. Demersul nostru este facilitat de o decizie recentă a Înaltei Curți de Casație și Justiție[4], care a stabilit că: *„raportul dintre răspunderea civilă delictuală și cea contractuală este cel de la general la special, în sensul că răspunderea delictuală alcătuiește dreptul comun al răspunderii civile, astfel că dacă într-o situație dată nu sunt îndeplinite condițiile răspunderii civile contractuale, în măsura în care s-a produs un fapt ilicit culpabil, operează răspunderea delictuală pentru repararea prejudiciului"*. Așadar, întâi vor fi verificate condițiile răspunderii civile contractuale, iar doar în cazul în care acestea nu sunt dovedite a fi îndeplinite, se poate ajunge la concluzia că răspunderea civilă este una delictuală.

Natura răspunderii juridice a acționarului care acționează într-o situație de conflict de interese s-a afirmat într-o opinie[5], că aceasta va fi civil-delictuală, odată ce între asociat și societate nu există un contract a cărui încălcare să fi cauzat acele prejudicii în condițiile în care actul constitutiv nu creează raporturi juridice între asociat și societate în ceea ce privește comportamentul său în cadrul adunării generale.

Așadar, în susținerea acestei opinii se conturează ideea că asociatul nu este legat de societate

---

[1]Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 222.
[2]Ibidem, pag. 214.
[3]Gheorghe Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale I,* Ed. All Beck, București, 1998, pag. 175.
[4]Decizia nr. 2905 din 27 septembrie 2013 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect acțiune în despăgubiri, disponibilă pe http://www.juridice.ro/305919/iccj-raspundere-contractuala-vs-raspundere-delictuala.html.
[5]Ioan Schiau, Titus Prescure, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Analize și comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, 2009, pag. 346.

printr-un contract care să creeze obligații în sarcina acestuia. Actul constitutiv al societății, materializarea manifestării de voință a asociatului la momentul înființării persoanei juridice este apreciat ca fiind ineficient în crearea unor obligații viitoare în sarcina acestuia. Cu alte cuvinte, asociatului nu i se impune expres un set de obligații în relația viitoare cu societate, astfel încât acțiunile sale vor cădea sub incidența principiilor generale de drept care impun răspunderea delictuală pentru fapta proprie care cauzează prejudicii unui terț.

Ideea că răspunderea ce ar trebui să fie incidentă este una delictuală pornește de la premisa că manifestarea conflictului de interese se face în ipoteza existenței unei adunări generale a asociaților, iar prin actul constitutiv nu se creează raporturi juridice între asociat și societate în ceea ce privește votul acestuia în cadrul adunării generale.

Nu suntem de acord cu această opinie având în vedere în primul rând faptul că s-a recunoscut anterior în doctrină că "actul constitutiv creează și raporturi juridice între asociați și societate ca subiect de drept distinct"[6]. Pornind de la această realitate, observăm chiar prin studiul practic al diferitelor acte constitutive, că unul din elementele cuprinsului actului constitutiv îl reprezintă chiar clauze privind drepturile și obligațiile asociaților[7]. În concret, asociații, la momentul semnării actului adițional au în vedere și modul în care vor asigura funcționarea viitoarei societăți, astfel încât introduc prevederi cu privire la desfășurarea adunării generale precum și la drepturile acestora derivate din deciziile luate în adunarea generală. Astfel, spre exemplu, asociații, în cazul societăților în nume colectiv, în comandită simplă sau al societăților cu răspundere limitată trebuie să stabilească "partea fiecărui asociat la profit și pierderi"(art. 7 din Legea nr. 31/1990).

Așadar, deși actul constitutiv nu creează în mod direct raporturi juridice între asociat și societate în ceea ce privește comportamentul asociatului în adunarea generală, acesta reprezintă, pe de-o parte, materializarea voinței asociatului respectiv de a da naștere unei noi construcții juridice, iar, pe de altă parte trasează drepturile și obligațiile generale ale acestuia.

Din exemplul de mai sus privind introducerea în actele constitutive ale clauzelor privind distribuirea profitului și pierderilor rezultă că tocmai acest contract de societate este cel care dă naștere principalelor drepturi ale asociaților, având în vedere că fără manifestarea de voință dată în acest act juridic, nu ar exista persoana juridică care să funcționeze cu scopul obținerii de profit pentru asociați.

Considerăm că odată ce actul constitutiv este izvorul anumitor drepturi ale asociaților, drepturi care se pot exercita doar în cadrul sau ca urmare a deciziilor luate în adunarea generală, tot în temeiul actului constitutiv există și obligația generală de loialitate a asociaților și de a se abține de la deliberări în cazul în care detectează situația unui conflict de interese între propria persoană și societate.

Așadar, deși nu prezintă explicit și nici nu are cum să cuprindă modul în care urmează să se comporte fiecare asociat la fiecare adunare generală, atât voința sa inițială de a constitui societatea, cât și drepturile instituite prin actul constitutiv (drepturi care revin tuturor asociaților), obligă asociatul la a întreprinde doar acțiuni prin care se protejează și se are în vedere interesul social, iar nu cel personal, astfel că obligațiile asumate, chiar indirect, sunt față de societate.

Existența asumării obligației de loialitate față de interesele societății de către asociat prin semnarea contractului de societate și astfel exprimarea voinței în mod expres în sensul constituirii persoanei juridice are relevanță în stabilirea existenței unei răspunderi civile contractuale, având în vedere că *"în cadrul răspunderii contractuale, contractul este singurul care dovedește preexistența obligației, față de culpa debitorului de a nu o fi executat"*[8].

Apreciem că obligația corelării comportamentului asociatului cu interesul social, deși prevăzută expres în lege, își are izvorul în primul rând în contractul de societate, odată ce în ipoteza inexistenței contractului de societate, textul de lege nu ar produce niciun efect față de actualul asociat și astfel nu ar

---

[6]Stanciu D. Cărpenaru, *op. cit.,* pag. 195.

[7]Stanciu D. Cărpenaru, *op. cit.,* pag. 206.

[8]*Decizia nr. 965 din 24 februarie 2012 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect acțiune în evacuare și daune interese disponibilă pe http://www.juridice.ro/214016/iccj-conditiile-raspunderii-civile-contractuale.html.*

constitui o obligație a cărei încălcare să atragă automat incidența unei răspunderi, respectiv într-un astfel de caz răspundere civilă delictuală.

Acest aspect depărtează practic cazurile de răspundere a asociatului aflat de interese de tărâmul răspunderii civile delictuale, odată ce obligația încălcată nu este una ce revine tuturor subiectelor de drept, de a nu vătăma drepturile altuia prin fapte ilicite, ci este una care deși prevăzută la modul general în lege nu poate fi asumată decât prin semnarea contractului de societate, în caz contrar aceasta neputând să-i fie impusă asociatului.

În opinia noastră, pentru argumentele reținute mai sus, răspunderea asociatului pentru prejudiciile aduse societății este una contractuală, dată tocmai de asumarea unei conduite pro-societare prin semnarea actului constitutiv. De la acel moment practic asociatul are doar două opțiuni, fie să urmărească permanent interesul social și inclusiv în situațiile de conflicte de interese să se abțină de la deliberări, fie să se retragă din societate, în cazul în care apreciază că interesele sale diferă fundamental de cele ale persoanei juridice, operațiune prin care în esență va proteja și interesul social.

Este necesar la acest moment "testul" răspunderii civile contractuale, respectiv verificarea dacă situația conflictului de interese prezintă toate elementele specifice acestei răspunderi:

a) Existența unui contract care să prevadă obligația ce a fost încălcată: Această condiție este îndeplinită prin existența contractului de societate prin a cărui semnare respectivul asociat s-a obligat practic să respecte o conduită care să fie benefică funcționării societății.

Am prezentat anterior, toate argumentele pentru care această obligație de a evita situațiile de conflict de interese și de a nu acționa în defavoarea societății într-o astfel de stare este una derivată din contractual de societate.

Desigur, sub acest aspect, un dezavantaj al acestei teorii a răspunderii civile contractuale a asociatului în situația de conflict de interese, poate părea acela că, în cazul răspunderii civile contractuale clasice, aceasta se manifestă față de un cocontractant, iar în actul constitutiv societatea nu este parte. Apreciem că poate fi depășită această potențială critică, având în vedere că deși actul constitutiv nu are ca parte societatea *per se*, totuși acesta este încheiat tocmai pentru a da naștere acestei construcții juridice și practic trasează și drepturile și obligațiile acesteia față de asociați (prin interpretare *per a contrario* față de drepturile și obligațiile asociaților față de societate), condiții în care aceasta devine astfel parte *in abstracto* a contractului și este adevărata beneficiară a voinței asociaților și astfel cea față de care aceștia se obligă prin contractul de societate.

b) Fapta ilicită constând în neexecutarea obligației contractuale este reprezentată în acest caz de încălcarea obligației negative a asociatului de a se abține de la deliberări în cazul în care descoperă că într-o operațiune determinată are un interes personal contrar celui al societății. Caracterul ilicit al unei astfel de fapte este dat de conduita prejudiciabilă pentru persoana juridică, în contextual unei obligații legale și contractuale distincte.

c) Prejudiciul produs prin fapta ilicită este prevăzut expres chiar și de textele de lege care se referă la conflictul sau contrarietatea de interese și reprezintă daunele aduse persoanei juridice în cazul în care asociatul nu s-a abținut de la vot deși se afla în conflict de interese, iar votul său a fost decisiv în obținerea rezultatului.

d) Culpa contractuală care, conform art. 1548 C.civ. este prezumată prin simplul fapt al neexecutării obligației derivată dintr-un contract. Față de acest aspect discuția revine asupra problemei inexistenței unor obligații explicite în contractul de societate de a avea un anumit comportament în adunările generale și astfel de a vota strict într-un anumit mod. Apreciem că și condiția culpei contractuale este îndeplinită pentru motivele enunțate anterior în legătură cu asumarea prin semnarea contractului de societate a unor obligații de ocrotire permanentă a interesului social.

De altfel, chiar acest aspect, raportat la reglementarea legală apropie răspunderea asociatului pentru cazurile de conflict de interese de regimul răspunderii civile contractuale. Astfel, s-a arătat că "creditorul unei obligații trebuie să dovedească numai existența contractului și faptul că acea obligație nu a fost executată,

culpa debitorului fiind prezumată pe baza acestor dovezi" [9]. Or, toate textele privind conflictul sau contrarietatea de interese se referă la răspunderea pentru "daunele cauzate societății, dacă, fără votul său, nu s-ar fi obținut majoritatea cerută".

Așadar singura condiție impusă de legiuitor în ceea ce privește răspunderea pentru daunele produse de un asociat aflat în conflict de interese este manifestarea unui vot decisiv în scopul satisfacerii interesului personal. Cu alte cuvinte, odată manifestată voința contrară societății prin vot, se naște automat răspunderea asociatului, condiții în care culpa este prezumată, fiind încălcată obligația negativă a asociatului.

3. Cazuri în care nu este atrasă răspunderea persoanelor aflate în conflict de interese.

Mergând mai departe cu stabilirea regimului sancțiunilor personale aplicabile persoanei aflată în conflict de interese, trebuie să avem în vedere și următoarele cazuri: (i) asociatul sau membrul organelor de administrare care, chiar interesat, nu produce un prejudiciu real societății, deși se află în situația de conflict de interese și nu se abține de la deliberări și (ii)asociatul sau membrul organelor de administrare care participă la deliberare și totuși decizia s-ar fi luat și fără votul acestuia.

Apreciem că în ambele situații soluția este una singură, respectiv inexistența unei sancțiuni impusă de legiuitor. Observăm că atât în Legea nr. 31/1990 cât și în reglementarea art. 215 C.civ. se folosește sintagma "răspundere pentru daunele cauzate persoanei juridice", fiind evident că legiuitorul a avut în vedere să sancționeze doar prejudiciile efectiv produse, iar nu și situațiile de conflict de interese nematerializate într-un avantaj al asociatului în dauna societății.

De asemenea, aceleași textele de lege se referă și la faptul că răspunderea intervine "dacă fără votul lui nu s-ar fi putut obține majoritatea cerută". Așadar, în aceeași optică, legiuitorul nu sancționează situațiile de conflict de interese când, deși asociatul sau membrul organelor de administrare a obținut un avantaj sau a produs un prejudiciu persoanei juridice, decizia luată nu a fost influențată decisiv de votul său, situația fiind aceeași și în cazul în care s-ar fi abținut de la deliberări. Apreciem că în acest caz s-a avut în vedere principiul majorității în luarea deciziilor în cadrul adunării generale, conform căruia voința socială se formează prin majoritatea voințelor exprimate de asociați. Cu alte cuvinte, chiar dacă decizia de afaceri se dovedește dăunătoare pentru societate, se consideră că aceasta a fost chiar voința sa, fără un element conflictual determinant.

Modul de sancționare impus de legiuitor conduce la ideea că în cazul conflictelor de interese acestea au rol punitiv iar nu preventiv, odată ce situațiile de conflict de interese ce cad sub incidența celor două cazuri analizate mai sus vor rămâne nepedepsite.

Deși suntem de acord că în aceste două cazuri nu poate fi instituit un regim sancționator civil odată ce lipsesc elementele clasice care să îl impună (existența unui prejudiciu sau voința determinantă în acest sens), apreciem că ar fi util un sistem de sancțiuni intern, societar, prin care societatea să răspundă acestor conflicte de interese, cu atât mai mult cu cât interdicția impusă de legiuitor este una absolută, astfel încât situațiile de excepție identificate aici nu pot rămâne fără repercusiuni față de asociatul care și-a încălcat totuși obligația.

De asemenea, subliniem un alt element esențial pentru aplicare sancțiunii, respectiv că în situațiile vizate de art. 215 C.civ., legiuitorul are în vedere pe "cel care face parte din organele de administrare ale persoanei juridice ori una dintre persoanele prevăzute la alin. (1) care are interes într-o problemă supusă hotărârii acestor organe" și care "trebuie să înștiințeze persoana juridică și să nu ia parte la nicio deliberare privitoare la aceasta". Înțelegem așadar că practic se limitează aplicabilitatea articolului la acele persoane care sunt și membre ale organelor de administrare și asociați, astfel încât pot lua parte și influența deliberările privitoare la problema în care au un interes personal. Apreciem totuși că pentru a se atinge finalitatea deplină a acestor prevederi, trebuie extinsă aplicarea și la acei membri ai organelor de administrare, care deși nu au

[9] Daniel Ghiță, *Raportul dintre răspunderea civilă delictuală și răspunderea civilă contractuală,* în Revista de Științe Juridice, nr. 2/2009, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pag. 104.

calitatea de asociați, au posibilitatea de a influența votul adunării generale a asociaților (așa cum este, spre exemplu, soțul administrator neasociat, față de soția și copii săi asociați neadministratori).

4. Situația actului juridic încheiat în frauda societății de către reprezentantul aflat în conflict de interese.

În ceea ce privește situația actului juridic încheiat în frauda societății de către un membru al organelor de administrare, dacă acesta din urmă, soțul, ascendenții sau descendenții lui, rudele în linie colaterală sau afinii săi, până la gradul al patrulea inclusiv, aveau vreun interes să se încheie acel act și dacă partea cealaltă a cunoscut sau trebuia să cunoască acest lucru (contrarietatea de interese prevăzută de art. 215 C.civ.), doctrina nu stabilește în mod clar o sancțiune unică, făcându-se vorbire despre nulitate relativă sau nulitate absolută în funcție de situația concretă în discuție[10]. Astfel se arată că deși codul civil arată că sancțiunea este nulitatea relativă, în cazul în care se aplică teoria cauzei actului juridic, actul va fi nul absolut.

Apreciem însă că sancțiunea care intervine în toate cazurile este nulitatea relativă, având ca principal argument faptul că așa prevede chiar textul de lege. Caracterul relativ al nulității este dat de interesul ocrotit, respectiv interesul particular al persoanei juridice, care este nesocotit în defavoarea interesului personal al reprezentantului acesteia, care acționează astfel în afara sferei mandatului oferit. De asemenea, actul juridic încheiat în aceste condiții poate fi confirmat de către societate prin executarea sa de către societate și neexercitarea dreptului la acțiunea în nulitate în măsura în care apreciază că acesta nu creează totuși prejudicii societății.

Această soluție a fost reținută și anterior în jurisprudență, în ceea ce privește încheierea unui act juridic de către mandatar în fraudarea intereselor mandantului. Astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că *"încheierea de către mandatar a unui antecontract de vânzare-cumpărare, în dublă calitate, de împuternicit al vânzătoarei și reprezentant al cumpărătoarei, nesocotind regulile de protecție a mandantului, în sensul că a stabilit în sarcina mandantului vânzător obligații împovărătoare de plată a unor daune interese de trei ori mai mari decât prețul vânzării, relevă incontestabil existența unui conflict de interese, astfel că antecontractul de vânzare-cumpărare încheiat în aceste condiții nu poate fi opus mandantului, fiind aplicabilă sancțiunea nulității relative a acestuia. Înalta Curte a statuat că această sancțiune se impune ca urmare a încălcării de către mandatar a obligațiilor sale esențiale de loialitate și de bună-credință față de mandant"*[11]. Această optică a Înaltei Curți se aplică pentru identitate de rațiuni și în situația actelor juridice încheiate în frauda persoanei juridice conform art. 215 C.civ., odată ce are în vedere tocmai încălcarea obligațiilor esențiale ale mandatarului administrator derivate din contractul de mandat.

5. Ce sancțiune va suporta hotărârea adunării generale a acționarilor luată în ipoteza unui conflict de interese ?

Un ultim aspect ce trebuie analizat la acest moment este cel al sancțiunii care intervine față de hotărârea adunării generale a asociaților luată în situația în care asociatul aflat în conflict de interese a participat la dezbateri, iar votul său a fost decisiv în obținerea rezultatului prin care este favorizat interesul personal în dauna celui social. Problema care se pune este dacă o astfel de hotărâre este lovită de nulitate și care este regimul nulității aplicabil ?

Astfel, este general recunoscut prin art. 132 din Legea nr. 31/1990 că hotărârile contrare legii sau actului constitutiv pot fi atacate în justiție cu acțiune în anulare, în mod diferit, în funcție de motivele de nulitate invocate.

Cu toate acestea, legiuitorul nu prevede expres că situația conflictului de interese ar fi un motiv de nulitate, ba chiar pare să excludă o astfel de sancțiune, prin prevederea unei sancțiuni doar față de asociatul

[10] Flavius Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei, *Noul Cod civil – comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pag 169.

[11] ÎCCJ, decizia nr. 2026 din 24 mai 2011, pronunțată în recurs de Secția Comercială, disponibilă pe http://www.juridice.ro/280217/iccj-mandat-cu-dubla-reprezentare-incalcarea-obligatiei-de-loialitate-fata-de-mandant.html.

care și-a încălcat astfel obligația. Din punctul nostru de vedere este curioasă și confuză soluția oferită de legiuitor[12] care practic paralizează o acțiune normală, cu caracter social (de protecție al societății), prin care s-ar preîntâmpina efectele votului în interesul asociatului. Considerăm că ar fi mai potrivit ca textul de lege să prevadă și posibilitatea promovării unei acțiuni în anulare a unei hotărâri a adunării generale a asociaților prin care s-a produs un prejudiciu societății.

Totuși, chiar și în reglementarea actuală, prin interpretarea extensivă a textului de lege și a cazurilor de nulitate a hotărârilor adunării generale a asociaților se poate pune în practică o astfel de sancțiune.

Astfel, se afirmă de către doctrină că unul din cazurile de nulitate relativă a hotărârii adunării generale a asociaților este "atunci când hotărârea este contrară intereselor societății"[13]. În cazul votului asociatului în conflict de interese, rezultatul obținut prin hotărâre este evident în favoarea acestuia, interesul fiind personal și în același timp îl prejudiciază pe cel social. Pentru a face o astfel de analiză, este necesar ca judecătorul învestit cu o asemenea acțiune să poată exercita și un control de oportunitate al hotărârii, iar nu doar un control de legalitate, așa cum s-a limitat până acum jurisprudența[14]. Prin controlul de oportunitate se analizează activitatea societății, condițiile economice ale acesteia și influența hotărârii respective, ceea ce ar putea cu ușurință încălcarea interesului social. Deși se consideră că printr-un astfel de control instanța ar interveni în funcționarea societății în locul organelor sale, ceea ce ar fi inadmisibil[15], prin stabilirea ca motiv de nulitate relativă a hotărârilor luate contrar intereselor societății se deschide practic drumul către recunoașterea posibilității efectuării unui control de oportunitate.

De altfel, soluția permiterii controlului de oportunitate în acest caz este dată chiar de verificarea îndeplinirii condițiilor de legalitate ale hotărârii adunării generale a asociaților. Odată ce votul decisiv în formarea majorității a fost dat de un asociat care și-a încălcat una din obligațiile legale, înseamnă că acesta nu ar fi valid și se impune a fi înlăturat, ceea ce conduce la rezultatul luării unei hotărâri fără majoritatea cerută de lege.

Sancțiunea adecvată pentru hotărârile adoptate cu încălcarea regulii care interzice conflictul de interese este așadar nulitatea relativă. Art. 127 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 prevede că *„acționarul care, într-o anumită operațiune are, fie personal, fie ca mandatar al unei persoane, un interes contrar aceluia al societății, va trebui să se abțină de la deliberările privind acea operațiune".* Sancțiunea prevăzută expres de lege este cea de la alineatul 2: *"acționarul care contravine acestei dispoziții este răspunzător de daunele produse societății, dacă, fără votul său, nu s-ar fi obținut majoritatea cerută".* Având în vedere că legea nu prevede sancțiunea nulității în practică s-a susținut că acțiunea în anularea hotărârii adoptate în aceste condiții este inadmisibilă într-un astfel de caz[16].

Au existat însă și instanțe care au pronunțat soluția contrară[17]. Apreciem că această din urmă soluție este și cea corectă din punct de vedere al principiilor generale de drept, deoarece nu este nevoie ca legea să prevadă expres cauza de nulitate în condițiile în care nulitățile pot fi și virtuale. Orice exercitare a dreptului de vot în condiții de conflict de interese reprezintă o încălcare a obligației generale prevăzută de art. 136[1] din Legea 31/1990[18], condiții în care, încălcarea sa poate fi sancționată cu nulitatea relativă. Chiar și

---

[12]Pentru o opinie asemănătoare a se vedea Lucian Săuleanu, *Societățile Comerciale, Adunările generale ale acționarilor,* Ed. Hamangiu, București, 2008, pag. 276.

[13]Lucian Săuleanu, *Societăţi comerciale. Studii,* Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 235.

[14]C.S.J., s. Com., dec. nr. 6200/2001, în Curierul Judiciar, nr. 9/2002, pag. 55, ÎCCJ, s. Comm dec. nr. 4476/2005, în Pandectele Române, nr. 1/2006, pag. 50.

[15] Sorin David, Stanciu D. Cărpenaru, Cătălin Predoiu, Gheorghe Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole,* ed. a IV-a, Ed. C.H.Beck, București, 2009, pag. 398.

[16] ÎCCJ, decizia nr. 2283 din 12.06.2007; ÎCCJ, decizia nr. 1973 din 05.06.2008; ÎCCJ, decizia nr. 4043 din 23.11.2010 (toate publicate pe www.scj.ro).

[17] ÎCCJ, decizia nr. 1134 din 14.03.2007 publicată în Pandectele Române nr. 3/2008, pag. 125. În același sens, decizia ÎCCJ nr. 966 din 09.03.2007 publicată în Pandectele Române nr. 3/2008, pag. 119.

[18] Art. 136[1] din Legea 31/1990, conform căruia: „Acționarii trebuie să își exercite drepturile cu bună-credință, cu respectarea drepturilor și a intereselor legitime ale societății și ale celorlalți acționari."

jurisprudența a sesizat posibilitatea legală de constatare a nulității hotărârii adunării generale în temeiul prevederilor art. 136[1], "luată cu votul unui acționar aflat în conflict de interese, dacă respectivul vot a fost rezultatul unui abuz de majoritate"[19].

În perioada relativ recentă, prin decizia 3070 din 24.11.2009[20], Înalta Curte de Casație și Justiție a constatat nulitatea absolută a unei hotărâri a Adunării Generale a Acționarilor prin care se dispusese divizarea societății în care unul din motivele de nelegalitate era și exprimarea votului de către unul dintre acționari aflat în conflict de interese. Instanța supremă și-a întemeiat însă, în principal, decizia pe teoria existenței unui abuz de majoritate, constituit într-o cauză ilicită, ceea ce a și determinat instanța să pronunțe această sancțiune. Cu toate acestea instanța nu a considerat că existența conflictului de interese ar atrage în mod direct această sancțiune, deși circumstanțele ar fi impus o astfel de concluzie.

[19]Ioan Schiau, Titus Prescure, *op. cit.,* pag. 347.
[20] Publicată în Pandectele Române nr. 5/2010, pag. 161.

Schimbarea prototipului societar: de la societatea pe acțiuni la societatea cu răspundere limitată

Av. Lucian Bernd Săuleanu
Decanul Baroului Dolj

Este necesară o astfel de schimbare?

Fără îndoială că legiuitorul a înțeles să acorde o mai mare atenție reglementării societății pe acțiuni, configurând o formă de societate mult evoluată ca și mecanisme de funcționare în comparație cu societatea cu răspundere limitată al cărei regim juridic este superficial, beneficiind de puține dispoziții, pe alocuri lipsite de coerență.

Normele de trimitere la S.A. sau la alte dispoziții nu sunt suficiente pentru asigurarea funcționării adecvate a societăților cu răspundere limitată, și ne referim la trimiterile în completare la S.A., respectiv la art. 132, art. 160 auditarea situațiilor financiare sau trimiterile la S.N.C. respectiv la art. 75,art. 76,art. 77 alin. 1 și art. 79.

Răspunsul este unul afirmativ în măsura în care avem în vedere câteva argumente.

Astfel, statistic, comparând toate formele de societăți înregistrate la Oficiul Comerțului, cu ușurință se poate concluziona că societățile cu răspundere limitată dețin cea mai mare pondere, iar pe rolul instanțelor de judecată majoritatea litigiilor care vizează statutul lor societar sunt tot societăți cu răspundere limitată.

Pe de altă parte, lipsa unor dispoziții articulate pe specificul acestei forme societare a condus nu de puține ori la promovarea unor cereri de chemare în judecată întemeiate în drept pe dispozițiile de la SA (art. 119 – convocarea AGA la cererea acționarilor; art. 136 – expertizarea unor operațiuni din gestiunea societății; art. 155 – acțiunea în răspunderea administratorilor), care evident că au fost respinse, însă din perspectiva analizei noastre este o dovadă a costumului prea strâmt croit de legiuitor pentru societățile cu răspundere limitată în raport de evoluția raporturilor societare din ultimele două decenii.

În fine, dispozițiile din Codul civil aduc în prim-plan raportul dintre legea generală și legea specială, iar cum Legea nr. 31/1990 are cu privire la societățile cu răspundere limitată o serie de lacune, face astfel aplicabil dreptul comun, respectiv a Codului civil care în art. 1887 prevede expres că ”prezentul capitol constituie dreptul comun în materia societăților”. Bineînțeles că observând intenția legiuitorului ca întreg acest Capitol VII din Titlul IX să constituie dreptul comun, ne întrebăm care este acest drept comun în materie societară? Cum acest capitol în afara dispozițiilor generale, mai reglementează societatea simplă și contractul de asociere în participație, două forme de societate care potrivit art. 1888 nu au personalitate juridică. Excluzând asocierea în participație, care din punctul nostru de vedere, întemeiat și pe argumente istorice, dar și ce țin de fizionomia sa, a fost și rămâne un contract, neputând să o introducem în rândul formelor de societate, nu ne mai rămâne decât societatea simplă.

Să înțelegem că în viziunea legiuitorului prototipul societar este societatea simplă? Un răspuns afirmativ, ar conduce, așa cum am precizat, pe fondul unui regim superficial al societății cu răspundere limitată, la aplicarea în completare a dispozițiilor de la societatea simplă. O astfel de soluție juridică cu greu poate fi acceptată și aș oferi doar la două exemple care ar reconfigura instituțiile juridice respective. Spre exemplu, art. 1912 C.civ. prevede că ”asociatul nemulțumit de o hotărâre luată cu majoritate o poate contesta la instanța judecătorească...”, observând că relevanță în atacarea unei hotărâri a asociaților nu mai are încălcarea de către aceasta a actului constitutiv și legii, ci este suficientă nemulțumirea asociatului, îndepărtându-ne de controlul de legalitate și ajungând exclusiv în zona oportunității și subiectivismului unui

asociat. Tot așa, art. 1928 C.civ. stabilește că "la cererea unui asociat, instanța judecătorească pentru motive temeinice, poate hotărî excluderea din societate a oricăruia dintre asociați". Pe cât de ispititoare ar fi această supapă oferită de art. 1928 C.civ. (avut în vedere, spre exemplu, în sentința 110 din 21 ianuarie 2013 pronunțată de Tribunalul Timiș în dos nr. 9794/30/2012) în comparație cu art. 222 din Legea nr. 31/1990 care permite doar două cazuri de excludere a asociaților și care ar pune capăt totodată dezbaterilor doctrinare în jurul caracterului limitativ sau enunțiativ al acestui din urmă text de lege, totuși nevoia stabilității formei societare, ne îndreptățește să credem că o modificare a Legii nr. 31/1990 inclusiv din perspectiva cazurilor de excludere apare ca fiind o soluție mult mai fericită, decât cea oferită de Codul civil.

O trecere în revistă a câtorva din cele mai importante articole privitoare la societatea cu răspundere limitată, ținând cont și de practica judecătorească, ar confirma necesitatea schimbării viziunii legiuitorului în sensul oferirii unui cadru legal adecvat pentru această formă de societate care ar schimba sensul de raportare către societatea pe acțiuni, perceput ca atare în acest moment măcar prin numărul mare de dispoziții de care beneficiază; scăderea numărului de acționari de la 5 la 2 a avut ca scop apropierea societății pe acțiuni de nevoile antreprenorilor, însă propunerea nu a avut impact din pricina capitalului de 90.000 lei care a constituit un impediment.

Fără doar și poate, menținerea actualului cadru legislativ pentru societățile cu răspundere limitată este contraproductiv, iar identificarea neajunsurilor și formularea unor propuneri legislative adecvate, care să reprezinte adevărate supape menite să detensioneze raporturile dintre asociați, ar da eficiență principiului salvgardării societăților cu efecte benefice pentru asociați și economie.

Cu titlu de exemplu:

- Art. 66 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, așa cum a fost modificat prin Legea nr. 152/2015 prevede posibilitatea creditorilor vinde acțiunile și părțile sociale ale debitorului lor.

Observând aceste modificări legislative s-ar putea susține că executarea silită a părților sociale este posibilă fără a lăsa loc de interpretări, însă apreciem că există o neconcordanță între textele Legii nr. 31/1990 și spiritul acestei forme societare. În primul rând, apreciem că și în caz de executare silită dispozițiile art. 202 alin. 2 din Legea nr. 31/1990 trebuie respectate, fiind necesar acordul pentru transmitere către persoane din afara societății, iar în al doilea rând, nu a fost adaptat art. 204 în sensul că modificarea actului constitutiv se poate face prin hotărârea asociaților și hotărâre judecătorească fără a face vreo referire la actele de executare silită (procesul verbal de adjudecare). Chiar dacă în Codul de procedură civilă prin art. 757 au fost introduse dispoziții speciale privind vânzarea acestora, totuși greșeala esențială este că nu se ține cont de natura părților sociale, care nu sunt titluri negociabile, ci titluri de legitimare. Nesocotirea caracterului *intuitu personae* aduce prejudicii mari pentru societate, aceasta nefiind supusă unei protecții. Soluția mai potrivită ar fi poprirea părților sociale cu recunoașterea unor drepturi pe această perioadă creditorului (spre exemplu, dreptul de vot) sau o retragere forțată din societate și creditorul să se îndestuleze din drepturile cuvenite asociatului sau o excludere forțată (a se vedea în acest sens art. 206 din Legea nr. 31/1990 în care legiuitorul a reglementat o situație similară).

- Reglementarea drepturilor și obligațiilor administratorilor având în vedere că actualele dispoziții sunt insuficiente sau au un caracter general cum este cazul art. 72 potrivit căruia "Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege"

Se impune reglementarea acțiunii în răspunderea administratorului și recunoașterea calității procesuale active asociatului în promovarea unei astfel de acțiuni și considerarea ca nescrise a clauzelor din actul constitutiv prin care se condiţionează de existența unei AGA., dar și noțiuni esențiale cum ar fi cu titlu de exemplu, obligația de informare, de loialitate, conflictul de interese. Se impune totodată reglementarea conflictului de interese, a obligațiilor de loialitate față de societate, dar și de informare și cooperare cu asociații.

În cazul societății cu răspundere limitată cu unic asociat, s-ar impune reglementarea distinctă a exercitării mandatului de administratorul neasociat, caz în care s-ar dovedi utile dispoziții care să lămurească

funcționarea societății în cazul decesului sau incapacității asociatului unic, când în cele mai multe cazuri societatea este blocată sau dimpotrivă în cazul asociatului unic care este și administrator regimul funcționării societății după decesul acestuia și cât durează neînțelegerile dintre moștenitori.

Aceste situații, ca și alte cazuri, cum ar fi cele în care asociatul administrator cauzează prejudicii societății prin activitatea desfășurată și nu poate fi revocat și numit un alt administrator, justifică reglementarea posibilității suspendării pe cale judecătorească și/sau a numirii unui administrator provizoriu.

- Art. 191 Are o formulare generală atât din perspectiva modului de exprimare a votului (direct sau prin corespondență) impunându-se reglementarea procedurii de desfășurare a AGA, respectiv a locului de desfășurare, în sensul că aceasta poate avea loc și în afara sediului, inclusiv în altă localitate sau chiar în altă țară dacă în actul constitutiv s-a prevăzut o astfel de posibilitate. De asemenea, modalitatea de exprimare a votului poate suporta anumite îmbunătățiri în sensul reglementării votului prin consultare scrisă sau semnarea unei hotărâri AGA de către toți asociații, fără să se fi convocat o adunare efectivă sau recunoașterea votului prin videoconferință cu indicarea etapelor necesare formalizării acestuia ori exprimarea acestuia prin mandatar, cu reglementare distinctă când mandatarul este asociat sau neasociat.
- Renunțarea la regula unanimității stabilită în art. 192 alin. (2) în anumite cazuri justificate care să asigure funcționarea societății prevăzută o altă majoritate (spre exemplu la numirea administratorilor) și menționarea unei majorități de ¾ din votul asociaților. Dubla majoritate, complet inadecvată și inaplicabilă, și care a dus la un blocaj societar mai ales în cazul administratorilor, caz în care revocarea se face cu vot diferit în funcție de cum sunt numiți prin act constitutiv și cei numiți ulterior; mult mai utilă stabilirea doar a regulii că se votează luând în calcul majoritatea părților sociale
- Art. 193 alin. (2). Un asociat nu poate exercita dreptul său de vot în deliberările adunărilor asociaților referitoare la aporturile sale în natură sau la actele juridice încheiate între ele și societate.

Nu este reglementată nici sancțiunea care intervine în caz de încălcare a dispoziției, dar nici modalitatea concretă oferită celorlalți asociați în cazul în care apreciază că respectivul se află într-un conflict de interese, astfel că se impune o reglementare mai amplă în sensul art. 144^3, inclusiv identificarea unei soluții ca ceilalți asociați să invoce în cadrul adunării acest conflict și abținerea de la deliberare să fie efectivă.

- Art. 193 alin. (3). Dacă adunarea legal constituită nu poate lua o hotărâre valabilă din cauza neîntrunirii majorității cerute, adunarea convocată din nou poate decide asupra ordinii de zi, oricare ar fi numărul de asociați și partea din capitalul social reprezentată de asociații prezenți.

Un prim aspect care se impune a fi lămurit este acela dacă în convocatorul pentru prima adunare se poate introduce și data pentru a doua adunare în cazul în care nu se întrunește majoritatea, această soluție fiind folosită în practică prin raportare la art. 118 care însă se aplică doar societăților. Apreciem că actualul text poate fi îmbunătățit în sensul stabilirii obligativității comunicării în situația analizată a unei noi convocări.

În ceea ce ne privește, de lege lata, legiuitorul a stabilit imperativ că adunarea va fi convocată „din nou", explicația găsind-o în intenția de a proteja asociații ce au lipsit și de a le asigura un drept la informare eficient și deplin; o astfel de cerință, deși pare exagerată, totuși credem că este necesară tocmai pentru a fi în concordanță cu voința legiuitorului; această modalitate aleasă are în vedere tocmai evitarea situațiilor în care primul convocator nu a ajuns la destinatar sau asociatul este în imposibilitate de a se prezenta și totodată sunt eliminate neajunsurile care ar fi decurs din fixarea celei de-a doua convocări chiar a doua zi, așa cum este posibil în cazul societăților pe acțiuni.

Un al doilea aspect care se impune a fi avut în vedere este cel privitor la votul exprimat pentru o modificare a actului constitutiv "împotrivă" când implicit propunerea s-a respins, neputându-se susține că nu s-a obținut majoritatea cerută și a fost convocată o a doua adunare.

- Atribuțiile enumerate de art. 194 alin. (1) sunt insuficiente pentru determinarea rolului adunării, motiv pentru care stabilirea rolului acestui organ social și detalierea atribuțiilor ar fi de natură să îmbunătățească funcționarea societății. Așa cum am mai precizat, în privința revocării și numirii administratorilor, se impune reglementarea revocării judiciare pentru motive temeinice sau a

suspendării în anumite situații ori încetarea acestei calități (de exemplu în caz de excludere a asociatului care este și administrator), limitarea în timp a mandatului administratorilor, precum și reglementarea revocării ad nutum

Cu privire la aplicarea art. 195 alin. (2) ținând cont de utilitatea sa apreciem că nu se mai impune condiționarea retragerii de existența clauzei în actul constitutiv, astfel încât aceasta să funcționeze ca o supapă pentru dezamorsarea conflictelor și evitare a dizolvării.

Art. 195 alin 1 care prevede că administratorii sunt obligați să convoace adunarea asociaților la sediul social, cel puțin o dată pe an sau de câte ori este necesar, apreciem că se impune reglementarea situației în care administratorul refuză convocarea, sens în care recunoașterea acestui drept asociaților pare ca fiind justificată.

În ceea ce privește art. 195 alin. 2 care stabilește că un asociat sau un număr de asociați, ce reprezintă cel puțin o pătrime din capitalul social, va putea cere convocarea adunării generale, considerăm că textul este eliptic, nefiind indicată nici procedura exactă și nici efectele în caz de nerespectare a obligație; se menționează că aceștia *vor putea cere convocarea* fără a se preciza cui și în ce condiții se face o astfel de cerere și nici nu se stabilește sancțiunea pentru administrator dacă cerere îi este adresată și nici soluția pe care o au asociații în cazul în care nu se dă curs acesteia sau cazul în care administratorul unic a decedat. Pentru a evita astfel de neajunsuri considerăm că o dispoziție prin care asociații să poată convoca direct adunarea generală a asociaților chiar și asociații care dețin mai puțin de o pătrime s-ar justifica, o astfel de dispoziție fiind în concordanță cu caracterul *intuitu personae* care persistă la această formă societară prin numărul mic de asociați și legătura strânsă dintre aceștia, astfel că orice altă soluție (spre exemplu, convocarea de către instanță) ar conduce la un formalism nejustificat.

Chiar dacă art. 195 alin. 3 menționează convocarea prin scrisoare recomandată *se* impune obligația comunicării convocatorului prin scrisoare recomandată cu conținut declarat, o astfel de modalitate oferind un plus de siguranță cu privire la informațiile transmise.

Cu privire la forma convocării art. 195 alin. 3 stabilește că aceasta se face în forma prevăzută în actul constitutiv, iar în lipsa unei dispoziții speciale, prin scrisoare recomandată. Așadar, asociații pot să stabilească altă formă sau să adauge o altă condiție cumulativă pe lângă cea a scrisorii recomandate, cum ar fi și convocarea prin e-mail. De observat totuși că soluția aleasă de legiuitor este în concordanță și cu forma de societate care în cele mai multe cazuri are un număr mic de asociați și care se cunosc, astfel că alte formule de convocare prin publicitate etc nu se justifică, ci dimpotrivă ar dăuna; singura precizare ce s-ar impune ar fi cu privire la data la care se comunică.

- Cum potrivit art. 196 dispozițiile prevăzute pentru SA în ceea ce privește dreptul de a ataca hotărârile adunării generale, se aplică și SRL-urilor urmând ca termenul de 15 zile să curgă de la data la care asociatul a luat cunoștință de hotărârea pe care o atacă, s-ar impune instituirea obligației administratorilor de a comunica hotărârea asociaților care au lipsit la adunare, iar termenul să curgă de la data recepționării. Oricum, trimiterea la art. 132 nu este suficientă din perspectiva nulității hotărârilor AGA dacă avem în vedere că mult mai importantă ar fi identificarea cazurilor de nulitate absolută în condițiile în care art. 1252 C.civ. instituie o prezumție de nulitate relativă, ceea ce trebuie să constituie un motiv suficient pentru ca legiuitorul să se aplece asupra acestei materii.
- Art. 202 alin. (3). **Reglementează** cazul dobândirii unei părți sociale prin succesiune, însă s-ar impune reglementarea procedurii de despăgubire și a unor termene pentru despăgubirea succesorilor prin raportare la ultimul bilanț contabil aprobat și de defunct, precum și identificarea unor criterii mai clare cu privire la evaluarea drepturilor succesorilor.

În concluzie, apreciem că luarea în considerare a unor astfel de propuneri, alături bineînțeles de cele exprimate în doctrină și ținând cont de soluțiile jurisprudențiale care au orientat interpretarea textelor din Legea nr. 31/1990 într-un anumit sens, ar conduce la îmbunătățirea cadrului legal rezervat societății cu răspundere limitată, dând consistență și protecție deopotrivă formei societare.

Studiu complex asupra clauzei de inalienabilitate – limitare convențională a dreptului de proprietate

Vasile Soltan

Aspecte introductive

În literatura juridică de specialitate, caracterele juridice ale dreptului de proprietate privată au fost unanim recunoscute ca fiind trei la număr: caracterul absolut, exclusiv și perpetuu. Ținem să ne oprim la cel dintâi caracter pentru a face puntea de trecere către examinarea nemijlocită a demersului științific propus. Nu există un punct de vedere unitar în ceea ce privește caracterul absolut al dreptului de proprietate. Totuși, se acceptă că prin reținerea caracterului absolut se voiește demarcarea lui de toate celelalte drepturi reale. El este conceput ca expresia cea mai cuprinzătoare a conținutului unui drept subiectiv, fiind singurul drept real complet care conferă titularului său exercițiul tuturor prerogativelor sale – posesia, folosința, dispoziția.[i] Din paleta prerogativelor atribuite titularului dreptului de proprietate, ne oprim la atributul dispoziției care interesează în acest studiu.

Dreptul de dispoziție constă în prerogativa proprietarului de a hotărî cu privire la soarta bunului său, atât din punct de vedere material, cât și din punct de vedere juridic. Ne interesează cel din urmă aspect. Prin dispoziția juridică se desemnează prerogativa de a înstrăina bunul care formează obiectul dreptului de proprietate, precum și de a constitui asupra lui drepturi reale în favoarea altei persoane.

După ce am constatat că proprietarul se bucură de plenitudinea atributelor dreptului de proprietate, apare întrebarea dacă ar putea fi cumva proprietarul limitat în posibilitatea de a „valorifica" aceste atribute? Răspunsul este afirmativ, reieșind din limitele materiale și juridice ale exercitării dreptului de proprietate.

Am dedicat acest studiu limitelor convenționale (prin act juridic) a exercitării dreptului de proprietate – limitele create prin voința părților – **limite voluntare**.

In concreto, ne referim la **clauza de inalienabilitate**. Din acest punct de vedere, este de reținut că, potrivit art. 12 C.civ, oricine poate dispune de bunurile sale, dacă legea nu prevede în mod expres altfel. Or, dispozițiile art. 626-629 C.civ. pe care le vom analiza, se încadrează în ceea ce înseamnă „legea prevedere în mod expres altfel". Esența acestei clauze constă în faptul că **prin convenție sau testament se poate interzice înstrăinarea unui bun, însă numai pentru o durată de cel mult 49 de ani și dacă există un interes serios și legitim.** (art. 627, alin. (1), C.civ.)

Inițial, clauza a fost considerată ca lipsită de eficiență fără nicio distincție, apreciindu-se că este contrară principiului liberei circulații a bunurilor. Principiul apărării dreptului de proprietate privată și principiul liberei circulații a bunurilor se opuneau admisibilității clauzelor de inalienabilitate voluntară. Pe de altă parte, **principiul libertății de voință** pledează însă în favoarea admisibilității acestor clauze.

Doar în a doua jumătate a secolului al XIX-lea, jurisprudența franceză - inițial - a admis valabilitatea unei astfel de convenții, cu condiția ca interdicția să fie temporară și justificată de protejarea unui interes serios și legitim (fapt reflectat și în actuala reglementare a clauzei de inalienabilitate în Codul civil francez).

Merită subliniat în acest context că s-a admis însă fără nicio restricție validitatea promisiunii de a vinde, prin care proprietarul își restrânge de bunăvoie libertatea, asumându-și obligația de a înstrăina bunul unei anumite persoane.

De ce nu s-ar admite și clauza de inalienabilitate?

Într-un asemenea caz, regimul juridic al proprietății este modificat printr-o convenție, titularului

revenindu-i un drept restrâns. Astfel, art. 626 C. Civil permite proprietarului să consimtă la limitarea dreptului său prin acte juridice, dacă nu încalcă ordinea publică și bunele moravuri.

Natura clauzei de inalienabilitate

Observăm că legiuitorul folosește sintagma "clauza de inalienabilitate", fără a deosebi între simpla interdicție de înstrăinare, care are natura juridică a unei **obligații de a nu face, corelativă unei creanțe**, stipulată de părți în considerația persoanei, iar nu a bunului și **inalienabilitatea *propter rem*** propriu-zisă, care are în vedere bunul. Clauza de inalienabilitate presupune o **indisponibilizare cu caracter real propter rem**, care nu se confundă cu *obligația personală de a nu face* și nici cu *obligația reala propter rem care presupune prestații pozitive, de a face*. O clauza de inalienabilitate proper rem include în ea și obligația de a nu înstrăina corespunzătoarea unui drept de creanța, deoarece nu se poate explica altfel, posibilitatea stipulantului clauzei de a cere rezoluțiunea contractului inițial. Cu toate acestea, legiuitorul a avut in vedere în reglementarea art. 626-629 C. civ. **inalienabilitatea cu caracter propter rem**, deoarece numai aceasta poate fi stipulată atât într-un testament cât și într-un contract, în timp ce obligația personală de a nu înstrăina nu își poate găsi locul decât într-un contract sinalagmatic. În aceste condiții, ori de câte ori într-un contract părțile fac referire la dispozițiile Codului civil referitoare la clauza de inalienabilitate, suntem în prezenta unei inalienabilități *propter rem*.[ii]

Trebuie însă să adăugăm că, deși ca natură juridică această clauză este un element de indisponibilizare cu **caracter real** al bunului, în același timp, indisponibilizarea poate să aibă caracter absolut sau caracter relativ. Această înstrăinare poate să fie **absolută** - în sensul că **nu poate înstrăina nimănui** bunul respectiv sau poate avea **caracter relativ** - în sensul că se precizează că nu **poate fi înstrăinat bunul unor anumite persoane sau că poate fi înstrăinat numai anumitor persoane.**

Odată fiind menționate aspectele introductive, justificarea clauzei și esența acesteia, trecem nemijlocit la analiza în detaliu a arhitecturii construcției clauzei de inalienabilitate.

Înțelesul termenului de „inalienabilitate"

Mai întâi de toate, considerăm necesară explicarea terminologiei folosite în reglementarea acestor prevederi. Or, ce presupune **inalienabilitatea**? Cu alte cuvinte, care este volumul interdicțiilor care „grevează" dobânditorul cu privire la bunul dobândit în proprietate? Vizează doar interdicția transferului dreptului de proprietate sau și dezmembrarea acestuia, precum și constituirea unui drept de ipotecă?

Din economia textului de la art.627alin.(2) C.civ, care operează cu noțiunea de "**interzicere de a înstrăina**", se pare că această inalienabilitate ar prevedea interdicția de a transmite dreptul de proprietate, dar și de a ipoteca bunul. De ce și ipotecarea? Pentru că ipoteca este un drept real accesoriu asupra unui bun imobil al debitorului, care conferă creditorului ipotecar neplătit la scadență dreptul de urmărire a imobilului în mâinile oricui s-ar afla, dreptul de a-i cere scoaterea bunului la vânzare silită și dreptul de a fi plătit cu preferință din prețul astfel obținut. Într-un final, dacă s-ar admite vânzarea silită a bunului, asta ar însemna că se lipsește de conținut clauza de inalienabilitate. Totuși, ipotecarea unui bun afectat de o inalienabilitate voluntară va fi posibilă numai în situația ipotecii asupra unui bun viitor, urmând să producă efectele numai din momentul încetării efectelor clauzei de inalienabilitate. Ne permitem această afirmație reieșind din prevederile art. 2351 alin. (2) care prevede că *ipotecarea bunurilor inalienabile sau insesizabile va fi valabilă ca ipotecă asupra unui bun viitor, în situațiile în care bunul în cauză este afectat de o inalienabilitate sau insesizabilitate convențională*.

Fiind clarificate aceste din urmă chestiuni, rămâne să vedem dacă clauza de inalienabilitate **acoperă și interdicția de a constitui dezmembrăminte ale dreptului de proprietate?** În doctrină, s-a ajuns la concluzia că *interdicția de a înstrăina dreptul de proprietate implică și interdicția de a-l dezmembra, cu excepția cazului în care constituitorul a prevăzut aceasta posibilitate sau își dă ulterior acordul.* [iii] Prin urmare, atâta timp cât constituitorul nu "acordă dreptul" dobânditorului de a constitui dezmembrăminte, acesta nu o

va putea face. În caz contrar, vor surveni sancțiunile pentru nerespectarea clauzei de inalienabilitatea pe care le vom examina mai târziu.

Cu atât mai mult, aceste concluzii sunt aplicabile clauzei de inalienabilitatea subînțelese pe care o vom examina în continuare. Or, întrucât ceea ce urmărește beneficiarul promisiunii de a contracta, este de fapt, prezervarea dreptului de proprietate în patrimoniul celui care s-a obligat să-l transmită în forma în care acesta exista la momentul asumării obligației prin promisiunea bilaterală de a contracta. Or, credem că viitorul dobânditor nu va mai fi interesant în dobândirea unul bun ipotecat sau asupra căruia au fost constituite dezmembrăminte ale dreptului de proprietate.

Drept concluzie la cele menționate, s-a indicat pe bună dreptate că *interdicția de a înstrăina dreptul de proprietate implică și interdicția de a-l dezmembra, cu excepția cazului în care constituitorul a prevăzut această posibilitate sau își dă ulterior acordul. Altfel, s-ar realiza, ca și în cazul constituirii unei ipoteci, pe cale indirectă, ceea ce nu s-ar putea realiza pe cale directă. Rațiunea pentru care nu se poate constitui o ipotecă asupra unui bun indisponibilizat subzistă și în situația dezmembrării dreptului de proprietate.* [iv]

Mecanismele juridice de constituire a clauzei de inalienabilitate.

A. Interdicția stipulată în convenție.

În literatura de specialitate, se argumentează că, în principiu, trebuie să fie vorba despre un contract translativ de proprietate, indiferent dacă este cu titlu oneros sau cu titlu gratuit. Or, considerăm că este de la sine înțeles că în cazul contractelor netranslative de proprietate, dobânditorul bunului, nu ar putea înstrăina, ipoteca sau dezmembra un drept de proprietate care nu-i aparține. Clauza nu se regăsește, de regulă, în actele cu titlu oneros, în cazul cărora cel ce execută contraprestația este liber să dispună asupra bunului ce i-a intrat în patrimoniu. Teoretic, dacă ar fi totuși să afecteze o astfel de convenție, interdicția ar apărea doar într-un contract aleatoriu, eventual de rentă viageră, debirentierului putând să îi fie interzisă înstrăinarea bunului pe durata vieții cocontractantului.

Oricum, domeniul specific acestui tip de clauză rămâne cel al donațiilor și testamentelor, donatorul sau testatorul stipulând ca donatarului sau legatarului să îi fie prohibită înstrăinarea bunurilor dobândite prin actul juridic respectiv. Cu privire la clauza de inalienabilitatea convențională, putem distinge două situații: **inalienabilitatea convențională expresă,** care este reflectată în cele menționate anterior, și **inalienabilitatea convențională implicită (subînțeleasă).** Această modalitate este reflectată în prevederile art. 627 alin. (4) C.civ - *clauza de inalienabilitate este subînțeleasă în convențiile din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă.* În cele de urmează, venim cu trei precizări absolut necesare.

În primul rând, în această categorie, urmează să încadrăm antecontractele care au ca obiect transmiterea în viitor, prin încheierea de contracte a dreptului de proprietate asupra unui bun mobil sau imobil dacă prin lege nu se prevede altfel. Este știut faptul că antecontractul de vânzare-cumpărare are ca obiect o obligație de a face, de a încheia în viitor un contract autentic de vânzare-cumpărare, susceptibil de a transfera proprietatea de la vânzător la cumpărător, iar nicidecum o obligație de a da, adică de a strămuta proprietatea de la vânzător la cumpărător. Coroborând reglementările prevăzute la clauza de inalienabilitatea și cele din materia antecontractului, ar rezulta că cel care s-a angajat prin antecontract să încheie în viitor un contract prin care urmează să transmită în proprietate un bun, nu va putea să înstrăineze acest bun altcuiva.

În al doilea rând, există oare o clauza de inalienabilitate convențională în cazul pactului de opțiune? Mai întâi de toate, să ne reamintim ce este pactul de opțiune. Este acel contract prin care o singură parte contractantă se obligă să vândă un lucru (sau să cumpere), cealaltă parte rezervându-și numai facultatea de a-și manifesta, ulterior (de obicei înăuntrul unui termen) consimțământul de a încheia contractul de vânzare-cumpărare. Prevederea care interesează în acest sens este cea de la art. 1668 alin. (1) care prevede că *în cazul pactului de opțiune privind un contract de vânzare asupra unui bun individual determinat, între data încheierii pactului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune nu se*

poate dispune de bunul care constituie obiectul pactului. Din economia acestui text, **considerăm că este vorba despre o inalienabilitate legală, și nu ar mai fi necesară includerea unei clauze de inalienabilitatea în acest pact.**

În al treilea rând, se pare că norma de la 627 alin. (4) C.civ, nu reglementează doar situația antecontractelor. S-a afirmat pe bună dreptate că dacă ne uităm mai profund în text, o să vedem că el are în vedere și ipoteza în care din contract **se naște obligația de a da și este amânată executarea ei pentru viitor** în sensul că, deși, de regulă, obligația de a da se execută imediat cum se încheie contractul, totuși sunt situații în care se amâna transmiterea sau posibilitatea de executare pentru viitor.[v]

În situațiile menționate anterior, observăm că persoana asupra căreia cade „sarcina" clauzei de inalienabilitatea este persoana care face promisiunea de a încheia în viitor un contract prin care va fi transmis dreptul de proprietatea, iar în a doua situație, sarcina cade asupra transmițătorului când se amână transmiterea dreptului de proprietate pentru viitor. Observăm că aici are loc o inversiune a suportării clauzei, având loc o excepție de la regula suportării clauzei de către dobânditor. .

B. **Interdicția stipulată în testament.** În asemenea situație, clauza de inalienabilitate va fi impusă beneficiarului testamentului prin voința unilaterală exprimată de testator.
C. **Substituția fideicomisară.** O altă formă de manifestare a clauzei de inalienabilitate se atestă în cazul **substituției fideicomisare**. Astfel, în conformitate cu art. 994 C.civ, *o liberalitate poate fi grevată de o sarcină care constă în obligația instituitului, donatar sau legatar, de a administra bunurile care constituie obiectul liberalității și de a le transmite, la decesul său, substituitului desemnat de dispunător*. ***Dobânditorul va fi ținut de această obligație și nu va putea transmite, la decesul său, decât substituitului beneficiar desemnat de dispunător*.** Anume grevarea liberalității cu această sarcină reflectă clauza de inalienabilitate.
D. **Fiducia.** De asemenea, clauza de inalienabilitatea se manifestă și în cazul fiduciei. Reamintim că în conformitate cu art. 773 C.civil, *fiducia este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constituitori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciari care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor **beneficiari*.** Beneficiari ai fiduciei în conformitate cu art.777 C.civ. poate fi constituitorul, fiduciarul sau **o terță persoană.** Astfel, în conformitate cu prevederile art.791 C.civ., *când contractul de fiducie încetează, masa patrimonială fiduciară existentă în acel moment se transferă la **beneficiar**, iar în absența acestuia, la constituitor*. Prin urmare, în cazul fiduciei, va opera clauza de inalienabilitatea când cel care obține masa de drepturi și obligații, **are obligația la încetarea fiduciei să transmită mai departe unei terțe persoane care este beneficiarul fiduciei, alta decât constituitorul. Deci, el nu va putea să transmită altcuiva decât terțului beneficiar.**

Prin urmare, *proprietarul unui bun nu va putea face niciodată o "declarație de inalienabilitate" cu privire la un anumit bun din patrimoniul său; o asemenea manifestare de voința ar fi lipsită de orice efect juridic*[vi]. Concluzia s-ar justifica și pe împrejurarea că, dacă s-ar permite proprietarului să indisponibilizeze bunul în propriul patrimoniu și în lipsa unei transmiteri, acesta ar putea să fraudeze interesele creditorilor săi.[vii]

Condițiile de valabilitate a clauzei de inalienabilitate

Reieșind din prevederile art. 627 C.civ, o asemenea clauza este valabilă dacă întrunește cumulativ două condiții: existența unui interes serios și legitim; clauza să fie instituită pe o perioadă de cel mult 49 ani.

A. Existența unui interes serios și legitim care ar justifica și raționaliza această clauză.

Interesul serios și legitim care justifică inalienabilitatea temporară poate să aparțină fie uneia dintre părțile actului juridic are conține o asemenea clauză (nu numai **înstrăinătorul**, ci chiar și **dobânditorul**), fie unui **terț**. În acest din urmă caz, atunci când beneficiarul clauzei este un terț, trebuie ca acesta să fie

determinat sau cel puțin determinabil. Pentru a face palpabile aceste afirmații, venim cu câteva exemple menționate și în literatura de specialitate în acest sens:

a) **Clauza în favoarea înstrăinătorului.** Poate fi situația constituirii uzufructului indirect când proprietarul transmite nuda proprietate și își păstrează atributele necesare exercitării dreptului de uzufruct. În asemenea caz, transmițătorul poate stipula o clauza de inalienabilitate care să „apese" asupra nudului proprietar, limitând dreptul acestuia de a înstrăina nuda proprietate asupra bunului respectiv. Rațiunea acestei situații este interesul uzufructuarului de a avea raporturi stabile și civilizate cu un singur nud proprietar, evitând eventualele situații problematice care ar putea fi cauzate de intervenirea unui alt nud proprietar.

b) **Clauza în favoarea dobânditorului.** Putem să atestăm acest caz în situația în care o persoană o gratifică pe alta prin intermediul unei donații pentru a o asigura cu mijloacele necesare pentru trai, luând în considerație starea precară a acesteia. Donatorul, pornind de la faptul că donatarul este o persoană neglijentă și nu chiar riguroasă și atentă în administrarea patrimoniului său, ar putea să instituie o clauză de inalienabilitate în contractul de donație prin care să interzică donatarului înstrăinarea, dezmembrarea, ipotecarea bunului donat pentru a nu-și înrăutăți situația materială.

c) **Clauza în favoarea unui terț.** Situația contractului de rentă viageră. Se transmite bunul unei persoane cu condiția ca el la rândul lui să asigure o rentă viageră pentru o terță persoană. Astfel, în cazul în care bunul este înstrăinat ulterior altei persoane, credirentierul ar putea fi prejudiciat și să nu mai poată primi renta cuvenită.

B. Limita temporală a clauzei de inalienabilitate

În conformitate cu prevederile art.627 alin. (1) C.civ, se poate interzice înstrăinarea unui bun, însă numai pentru o durată de **cel mult 49 de ani de la data dobândirii bunului.**

Un aspect care prezintă interes este situația în care părțile prevăd că această clauză să producă efecte mai mult de 49 de ani, sau, în general să nu prevadă termenul. Astfel, în literatura de specialitate, s-a afirmat că dacă nu s-a prevăzut niciun termen, clauza de inalienabilitate apare ca perpetuă, ceea ce atrage nulitatea absolută. Soluția este aceeași și dacă termenul este mai mare de 49 de ani, întrucât legiuitorul nu a prevăzut, în această ipoteză, posibilitatea reducerii duratei clauzei la 49 de ani, de drept sau prin intervenția instanței.[viii]

Într-o altă opinie[ix], pentru situația în care, totuși, s-ar stipula un termen mai mare de 49 de ani, legiuitorul nu a prevăzut, ca în cazul opțiunii de răscumpărare (art. 1.758 alin. (2) C.civ), reducerea acestuia la cel maxim prevăzut de lege. Într-o astfel de situație, ca și în aceea în care actul nu cuprinde durata inalienabilității, registratorul de carte funciară, obligat fiind, conform art. 48 alin. (1) lit. a) din Legea cadastrului să verifice dacă actul în temeiul căruia se cere înscrierea este încheiat cu respectarea „formelor prescrise de lege", va respinge cererea în temeiul art. 63 alin. 1^1 din regulamentul de cadastru, pentru că actul nu îndeplinește anumite „condiții speciale prevăzute de reglementările în vigoare.

Totuși, cel asupra căruia apasă clauza de inalienabilitate, ar putea scăpa de indisponibilizarea bunului mai înainte de termenul stabilit atunci când nu mai poate fi justificată în mod obiectiv, or, a apărut un alt interes mai superior. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 627, alin. (2) C.civ, *dobânditorul poate fi autorizat de către instanță să dispună de bun dacă interesul care a justificat clauza de inalienabilitate a bunului a dispărut sau dacă un interes superior o impune*. Distingem două situații în care dobânditorul se poate adresa în justiție pentru a se elibera de interdicția de înstrăinare:

- **Interesul care a fundamentat această clauză inițială a dispărut** – este situația în care interesul înstrăinătorului, dobânditorului, terțului nu mai există, astfel nefiind necesară "blocarea bunului" în patrimoniul dobânditorului. În asemenea caz, cel care a stipulat clauza respectivă, poate renunța la aceasta și se poate recurge la modificarea actului în care aceasta este înserată.
- **Existența unui interes superior.** În această situație, deși interesul care a stat la baza clauzei de inalienabilitate nu a dispărut, dobânditorul se adresează în instanță pentru a-i permite să dispună

de bun, invocând apariția unui interes superior. Aici, instanța de judecată va fi cea care va „cântări" aceste două interese pentru a stabili care totuși este mai superior și care va produce efectele.

Termenul de 49 de ani, prevăzut de art. 627 alin.(1) C.civ, se referă doar la clauza de inalienabilitate expresă, nu și la cea subînțeleasă, prevăzută de alin. 4 al aceluiași articol, începând să curgă de la data dobândirii dreptului. În cazul clauzei subînțelese, fiind vorba de obligația de a transmite în viitor proprietatea, dreptul nu se dobândește, inalienabilitatea fiind stabilită tocmai pentru a asigura dobândirea sa în viitor de către cel în favoarea căruia inalienabilitatea este instituită.[x]

Sancțiunea nerespectării condițiilor de valabilitate a clauzei de inalienabilitate.

Aceste condiții urmează a fi întrunite sub sancțiunea **nulității absolute** a acestei clauze deși nulitatea absolută nu este menționată expres în textul de lege analizat. Mai mult, conform prevederilor art. 627 alin. (3) C.civ, nulitatea clauzei de inalienabilitate stipulate într-un contract atrage nulitatea întregului contract dacă a fost determinantă la încheierea acestuia. În contractele cu titlu oneros, caracterul determinant se prezumă, până la proba contrară.

Opozabilitatea clauzei de inalienabilitate

Simpla invocare a unei clauze de inalienabilitatea nu este suficientă pentru a produce efectele. Or, clauza de inalienabilitate nu poate fi invocată împotriva dobânditorilor bunului sau a creditorilor proprietarului care s-a obligat să nu înstrăineze decât dacă este valabilă și îndeplinește condițiile de opozabilitate. Cu privire la condițiile de valabilitate ne-am referit mai sus.

În ceea ce privește condițiile de opozabilitate, acestea sunt reglementare în art.628 C.civ. Pentru opozabilitate, clauza de inalienabilitate trebuie să fie supusă formalităților de publicitate prevăzute de lege, dacă este cazul. Cu referire la acest aspect, urmează să distingem după natura bunului obiect al acestei clauze.

Bunuri mobile. Conform art. 628 alin. (3), în cazul bunurilor mobile, sunt aplicabile, în mod corespunzător, regulile prevăzute pentru dobândirea proprietății prin posesia de bună-credință. În acest sens, este oportun de a trecere în revistă efectele principale ale posesiei. Posesia în materie de bunuri mobile are trei funcții: mai întâi are funcția de a consacra o prezumție de titlu de proprietate, în al doilea rând, **are funcția de a asigura opozabilitatea față de terți a actelor de transmitere a bunurilor mobile** și, în al treilea rând, în condiții speciale, are funcția achizitivă de proprietate.[xi]

Prin urmare, o clauză de inalienabilitatea stipulată într-un act ce are drept obiect bunuri mobile, este opozabilă terților prin simplul fapt al posesiei bunului mobil de către dobânditorul bunului mobil.

Alta este situația dacă de referim la bunurile imobile. Astfel, interdicția convențională de înstrăinarea a unui imobil poate fi opusă terților numai din momentul notării ei în Cartea funciară. Suportul legal al acestei afirmații se regăsește în art. 902, alin. (2), pct. 8 C.civ. care prevede că *în afara altor cazuri prevăzute de lege, sunt supuse notării în cartea funciară:...interdicția convențională de înstrăinare sau de grevare a unui drept înscris*. Reamintim că notarea este înscrierea care are drept scop de a face opozabile terțelor persoane drepturile personale, faptele sau alte raporturi juridice în legătură cu drepturile înscrise în cartea funciară. Fac astfel obiectul notării situația juridică personală a titularului dreptului înscris, drepturile personale și alte raporturi juridice, anumite acțiuni în justiție, anumite îngrădiri legale[xii].

Terții, conform alin.(3) al aceluiași articol, sunt cei care au dobândit un drept real sau un alt drept în legătură cu imobilul înscris în cartea funciară.

Astfel, pentru opozabilitatea clauzei de **inalienabilitate exprese**, trebuie îndeplinite formalitățile de publicitate prevăzute de lege pe care le-am menționat mai sus.

Clauza de inalienabilitate subînțeleasă nu se notează, dar opozabilitatea ei este asigurată de notarea antecontractului. Astfel, în conformitate cu art. 902, alin. (2), pct.12,C.civ. antecontractul este supus notării. Mai mult, art. 906 C.civ prevede că *promisiunea de a încheia un contract având ca obiect*

dreptul de proprietate asupra imobilului sau un alt drept în legătură cu acesta se poate nota în cartea funciară, dacă promitentul este înscris în cartea funciară ca titularul dreptului care face obiectul promisiunii, iar antecontractul, sub sancțiunea respingerii cererii de notare, prevede termenul în care urmează a fi încheiat contractul. Totuși, în conformitate cu art. 628, alin. (5), neîndeplinirea condițiilor de opozabilitate nu îl lipsește pe beneficiarul clauzei de inalienabilitate de dreptul de a pretinde daune-interese proprietarului care nu se conformează acestei obligații.

Opozabilitatea față de creditori. Existența unei clauze de inalienabilitate îi interesează și pe creditorii chirografari ai dobânditorului deoarece în conformitate cu prevederile art. 629 alin. 3 C.civ – *nu pot fi supuse urmăririi bunurile pentru care s-a stipulat inalienabilitatea, cât timp clauza produce efecte, dacă prin lege nu se prevede altfel.* În această situație urmează să distingem după faptul dacă contractul în care este înserată clauza de inalienabilitate este cu titlu gratuit sau oneros. Art. 628 alin. (4) prevede că în cazul în care clauza de inalienabilitate a fost prevăzută într-un contract cu **titlu gratuit**, ea este opozabilă și **creditorilor anteriori** ai dobânditorului. *Per a contrario*, în contractele cu **titlu oneros**, clauza de inalienabilitate poate fi opusă **numai creditorilor ulteriori** ai celui ținut de obligația de inalienabilitate.

Sancțiunile pentru nerespectarea clauzei de inalienabilitate

A. Rezoluțiunea contractului sinalagmatic în care este înserată clauza.

Art. 629 alin. (1) C.civ. prevede că înstrăinătorul poate să ceară rezoluțiunea contractului în cazul încălcării clauzei de inalienabilitate de către dobânditor. În asemenea situație, rezoluțiunea poate fi cerută de creditorii obligației de a nu înstrăina, și nu de o terță persoană în favoarea căreia a fost stipulată clauza, pornind de la faptul că aceasta nu este parte la contract. Este justificată rezoluțiunea pornind de la faptul că încălcarea acestei clauze contractuale de către dobânditor este o încălcarea obligațiilor contractuale, care pe lângă alte sancțiuni prevăzute de lege, prevede și rezoluțiunea (care va fi cerută de transmițător în condițiile legii).

În cazul în care clauza de inalienabilitate a fost înserată într-un contract de donație, considerăm că nerespectarea clauzei de inalienabilitatea va duce la incidența prevederilor de la art. 1027 C.civ care prevede că *dacă donatarul nu îndeplinește sarcina la care s-a obligat, **donatorul sau succesorii săi în drepturi pot cere revocarea donației.*** De asemenea, în cazul nerespectării inalienabilității prevăzute în testament (legat), vor fi aplicabile prevederile art. 1069 C.civ. - *Revocarea judecătorească a legatului poate fi cerută în cazul neîndeplinirii, fără justificare, a sarcinii instituite de testator.*

B. Anularea actului subsecvent încheiat cu nerespectarea clauzei.

Art. 629 alin (2) C.civil prevede că atât înstrăinătorul, cât și terțul, dacă inalienabilitatea s-a stipulat în favoarea acestuia, pot să ceară anularea actului de înstrăinare subsecvent încheiat cu nerespectarea clauzei. Această sancțiune este reglementată în art. 1254 C.civ. care prevede că *contractul lovit de nulitate absolută sau anulat este considerat a nu fi fost niciodată încheiat. Desființarea contractului atrage, în condițiile legii, și desființarea actelor subsecvente încheiate în baza lui.*

Trebuie menționat faptul că sunt anulabile nu numai actele translative de proprietate, ci și cele prin care bunul a fost ipotecat, pentru că și acesta din urma act conține în el pericolul înstrăinării în cazul urmăririi silite, precum și actele prin care au fost constituite dezmembrăminte.

Concluzii

Am ales spre studiu acest subiect din mai multe considerente. În primul rând, faptul că aceste reglementări nu au fost întâlnite în vechiul Cod civil și prezintă un interes sporit. În al doilea rând, instituția clauzei de inalienabilitate mereu a fost una controversată, considerată a fi contrară principiului liberei circulații a bunurilor. Totuși, aceasta a fost acceptată din rațiuni de ordin social și moral cu condiția respectării tuturor condițiilor pe care le-am prezentat în acest studiu.

Considerații privind tipuri de pacte societare

Carmen Andreea Purcea

1. Convenția/Pactul *lock up*

Prin convenția lock up se stabilește o interdicție de **înstrăinare** prin contract și este valabilă **doar în cazul în care este cuprinsă în limite de timp satisfăcătoare** și **dacă garantează unui interes considerabil al uneia dintre părți.**

Aceste condiții trebuie îndeplinite cumulativ, din ele rezultând faptul că, nevoia de a avea o durată neprelungită foarte mult, va fi adecvat situației ca părțile unei convenții societare care au în cuprinsul lor o astfel de făgăduială, pentru a exclude orice îndoială de lipsă de validitate, să „ofere" scopul pe care fiecare îl posedă dintre acestea prin angajarea la îndeplinirea acestei obligații.

„Această ultimă problemă pare a fi depășită astăzi de normativa dată, având în vedere că (cel puțin cu privire la societățile pe acțiuni de tip „închis") limita de lege prevăzută în general pentru durata pactelor societare ***este de cinci ani****.*[1]*"*

V. Salafia întărește ideea: „*cu referire la natura specială a pactului societar și a obiectului său, […] pentru a consimți că statutul societății acționare poate interzice transferul acțiunilor nominative, stabilește inderogabil termenul care* ***nu este mai mare de cinci ani****, cu începere de la constituirea societății sau din momentul în care se introduce interzicerea. […]într-un pact societar care ar interzice transferul acțiunilor nominative,* ***durata sa de timp nu ar putea depăși cei cinci ani****, tocmai pentru că un eventual surplus ar fi contrar cu acea alegere pe care a făcut-o legislatorul, comparând interesele societății și ale asociaților, și* **care nu poate să nu oblige contractanții unui pact societar** *care are aceeași cauză a clauzei statutare în examen"*[2]*.*

În concluzie, se poate afirma că adevăratul, singurul și principalul scop al acestui tip de pact, este unul de garantare, pentru o anumită perioadă de timp, acea fermitate a participației și a administrării societății.

2. Dreptul de primă ofertă

În încercarea de a contura o definiție, **dreptul de primă ofertă** poate fi atribuit în locul celei mai dificile preempțiuni și este format din: „***posibilitatea acordată de un membru al pactului societar unuia sau mai multora dintre ceilalți, de a cumpăra participația sa înainte ca aceasta să fie pusă în vânzare***[3]".

Amplificând această idee, se poate spune că este vorba despre o clauză contractuală, din partea asociaților, recomandată de multe ori, deoarece aceștia consideră că este mult mai avantajos să nu acorde altor asociați **dreptul de preempțiune**, pentru situația în care ar trebui să ia hotărârea de a înceta propriile participații.

Frecvent, atunci când se negociază pactele societare, având posibilitatea de respingere a posibilității de exercitare a dreptului de preempțiune, asociații sunt stăpâniți de dorința de a menține posibilitatea de cumpărare, în momentul în care este indispensabil să ia parte asociații investitori.

Scopul asociaților investitori este de a îmbina aceste două măsuri diferite, aceștia având obligația

---

[1] Davide PROVERBIO, Davide PROVERBIO, *Societa e Mercati finanziari, I piatti parasociali, Disciplina, prassi e modelli contrattuali*, IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, Milano, 2010, pag.94

[2] V. SALAFIA, *Esame di validita di alcuni patti parasociali relativi a societa non quotate, in Societa*, 2008, 1333 e ss apud Davide PROVERBIO, op.cit., pag.94

[3] Davide PROVERBIO, op.cit., pag.122

de „*a-i avertiza pe ceilalți asociați atunci când apare intenția de a-și ceda propriile participații; obligația asumată astfel* ***se concretizează într-o obligație de natură informativă*** *care se va putea reține a fi îndeplinită corect doar acolo unde comunicarea aferentă este trimisă în timp util; dintr-un punct de vedere contractual; această comunicare are natura unei* ***simple invitații de a propune*** *și* ***nu*** *de propunere contractuală, cu consecința că eventualul răspuns pozitiv furnizat de către asociații titulari ai dreptului de primă ofertă va corespunde nu ca o acceptare a propunerii ci ca o propunere în sine*[4]".

După ce se face respectiva invitație, trebuie să treacă o anumită perioadă, în care asociații investitori vor avea dreptul și posibilitatea să prezinte o ofertă de cumpărare, iar asociații financiari vor avea obligația de a participa.

În cazul în care această ofertă nu este acceptată, de obicei, se propune libertatea asociaților investitori să își vândă propria participație către terți. *„În acest fel, asociaților industriali li se atribuie puterea de a stabili un fel de valoare minimă a participațiilor asociaților investitori, sub care aceștia din urmă* ***le vor putea vinde doar asociaților industriali****.*[5]*"*

Clauza poate fi structurată așa cum a indicat V. Dotti[6], astfel încât: „*asociatul care intenționează să cedeze pachetul de acțiuni pentru a ieși din societate* ***stabilește un preț iar celălalt are dreptul de a cumpăra în acele condiții****. Dacă acesta din urmă nu intenționează să-și exercite dreptul,* ***primul asociat poate vinde acțiunile către terți într-o anumită perioadă de timp*** *și la* ***prețul deja stabilit anterior sau la unul mai mare****. Pentru a evita ca prin stabilirea unor prețuri în mod artificial ridicate să fie descurajată exercitarea dreptului de preempțiune****, se utilizează clauze care prestabilesc prețul****. Aceste clauze vor trebui să fie predispuse astfel încât să garanteze stabilirea unei valori cât mai posibil echitabile.*"

3. Dreptul de co-vânzare (*take along sau piggy back*)

În ceea ce privește această clauză, cunoscută și sub denumirea de *take along* sau *piggy back,* **dreptul de co-vânzare** este „*acela care se acordă de către un membru al pactului societar (de obicei majoritar, absolut sau aferent) celorlalți, de a ceda participațiile lor împreună cu cele proprii: în consecință,* ***contractele de cesiune*** *stipulate de către membrul care a acordat acest drept vor trebui să se înțeleagă a fi* ***condiționate în mod suspensiv*** *de faptul că, în termenul stabilit prin pact, niciun alt asociat să nu solicite să poată participa la vânzare cu propria participație*[7]*".*

Piggy back se aplică acordurilor contractuale în domeniul drepturile acționarilor de vânzare. Pentru a se aplica, clauza piggy back trebuie să fie inclusă în acordul acționarilor societății.[8]

Dreptul de co-vânzare înfăptuiește astfel încât „*eficacitatea vânzării acțiunilor efectuată de către un asociat în favoarea unui terț să fie supusă condiției suspensive că,* ***într-un anumit termen****, niciun alt asociat nu va solicita să poată să participe la vânzare cu propria sa participație: în absența unei astfel de cereri, părțile vor putea proceda cu executarea transferului programat*.[9]"

Clauza de piggy back este, în realitate o limitare a circulării acțiunilor, având eficacitate obligatorie între semnatari, nefiind este opozabilă nici societății și nici eventualilor terți, cu consecința ulterioară că, clauza de *take along* produce eficacitate intimidantă doar acolo unde este prestabilită o sumă pentru dauneele suferite în caz de neîndeplinire.[10]

În fine, există două modalități de clauză *piggy back,* care pot fi observate în situații distincte. O clauză

---

[4] Davide PROVERBIO, op.cit.,pag.96

[5] Davide PROVERBIO, op.cit.,pag.97

[6] V. DOTTI, *Clauze legate de achizițiile parțiale ale pachetelor de acțiuni, în AA.VV., Cumpărări de societăți și de pachete de acțiuni de referință,* editată de Bonelli F. – De Andre M., Milano, 1990, 207 și următoarele, 231, apud Davide PROVERBIO, op.cit., pag.97

[7] Davide PROVERBIO, op.cit., pag.122

[8] https://en.wikipedia.org/wiki/Piggy-back_(law)

[9] Davide PROVERBIO, op.cit., pag.99

[10] L. PICONE, *Autonomia statutaria ed assemblee di s.p.a. non quotate*, in Societa, 2001

piggy back poate lua forma fie a unei clauze „***tag-along***" sau sub forma „***drag-along***". „***Tag-along"*** poate fi observată într-o situație în care acționarii minoritari se vor atașa majoritarilor deținători la o vânzare de acțiuni către un terț. Pe de altă parte, „***drag-along***-ul", poate fi observată în cazul în care un acționar majoritar va obliga acționarii minoritari să își vândă acțiunile în același timp, către o terță parte.

4. Obligația de co-vânzare (*drag-along*)

Pactul societar „*drag-along*" constă în dreptul – acordat unui membru – de a negocia **vânzarea întregului capital** al societății; acesta constă într-o opțiune așa-numită *call* pentru o persoană care se numește, a cărei eficacitate este condiționată suspensiv de cea membrilor care și-au asumat obligația de co-vânzare, și garantează o **întoarcere-economică** nu mai mică decât pragurile stabilite prin contract.[11]

Evident, dreptul de a desfășura obligația de co-vânzare, revine, în general, asociatului majoritar care au avantajul de a-și asigura propria ieșire din societate obținând astfel un preș superior.

5. Opțiunea „put" și opțiunea „call"

Opțiunea „***put***" este atunci când un asociat vine cu o**propunere irevocabilă de cumpărare,** iar acesta rămâne obligat la propunere pe o anumită perioadă de timp – în general perioada de timp este stipulată în pactul societar.

Pe de altă parte, în ceea ce privește opțiunea „***call***", aceasta constă într-o **propunere irevocabilă de vânzare** prin care „*partea care are dreptul la exercitarea opțiunii își asigură posibilitatea de a proceda cu așa-zisul* ***squeeze out***[12][13] *al minorităților acționarilor*[14]*".*

Prin analogie cu ceea ce s-a văzut în raport cu o opțiunea «put», într-adevăr, asociatul care face propunerea rămâne obligat de propria declarație pentru o anumită perioadă (...) și în cazul în care, în timpul perioadei de eficacitate a propunerii celălalt asociat își comunică propria acceptare, participația aferentă se va înțelege a fi vândută-cumpărată, iar cei doi parteneri vor putea proceda cu executarea vânzării-cumpărării[15]*".*

Scopul acestei opțiuni este de a da voie asociatului destinatar al propunerii de vânzare de a-și putea mări propria contribuție: în general, fiind vorba de asociatul cumpărător anterior, care a cumpărat o parte din capitalul social și cu ajutorul acestei opțiuni își rezervă dreptul de a-l cumpăra în întregime.

Această clauză, menționată mai sus, se regăsește: „*cu o frecvență mai mare de fiecare dată când contractul de cumpărare are inițial ca obiect doar o parte a capitalului social; în acest caz, persoana care ține fermă propunerea de vânzare, deja a vândut o parte din propriile acțiuni cumpărătorului din motive diverse, nu a transferat întreaga participație*[16]*".*

De asemenea, această clauză, oferă o garanție pentru atingerea scopului său principal: ieșirea unui asociat din grupul social.

6. Pacte care au ca scop rezolvarea situațiilor cunoscute sub denumirea "*dead – lock"*

Pentru a putea înțelege și a putea rezolva totalitatea împrejurărilor care determină, la un moment dat, condițiile de existență dead-lock, este important să se prezinte o investigare amănunțită în ceea ce privește definiția acestei sintagme, tradusă, în general, prin „blocaj".

---

[11] Davide PROVERBIO, op.cit., pag.122

[12] squeez out = termen care face referire la achiziția obligatorie, miza unui grup restrâns de acționari dintr-o societate pe acțiuni prin intermediul unor despăgubiri în numerar

[13]https://en.wikipedia.org/wiki/Squeeze_out

[14] Davide PROVERBIO, op.cit., pag.122

[15] Davide PROVERBIO, op.cit., pag.109

[16] L. PICONE, *op.cit.* apud Davide PROVERBIO, op.cit., pag.110

Profesorul Davide Proverbio, susține: „*De obicei, ne aflăm în prezența unui **dead-lock** de fiecare dată când unul dintre organele delibertative ale societății **nu este în măsură să ia o anumită hotărâre** și, în consecință, societatea, în ansamblul său, este pusă într-o situație de imposibilitate operativă: lucru care se va putea întâmpla ca urmare a unui blocaj decizional la nivel atât de adunare, cât și de consiliu[17]".*

Pentru a fi într-o astfel de situație trebuie să fie prevăzut cu un **cvorum special** (*„pentru a face să fie necesară aprobarea tuturor partenerilor, dacă se face în fază de adunarei, respectiv a reprezentanților lor în consiliu, dacă se face în fază de consiliu[18]")* sau **capitalul societății** să fie subâmpărțit în măsuri egale între parteneri.

Evident, dacă nu ar fi fost așa, adunarea și consiliul, „*ar fi fost supus controlului unui singur asociat care ar fi putut să procedeze la luarea hotărârii aferente fără a mai fi necesară obținerea acordului celorlalți*.[19]"

În concluzie, astfel de imposibilități *decizionale* se pot regăsii cel mai des în ***joint venture***[2021]***,*** așa-zisul blocaj privind unul sau mai multe aspecte/atribuții. Toate aceste situații pot fi rezolvate prin clauze societare având misiunea de a rezolva pe cale amiabilă blocajul sau în cazul în care respectivul dead-lock rămâne neschimbat au scopul de a desființa raportul juridic de asociere.

[17] Davide PROVERBIO, op.cit., pag.111
[18] Davide PROVERBIO, op.cit, pag.112
[19] Davide PROVERBIO, op.cit., pag. 113
[20] Joint venture = O **companie mixtă** sau **asociere în participațiune** (mult mai cunoscută internațional ca **joint venture**) reprezintă o înțelegere economică între două sau mai multe companii, în care părțile se decid să formeze (pentru o perioadă limitată de timp) o entitate economică, cu active proprii, obținute din capitalul membrilor asocierii.
[21]https://ro.wikipedia.org/wiki/Companie_mixtă

PRACTICĂ JUDICIARĂ

Jurisprudența curții de apel Craiova în materia insolvenței societăților

Judecător Lotus Gherghină
Curtea de Apel Craiova
Președinte Secția a II-a civilă

I. Distribuire sume obținute din vânzarea bunurilor garantate cu ipotecă potrivit art. 121 alin.1din Legea nr. 85/2006. Constituire de provizioane cu titlu de impozit pe profit din aceste sume. Nelegalitatea distribuirii.

Articolul 121 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, normă cu caracter special, stabilește distribuirea sumelor în cazul creanțelor garantate, în următoarea ordine – taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. 2, art. 23 și art. 24.

Sintagma „orice alte cheltuieli aferente vânzării bunului" nu se referă la provizioane destinate să acopere cheltuielile viitoare ale averii debitorului conform art. 127 pct.4 din Legea nr. 85/2006.

Art. 127 din Legea nr.85/2006 prevede expres și limitativ situațiile în care pot fi provizionate anumite sume.

Impozitul pe profit nu constituie o cheltuială aferentă operațiunii de vânzare a bunului ipotecat. Impozitul pe profit se calculează în raport de întreaga activitate a unei societăți comerciale și nu în raport de fiecare operațiune generatoare de venituri.

Prin sentința nr. 312/2016 din data de 21 iunie 2016, pronunțată de Tribunalul Gorj Secția a-II-a Civilă, în dosarul nr. 292/95/2010/a1 a fost respinsă ca nefondată contestația formulată de creditorul-contestator BRDGSGSA prin STJ**,** împotriva raportului asupra fondurilor obținute din lichidare și planului de distribuție nr. 5784 din 16.05.2016 în contradictoriu cu intimatul SSPRL în calitate de lichidator judiciar pentru debitorul BBGAZ SRL.

Pentru a pronunța această sentință tribunalul a reținut următoarele:

Prin raportul asupra fondurilor, lichidatorul judiciar a arătat că, în urma vânzării la licitația publică din data de 7.04.2016 a bunului „Sistem de distribuție gaze naturale" din Motru, a fost încasată suma de 1.680.000 lei inclusiv TVA, iar după achitarea cheltuielilor de procedură, sumele ce vor rămâne în contul special de faliment sunt de 854.079,4 lei din care 24.079,4 lei se va constitui drept rezervă pentru achitarea cheltuielilor de procedură în continuare, rămânând de distribuit creditorilor suma de 830.000 lei către BRD SA având în vedere că este creanță garantată.

Ca urmare a vânzării bunului debitorului aflat în faliment, lichidatorul judiciar are obligații prevăzute în Codul Fiscal, printre care și cea de plată a impozitului pe profit.

În argumentarea soluției judecătorul sindic a reținut incidența art. 13, 14, 16, 17 și 23 din Codul Fiscal, a Normelor metodologice de aplicare a prevederilor din Codul fiscal, concluzionând că sumele

obținute din vânzarea bunurilor debitorului aflat în faliment nu sunt exceptate de la plata impozitului pe profit.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs creditoarea BRDGSGSA prin STJ, criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie.

A solicitat admiterea recursului, casarea sentinței atacate, rejudecarea cauzei pe fond și admiterea contestației la Raportul asupra fondurilor obținute din lichidare și din încasarea creanțelor și la Planul de distribuire sume către creditorii debitoarei S.C.BBGS.R.L publicat în Buletinul Procedurilor Insolvenței nr 9458/16.05.2016, modificarea parțială a Raportului asupra fondurilor obținute din lichidare și din încasarea creanțelor și la Planul de distribuire sume și pe cale de consecință să se dispună distribuirea către creditorul garantat BRD atât a sumei de 830.000 lei prevăzută de către lichidatorul judiciar prin planul de distribuție, cât și a sumei de 162.806 lei păstrată în cont de lichidatorul judiciar SCSSPRL pentru cheltuieli viitoare respectiv pentru plata impozitului pe profit.

A susținut recurenta că sentința pronunțată are la bază o greșită interpretare a legii raportată la elementele speței. Sumele propuse a fi distribuite de lichidatorul judiciar prin Raportul asupra fondurilor obținute din lichidare și din încasarea creanțelor și Planul de distribuire sume către creditorii debitoarei S.C.BBGS.R.L. publicat în Buletinul Procedurilor Insolvenței nr. 9458/16.05.2016 provin din încasarea prețului în suma de 1.680.00 lei obținut din vânzarea la licitația publică din data de 07.04.2016 a activului „Sistem de distribuție gaze naturale" din localitatea M, județul G, bun cu care debitoarea a garantat integral creanța creditorului BRD.

Contrar celor reținute de instanța de fond, a apreciat recurenta ca nelegal faptul că lichidatorul judiciar SSPRL prin Raportul asupra fondurilor obținute și Planul de distribuire sume către creditorii debitoarei S.C.BBGS.R.L., a distribuit către creditorul garantat BRD doar suma de 830.000 lei păstrând în cont suma de 162.806 lei pentru plata impozitului pe profit. A susținut recurenta că a formulat contestație împotriva acestora motivat de faptul că în cazul vânzării unui bun al debitorului, obiect al unei garanții reale, constituite în favoarea unui creditor, fondurile obținute din vânzarea acelui bun se distribuie potrivit ordinii de prioritate prevăzută la art.121 din lege, nefiind aplicabile dispozițiile art.127 din Legea nr. 85/2006 în sensul că din fondurile obținute se pot reține doar cheltuielile legate direct de conservarea și vânzarea bunului adus în garanție și cheltuieli legate de onorariul practicianului în insolvență, neputând fi reținute alte sume de bani cu titlu de cheltuieli viitoare.

În opinia sa, un creditor cu creanță garantată este îndreptățit să participe la orice distribuire de sumă făcută înaintea vânzării bunului supus garanției lui. Sumele primite din acest fel de distribuiri vor fi scăzute din cele pe care creditorul ar fi îndreptățit să le primească ulterior din prețul obținut prin vânzarea bunului supus garanției sale, dacă aceasta este necesară pentru a împiedica un astfel de creditor să primească mai mult decât ar fi primit dacă bunul supus garanției sale ar fi fost vândut anterior distribuirii ", iar potrivit art. 127 din Legea 85/2006 următoarele sume vor fi provizionate: sume proporționale datorate creditorilor ale căror creanțe sunt supuse unei condiții suspensive care s-a realizat încă; sume proporționale datorate proprietarilor de titluri la ordin sau la purtător și care au original titlurilor, dar nu le-au prezentat; sume proporționale datorate creanțelor admise provizoriu; rezervele destinate sa acopere cheltuielile viitoare ale averii debitorului."

Coroborând norma juridică prevăzută de art. 121 din Legea 85/2006 cu restul dispozițiilor Legii nr. 85/2006 incidente, în ce privește procedura de distribuire a sumelor rezultate din vânzarea bunurilor debitorilor supuși procedurii insolvenței respectiv cu dispozițiile art. 122 - 126, a solicitat recurenta să se constatate că prevederile art. 121 din Legea nr. 85/2006 sunt speciale față de dispozițiile art. 123 și art. 127, această dispoziție legală fiind o reflectare în materia insolvenței a dispozițiilor dreptului comun privind drepturile creditorului garantat constatându-se că, și pe această cale legiuitorul a înțeles să acorde o protecție specială creditorului diligent care a constituit o garanție pentru plata creanței sale.

Astfel, în cazul vânzării unui bun al debitorului, obiect al unei garanții reale constituite în favoarea un creditor, fondurile obținute din vânzarea bunului adus în garanție se distribuie potrivit ordinii de prioritate prevăzute de art. 121 din lege nefiind aplicabile dispozițiile art. 127 din lege, în sensul că din fondurile obținute din vânzarea bunului gajat se pot reține doar cheltuielile legate în mod direct de conservarea vânzarea

bunului adus în garanție și cheltuielile legate de onorariul practicianului în insolvență sau specialiștilor angajați de acesta și nu pot fi reținute alte sume de bani cu titlu de cheltuieli viitoare.

Având în vedere caracterul de creanță curentă a sumei reprezentând impozit, aceasta va fi plătită conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa cred ala, în raport de dispozițiile art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006. Cum nu există nicio prevedere legală care să dispună ca acest impozit ar urma să fie plătit, potrivit art. 121 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2006, înaintea îndestulării creanței ipotecare, în mod greșit a fost inclusă în planul de distribuire.

A arătat recurenta că la data intrării in faliment, debitoarea S.C.BBGSRL a fost dizolvată, nu mai are activitate, deci nu mai poate genera profituri și nu se mai pot calcula creanțe curente.

În drept și-a întemeiat recursul pe dispozițiile art. 8 alin. 1 din Legea insolventei nr. 86/2006 coroborat cu dispozițiile art. 488 al. 1 pct. 8 din NCPC. art. 122 pct. 3 din Legea insolventei nr. 85/2006, art. 121- 127 din Legea insolvenței nr 85/2006 și dispozițiile Codului Fiscal.

Curtea, analizând recursul, prin prisma motivelor invocate, în raport de dispozițiile art. 304 Cod procedură civilă și ale Legii 85/2006, a constatat că acesta este fondat pentru cele ce se vor arăta în continuare:

Prin sentința recurată, judecătorul sindic nu a aplicat dispozițiile art. 121 din Legea 85/2006 reținând că lichidatorul a provizionat în mod corect suma de 162.806 lei pentru cheltuieli viitoare, respectiv pentru plata impozitului pe profit.

Pentru a ajunge la această concluzie, judecătorul sindic a motivat soluția pe dispozițiile Codului de procedură fiscală, care sunt străine cauzei de față.

Astfel, din motivarea sentinței recurate, rezultă că judecătorul fondului s-a preocupat să dea dezlegare unei alte probleme de drept decât cea cu care a fost sesizat, respectiv dacă debitoarea datorează impozit pe profit și în consecință, a concluzionat în mod greșit că în mod corect lichidatorul judiciar a provizionat o sumă pentru o plată viitoare cu titlu de impozit pe profit.

În speță, lichidatorul a vândut un imobil aparținând debitoarei, ce a constituit garanția acordării unui credit de către BRD, iar din suma obținută, după ce a scăzut cheltuielile aferente vânzării, a provizionat suma de 162.806 lei pentru plata impozitului pe profit, pe care a susținut că îl datorează debitoarea în viitor, impozit estimat la 16% din valoarea încasată din vânzarea bunului, urmând a fi calculat în funcție și de alte cheltuieli.

Curtea a reținut că legea speciala a insolventei a instituit cadrul general al ordinii plăților creanțelor conform disp. art. 123 din Legea 85/2006, iar cu titlu particular în cazul valorificării bunurilor debitoarei, grevate în favoarea creditorului de ipoteci, gajuri sau alte garanții imobiliare ori drepturi de retenție, a instituit ordinea îndestulării creanțelor, conform disp. art. 121 alin. 1, cum de altfel în mod just își întemeiază în drept creditoarea contestația sa.

Potrivit art. 121 alin. 1 din Legea 85/2006 privitoare la ordinea distribuirii sumelor în cazul creanțelor garantate, acestea vor fi distribuite în următoarea ordine – taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. 2, art. 23 și art. 24.

În mod greșit lichidatorul și judecătorul sindic au asimilat în sintagma „orice alte cheltuieli aferente vânzării bunului" și provizionarea unei sume privind plata impozitului pe profit în conformitate cu prevederile Codului Fiscal, în condițiile în care art. 127 din Legea nr.85/2006 prevede expres și limitativ situațiile în care pot fi provizionate anumite sume. Or, constituirea unui astfel de provizion nu se regăsește în dispozițiile art. 127 din Legea nr.85/2006.

De altfel, impozitul pe profit nu constituie o cheltuială aferentă operațiunii de vânzare a bunului ipotecat cum în mod greșit susține lichidatorul judiciar, câtă vreme chiar el recunoaște în întâmpinările depuse la dosar că impozitul pe profit urmează a fi calculat ulterior, în funcție de alte cheltuieli ale debitoarei.

Prin urmare, impozitul pe profit se calculează în raport de întreaga activitate a unei societăți comerciale și nu în raport de fiecare operațiune generatoare de venituri.

Mai mult decât atât, legiuitorul a stabilit la art. 107 pct. 5 din Legea nr. 85/2006 că „Debitorii intrați în

procedura falimentului își acoperă pierderile anuale stabilite prin declarația pe profit din profiturile impozabile obținute în toată perioada până la închiderea procedurii."

În consecință, Curtea a constatat că soluția pronunțată de judecătorul sindic este nelegală câtă vreme aceasta ignoră faptul că dispozițiile art. 121 din Legea nr. 85/2006 au caracter special în raport cu disp. art. 123 și 127 din aceeași lege.

Prin dispozițiile art. 121 din Legea 85/2006 legiuitorul a înțeles să instituie o protecție creditorului diligent care a constituit o garanție pentru plata creanței sale.

Fața de cele arătate mai sus, în temeiul art. 312 Cod procedură civilă, Curtea a admis recursul și a modificat sentința în sensul că a dispus refacerea atât a raportului cât și a planului de distribuire nr. 5784/16.05.2016. Lichidatorul va include în planul de distribuire pe lângă suma distribuită către creditoarea BRDGSGSA respectiv 830.000 lei și suma de 162.806 lei pe care o va distribui către aceeași creditoare (Decizia nr. 162 din data de 31.08.2016 pronunțată de Curtea de Apel Craiova în dosarul nr. 292/95/2010/a1).

COMENTARIU

Contextul speței - distribuirea sumelor de bani obținute urmare a lichidării din averea debitorului, aflat în faliment, a unui bun ipotecat și constituirea din aceste sume de provizioane pentru acoperirea impozitului pe profit ("lichidatorul a vândut un imobil aparținând debitoarei, ce a constituit garanția acordării unui credit de către BRD, iar din suma obținută, după ce a scăzut cheltuielile aferente vânzării, a provizionat suma de 162.806 lei pentru plata impozitului pe profit").

Distribuirea sumelor rezultate din valorificarea bunurilor din averea debitorului ce constituie obiectul unor garanții reale este reglementată în articolul 121 din Legea nr.85/2006:

„(1) Fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipoteci, gajuri sau alte garanții reale mobiliare ori drepturi de retenție de orice fel, vor fi distribuite în următoarea ordine:

1. taxe, timbre si orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea si administrarea acestor bunuri,

precum si plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 si 24;

1¹. creanțele creditorilor garantați născute în timpul procedurii de insolvență după confirmarea planului de reorganizare, ca parte componentă a acestui plan. Aceste creanțe cuprind capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel.

2. creanțele creditorilor garantați, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, precum și cheltuielile, pentru creanțele născute înainte de deschiderea procedurii.

(2) În cazul în care sumele realizate din vânzarea acestor bunuri ar fi insuficiente pentru plata în întregime a respectivelor creanțe garantate, creditorii vor avea, pentru diferența, creanțe chirografare care vor veni în concurs cu cele cuprinse în categoria corespunzătoare, potrivit naturii lor, prevăzute la art. 123, si vor fi supuse dispozițiilor art. 41. Daca după plata sumelor prevăzute la alin.(1) rezulta o diferența în plus, aceasta va fi depusa, prin grija lichidatorului, în contul averii debitorului.

(3) Un creditor cu creanța garantata este îndreptățit sa participe la orice distribuire de suma făcută înaintea vânzării bunului supus garanției lui. Sumele primite din acest fel de distribuiri vor fi scăzute din cele pe care creditorul ar fi îndreptățit sa le primească ulterior din prețul obținut prin vânzarea bunului supus garanției sale, daca aceasta este necesara pentru a împiedica un astfel de creditor sa primească mai mult decât ar fi primit daca bunul supus garanției sale ar fi fost vândut anterior distribuirii".

Textul instituie o normă cu caracter special și vizează doar distribuirea în cazul creanțelor garantate cu garanții reale, nu și distribuirea sumelor de bani realizate urmare a lichidării bunurilor din averea debitorului pentru plata creditorilor chirografari, aceasta din urmă fiind reglementată de dispozițiile art.123 din Legea nr.85/2006.

Din analiza textului articolului 121 rezultă pe de o parte regulile ce se aplică distribuirii în raport de

valoarea creanței garantate și de cuantumul prețului obținut urmare a valorificării bunului asupra căruia s-a constituit garanția, iar pe de altă parte ordinea de distribuire a sumelor de bani realizate în urma lichidării bunurilor din averea debitorului ce constituie obiectul unor garanții reale (ipotecă, gaj sau orice alte garanții reale mobiliare ori drepturi de retenție).

În ipoteza în care sumele provenite din vânzarea bunurilor, afectate de garanții reale sunt insuficiente pentru acoperirea integrală a creanțelor garantate, cu accesoriile acestora, partea din creanțele garantate neachitată va avea regimul juridic al unei creanțe chirografare, urmând a fi plătită în ordinea stabilită de articolul 123 din lege, cu respectarea dispozițiilor art.41 (art.121 alin.2 teza I).

În ipoteza inversă, în care, urmare a lichidării, pentru bunul ce a constituit obiectul garanției, se obține o sumă mai mare decât valoarea creanței garantate la care s-au adăugat accesoriile, inclusiv cele calculate în perioada cuprinsă între momentul deschiderii procedurii și lichidarea bunului, diferența rezultată va fi depusă în contul averii debitorului(art.121 alin.2 teza II) și va fi distribuită în ordinea stabilită de articolul 123 din lege.

În ceea ce privește accesoriile creanțelor garantate, regulile sunt cuprinse în art.41, la care de altfel legiuitorul a făcut trimitere în art.121.

Art.41 alin.1 instituie regula potrivit căreia în cazul creanțelor născute anterior datei la care a fost deschisă procedura nu se poate adăuga nici o dobândă, majorare, penalitate sau cheltuială de orice fel denumită generic accesorie după data deschiderii procedurii.

Regula operează doar în cazul creanțelor, născute anterior deschiderii procedurii, chirografare negarantate sau cu privire la părțile negarantate din creanțele garantate, în considerarea principiului egalității de tratament a creditorilor din aceeași categorie de creanțe, anume creditori cu creanțe chirografare.

Excepția de la această regulă este prevăzută de art.41 alin.2 pentru creanțele garantate.

Astfel, în cazul creanțelor garantate, la distribuirea prețului obținut din valorificarea bunului ce a făcut obiectul garanției reale creditorul garantat va avea dreptul la accesorii (dobânzi, majorări, penalități, cheltuieli) până la momentul când are loc vânzarea bunului, dar condiționat de obținerea unui preț al bunului mai mare decât valoarea de evaluare a acestuia.

Cu alte cuvinte pentru ca creditorul garantat să aibă dreptul la accesoriile creanței garantate se impune ca valorificarea în cadrul lichidării bunului să fie făcută la un preț mai mare decât valoarea la care bunul a fost evaluat prin evaluarea dispusă de administratorul judiciar/lichidator.

În situația în care prețul este sub valoarea de evaluare, deci al intervenirii scăderii valorii de piață a bunului, creditorul a cărui creanță a fost garantată va avea practic doar o creanță parțial garantată în limita sumei obținute ca preț, iar pentru diferență va avea o creanță chirografară, așa cum am mai arătat.

Dispozițiile privind accesoriile sunt incidente numai în ceea ce îl privește pe debitorul insolvent și nu sunt aplicabile fideiusorilor sau codebitorilor solidari cu debitorul insolvent.

În ipoteza, în care creditorul cu creanța garantată a participat la o distribuire anterioară, suma primită cu ocazia acestei distribuiri va fi scăzută din prețul obținut la valorificarea bunului supus garanției pentru a se evita primirea de către acest creditor a unei sume mai mari decât cea pe care ar fi primit-o dacă bunul supus garanției ar fi fost vândut anterior distribuirii (art. 121 alin. 3).

Pe lângă regulile expuse, legiuitorul a stabilit următoarea ordine de distribuire a fondurilor obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipoteci, gajuri sau alte garanții reale mobiliare ori drepturi de retenție de orice fel: taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 și 24; creanțele creditorilor garantați născute în timpul procedurii de insolvență după confirmarea planului de reorganizare, ca parte componentă a acestui plan, ce cuprind capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel; creanțele creditorilor garantați, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, precum și cheltuielile, pentru creanțele născute înainte de deschiderea procedurii.

Trebuie subliniat că legiuitorul a prevăzut plata cu prioritate, anterior satisfacerii creanței creditorului garantat, a taxelor, timbrelor și oricăror altor cheltuieli aferente vânzării bunului afectat de garanție, inclusiv

a cheltuielilor necesare pentru conservarea și administrarea bunului, precum și plata cu prioritate a remunerațiilor persoanelor angajate în cadrul procedurii (onorariul practicianului în insolvență, expertului, evaluatorului, etc.).

Ca urmare, înaintea efectuării plății(distribuirii) creanțelor garantate se achită taxele, timbrele și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, care includ cheltuielile de conservare și administrare a bunurilor grevate.

În speța în discuție s-a pus problema dacă impozitul pe profit ar putea constitui taxe, timbre sau orice alte cheltuieli aferente vânzării bunului.

Având în vedere noțiunea de impozit pe profit, ca impozitul definit de Codul fiscal, datorat la bugetul statului de către toți contribuabilii, care înregistrează profit fiscal în perioada de raportare si totodată, ca o cheltuială fiscală a întreprinderii suportată la nivelul întregii sale activități, răspunsul este negativ.

Concluzia se impune întrucât, așa cum reiese din definiția redată mai sus, pe de o parte acest impozit (taxă) se raportează la noțiunea de profit al societății în perioada de referință, iar pe de altă parte se calculează în funcție de întreaga activitate a societății, și nu în funcție de activități/operațiuni individuale.

Or, vânzarea bunului garantat, în cadrul falimentului, este o operațiune individuală care, deși aduce venituri în patrimoniul debitorului, nu generează profit.

În accepțiunea legii insolvenței taxe, timbre, alte cheltuieli aferente vânzării bunului se referă doar la acele taxe, cheltuieli, care sunt strâns legate de bunul ce a constituit obiectul garanției și care au fost efectuate, în cadrul procedurii, în legătură cu bunul (conservarea, administrarea, evaluarea, etc) și la vânzarea acestuia (publicitatea, taxa pe valoarea adăugată etc).

Cu alte cuvinte, impozitul pe profit nu se circumscrie cheltuielilor prevăzute de art.121 alin.1 pct.1 „taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 și 24".

Totodată, în speță, s-a pus problema dacă impozitul pe profit ar putea reprezenta o cheltuială viitoare a averii debitorului ce ar putea fi provizionată potrivit art.127 din Legea nr.85/2006.

Răspunsul este, de asemenea, negativ întrucât impozitul pe profit nu se încadrează în categoriile de sume pe care art. 127 le enumeră ca provizioane ce se constituie cu ocazia distribuirilor parțiale.

Potrivit art.127, cu ocazia distribuirilor parțiale se provizionează sumele reprezentând creanțe a căror situație juridică nu este clară (creanțe supuse condiției suspensive, creanțe cuprinse în titluri la ordin sau la purtător neprezentate, creanțe admise provizoriu), precum și sume reprezentând rezerve destinate să acopere cheltuielile viitoare ale averii debitorului.

Categoria provizioanelor destinate să acopere cheltuielile viitoare ale averii debitorului privește cheltuielile sigure pe care desfășurarea procedurii le generează.

Or, impozitul pe profit nu reprezintă o astfel de cheltuială, obligația de plată a impozitului pe profit pentru debitorul insolvent intrat în faliment fiind dacă nu inexistentă, cel puțin incertă (nu există noțiunea de profit din activitate în cazul falimentului societății).

În opinia noastră, se pune și problema clarificării dacă impozitul pe profit reprezintă o creanță născută după data deschiderii procedurii ce se circumscrie noțiunii prevăzute de art. 64 alin.6 din Legea nr. 85/2006 și dacă, în aceste condiții, se plătește cu prioritate în raport de art.121 din Legea nr. 85/2006.

Textul art. 64 alin.6 din Legea nr.85/2006 consacră o excepție de la regula potrivit căreia toți creditorii trebuie să depună cerere de admitere a creanțelor, cu excepția creditorilor care au calitatea de salariați ale căror creanțe sunt înregistrate din oficiu, și prevede că creditorii care au creanțe născute după data deschiderii procedurii sunt plătiți pe baza documentelor din care rezultă creanța.

Prevederile art. 64 alin.6 din Legea nr. 85/2006 se aplică creanțelor născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării, precum și creanțelor născute în faliment.

Cu privire la aceste creanțe, legea instituie plata cu prioritate, pe baza actelor din care aceste creanțe rezultă.

Legiuitorul a avut în vedere creanțe curente născute în perioada de observație, în perioada

reorganizării și în perioada falimentului, cum sunt creanțele furnizorilor de utilități, creanțele privind impozitul pe clădiri, etc.

În ceea ce privește creanțele reprezentând impozit pe clădiri, născute în cursul procedurii, acestea se plătesc cu prioritate pe baza actelor din care rezultă, în concursul normelor speciale prevăzute la art.64 alin.6 și art.121 din Legea nr. 85/2006, numai dacă imobilul clădire pentru care în cursul procedurii s-a născut obligația de plată a impozitului este chiar imobilul afectat de garanție în urma vânzării căruia s-a obținut prețul de distribuit.

Aceasta, deoarece creanța curentă se încadrează și în prevederile art.121 din Legea nr.85/2006, fiind născută în timpul procedurii și în strânsă legătură cu bunul vândut asupra căruia este instituită garanția.

Referitor la celelalte creanțe curente considerăm că atunci când este vorba de concurs între norma specială prevăzută de art.64 alin.6 și norma specială prevăzută de art.121 are prioritate reglementarea din articolul 121, tocmai pentru a se da relevanță privilegiului creditorului care a manifestat diligență prin constituirea în favoarea sa a unei garanții.

O interpretare contrară ar conduce la lipsirea de conținut a garanției care grevează bunul.

În consecință, la distribuirea sumelor obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului grevate de ipoteci, gajuri sau alte garanții reale se aplică cu prioritate dispozițiile art.121, fiind necesar în privința creanțelor curente cu privire la care legiuitorul a instituit plata cu prioritate ca acestea să fie strâns legate de bunul vândut afectat de garanție.

Raportat la spața în discuție, impozitul pe profit nu reprezintă o creanță curentă care rezultă cert din vreun act (chiar lichidatorul recunoaște în întâmpinările depuse la dosar că impozitul pe profit urmează a fi calculat ulterior, în funcție de alte cheltuieli ale debitoarei) și care să fie strâns legată de bunul vândut grevat cu ipotecă.

În concluzie, sumele constând în impozit pe profit nu reprezintă taxe sau cheltuieli aferente vânzării bunului, cheltuieli viitoare ale averii debitorului și nici creanțe curente strâns legate de bunul vândut și grevat, astfel încât să poată fi exceptate de la distribuirea către creditorul garantat și păstrate de către practicianul în insolvență în vederea efectuării plății impozitului pe profit.

II. Situația conflictului de interese al creditorului reprezentat de soțul asociatului debitorului. Condițiile de validitate a deciziei comitetului creditorilor.

Nelegalitatea deciziei comitetului creditorilor atrage nelegalitatea hotărârii adunării creditorilor, care validează, cu nerespectarea legii, o hotărâre a comitetului creditorilor nelegală.

Dispozițiile art. 17 alin. 5 vizând conflictul de interese în cadrul comitetului creditorilor nu pot fi extinse prin analogie în cazul adunării creditorilor.

Legiuitorul a prevăzut pentru valabilitatea deliberărilor comitetului creditorilor că este necesar să fie prezenți la ședință toți membrii comitetului creditorilor, art. 17 alin.4 din Legea nr. 85/2006 folosind sintagma „ majoritatea simplă din totalul numărului de membri ai acestuia".

Excepția de la această regulă o constituie situația în care un membru al comitetului creditorilor se află, datorită interesului propriu, în conflict de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, astfel că, creditorul respectiv trebuie să se abțină de la vot. În această situație, majoritatea simplă necesară va viza nu totalul numărului de membri ai comitetului creditorilor, ci numai numărul de membri care nu se află în conflict de interese.

Nelegalitatea deciziei comitetului creditorilor, care este luată cu încălcarea dispozițiilor art. 17 alin. 2, 3, 4 și 5 din Legea nr. 85/2006 privind întrunirea comitetului creditorilor, condițiile de cvorum, majoritate și vot, conduce la nelegalitatea hotărârii adunării creditorilor, care validează, cu nerespectarea legii, o hotărâre a comitetului creditorilor nelegală.

Dispozițiile art. 17 alin. 5 vizând conflictul de interese în cadrul comitetului creditorilor nu pot fi extinse prin analogie în cazul adunării creditorilor.

Legea nr. 85/2006 prevede doar două situații în care creditorii sunt obligați să se abțină de la vot,

respectiv art. 17 alin. 5 vizând comitetul creditorilor și art. 100 alin. 5 privind votul asupra planului de reorganizare, texte care sunt de strictă interpretare.

Orice îngrădire a dreptului de vot al creditorului în cadrul adunării creditorilor trebuie prevăzută expres.

Prin sentința nr. 155 din data de 14.03.206, Tribunalul Olt – Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal a respins excepția inadmisibilității contestației.

A admis contestația formulată de contestatorul BGSGSA în nume propriu si pt. sucursala Slatina din Grupul Grupului Craiova în contradictoriu cu debitorul SC MSRL prin administrator judiciar EISPRLFB și intimații AJFPOLT – DGFPC, CAOS.A., SCKPLSRL, LRSRL, SCBTRSRL, BSIFNS.A., ILRIS.A., BRS.A., BGMSRL prin administrator judiciar AMLRCIPURL BM, BT, YTSRL, PSGSRL, CVS.A. ESRL prin BCI, CNCIR, FNGCIMM IFN S.A, OUAIPO, BSA, PS, PPO, ABO, AFM, AFRAFER și a dispus desființarea ca nelegală a hotărârii adunării creditorilor din data de 17.07.2015 și a constatat incompatibilitatea creditorilor OUAI PO, BG, BT și SCBGMSRL, respectiv dreptul de a vota.

Pentru a hotărî astfel, tribunalul a respins excepția invocată de debitoarea SCMSRL a inadmisibilității contestației formulate, pentru următoarele considerente:

Potrivit dispoz. art. 17 pct. 6 din Legea 85/2006" împotriva acțiunilor, măsurilor și deciziilor luate de comitetul creditorilor, orice creditor poate formula contestația la adunarea creditorilor în termen de 5 zile de la luarea acestora".

Din actele dosarului rezultă că ședința comitetului creditorilor s-a desfășurat la data de 02.07 2015, dată la care a fost încheiat procesul verbal, și, în temeiul art. 17 alin. 6 din lege, în termen legal, a fost formulată contestație la adunarea creditorilor.

Contestația a fost formulată în termen, fiind parcurși toți pașii prevăzuți de lege cu privire la formularea contestației, astfel că instanța a constatat că formularea contestației este legală și că nu este inadmisibilă, din moment ce calea de atac este prevăzută în mod expres de lege.

Mai mult decât atât, în Adunarea creditorilor din 17.07.2015 a fost adoptată o hotărâre, hotărâre ce a fost contestată în temeiul art. 14 alin. 7 din Legea 85/2006.

Pe fondul cauzei, tribunalul a constatat contestația formulată ca fiind întemeiată și a dispus desființarea ca nelegală a hotărârii adunării creditorilor din data de 17.07.2015 și constarea incompatibilității creditorilor OUAIPO, BG, BT, SCBGMSRL, respectiv dreptul de a vota.

S-a reținut că, la cererea administratorului judiciar EISPRL FB, s-a desfășurat la data de 02.06.2015 ședința comitetului creditorilor ai debitoarei SCMSRL cu următoarea ordine de zi – desemnarea unui evaluator în vederea evaluării bunurilor mobile si imobile din patrimoniul societății MSRL în baza ofertelor de evaluare a societăților de evaluare NV SRL, CBRVA, FVCRL, ECSRL SI PDN.

Potrivit dispoz. art. 17 pct. 5 din Legea 85/2006 „ dacă un membru al comitetului creditorilor se află, datorită interesului propriu, în conflict de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, acesta se va abține de la vot".

În acest context, potrivit dispoz. art. 14 pct. 7 din lege, dacă se constată existența unui conflict de interese, hotărârea adunării creditorilor poate fi desființată de judecătorul sindic pentru nelegalitate, la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze acesta în procesul verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor îndreptățiți să participe la procedura insolvenței care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor.

Din conținutul procesului verbal al ședinței din data de 02.07.2015 s-a reținut că OPO reprezentată de președintele BG se afla în conflict de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, în sensul că președintele acestei organizații este soțul administratorului special al debitoarei SCMSRL, BT.

Urmare a contestației formulate de creditorul BRD, adunarea creditorilor a fost convocată de administratorul judiciar la data de 17.07.2015, având pe ordinea de zi prezentarea contestației formulate de creditoarea BRD împotriva procesului verbal al ședinței comitetului creditorilor din data de 02.07.2015, cu privire la votul creditoarei OUAIPO sub aspectul analizării incompatibilității raportat la prevederile art. 17 alin.

5 din Legea nr.85/2006 și la al doilea punct anularea, confirmarea sau modificare procesului verbal al ședinței comitetului creditorilor din data de 02.07.2015.

Instanța a constatat că în ședința din 17.07.2015, adunarea creditorilor, cu ignorarea dispoz. art. 17 alin. 5 din Legea 85/2006, a încălcat principiul incompatibilității, prin aceea că cei vizați nu s-au abținut de la vot, deși era dovedit interesul propriu, fiind în conflict de interese cu interesul celorlalți creditori participanți.

Împotriva acestei sentințe, au formulat recurs creditorii BT și BG, SCBGM prin administrator special BT, OUAIPO, criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie.

Recurentele creditoare SCBGM prin administrator special BT și BT, după expunerea istoricului cauzei, au arătat în motivele de recurs că judecătorul sindic nu a motivat respingerea excepției inadmisibilității contestației formulate, limitându-se la invocarea dispozițiilor art. 17 pct.5 din Legea nr. 85/2006.

În opinia recurentelor creditoare, contestația formulată de BGSG este inadmisibilă, în condițiile în care la data de 02.07.2015 nu s-a adoptat o decizie a comitetului creditorilor, ci s-a constatat, pe baza voturilor exprimate de doi creditori, membri ai comitetului creditorilor, imposibilitatea adoptării unei decizii.

Pe fondul cauzei s-a arătat că domnul BG nu este asociat în cadrul SC M, astfel încât nu este în conflict de interese cu societatea debitoare, că OUAIPO desemnată membru în comitetul creditorilor reprezentată prin BG este persoană diferită de persoana fizică BG și că este neîntemeiată susținerea privind incompatibilitatea domnului BG în calitate de reprezentant al OUAIPO, cu atât mai mult cu cât nu a fost adoptată o decizie în comitetul creditorilor.

Recurentele au susținut că argumentele care conduc la legalitatea ședinței comitetului creditorilor constituie argumente și cu privire la inexistența incompatibilității creditorilor în cadrul adunării creditorilor, precum și că soluția judecătorului sindic nu este susținută de un temei legal pentru conflictul de interese/incompatibilitate. În motivele de recurs, recurenta creditoare BT, a relatat pe scurt speța și considerentele din hotărârea atacată, criticând-o sub aspectul lipsei motivelor care au condus la soluția incompatibilității, cu privire la creditorul BT.

A precizat că Legea nr. 85/2006 nu interzice soțului asociatului debitorului să aibă calitatea de reprezentant al unuia dintre creditori.

A subliniat recurenta creditoare că, sub aspectul incompatibilității sale, nici creditoarea BRD în contestația formulată și nici judecătorul în hotărâre nu au expus motivele.

Recurentul creditor BG a reluat în motivele de recurs istoricul cauzei și a invocat faptul că instanța s-a pronunțat pe ceea ce nu s-a cerut, constatând incompatibilitatea creditorilor OUAIPO, BT, BG și SCBGM.

Totodată, a invocat contradicția între considerente și dispozitiv, precizând că, în cuprinsul hotărârii, judecătorul sindic a constatat legalitatea adunării hotărârii creditorilor din 17.07.2015, iar în dispozitiv a desființat hotărârea ca nelegală.

Recurentul creditor BG a invocat și lipsa motivării sentinței, în sensul că, din motivare nu rezultă temeiul conflictului de interese și nici probele pe care se bazează soluția. A susținut de asemenea, că, în cadrul comitetului creditorilor din 02.07.2015 nu s-a votat nici o măsură, acțiune sau decizie, astfel încât contestația creditoarei BRD este inadmisibilă.

Recurenta creditoare OUAIPO, în apelul calificat ulterior recurs, a reiterat motivele susținute de ceilalți recurenți privind nemotivarea hotărârii, lipsa temeiului privind incompatibilitatea în contextul în care nu există o interdicție în Legea nr. 85/2014 și inadmisibilitatea contestației creditoarei BRD.

Recurenta a argumentat legalitatea hotărârii comitetului creditorilor și a hotărârii adunării generale a creditorilor și prin prisma dispozițiilor Legii societăților comerciale potrivit cărora încălcarea obligației de abținere de la vot nu atrage nevaliditatea hotărârii, ci doar răspunderea pentru daune.

În opinia recurentei creditoare OUAI, ar fi existat incompatibilitatea OUAIPO pentru votul din comitetul creditorilor din data de 02.07.2015, doar dacă OUAI ar fi fost acționar la una din firmele de evaluare care și-au depus ofertele.

A precizat că BRD intenționează prin acțiunile sale să schimbe componența comitetului creditorilor, componență care a fost confirmată de judecătorul sindic.

Recurenta a invocat și faptul că instanța și-a depășit limitele cu care a fost investită, constatarea incompatibilității solicitate referindu-se la adunarea creditorilor din 17.07.2015, nu și la adunările creditorilor ulterioare sau viitoare.

La data de 23.05.2016, intimata creditoare BRD, a formulat întâmpinare la recursul formulat de SCBGMSRL.

Cu privire la excepția inadmisibilității contestației, a arătat că a contestat hotărârea adunării creditorilor din 17.07.2015, când s-a luat o hotărâre cu privire la votul din ședința comitetului creditorilor din 02.07.2015.

Sub aspectul conflictului de interese în care se află OUAIPO reprezentată de BG, intimata creditoare BRD a arătat că acesta există.

În opinia intimatei creditoare BRD, dispozițiile art. 17 alin.5 din Legea nr. 85/2006 ,se aplică prin analogie și în cazul adunării creditorilor.

La aceeași dată, intimata creditoare BRD, a formulat întâmpinare la recursul formulat de BG, arătând că instanța s-a pronunțat asupra a ceea ce s-a cerut, constatând existența incompatibilității în cazul mai multor creditori care au votat în adunarea creditorilor, că fraza din considerentele hotărârii privind legalitatea hotărârii reprezintă o simplă eroare materială și că soluția este motivată pe baza probelor de la dosarul cauzei, nefiind în contradicție cu nici o altă soluție pronunțată în cadrul procedurii de insolvență a debitoarei.

Intimata contestatoare, a formulat întâmpinare și la recursul formulat de recurenta OUAIPO, dezvoltând în cuprinsul întâmpinării motivele pentru care contestația formulată împotriva hotărârii adunării generale în care s-a decis cu privire la hotărârea comitetului creditorilor este admisibilă. A arătat că dispozițiile art. 17 alin.5 din Legea nr. 85/2006 se extind prin analogie și în cazul adunării creditorilor. A menționat că a formulat contestația în scopul deblocării procedurii, în condițiile în care comitetul creditorilor a fost în imposibilitatea numirii unui expert evaluator acreditat ANEVAR, urmare a atitudinii creditorului OUAI prin reprezentant BG și a lipsei constante a creditorului membru YTSRL.

Prin întâmpinarea formulată la recursul declarat de recurenta BT, intimata creditoare BRD a invocat aplicarea prin analogie a dispozițiilor art. 17 alin.5 din Legea nr. 85/2006 și adunării creditorilor. A precizat că a formulat contestația în scopul deblocării procedurii, deoarece, ca membru al comitetului creditorilor a fost în imposibilitatea numirii unui expert evaluator acreditat ANEVAR, urmare a atitudinii creditorului OUAI prin reprezentant BG și a lipsei constante a creditorului membru YTSRL.

Cu privire la motivele de recurs vizând soluția instanței de fond asupra excepției inadmisibilității contestației formulate de creditoarea BRD, Curtea a constatat că acestea sunt neîntemeiate, pentru următoarele considerente:

Art. 17 alin.6 din Legea nr. 85/2006, în forma incidentă în procedura privind pe debitoare, prevede că acțiunile, măsurile și deciziile luate de comitetul creditorilor pot fi contestate de orice creditor la adunarea creditorilor, în termen de 5 zile de la luarea acestora, iar art. 14 alin.7 din Legea nr. 85/2006 prevede că hotărârile adunării generale a creditorilor pot fi contestate la judecătorul sindic.

În speță, creditorul BRD – GSGSA a formulat, în termenul arătat, contestație împotriva procesului verbal încheiat ca urmare a desfășurării ședinței comitetului creditorilor din data de 02.07.2015, prin care s-a constatat imposibilitatea adoptării unei decizii referitoare la desemnarea unui evaluator al bunurilor din patrimoniul debitoare SCMSRL, pe baza voturilor exprimate de creditorii OUA SRL și BRDGS SA, care au solicitat fiecare desemnarea unui alt evaluator. Ulterior, hotărârea adunării creditorilor a fost contestată la judecătorul sindic.

Ca urmare, BRD – GSG a respectat dispozițiile Legii nr. 85/2006, contestând inițial la adunarea creditorilor decizia comitetului creditorilor din data de 02.07.2015 și, apoi, la judecătorul sindic, hotărârea adunării generale a creditorilor din 17.07.2015, această din urmă contestație fiind admisibilă.

În contextul în care a avut loc o ședință a comitetului creditorilor, în cadrul căreia s-a discutat numirea unui evaluator al bunurilor debitoarei și nu s-a numit evaluatorul, constatându-se imposibilitatea numirii, orice creditor are, potrivit dispozițiilor art. 17 alin.6 din Legea nr. 85/2006, deschisă calea contestației la decizia adoptată în comitetul creditorilor.

Susținerile potrivit cărora, nu există o decizie a comitetului creditorilor care să fie contestată, nu pot fi reținute întrucât, există o decizie ce privește faptul că nu a fost numit un evaluator, decizie care produce consecințe cu privire la întreaga procedură de insolvență a debitorului, blocată tocmai prin imposibilitatea evaluării și valorificării bunurilor pentru atingerea scopului procedurii, acela al acoperirii pasivului.

Referitor la celelalte motive de recurs invocate de recurenții BT, BG, SCBGM prin administrator special BT, OUAIPO ca argumente privind inexistența incompatibilității lor, legalitatea adunării generale a creditorilor din data de 17.07.2015 și, implicit, a deciziei comitetului creditorilor din 02.07.2015, precum și la apărările intimatei BRDGSGSA invocate în întâmpinări, care au fost analizate grupat, Curtea a reținut:

Potrivit art. 14 alin.7 din Legea nr. 85/2006, hotărârile adunării creditorilor sunt supuse controlului judecătoresc la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii și au solicitat ca votul negativ să se consemneze în procesul – verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor îndreptățiți să participe la procedura insolvenței care au lipsit motivat de la ședință.

Ca urmare, judecătorul sindic poate desființa o hotărâre a adunării creditorilor pentru nelegalitate, temeiurile de desființare fiind doar cele referitoare la încălcarea dispozițiilor Legii nr. 85/2006 și/sau încălcarea procedurii obligatorii prevăzute de art. 13, 14 și 15 din lege, deci motive de nelegalitate, și nu de netemeinicie.

Așa cum s-a arătat, creditorul BRD – GSG SA a contestat la adunarea generală a creditorilor, în termenul prevăzut de lege, procesul verbal încheiat ca urmare a desfășurării ședinței comitetului creditorilor din data de 02.07.2015, prin care s-a constatat imposibilitatea adoptării unei decizii referitoare la desemnarea unui evaluator al bunurilor din patrimoniul debitoarei SCMSRL pe baza voturilor exprimate de creditorii OUAISRL și BRDGSGSA, care au solicitat fiecare desemnarea unui alt evaluator.

Adunarea generală a creditorilor, analizând contestația creditorului BRD –GSGSA din punctul de vedere al conflictului de interese al creditorului OUAI reprezentat de BG, a confirmat procesul-verbal al comitetului creditorilor din data de 02.07.2015, prin hotărârea din 17.07.2015.

Creditorul BRD – GSGSA, care a votat în adunarea creditorilor împotriva confirmării procesului-verbal al comitetului creditorilor din data de 02.07.2015, a contestat la judecătorul sindic hotărârea din 17.07.2015.

În speță, se impune verificarea dacă hotărârea luată în adunarea creditorilor, în care s-a analizat contestația formulată de creditorul BRD împotriva procesului verbal al ședinței comitetului creditorilor din data de 02.07.2015 cu privire la votul creditorului OUAI și prin care s-a confirmat procesul-verbal al comitetului creditorilor, este legală prin prisma prevederilor Legii nr. 85/2006.

Legea nr. 85/2006 reglementează în art. 17 comitetul creditorilor, stabilind că acesta se întrunește, de regulă, lunar, sau ori de câte ori este necesar, la cererea administratorului judiciar/lichidatorului, sau a cel puțin doi dintre membrii comitetului creditorilor.

Ședințele comitetului creditorilor se desfășoară, după caz, în prezența administratorului judiciar sau a lichidatorului. În urma acestora, se încheie un proces-verbal, în care se consemnează conținutul dezbaterilor și ce hotărâre s-a luat.

Pentru valabilitatea hotărârilor este necesar votul unei majorități simple din totalul membrilor comitetului creditorilor.

Legiuitorul a prevăzut pentru valabilitatea deliberărilor comitetului creditorilor, că este necesar să fie prezenți la ședință toți membrii comitetului creditorilor, art. 17 alin.4 din Legea nr. 85/2006 folosind sintagma „ majoritatea simplă din totalul numărului de membri ai acestuia”.

Pentru validitatea deliberărilor, legiuitorul a stabilit că este necesară o majoritate de jumătate plus unu din totalul membrilor comitetului, iar nu din totalul membrilor prezenți.

Excepția de la această regulă, o constituie situația în care un membru al comitetului creditorilor se află, datorită interesului propriu, în conflict de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, astfel că, creditorul respectiv trebuie să se abțină de la vot. În această situație majoritatea simplă necesară va viza nu totalul numărului de membri ai comitetului creditorilor, ci numai numărul de membri care nu se află în conflict de interese.

În consecință, din interpretarea coroborată a dispozițiilor legale rezultă clar că în situația în care un creditor, membru al comitetului creditorilor se află, datorită interesului propriu, în conflict de interese, cu interesul concursual al celorlalți creditori din cadrul procedurii de insolvență a debitorului, acel creditor are obligația abținerii de la vot.

Or, interesul creditorului OUAI reprezentat de BG este unul diferit de cel al celorlalți creditori, având în vedere calitatea reprezentantului BG de soț al asociatului debitoarei.

Raportat la existența conflictului de interese al creditorului OUAI, decizia comitetului creditorilor din data de 02.07.2015 trebuia luată cu majoritate simplă din numărul membrilor comitetului creditorilor, în care nu se socotește și creditorul aflat în conflict de interese, respectiv OUAI reprezentat de BG.

În acest context, decizia comitetului creditorilor din data de 02.07.2015 apare ca nelegală.

Nelegalitatea deciziei comitetului creditorilor din 02.07.2015, care este luată cu încălcarea dispozițiilor art. 17 alin. 2, 3, 4 și 5 din Legea nr. 85/2006 privind întrunirea comitetului creditorilor, condițiile de cvorum, majoritate și vot, conduce cu evidență la nelegalitatea hotărârii adunării creditorilor din data de 17.07.2015, care validează, cu nerespectarea legii, o hotărâre a comitetului creditorilor nelegală.

Ca urmare, și hotărârea adunării creditorilor din data de 17.07.2015 este nelegală, astfel încât soluția judecătorului sindic de anulare a acestei hotărâri este corectă, pentru considerentele expuse, care le vor substitui pe cele ale instanței de fond.

Cât privește aplicabilitatea dispozițiilor art. 17 alin. 5 vizând conflictul de interese în cadrul comitetului creditorilor, Curtea a apreciat că acestea nu pot fi extinse prin analogie în cazul adunării creditorilor.

Art.14 din Legea nr. 85/2006 reglementează în detaliu convocarea și deliberarea în cadrul adunării creditorilor, fără să prevadă vreo situație în care un creditor ar trebui să se abțină de la vot. Același art. 14 alin.7 reglementează acțiunea în anularea hotărârii adunării creditorilor, pentru motive de nelegalitate și nu cuprinde vreo referire la motive legate de un posibil conflict de interese.

Legea nr. 85/2006 prevede doar două situații în care creditorii sunt obligați să se abțină de la vot, respectiv art. 17 alin.5 vizând comitetul creditorilor și art. 100 alin. 5 privind votul asupra planului de reorganizare, texte care sunt de strictă interpretare, întrucât cuprind limitări ale dreptului de vot recunoscut tuturor creditorilor îndreptățiți să participe la procedură în sensul art. 3 pct.8 din Legea nr. 85/2006.

Orice îngrădire a dreptului de vot al creditorului în cadrul adunării creditorilor trebuie prevăzută expres.

Prin urmare, în lipsa unei obligații de a se abține de la vot, creditorul aflat în conflict de interese ca membru al comitetului creditorilor poate vota în cadrul adunării creditorilor, votul său fiind unul valabil exprimat.

Pentru motivele expuse, Curtea a admis recursurile, a modificat în parte sentința și a înlăturat mențiunea de constatare a incompatibilității creditorilor OUAIPO, BG, BT și SCBGMSRL, respectiv a dreptului de a vota în cadrul adunării creditorilor și a menținut celelalte dispoziții ale sentinței (Decizia nr. 169 din data de 13.09.2016 pronunțată de Curtea de Apel Craiova în dosarul nr. 1055/104/2012/a4).

III. Încuviințarea unor măsuri de protecție corespunzătoare a creanțelor unui creditor garantat prin constituirea unor garanții suplimentare în temeiul art. 39 din Legea nr. 85/2006, anterior formulării unei cereri de ridicare a suspendării și lichidare a bunurilor, obiect al garanției, care să fi fost respinsă de judecătorul sindic. Inadmisibilitate.

Legiuitorul a prevăzut posibilitatea adoptării unor măsuri de protecție corespunzătoare a creanței garantate ca un paliativ, în cazul în care, cererii creditorului, de ridicare a suspendării și lichidare a bunurilor obiect al garanției, care nu se încadrează în categoria celor prevăzute la art. 39 alin.1 lit.A, nu îi sunt aplicabile dispozițiile alin.1 lit. B ale aceluiași text de lege și această cerere este respinsă.

Dispozițiile art. 39 alin.1 din Legea nr. 85/2006 statuează că și în cazul eventualei diminuării a valorii obiectului garanției, creditorul garantat poate beneficia de facilități numai în ipoteza și cu condiția existenței unei cereri de ridicare a suspendării și valorificare a obiectului garanției respinse.

Prin sentința nr.101/2016 din 24 martie 2016, pronunțată de Tribunalul Mehedinți Secția a II-a Civilă,

de Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr.9089/101/2013/a136, s-a respins cererea formulată de reclamanta GB S.A. împotriva pârâtei RAAN - prin administrator judiciar T & A SPRL.

Pentru a hotărî astfel, judecătorul sindic de la Tribunalul Mehedinți a reținut că, prin încheierea din data de 18.09.2013, pronunțată de Tribunalul Mehedinți în dosarul nr.9089/101/2013, s-a dispus deschiderea procedurii generale de insolvență împotriva debitoarei RAAN.

Judecătorul sindic a constatat că, reclamanta GB S.A. este creditor garantat și figurează în tabelul creditorilor, constituit împotriva debitoarei RAAN, cu suma de 73.904.875,09 lei.

A reținut judecătorul sindic că, prin cererea pendinte, se solicită acordarea unei protecții corespunzătoare a creanței garantate a reclamantei GB S.A., prin constituirea unor garanții, care să înlocuiască garanțiile asupra unor creanțe, ce proveneau din contractele de furnizare cesionate de către RAAN, în favoarea acesteia, prin contractul de cesiune de creanțe nr. 12.082/31.03.2011.

Judecătorul sindic a avut în vedere dispozițiile art. 39 din Legea nr.85/2006, potrivit cărora: „(1) Creditorul titular al unei creanțe garantate cu ipotecă, gaj sau altă garanție reală mobiliară ori drept de retenție de orice fel poate solicita judecătorului-sindic ridicarea suspendării prevăzute la art. 36 cu privire la creanța sa și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 116 - 118 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 121 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă garanția sau dreptul de retenție, în una dintre următoarele situații:

A. atunci când valoarea obiectului garanției, determinată de un evaluator conform standardelor internaționale de evaluare, este pe deplin acoperită de valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu acel obiect:

a) obiectul garanției nu prezintă o importanță determinantă pentru reușita planului de reorganizare propus;

b) obiectul garanției face parte dintr-un ansamblu funcțional, iar prin desprinderea și vânzarea lui separată, valoarea bunurilor rămase nu se diminuează;

B. atunci când nu există o protecție corespunzătoare a creanței garantate în raport cu obiectul garanției, din cauza:

a) diminuării valorii obiectului garanției sau existenței unui pericol real ca aceasta să sufere o diminuare apreciabilă;

b) diminuării valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior, ca urmare a acumulării dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel la o creanță garantată cu rang superior;

c) lipsei unei asigurări a obiectului garanției împotriva riscului pieirii sau deteriorării.

(2) În cazurile prevăzute la alin. (1) lit. B, judecătorul-sindic va putea respinge cererea de ridicare a suspendării formulată de creditor, dacă administratorul judiciar/debitorul propune în schimb adoptarea uneia sau mai multor măsuri menite să ofere protecție corespunzătoare creanței garantate a creditorului, precum:

a) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru acoperirea diminuării valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior;

b) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru satisfacerea dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel și, respectiv, pentru reducerea capitalului creanței sub cota de diminuare a valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior;

c) novația obligației de garanție prin constituirea unei garanții suplimentare, reale sau personale ori prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

(3) Reclamantul, într-o cerere de ridicare a suspendării, trebuie să facă dovada faptului prevăzut la alin. (1) lit. A.b), rămânând debitorului/administratorului sau altei părți interesate sarcina producerii dovezii contrare și, respectiv, a celorlalte elemente."

Judecătorul sindic a constatat că, aceste prevederi reprezintă o limitare a regulii suspendării legale, instituită de art. 36 din lege, în favoarea anumitor creditori, respectiv a titularilor de creanțe garantate cu ipotecă, gaj sau altă garanție reală mobiliară ori drept de retenție de orice fel.

A considerat judecătorul sindic că este neîndoielnic că reclamanta este unul dintre creditorii vizați

de textul legal, însă a reținut că facilitatea acordată de legiuitor acestora este posibilitatea ridicării suspendării și valorificarea imediată a acestuia.

Judecătorul sindic a reținut că, inexistența unei protecții corespunzătoare și acordarea acesteia, astfel cum solicită reclamanta GB S.A., reprezintă una dintre condițiile prevăzute de legiuitor, pentru a putea deveni aplicabilă măsura ridicării suspendării.

Judecătorul sindic a apreciat că nici pe fond nu este întemeiată cererea.

Astfel, judecătorul sindic a reținut că, din probatoriu, a rezultat că, la data declarației de creanță reclamanta avea constituite următoarele garanții:

a) Ipoteca asupra stocului de apa grea in valoare de minim 93.000.000 lei, conform Contractului de garanție mobiliara 12.081 /27.06.2011;

b) Ipoteca asupra tuturor disponibilităților bănești prezente si viitoare, aflate in conturile curente deschise de RAAN la GB S.A., conform Contractului de garanție reala mobiliara nr. 12080/31.03.2011;

c) Ipoteca asupra bunurilor aflate in proprietatea RAAN, constând in echipamente necesare desfășurării obiectului de activitate, conform Contractului de garanție reala mobiliara nr. 18608/29.11.2012;

d) Ipoteca asupra creanțelor rezultate din contractele menționate in Anexa 1 la Contractul de cesiune de creanțe nr. 12.082/31.03.2011.

Judecătorul sindic a constatat că, reclamanta GB S.A. a fost înscrisă în tabelul creditorilor cu o creanță în sumă de 73.904.874,09 lei și că numai ipoteca asupra stocului de apă grea este în valoare de minim 93.000.000 lei, conform contractului de garanție mobiliară nr.12081/27.06.2011, deci cu mult peste valoarea creanței acesteia, astfel încât a considerat că nu se impune adoptarea uneia sau mai multor măsuri de protecție a creanței garantate.

Constatând că nu sunt îndeplinite cerințele legale prevăzute de art. 39 din Legea nr.85/2006, judecătorul sindic a respins cererea formulată de reclamanta GB S.A.

Împotriva sentinței pronunțate de judecătorul sindic de la Tribunalul Mehedinți, a declarat apel, în termen legal, reclamanta GB S.A., criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie.

În motivele de apel, reclamanta GB S.A. a susținut că, a fost înscrisă la masa credală a debitoarei RAAN cu o creanță în cuantum de 63.306.020,92 lei, garantată cu ipoteci asupra unor bunuri mobile ale debitoarei, menționate în contractul de cesiune de creanță nr.12082 din 31.03.2011, constând în ipotecă asupra stocului de apă grea, a tuturor disponibilităților bănești prezente și viitoare, aflate în conturile curente și asupra echipamentelor necesare desfășurării obiectului de activitate, aflate în proprietatea debitoarei.

Apelanta reclamanta GB S.A a mai susținut că, prin hotărârea pronunțată, judecătorul sindic a reținut, în mod eronat, că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art.39 din Legea nr.85/2006, fără a analiza, în mod concret, dispozițiile art.2 pct.2 din contractul de cesiune de creanță nr.12082 din 31.03.2011, în care se menționează expres obligația debitoarei de a constitui alte garanții pentru aceasta, în cazul în care contractele de furnizare încetează fie din culpa debitoarei RAAN, fie din alte motive, neimputabile acesteia.

În aceste condiții, a invocat apelanta reclamantă GB S.A, majoritatea contractelor de furnizare, încheiate de debitoarea RAAN, din care rezultau creanțele cedate, au fost valabile până la data de 31.12.2013, astfel că nu au încetat nici anterior și nici ulterior intrării debitoarei în insolvență, iar, în refuzul de a respecta prevederile contractuale privitoare la înlocuirea garanțiilor pentru creditul acordat, debitoarea s-a prevalat de lipsa unui acord al judecătorului sindic.

Apelanta reclamantă GB S.A a arătat că, valoarea ipotecilor s-a diminuat ca urmare a încetării contractelor de furnizare, cesionate în favoarea sa, iar, în prezent, creanța nu mai beneficiază de o protecție corespunzătoare, în raport cu obiectul garanției, astfel că se impune reîntregirea valorilor garanțiilor, până la un nivel cel puțin egal cu nivelul obligațiilor de plată ale debitoarei.

În cauză nu s-a depus întâmpinare.

Analizând sentința pronunțată de judecătorul sindic de la Tribunalul Mehedinți prin prisma motivelor de apel invocate și a dispozițiilor legale incidente în cauză, Curtea a constatat că apelul este nefondat, pentru considerentele ce urmează:

Prin cererea introductivă promovată la data de 13 ianuarie 2016, apelanta reclamantă GB S.A. a solicitat, în temeiul art.39 alin.2 din Legea nr.85/2006, încuviințarea unor măsuri de protecție corespunzătoare a creanțelor sale garantate, prin constituirea unor garanții, care să înlocuiască garanția asupra unor creanțe, conform contractului de cesiune de creanțe nr.12082, încheiat la data de 31.03.2011.

În conformitate cu dispozițiile art.39 alin.1 din Legea nr.85/2006, creditorul titular al unei creanțe garantate cu ipotecă, gaj sau altă garanție reală mobiliară ori drept de retenție de orice fel poate solicita judecătorului-sindic ridicarea suspendării prevăzute la art. 36 cu privire la creanța sa și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 116 - 118 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 121 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă garanția sau dreptul de retenție, în una dintre situațiile prevăzute expres și limitativ la lit.A, în condițiile a) - b) și lit.B, în condițiile a) - c).

De asemenea, potrivit alineatului 2 al art.39 din Legea nr.85/2006, în cazurile prevăzute la alin. (1) lit. B, judecătorul-sindic a respins cererea de ridicare a suspendării formulată de creditor, dacă administratorul judiciar/debitorul propune în schimb adoptarea uneia sau mai multor măsuri menite să ofere protecție corespunzătoare creanței garantate a creditorului, precum cea prevăzută la lit.a) - c).

Textele de lege invocate, consacră o excepție de la regula suspendării de drept a tuturor acțiunilor judiciare și extrajudiciare și statuează, cu valoare de principiu, că judecătorul sindic are posibilitatea să încuviințeze cererea creditorilor cu creanțe garantate de ridicare a suspendării și de lichidare a obiectului garanției, în condițiile impuse și în cazurile limitativ și expres prevăzute.

De asemenea, textul de lege prevede și posibilitatea respingerii cererii de ridicare a suspendării, pe care au formulat-o creditorii cu creanțe garantate și de lichidare a obiectului garanției.

Această situație este posibilă doar în ipoteza și cu condiția ca judecătorul sindic, după ce analizează că bunurile obiect al garanției, pentru care se solicită ridicarea suspendării și lichidarea lor, nu se încadrează în categoria celor prevăzute la art.39 alin.1 lit.A și că sunt incidente prevederile alin.1 lit.B, să dispună respingerea cererii, iar, ca un paliativ, debitorul sau administratorul judiciar propun adoptarea unor măsuri de protecție corespunzătoare a creanței garantate, prevăzute la alin.2 lit.a) – c) ale acestui text de lege.

În speță, Curtea a constatat că, cerințele legale prevăzute de textul de lege incident în cauză, art.39 din Legea nr.85/2006, pentru adoptarea unor măsuri de protecție corespunzătoare creanței garantate a apelantei reclamante GB S.A., nu sunt îndeplinite, concluzia judecătorului sindic fiind corectă.

Într-adevăr, apelanta creditoare GB S.A. se înscrie în sfera creditorilor garantați, vizați de norma legală invocată, însă, astfel cum s-a relevat, pentru adoptarea unor măsuri de protecție corespunzătoare creanței sale garantate, legea reglementează această posibilitate (doar) numai în ipoteza existenței unei cereri a apelantei reclamante, de ridicare a suspendării și lichidarea bunurilor obiect al garanției, respinsă de judecătorul sindic.

În speță, Curtea a constatat că, apelanta reclamantă GB S.A. nu a făcut dovada că a formulat o cerere de ridicare a suspendării și de valorificare a bunurilor ce fac obiectul garanției, așa cum prevede, în mod obligatoriu, dispoziția legală invocată și nici că o eventuală astfel de cerere a fost respinsă, conform cerinței legale.

În acest context, Curtea a constatat că sunt nefondate criticile formulate de apelanta reclamantă GB S.A., ce vizează îndeplinirea condițiilor legale pentru acordarea unor garanții suplimentare, întrucât apelanta reclamantă nu poate beneficia de facilitățile reglementate de dispozițiile art.39 alin.2 lit.a)-c) din Legea nr.85/2014, de a acorda măsuri de protecție corespunzătoare creanțelor sale garantate, chiar în cazul eventualei diminuări a valorii obiectului garanției, în condițiile inexistenței unei cereri respinse, având ca obiect ridicarea suspendării și valorificarea obiectului garanției, formulată de această creditoare.

De altfel, în situația diminuării valorii obiectului garanției, apelanta reclamantă are posibilitatea, conferită de lege, art.39 alin.1 lit.A și B din Legea nr.85/2014, de a solicita ridicarea suspendării și valorificarea imediată a bunurilor ce fac obiectul garanției.

De asemenea, Curtea a constatat că sunt nefondate și criticile apelantei reclamante GB S.A., ce vizează neanalizarea dispozițiilor art.2 pct.2 din Legea nr.85/2014 din contractul de cesiune de creanță

nr.12082 încheiat cu debitoarea RAAN, întrucât o eventuală răspundere contractuală, în temeiul convenției încheiate de părți, conform dreptului comun, poate fi angajată potrivit art.342 alin.1 din Legea nr.85/2014, numai în măsura compatibilității acestor clauze cu dispozițiile Legii insolvenței, lege specială, derogatorie de la dreptul comun, întrucât debitoarea nu se mai află în perioada de desfășurare normală a activității economice, ci este supusă procedurii de executare, reglementată de Legea nr.85/2014, fiindu-i aplicabile dispozițiile acestei legi.

În consecință, având în vedere considerentele expuse și textele de lege invocate, Curtea a constatat că apelul este nefondat și, în temeiul art.480 alin.1 Cod procedură civilă, l-a respins (Decizia nr. 692 din data de 13 septembrie 2013 pronunțată de Curtea de Apel Craiova în dosarul nr. 9089/101/2013/a136).

IV. Acțiune pentru obligarea la despăgubiri a administratorului/lichidatorului ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii cu întârziere a atribuțiilor legale în cadrul procedurii de insolvență. Cale de atac.

Trimiterea textului art. 22 alin.5 la dispozițiile art. 108[4] și 108[5] din Codul de procedură civilă 1865 instituie o procedură derogatorie de la prevederile art. 8 alin.1 din Legea nr. 85/2006.

Împotriva încheierii de obligare la plata de despăgubiri, administratorul judiciar/lichidatorul are deschisă doar calea cererii de reexaminare, în termen de 15 zile de la pronunțare/comunicare, la judecătorul sindic, prin care poate solicita să se revină asupra despăgubirii sau să se reducă cuantumul despăgubirii.

Împotriva încheierii prin care s-a respins cererea de stabilire a despăgubirii, persoana interesată nu poate exercita nici o cale de atac, prevederile privind aplicabilitatea dispozițiilor art. 108[4] și 108[5] din Codul de procedură civilă 1865 fiind exprese și conferind posibilitatea formulării cererii de reexaminare numai celui obligat la despăgubire.

Prin sentința nr. 275 din data de 25.05.2006, Tribunalul Gorj – Secția a II-a Civilă a admis excepția autorității de lucru judecat și excepția prescripției dreptului material la acțiune.

A respins acțiunea în răspundere civilă delictuală, formulată de reclamantul TI în contradictoriu cu TSPRL lichidator al debitoarei SCERSRL.

Împotriva acestei sentințe a formulat recurs reclamantul TI, criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie.

În motivele de recurs, recurentul reclamant TI a criticat sentința atacată, arătând că este lipsită de temei legal, a fost dată cu încălcarea și aplicarea greșită a legii și cuprinde motive contradictorii sau străine de natura pricinii.

Recurentul a expus faptele care, în opinia sa, atrag răspunderea materială a lichidatorului judiciar pentru prejudiciile cauzate creditorului și debitorului, în cadrul administrării procedurii, prin neîndeplinirea sau îndeplinirea cu întârziere a atribuțiilor legale.

Recurentul a subliniat că judecătorul sindic a reținut greșit incidența în cauză a autorității de lucru judecat și a prescripției.

La data de 19.09.2016, lichidatorul judiciar TSPRL a depus întâmpinare, solicitând respingerea recursului declarat de recurent și menținerea hotărârii pronunțate de judecătorul sindic ca temeinică și legală.

Analizând cu prioritate excepția inadmisibilității recursului, Curtea a reținut următoarele:

Cererea reclamantului privind obligarea lichidatorului judiciar TSPRL la acoperirea prejudiciului produs averii debitoarei SCERSRL, ca urmare a neîndeplinirii sau a îndeplinirii cu întârziere a atribuțiilor legale în cadrul procedurii de insolvență a acestei debitoare, a fost întemeiată pe dispozițiile art. 22 alin. 4 din Legea nr. 85/2006.

Prin sentința nr. 275 din 25 mai 2016, Tribunalul GORJ – Secția a II-a Civilă a admis excepțiile autorității de lucru judecat și prescripției și a respins acțiunea în răspundere civilă delictuală, formulată de reclamantul TI împotriva lichidatorului TSPRL.

Raportat la temeiul invocat de reclamant în cererea de chemare în judecată și la soluția pronunțată

de judecătorul sindic, Curtea a constatat că excepția inadmisibilității este întemeiată pentru considerentele expuse în continuare:

Potrivit dispozițiilor art. 22 alin. 4 din Legea nr. 85/2006 răspunderea administratorului/lichidatorului poate fi antrenată la cererea oricărei părți interesate.

Alineatul 5 al aceluiași articol stabilește că în cazul despăgubirilor prevăzute la alin. 4, se aplică în mod corespunzător dispozițiile art. 108^4 și 108^5 din Codul de procedură civilă 1865.

Trimiterea textului art. 22 alin.5 la dispozițiile art. 108^4 și 108^5 din Codul de procedură civilă 1865, instituie o procedură derogatorie de la prevederile art. 8 alin.1 din Legea nr. 85/2006.

Din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 22 alin.4 și 5 din Legea nr. 85/2006 cu dispozițiile art. 108^4 și 108^5 din Codul de procedură civilă 1865, rezultă că, împotriva încheierii de obligare la plata de despăgubiri, prin derogare de la prevederile art. 8 alin.1 din Legea nr. 85/2006, administratorul judiciar/lichidatorul are deschisă doar calea cererii de reexaminare, în termen de 15 zile de la pronunțare/comunicare, la judecătorul sindic, prin care poate solicita să se revină asupra despăgubirii sau să se reducă cuantumul despăgubirii.

Totodată, rezultă că, împotriva încheierii prin care s-a respins cererea de stabilire a despăgubirii, persoana interesată nu poate exercita nici o cale de atac, prevederile privind aplicabilitatea dispozițiilor art. 108^4 și 108^5 Cod de procedură civilă 1865 fiind exprese și conferind posibilitatea formulării cererii de reexaminare numai celui obligat la despăgubire.

Pentru aceste considerente, Curtea a respins recursul ca inadmisibil.

Având în vedere soluția de respingere a recursului ca inadmisibil, criticile recurentului vizând fondul nu au mai fost analizate (decizia nr. 172 din data de 20.09.2016, pronunțată de Curtea de Apel Craiova – Secția a II-a Civilă în dosarul nr. 325/95/2005/a6).

Prescripția dreptului de a cere executarea silită sub imperiul noului Cod de procedură civilă a unui titlu executoriu obținut anterior intrării sale în vigoare

Judecător Carmen Adrian Domocoș[1]
Președintele Tribunalului Bihor

I. Prin sentința civilă nr. 11107/2015 a Judecătoria Oradea, s-a admis în parte contestația la executare formulată de contestatoarea în contradictoriu cu intimata SC E SA, și, în consecință s-a anulat în parte încheierea de stabilire a cheltuielilor de executare nr. 1 din 22.09.2015 din dosarul execuțional nr. 608/2015 al B.E.J. Gîrdan Marius Florin, în sensul că dispune reducerea cheltuielilor de executare după cum urmează: comunicare acte de procedură de la 496 lei la 24,8 lei, consultații în legătură cu constituirea dosarului execuțional de la 248 lei la 24,8 lei și onorariu executor judecătoresc de la 2.513,48 lei la 571,07 lei; s-au menținut celelalte acte de executare silită și celelalte cheltuieli de executare stabilite prin încheierea nr. 1 din 22.09.2015.

Instanța a respins cererea contestatoarei de anulare a executării silite înseși; a obligat intimata la plata către contestatoare a sumei de 200 lei reprezentând cheltuieli de judecată constând în onorariul avocațial; respins cererea contestatoarei de restituire a taxei judiciare de timbru ca prematur introdusă; a luat act că intimata nu a solicitat cheltuieli de judecată.

Pentru a pronunța această hotărâre, instanța de fond a reținut următoarele:

II. Prin sentința civilă nr. 1776/02.02.2012 pronunțată în dosarul nr.8950/271/2005* de Judecătoria Oradea, definitivă prin Decizia civilă nr. 1017/R/02.12.2014 a Tribunalului Bihor, s-a admis cererea de întoarcere a executării silite, contestatoarea fiind obligată să restituie intimatei suma de 12.651 lei actualizată cu rata inflației de la data primirii până la data restituirii. Din considerentele sentinței civile a Judecătoriei Oradea reiese că această sumă a fost achitată contestatoarei de intimată în baza sentințelor civile nr. 830/C/2003 și nr.791/C/2004 ale Tribunalului Bihor.Aceste hotărâri au fost modificate prin deciziile nr.320/2005 și nr.321/2005 ale Curții de Apel Oradea.

III. Prin cererea nr. 4513/14.08.2015, înregistrată la BEJ Gîrdan Marius Florin în data de 21.08.2015 în dosarul execuțional nr. 608/E/2015, intimata a formulat cerere de punere în executare a hotărârilor judecătorești pentru suma de 20.144,95 lei, reprezentând: 18.908,95 lei plăți compensatorii efectuate conform OUG nr. 98/1999 actualizate cu rata inflației până la data de 31.03.2015 și 1.236 lei cheltuieli de judecată nedatorate reprezentând onorariu expert.

Constituind cea de-a doua fază a procesului civil, **executarea silită** trebuie să se desfășoare cu respectarea strictă a prevederilor art. 622 și urm. C.pr.civ. Încălcarea unor astfel de dispoziții deschide părții interesate posibilitatea de a formula contestație la executare prin intermediul căreia pot fi invocate, în principiu, numai aspecte legate de pretinsele neregularități săvârșite de reprezentantul forței publice.

În cadrul **contestației la executare**, potrivit art. 622 și urm. C.pr.civ., cei interesați sau vătămați prin executare pot solicita anularea actelor de executare întocmite cu nerespectarea dispozițiilor legale, pot invoca apărări de fond împotriva titlului executoriu care nu este emis de către o instanță judecătorească și pot invoca excepții.

---

[1] *Lector univ.dr. la Facultatea de Drept din cadrul Universității din Oradea*

Potrivit art.632 alin. 1 C.pr.civ., executarea silită se poate face numai în temeiul unui **titlu executoriu**, iar conform alin. 2, constituie titluri executorii hotărârile prevăzute la art.633, hotărârile cu executare provizorie, hotărârile definitive, precum și orice alte hotărâri sau înscrisuri care, potrivit legii, pot fi puse în executare.

Art. 633 pct. 2 C.pr.civ., prevede că sunt hotărâri executorii hotărârile date în primă instanță, fără drept de apel, ori cele în legătură cu care părțile au convenit să exercite direct recursul, potrivit art. 359 alin. 2.

De asemenea, art.663 alin. 1 C.pr.civ., executarea silită nu se poate face decât dacă creanța este certă, lichidă și exigibilă.

Pe de altă parte, art. 706 C.pr.civ. prevede că dreptul de a obține executarea silită se prescrie în termen de 3 ani, dacă legea nu prevede altfel și că termenul de prescripție începe să curgă de la data când se naște dreptul de a obține executarea silită, în cazul hotărârilor judecătorești, termenul de prescripție începând să curgă de la data rămânerii lor definitive.

Conform art. 3 alin.1 din Legea nr.76/2012, prevederile Codului de procedură civilă din 2009 se aplică numai proceselor începute după intrarea acestuia în vigoare.Ca urmare, natura sentinței civile nr. 1776/02.02.2012 și prescripția executării silite a hotărârilor din dosarul nr.8950/271/2005* sunt reglementate de Codul de procedură civilă din 1865.

Sentința civilă nr. 1776/02.02.2012 este definitivă, conform art. 377 pct. 1 C.pr.civ. din 1865 și executorie, conform art. 376 alin.1 C.pr.civ. din 1865, iar recursul formulat de contestator nu a suspendat executarea sentinței civile, conform art. 300 alin.1 C.pr.civ. din 1865. Art. 405 alin.2 C.pr.civ. din 1865 prevede că **termenul de prescripție începe să curgă de la data când se naște dreptul de a cere executarea silită.**

Din perspectiva prescripției, instanța a reținut, în acord cu contestatoarea, că momentul de la care curge termenul de prescripție este dat de dobândirea caracterului executoriu al titlului pus in executare. Întrucât Sentința civilă nr. 1776/02.02.2012 a Judecătoriei Oradea a fost pronunțată sub imperiul Codului de procedură civilă din 1865, rezultă că acesteia **îi sunt aplicabile**, **din perspectiva dobândirii caracterului executoriu sau nu**, **dispozițiile legii sub care ea s-a pronunțat**, conform principiului neretroactivității legii civile prevăzut art. 15 alin. 2 din Constituția României, art. 1 C.civ. din 1864 și art. 6 din Noul Cod civil. Prin urmare, având caracter definitiv, fiind atacabilă doar cu recurs, rezultă că sentința avea caracter executoriu și putea fi pusă în executare de bună voie, încă din data de 02.02.2012. Acest principiu se reiterează și prin art.27 C.pr.civ. din 2009, aplicabil în speță din punct de vedere procedural, care arată că hotărârile rămân supuse căilor de atac, motivelor si termenelor prevăzute de legea sub care a început procesul.

Caracterul executoriu al sentinței civile definitive este, însă, unul temporar, până la confirmarea acesteia de către instanța de recurs, și este înlăturat în situația în care instanța de recurs dă o soluție contrară.

Unul dintre rolurile instituției prescripției este acela de a asigura securitatea raporturilor juridice, pentru că după expirarea termenului de prescripție debitorul are siguranța că nu mai poate fi executat silită, iar creditorul știe că nu mai beneficiază de forța coercitivă a statului pentru recuperarea creanței sale. Pe de altă parte, a obliga creditorul să pună în executare o sentință executorie temporar, despre care nu are certitudinea că va fi menținută în recurs, înseamnă a încălca tocmai **principiul securității raporturilor juridice,** pe care legiuitorul a intenționat să-l protejeze.

Sunt dese situațiile în care sentințele sunt modificate în calea de atac, iar un creditor precaut preferă să aștepte să i se recunoască dreptul irevocabil, pentru a nu ajunge în situația în care executarea sa să fie anulată și întoarsă, cu consecința nerecuperării cheltuielilor de executare și a obligării sale la cheltuieli de judecată. În plus, s-ar genera foarte multe procese având ca obiect contestații la executare și întoarcere a executării silite, or, încărcarea rolului instanțelor nu a fost, de asemenea, intenția legiuitorului.

În speță, intimata a pus în executare o sentință civilă definitivă și executorie, virând în contul contestatorului și a altor foști angajați sumele la care a fost obligată, dar raportul juridic a fost schimbat complet în recurs. Aceasta a determinat formarea dosarului nr. 8950/271/2005* având ca obiect întoarcere executare silită, în care în anul 2012 peste o sută de persoane fizice au fost obligate să restituie intimatei

sume primite în anul 2004, cu cheltuieli de judecată. Este un exemplu elocvent al efectelor negative ce se pot produce prin punerea în executare a unei sentințe pentru care nu s-au epuizat căile de atac.

În ceea ce privește **prescripția**, trebuie făcută distincție între **dreptul material la acțiune** și **dreptul de a cere executarea silită**, întrucât în primul caz avem de a face cu **un drept civil substanțial**, iar în al doilea caz de **un drept civil procesual**, fiecare supus normelor de drept specifice, respectiv dreptul civil in primul caz, si dreptul procesual civil în al doilea caz. În primul caz se aplică dreptul civil material reglementat de Noul Cod civil, precum în speță, prin raportare la momentul pronunțării primei hotărâri judecătorești, 02.02.2012, când s-a născut dreptul la acțiune, acesta fiind momentul dobândirii caracterului executoriu al titlului pus în executare, iar în al doilea caz se aplică prevederile Codului de procedură civilă din 1865, raportat la același moment, 02.02.2012.

Prescripția dreptului de a cerere executarea silită nu poate să înceapă a curge cât timp efectul întreruptiv al cererii de chemare în judecată nu este definitiv consumat și dreptul material la acțiune nu este epuizat (art. 2537 și urm. C.Civ., iar anterior, art. 16 și 17 din Decretul nr. 167/1958), adică până când hotărârea judecătorească de admitere a acțiunii nu a intrat în puterea de lucru judecat.

De altfel, art.1868 C.civ. din 1864, sub imperiul căruia a demarat întregul litigiu ce a făcut obiectul dosarului nr. 8590/271/2005* (preluat de actuala reglementare prin art 2539 C.Civ.), prevedea că o cerere nu va putea întrerupe prescripția, decât dacă va fi încuviințată de judecătorie prin hotărâre de nerevocabilă autoritate. În cazul acesta, nicio prescripție nu putea curge de la formularea cererii de chemare în judecată și până la pronunțarea unei asemenea hotărâri.

Față de cele de mai sus, instanța a apreciat că prin instituirea caracterului executoriu al sentințelor civile definitive, legiuitorul din 1865 a intenționat doar să dea posibilitatea creditorului aflat într-o stare de urgență de a obține executarea creanței sale, nu să lipsească de efectele unei hotărâri judecătorești pe creditorul prevăzător care a preferat să aștepte soluția irevocabilă pentru evita cheltuieli și implicarea în alte procese. De aceea, prin dispozițiile art.405 alin. 2 C.pr.civ., legiuitorul a avut în vedere ca moment al curgerii prescripției nașterea definitivă a dreptului de a cere executarea silită. Dreptul de creanță al intimatei s-a născut definitiv la pronunțarea Deciziei civile nr. 1017/R/02.12.2014 a Tribunalului Bihor, față de care prescripția nu era împlinită la data sesizării organului de executare.

În concluzie, **în cazul hotărârilor judecătorești, prescripția dreptului de a cerere executarea silită începe să curgă întotdeauna de la data rămânerii irevocabile a acesteia. Începutul prescripției** nu trebuie legat de caracterul executoriu sau neexecutoriu al hotărârii, ci **de puterea de lucru judecat**a acesteia.

Cât privește data la care hotărârea judecătorească susceptibilă de executare silită a rămas irevocabilă, acesta se plasează, în speță, în momentul dat de data pronunțării instanței de recurs, 02.12.2014.

Întrucât cererea de executare silita a fost înregistrată la data de 21.08.2015, la nici un an de la data pronunțării hotărârii din recurs, instanța reține că aceasta a fost formulată în interiorul termenului de prescripție, astfel că instanța va înlătura susținerile contestatoarei privind nelegalitatea executării silite din dosarul execuțional nr. 608/2015 al B.E.J. Gîrdan Marius Florin.

Prin încheierea din 22.09.2015, executorul judecătoresc a stabilit următoarele cheltuieli de executare: 1,5 lei plic poștă, 17 lei taxe C.N.P.P., 20 lei taxă primărie, 49 lei taxe poștale, 124 lei cheltuieli materiale conform art. 670 alin. 2 pct. 7 C.pr.civ., 496 lei comunicare acte de procedură, 248 lei consultații în legătură cu constituirea dosarului execuțional și 2.513,48 lei onorariu executor judecătoresc.

Conform art. 669 alin. 4 C.pr.civ., sumele stabilite de executorul judecătoresc, inclusiv onorariul său, pot fi cenzurate de instanță pe calea contestației la executare, ținând seama de probele administrate.

Executorul judecătoresc a stabilit onorariul maximal pentru comunicarea actelor de procedură și pentru executare indirectă. Având în vedere că executorul judecătoresc a fost învestit în același timp cu mai multe dosare în baza aceluiași titlu executoriu, motiv pentru care emite adrese sau înștiințări comune către instituțiile publice și bănci și că în dosar se realizează executarea mobiliară, instanța a apreciat că este

suficient onorariul minimal, astfel că a dispus reducerea cheltuielilor de executare după cum urmează: comunicare acte de procedură de la 496 lei la 24,8 lei, consultații în legătură cu constituirea dosarului execuțional de la 248 lei la 24,8 lei și onorariu executor judecătoresc de la 2.513,48 lei la 571,07 lei, sumele incluzând TVA.

Cheltuielile materiale și cele privind taxele au fost menținute la nivelul stabilit de executorul judecătoresc.

Pentru considerentele de mai sus, în baza art. 720 C.pr.civ., instanța a admite în parte contestația la executare, conform dispozitivului.

În temeiul art.453 alin. 2 C.pr.civ., instanța a obligat intimata la plata către contestatoare a sumei de 200 lei reprezentând cheltuieli de judecată constând în onorariul avocațial parțial, conform chitanței depuse la dosar (f.37) și a respins cererea contestatoarei de obligare a intimatei la plata cheltuielilor de judecată constând în taxa judiciară de timbru, având în vedere prevederile art. 45 alin. 1 lit. f și alin. 2 din OUG nr. 80/2013, contestatoarea având posibilitatea de a cere restituirea taxei judiciare de timbru proporțional cu admiterea contestației, după rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești.

IV. Împotriva acestei hotărâri a declarat apel contestatorul apelanta, solicitând admiterea apelului, schimbarea în tot a sentinței civile nr. 11107/2015 a Judecătoriei Oradea, cu consecința admiterii contestației la executare formulată împotriva actelor de executare silită și a executării silite înseși ce face obiectul dos. 608/2015 a BEJ Gîrdan Marius Florin și anularea în tot a executării silite ca urmare a împlinirii termenului de prescripție a dreptului de a obține executarea silită în conf. cu disp. art. 706-707 C.p.c. raportat la art. 376-377 Cod pr. civ. de la 1865. Cu cheltuieli de judecată.

În motivarea apelului se susține că prin contestația la executare formulată de către contestatorul apelant în contradictoriu cu SC. E. Oradea S.A., **s-a solicitat instanței de judecată să constate ca fiind împlinit termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită** potrivit următoarelor considerente:

Titlul executoriu ce formează obiectul executării silite a dosarului execuțional 497/2015 a BEj Gîrdan Marius Florin îl constituie Sentința Civilă nr. 1776/02.02.2012 a Judecătoriei Oradea , rămasă irevocabilă prin Decizia civilă nr. 1017/R/02.12.2014 a Tribunalului Bihor, ambele pronunțate în dosarul cu numărul 8950/271/2015*.

Sentința Civilă nr. 1776/02.02.2012 a judecătoriei Oradea este o hotărâre judecătorească definitivă, acest caracter datorându-se incidenței dispozițiilor Codului de procedură civilă de la 1865 și a aspectului că hotărârea judecătorească în cauză a fost dată fără drept de apel, ceea ce în conformitate cu dispozițiile art. 377 pct. 1 Cod proc civ. de la 1865 a dus la dobândirea caracterului de hotărâre definitivă.

Potrivit art.376 Cod proc. civ. de la 1865, având în vedere caracterul definitiv al Sentinței Civile nr. 1776/02.02.2012, această hotărâre judecătorească era executorie de la momentul pronunțării ei, putând fi pusă în executare silită.

Conform art. 706 Cod proc. civilă dreptul de a obține executarea silită se prescrie în termen de 3 ani, dacă legea nu prevede altfel, termenul de prescripție începând să curgă de la data nașterii dreptului de a obține executarea silită. Astfel, având în vedere dispozițiile procedurale în vigoare la momentul pronunțării Sentinței Civile nr. 1776/02.02.2012 , respectiv art. 376 și art.377 Cod proc. civ. de la 1865, dreptul de a obține executarea silită s-a născut la momentul pronunțării Sentinței Civile nr. 1776 respectiv la data de 02.02.2012.

Ca urmare a formulării cererii de executare silită de către creditoarea S.C. E. S.A. la data de 21.08.2015 se impune a fi constatată ca fiind împlinit termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită. Astfel:

Cu caracter general, se solicită instanței de apel să constate faptul că raportat la normele legale mai sus amintite, Sentința Civilă nr. 1776/02.02.2012 a devenit definitivă și executorie la data pronunțării acesteia respectiv la 02.02.2012, în speță fiind irelevant faptul că în urma promovării recursului Sentința civila

nr. 1776 a devenit irevocabilă prin pronunțarea Deciziei 1017/R/02.12.2014 , câtă vreme dreptul de a obține executarea silită s-a născut la data pronunțării Sentinței civile nr. 1776/02.02.2012 și nu la data rămânerii irevocabilă a acesteia.

Cu caracter special, chiar și în situația în care s-ar calcula data nașterii dreptului de a obține executarea silită de la momentul devenirii irevocabile a Sentinței civile nr. 1776/02.02.2012 se impune a fi constatat faptul că față de contestator, Sentința Civilă nr. 1776/02.02.2012 a rămas irevocabilă la momentul expirării termenului de declarare a recursului ca urmare a faptului că acesta nu a declarat recurs împotriva Sentinței civile 1776.

Astfel, se solicită instanței de apel să constate faptul că apelanta a avut calitatea de intimat în cadrul recursului împotriva hotărârii judecătorești în cauză, așa cum aceasta rezultă din cuprinsul Deciziei nr. 1017/R/02.12.2014 pronunțată în dos.8950/271/2005*, astfel încât față de acesta Sentința civilă nr. 1776/02.02.2012 a rămas irevocabilă cel târziu la data formulării recursului împotriva acesteia respectiv 18.04.2012.

În ceea ce privește Sentința civilă nr. 10916/03.12.2015 pronunțată de către Judecătoria Oradea în dos. 14934/271/2015 este apreciată ca fiind nefondată pentru următoarele considerente:

Prima instanța constată faptul că Sentința civilă nr. 1776/02.02.2012 este una definitivă conform art. 377 pct. 1 Cod proc. civ. 1865 și executorie conform art. 376 al. 1 Cod proc civ 1865 iar recursul formulat în cauză nu a suspendat executarea sentinței civile conf. art. 300 al. 1 Cod proc civ. 1865 , însă apreciază că , *„caracterul executoriu al sentinței civile este unul temporar, până la confirmarea acestuia de către instanța de recurs"*, iar *„a obliga pe creditor să pună în executare o sentință executorie temporar, despre care nu are certitudinea că va fi menținută în recurs, înseamnă a încălca tocmai principiul securității raporturilor juridice, pe care legiuitorul a intenționat să-l protejeze."*

Față de aceste concluzii ale instanței de fond, se apreciază că *„prin instituirea caracterului executoriu al sentințelor civile definitive legiuitorul din 1865 a intenționat doar să dea posibilitatea creditorului aflat într-o stare de urgență de a obține executarea creanței sale, nu să lipsească de efectele unei hotărâri judecătorești pe creditorul prevăzător care a preferat să aștepte soluția irevocabilă pentru a evita cheltuieli și implicarea în alte procese."*

În esență, instanța de fond recunoaște caracterul definitiv și executoriu al Sentinței civile nr. 1776/02.02.2012 însă îi atribuie un atribut provizoriu, susținând faptul că termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită nu pornește la data la care se naște dreptul de a cere executarea silită, ci de la momentul la care Sentința civilă nr. 1776/02.02.2012 nu mai poate fi reformată, respectiv prin rămânerea acesteia ca irevocabilă.

Apelanta apreciază ca fiind absolut nefondate concluziile instanței de fond, prima instanță construindu-și argumentele prin adăugare la lege și cu înlăturarea neîntemeiată a dispozițiilor neechivoce a normelor legale incidente în materie, **norme legale care leagă momentul începerii termenului de prescripție de momentul nașterii dreptului de a cere executarea silită,** naștere a dreptului care este dată de caracterul definitiv și executoriu al sentinței civile nr.1776/02.02.2012, dobândit încă de la momentul pronunțării acesteia.

Pentru motivele de mai sus, se solicită admiterea apelului, modificarea sentinței atacate, admiterea contestației la executare, astfel cum a fost formulată, anularea executării silite însăși și a tuturor actelor de executare întocmite în acest scop, cu cheltuieli de judecată.

Întimata S.C. E. S.A. prin administrator judiciar, societatea de insolvență - Casa de insolvență Transilvania, **a formulat întâmpinare solicitând respingerea apelului ca nefondat** cu consecința menținerii în totalitate a sentinței atacate.

În motivarea poziției sale procesuale, societatea intimată arată că susținerea apelantului privind rămânerea irevocabilă a Sentinței Civile 1776/02.02.2012 la momentul expirării termenului de declarare a recursului, nu pot fi reținută de instanța de judecată, fiind aplicabil în cauză Noul Cod de procedură civilă în privința executării potrivit art.3 alin 1 din Legea 76/2012

Referitor la argumentele apelantei privind nelegalitatea actelor de executare și a executării silite propriu zise ca efect al împlinirii termenului de prescripție al dreptului subscrisei de a cere executarea silită, se apreciază că acestea nu pot fi reținute de către instanța de judecată, arătând următoarele:

În primul rând, potrivit dispozițiilor legale, prevederile Noului Cod de Procedură Civilă se aplică atât executărilor silite începute după intrarea sa în vigoare, cât și hotărârilor judecătorești pronunțate înainte de intrarea sa în vigoare.

Astfel, potrivit art.3 alin.1 al Legii nr.76//2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr.134/2010 privind Codul de Procedură Civilă, *„dispozițiile Codului de procedură civilă se aplică numai proceselor și executărilor silite începute după intrarea acestuia în vigoare",* iar potrivit art. 5 al aceluiași act normativ *„dispozițiile Codului de procedură civilă privitoare la titlurile executorii se aplică și hotărârilor judecătorești sau altor înscrisuri pronunțate ori, după caz, întocmite înainte de intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă, care pot fi puse în executare chiar dacă nu au fost învestite cu formula executoriei"*. Art. 8 al legii indicate vine cu completarea conform căreia *„de la data intrării în vigoare a Codului de procedură civilă, referirile din cuprinsul actelor normative la hotărârea judecătorească "definitivă și irevocabilă" sau, după caz, "irevocabilă" se vor înțelege ca fiind făcute la hotărârea judecătorească "definitivă".*

După cum se poate observa, prin Legea nr.76/2012 legiuitorul a stabilit normele tranzitorii privind modul concret de aplicare a principiului *tempus regit actum* în condițiile coexistenței a două legi diferite. Din analiza art. 3, art. 5 din Legea nr.76/2012, precum și a art. 632 NCPC, rezultă că, după intrarea în vigoare a acestuia, toate executările silite se desfășoară potrivit noului cod de procedură civilă, caracterul executoriu al titlului se analizează în raport de noua lege inclusiv pentru titlurile pronunțate sub imperiul legii vechi. Așadar, sentința nr. 1776/02.12.2012, respectiv decizia nr. 1017/R/02.12.2014 **se supun, în ceea ce privește natura lor juridică de titluri executorii, noilor reglementări procedurale** (Cartea a V-a, Titlul I, Capitolul II - Titlul executoriu, din Noul Cod de proc.civ.).

În acest sens s-a pronunțat și Înalta Curte de Casație și Justiție[2], care, prin Decizia nr. 2144 din 11.06.2014[3] a stabilit că, *„ (...) în conformitate cu prevederile art. 5 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a noului C. proc. civ., (...) Chiar dacă potrivit art. 720^ din vechiul C. proc. civ. sub imperiul căruia s-a declanșat procesul civil și s-a pronunțat sentința civilă în cauză era executorie, având în vedere prevederile noului C. proc. civ., rezultă că sentința civilă (...) este supusă prevederilor noului cod. Așadar, sentința civilă (...) nu este o hotărâre executorie față de dispozițiile art. 632 și dispozițiile art.633 C. proc. civ.".*

Se mai arată că Noul Cod de Procedură Civilă dispune la art. 632 că *„(1) Executarea silită se poate efectua numai în temeiul unui titlu executoriu. (2) Constituie titluri executorii hotărârile executorii prevăzute la art. 633, hotărârile cu executare provizorie, hotărârile definitive, precum și orice alte hotărâri sau înscrisuri care, potrivit legii, pot fi puse în, executare"*, iar la art. 633 stabilește care sunt hotărârile executorii: *„Sunt hotărâri executorii: 1. hotărârile date în apel. dacă prin lege nu se prevede altfel: 2. hotărârile date în primă instanță, fără drept de apel, ori cele în legătură cu care părțile convenit să exercite direct recursul, potrivit art. 459 alin. (2). ".în continuare, la art. 63 se statuează care sunt hotărârile definitive: „(1) Sunt hotărâri definitive: 1. hotărârile care nu sunt supuse apelului și nici recursului; 2. hotărârile date în primă instanță, drept de apel, nea taca te cu recurs 3. hotărârile date în primă instanță, cărei au fost atacate cu apel; 4. hotărârile date în apel, fără drept de recurs, precum și neatacate cu recurs;5. hotărârile date în recurs, chiar dacă prin aceste soluționat fondul pricinii; 6. orice alte hotărâri care, potrivit legii, nu mai pot fi data cu recurs. (2) Hotărârile prevăzute la alin. (1) devin definitive la data expirării termenului de exercitare a apelului ori*

[2]Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că, în conformitate cu prevederile art. 5 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a noului C. proc. civ., dispozițiile noului C. proc. civ. privitoare la titlurile executorii se aplică și hotărârilor judecătorești sau altor înscrisuri pronunțate, ori după caz, întocmite înainte de intrarea în vigoare a C. proc. civ. Prin urmare, chiar dacă potrivit art. 720[8] din vechiul C. proc. civ., sub imperiul căruia s-a declanșat procesul civil, sentința civilă în cauză era executorie, având în vedere prevederile noului C. proc. civ., rezultă că sentința civilă pronunțată, în speță, în luna octombrie 2013 a este supusă din punct de vedere al executării sale dispozițiilor noului Cod de procedură, nefiind o hotărâre executorie (hotărâre dată în primă instanță atacată cu apel), astfel că nu poate fi admisă cererea de suspendare a executării sentinței.

[3]http://www.juridice.ro/347769/iccj-hotarare-executorie-vs-hotarare-neexecutorie.html

recursului sau, după caz, la data pronunțării. "

Pe cale de consecință, Sentința nr. 1776/02.12.2012 este o hotărâre judecătorească executorie, dar nu este definitivă (aceasta a devenit definitivă în urma respingerii recursului de către Tribunalul Bihor, la data de 02.12.2014).

Relativ la prescripția dreptului de a obține executarea silită, art. 705 al NCPC dispune că:*„(1) Dreptul de a obține executarea silită se prescrie în termen de 3 ani, dacă legea nu prevede altfel. (...). (2) Termenul de prescripție începe să curgă de la data când se naște dreptul de a obține executarea silită. In cazul hotărârilor judecătorești și arbitrate, termenul de prescripție începe să curgă de la data rămânerii lor definitive"* ,deci când nu mai pot fi atacate. Ca urmare a dispozițiilor enunțate, termenul de prescripție nu începe să curgă în cazul în care hotărârile judecătorești sunt executorii fără a fi definitive.

Astfel, deși în cazul hotărârilor judecătorești și arbitrale dreptul de a obține executarea silită se naște de când ele devin executorii, **prescripția nu începe să curgă decât de la data când ele devin definitive, deci din momentul în care nu mai pot fi atacate**. În acest sens s-a conturat și opinia doctrinară[4] conform căreia *„(...)creditorul - titular al unei hotărâri judecătorești (...) - nu este expus riscului prescrierii dreptului de a obține executarea silită dacă, din prudență sau din orice alte motive, așteaptă ca titlul executoriu să se definitive.*"

Tot în sensul celor ce preced sunt și dispozițiile art. 637 alin.1 Noul Cod de proc.civ. care statuează că *„punerea în executare a unei hotărâri judecătorești care constituie titlu executoriu se poate face numai pe riscul creditorului dacă hotărârea poate fi atacată cu apel sau recurs; dacă titlul este ulterior modificat ori desființat, creditorul va fi ținut, în condițiile legii, să îl repună pe debitor în drepturile sale, în tot sau în parte, după caz".*

Legiuitorul avertizează creditorul că este posibil să procedeze în zadar la executarea silită, atât timp cât titlul său neconsolidat printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Cu toate acestea, prescripția dreptului de a obține executarea silită nu începe să curgă decât de la rămânerea definitivă a hotărârii.

Mai mult, inclusiv vechea reglementare privind curgerea termenului de prescripție de la momentul nașterii dreptului de a obține executarea silită (respectiv când hotărârea devenea executorie) a fost aspru criticată în literatura de specialitate și a avut ecouri și în jurisprudență (în Decizia CSJ nr. 2373/1997, instanța supremă a decis că *„o hotărâre judecătorească care nu este definitivă și irevocabilă nu poate fi considerată titlu executoriu, chiar dacă a fost învestită cu titlu executoriu(...) și, prin urmare, entința nefiind definitivă, fiind atacată (...), nu poate fi pusă în executare*).

În literatura de specialitate[5] s-a arătat că *„începutul prescripției nu trebuie legat de caracterul executoriu sau executoriu al hotărârii, ci de puterea de lucru judecat a acesteia, întrucât atât timp cât judecata nu este definitivă, iar reclamantul nu are certitudinea dreptului câștigat, titlul executoriu este amenințat cu desființarea în căile extraordinare de atac. În plus, durata prelungită a proceselor, mai ales în căile extraordinare de atac în fața ÎCCJ, poate duce la împlinirea termenului de prescripție până ce recursul nu este soluționat. În aceste condiții, creditorul care a vrut să aibă certitudinea dreptului său, să evite o eventuală întoarcere a executării silite,. se vede sancționat prin imposibilitatea valorificării pe cale silită a dreptului care i-a fost tocmai stabilit irevocabil."* Prin urmare, prescripția dreptului de a cere executarea silită trebuie să curgă întotdeauna de la data rămânerii irevocabile a hotărârii judecătorești.

Apărările apelantei, în ansamblul lor, se bazează pe susținerea că SC EOradea SA era obligată să pună în executare sentința nr. 1776/02.12.2012, utilizând o interpretare restrictivă a prevederilor art. 405 al 2 Cod proc. Civ. 1865, potrivit cărora cursul prescripției începe de la data nașterii dreptului de a cere executarea silită, dată care, în cazul de față, potrivit apelantei, ar coincide cu data pronunțării sentinței de către instanța de fond.

Cu toate acestea, se susține că la data pronunțării sentinței nr.1776/02.12.2012, Noul cod de

---

[4]Gabriel Boroi (coordonator) și colectiv, *Noul cod de procedură civilă- comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2013, pag.191

[5]Marian Nicolae, *Tratat de prescripție extinctivă*, Editura Universul Juridic, București, 2010, pag. 950

procedură civilă nu era încă în vigoare, deci dacă ar fi existat o obligație de punere în executare a sentinței, în privința cursului prescripției, aplicabile ar fi fost prevederile vechiului cod. În consecință, o asemenea interpretare a apelantei nu explică cum este posibil ca o hotărâre irevocabilă și executorie, care se bucură de autoritate de lucru judecat, totuși să nu mai poată fi pusă în executare pentru că ar fi prescris deja dreptul de a cere executarea silită, deși cererea de executare formulată de intimată a fost înregistrată la BEJ Gîrdan Marius la data de 21.08.2015, adică la mai puțin de un an de la data rămânerii irevocabile a sentinței nr. 1776/02.12.2012 pronunțată de Judecătoria Oradea în dosarul 8950/271/2005* prin respingerea recursului prin Decizia civilă nr.1017/R/02.12.2014 pronunțată de Tribunalul Bihor în dosarul cu același număr.

Prin aplicarea argumentului de interpretare *reductio ad absurdum*, se poate observa că acceptarea raționamentului apelantei conduce la soluții de neacceptat. De exemplu, o cerere a unui creditor este admisă în parte de instanța de fond printr-o hotărâre executorie, iar ulterior instanța de control judiciar, prin hotărâre definitivă (irevocabilă), admite în totalitate cererea creditorului, însă pronunțarea soluției din calea de atac are loc la o dată care excede 3 ani de la data pronunțării soluției din fond.

Aplicând teoria apelantei, ar însemna că acel creditor, deși în final are la îndemână un titlu executoriu definitiv si irevocabil, cu autoritate de lucru judecat, nu are dreptul sa recurgă la procedura executării silite decât pentru partea de debit cuprinsă în cererea admisă de instanța de fond. Or, acest aspect este contrar nu numai principiilor de drept, ci si oricărei logici elementare.

Se apreciază că, pentru sentința care a devenit irevocabilă prin decizia din recurs pronunțată în anul 2014, începerea în anul 2015 a executării silite se încadrează în termenul de 3 ani prevăzut în art. 705 alin.1 și 2 cod proc civ. republicat.

V. Analizând apelul prin prisma motivelor invocate de apelantă cat si a celor de ordine publica care pot fi invocate de instanța si din oficiu, în lumina art.476-478 Cod de procedură civilă, **instanța de apel** a reținut următoarele:

În esență, apelanta contestatoare apreciază că în mod neîntemeiat instanța de fond a respins cererea sa de anulare a executării silite însăși, în condițiile în care dreptul de a cere punerea în executare a sentinței civile nr. 1776/02.02.2012 era prescris, la data formulării cererii la executorul judecătoresc, raportat la dispozițiile art.706 Cod de procedură civilă de la 1865, potrivit cărora termenul de prescripție începe să curgă de la data nașterii dreptului de a obține executarea silită, drept ce s-a născut la data pronunțării sentinței civile nr.1776 din 02.02.2012, hotărâre judecătorească ce se bucura de un efect executoriu, potrivit art.377 pct.1 Cod de procedură civilă, astfel încât la 21.08.2015 la data depunerii cererii la executorul judecătoresc, termenul de prescripție de 3 ani era împlinit.

VI. Instanța de apel a apreciat că criticile apelantei sunt întemeiate.

Așa cum a reținut în mod corect și instanța de fond, titlul executoriu ce stă la baza cererii de executare silită a intimatei S.C. E S.A. îl reprezintă sentința civilă nr.1776/2012 a Judecătoriei Oradea prin care instanța a admis cererea de întoarcere a executării silite formulată de contestatoarea S.C.E S.A. în contradictoriu cu mai mulți intimați, printre care și apelanta și a obligat intimații la restituirea sumelor primite în perioada ianuarie –februarie 2004 cu titlu de plăți compensatorii, în concret pe apelantă la plata sumei de 12651 lei sumă ce urma să fie actualizată cu rata inflației la data restituirii efective.

Această sentință civilă a rămas irevocabilă prin respingerea recursurilor, unora dintre intimații recurenți, prin decizia civilă nr.1017/02.12.2014 a Tribunalului Bihor. Așa cum rezultă din dispozitivul și considerentele acestei decizii aflate la dosar, apelanta nu a exercitat calea de atac a recursului împotriva acestei hotărâri, având calitatea de intimat în recursul formulat de ceilalți salariați.

Caracterul executoriu al sentinței civile ce reprezintă titlul executoriu în cauză se raportează întotdeauna la legea în vigoare la momentul pronunțării sentinței, potrivit principiului *tempus regit actum,* deoarece la data pronunțării unei hotărâri judecătorești se impune ca titularul dreptului dedus judecății să știe raportat la legea în vigoare la acel moment, dacă hotărârea pe care o deține poate sau nu să fie pusă în

executare încă la data pronunțării acesteia.

Astfel, corect a reținut instanța de fond că sentința civilă nr.1776/2012 pronunțată sub imperiul Codului de procedură civilă de la 1865 a devenit definitivă potrivit art.377 alin 1 pct.1 și executorie potrivit art.376 alin 1 prima teză, la data pronunțării acesteia adică la 02.02.2012, fiind o sentință dată în primă instanță fără drept de apel ce putea fi atacată doar cu recurs.

Este indubitabil deci că la data pronunțării sentinței civile nr.1776/02.02.2012, S.C. E Oradea S.A. avea reprezentarea clară a faptului că deține o hotărâre judecătorească definitivă și executorie, ce putea fi pusă în executare fără nici un fel de impediment în condițiile art.376 raportat la 374 Cod de procedură civilă de la 1865.

Caracterul executoriu al unei hotărâri judecătorești este cel care conferă acesteia puterea executorie și anume posibilitatea de a fi pusă în executare imediat în urma investirii cu formulă executorie, potrivit legii de la acea dată, desigur cu riscul pe care și-l asumă, tot în baza legii, cel care pune în executarea hotărârea, de a fi obligat la restituirea prestațiilor în cazul în care instanța de control judiciar ar modifica hotărârea în favoarea părții adverse.

Acest risc asumat, reglementat de lege în art.379 indice 1 Cod de procedură civilă de la 1865, nu este însă în măsură să anihileze caracterul definitiv și mai ales executoriu al unei hotărâri, aspect ce rezultă fără urmă de echivoc din lege.

Mai mult, în speță trebuie avut în vedere și situația concretă a apelantei care nu a formulat recurs în cauză și față de care sentința civilă nr.1776/2012 a rămas irevocabilă la data expirării termenului de recurs, în condițiile art.377 alin 2 pct.1 Cod de procedură civilă.

S-a precizat că nu pot fi reținute criticile intimatei în privința unei coparticipări procesuale pasive care ar avea influență și asupra caracterului definitiv și irevocabil al hotărârii, în condițiile în care din dispozitivul sentinței civile nr.1776/2012 rezultă cu claritate că judecătoria a stabilit pentru fiecare debitor intimat în parte o datorie distinctă individualizată în dispozitivul hotărârii, respectiv pentru apelantă o sumă concretă de 12651 lei, astfel încât față de acesta, cât și față de toți ceilalți debitori, societatea avea o creanță individuală izvorâtă din propriul drept salarial, fără ca între aceste drepturi să existe vreun raport de interdependență de solidaritate sau de indivizibilitate.

În aceste condiții, în care debitul datorat de apelantă era individualizat distinct de cel al celorlalți debitori în însăși dispozitivul hotărârii, iar acesta nu a exercitat calea de atac a recursului, nu exista nici un impediment pentru creditoarea S.C.ES.A. să îl urmărească pentru realizarea creanței, cu atât mai mult cu cât față de acest intimat sentința nr.1776/2012 a rămas definitivă și executorie la data pronunțării 02.02.2012 și irevocabilă la expirarea termenului de 15 zile de exercitare a căii de atac.

Cât privește **prescripția dreptului de a cere executarea silită** în baza art.405 alin 1 și 2 Cod de procedură civilă de la 1865,**termenul este de 3 ani și curge de la data la care se naște dreptul de a cere executarea silită.**

În mod evident, dreptul de a cere executarea silită a unei hotărâri judecătorești se naște la data la care aceasta poate fi pusă în executare, în cazul concret la data pronunțării sentinței civile nr.1776/2012, hotărâre de primă instanță definitivă și executorie datorită faptului că nu este supusă decât recursului.

Caracterul executoriu al acestei hotărâri rezultă din lege, respectiv din art.377 alin 1 pct.1 Cod de procedură civilă care îi conferă valoare de hotărâre definitivă și art.376 alin 1 prima teză din același cod care îi conferă caracter executoriu.

Este indubitabil deci, că **momentul la care o hotărâre judecătorească devine executorie**, adică poate fi pusă în executare fără nici o îngrădire legală **se suprapune peste momentul de la care începe să curgă termenul de prescripție a executării sentinței**, deoarece de la acel moment creditorul se poate considera a fi în pasivitate față de propriul drept.

Faptul că în prezenta cauză calea de atac a recursului s-a judecat în anul 2014, iar hotărârea a rămas irevocabilă, față de o parte dintre debitorii recurenți (dar nu și față de apelanta care nu a format recurs în acel dosar) iar pornirea executării silite prin procedura urmată de executorul judecătoresc este supusă

dispozițiile Noului Cod de procedură civilă potrivit art.24 din acesta, deoarece cererea la executor s-a depus după intrarea în vigoare a acestei legi, nu va putea avea nici o înrâurire asupra caracterului executoriu al hotărârii ce constituie titlu executoriu, deoarece acest caracter se apreciază întotdeauna raportat la legea în vigoare la data pronunțării hotărârii și nicidecum la o lege mult ulterioară, inexistentă la data pronunțării acesteia.

Principiul previzibilității legii impune ca beneficiarul unei hotărâri judecătorești să știe clar la data pronunțării unei hotărâri dacă hotărârea respectivă are sau nu putere executoriu și poate fi pusă imediat în executare, apreciere ce trebuie să aibă în vedere întotdeauna legea din acel moment, potrivit principiului *tempus regit actum*.

A condiționa caracterul executoriu al unei hotărâri și implicit și posibilitatea punerii în executare de o lege ulterioară ar reprezenta o retroactivitate a legii în noi, interzisă în mod expres în art.15 din Constituția României. Trebuie înțeles faptul că puterea executorie a unei hotărâri și, implicit, și data de la care curge termenul de prescripție pentru punerea în executare, momente ce se suprapun, sunt strâns legate de hotărârea judecătorească și regimul juridic al acesteia, fiind elemente anterioare intrinseci și condiționale pentru declanșarea executării silite.

Astfel, chiar dacă executarea silită a hotărârii va urma dispozițiile noului Cod de procedură civilă în privința procedurilor efective de executare, reprezentând somație și toate celelalte acte ale executorului, **caracterul executoriu al hotărârii rămâne strâns legat de legea sub imperiul căruia s-a pronunțat** și nu se poate raporta decât la acea lege, respectiv la Codul de procedură civilă de la 1865.

S-a considerat că nu se pot reține astfel susținerile instanței de fond care circumstanțiază caracterul executoriu sau nu al unei hotărâri de un comportament preventiv al creditorului căruia nu i s-ar putea cere să execute o hotărâre dacă aceasta nu este irevocabilă, deoarece în acest mod se adaugă nepermis la lege.

Atâta timp cât legea prevede clar prin art.377 alin 1 și art.376 teza I Cod de procedură civilă de la 1865 că **hotărârea definitivă dată fără drept de apel este executorie**, orice discuție privind caracterul executoriu condiționat de voința creditorului devine inutilă și fără efect.

Mai mult, în cazul concret al debitorului apelant, având în vedere că acesta nu a exercitat calea de atac a recursului, iar creanța sa era una individuală și bine definită în dispozitivul hotărârii, fără legătură directă cu cea a celorlalți debitori, hotărârea judecătoriei a rămas chiar irevocabilă in 15 zile de la pronunțarea sa prin nerecurare potrivit art.377 alin 2 pct 1 Cod de procedură civilă, neexistând de la acel moment nici un impediment la executarea creanței datorate de acesta.

În consecință, s-a preciat că în mod corect susține apelanta că la data formulării cererii de executare a sentinței civile nr.1776/0.20.2.2012, respectiv la 21.08.2015 termenul de 3 ani de prescripție extinctivă a executării silite era împlinit în privința sa, potrivit art.405 alin 1 și 2 raportat la art.377 alin 1 pct.2 și art.376 prima teză Cod de procedură civilă de la 1865.

Susținerile intimatei legate de modul în care ar fi prejudiciată de o asemenea interpretare nu pot fi reținute, în condițiile în care dispozițiile legale incidente la data pronunțării hotărârii de fond erau foarte clare și îi confereau dreptul de a pune în executare hotărârea, fără nici un fel de îngrădiri.

Mai mult, dacă se simțeau periclitați și ar fi dorit suspendarea executării acestei hotărâri, debitorii recurenți aveau la îndemână un alt mijloc procesual, respectiv cel prevăzut de art.300 alin 2 Cod de procedură civilă de la 1865, de a solicita motivat **suspendarea executării hotărârii recurate**, mijloc procesual pe care însă apelanta nu îl avea, neexercitând recurs, motive pentru care, față de aceasta hotărârea fondului a devenit și irevocabilă la data expirării termenului de recurs, neputându-se dovedi nici un impediment legal rezonabil care să împiedice creditorul să declanșeze executarea silită împotriva acestuia după această dată.

Criticile intimatei privind aplicabilitatea în cauză a Noului Cod de procedură civilă nu pot fi avute în vedere atâta timp cât caracterul executoriu al hotărârii din 2012 și implicit și data de la care curge termenul de prescripție se pot raporta exclusiv la legea în vigoare la acel moment, adică la Codul de procedură civilă de la 1865.

De asemenea, nici susținerile în privința posibilității punerii în executare a unei hotărâri doar după

rămânerea sa irevocabilă nu se pot reține, pentru că o asemenea interpretare contravine însăși art.377 alin 1 pct.1 și art.376 prima teză a Codului de procedură civilă de la 1865 care conferă expres caracter definitiv și executoriu sentințelor pronunțate fără drept de apel, atacate doar cu recurs.

De altfel, în cauză, raportat la situația apelantei care nu a formulat recurs împotriva sentinței executarea silită este prescrisă și raportat la rămânerea definitivă și irevocabilă a sentinței ce a intervenit în cazul acestuia în termen de 15 zile libere de la data pronunțării.

Nici teoriile potrivit cărora există hotărâri executorii care nu sunt definitive nu își găsesc aplicarea în Codul de procedură civilă de la 1865, iar momentul de la care curge prescripția executării se va lega întotdeauna de data de la care sentința devine executorie, confundându-se cu acest moment; orice teorie care duce la scindarea celor două momente nu își găsește logica în scopul și fundamentul celor două instituții, în condițiile în care caracterul executoriu al unei hotărâri judecătorești este recunoscut pentru un scop esențial, acela de a putea fi pusă în executare de la data pronunțării, astfel încât pasivitatea creditorului de la acest moment îndreptățește începerea și scurgerea prescripției cu consecința posibilității prescrierii dreptului de a obține executarea silită a sentinței.

VI. Pentru toate aceste motive de fapt și de drept, reținând că la data formulării cererii de declanșare a executării silite la executorul judecătoresc la 21.08.2015, dreptul de a cere punerea în executare era deja prescris în condițiile art.405 alin 1 și 2 Cod de procedură civilă de la 1865, termenul de 3 ani ce a început să curgă la data pronunțării sentinței civile nr.1776/02.02.2012 fiind împlinit la 02.02.2015, instanța de apel a reținut că dreptul de a cere executarea silită este prescris, motiv pentru care a anulat executarea silită însăși din dosarul execuțional nr.608/2015 al BEJ Gârdan Marius Florin.

În consecință, instanța de apel în baza art.480 alin 2 Cod de procedură civilă a admis apelul civil[6] introdus de apelantă în contradictoriu cu intimata SC E SA împotriva sentinței civile nr. 11107 din 09.12.2015 pronunțată de Judecătoria Oradea pe care o a schimbat-o în parte, în sensul că: a admis contestația la executare formulată de contestator în contradictoriu cu intimata SC E S.A.; a admis excepția prescripției dreptului de a cere executarea silită; a anulat executarea silită însăși din dosarul execuțional nr.608/2015 al BEJ Gârdan Marius Florin împotriva debitoarei contestatoare.

În baza art.453 alin 1 Cod de procedură civilă, văzând căderea în pretenții a intimatei a obligat-o să achite contestatoarei cu titlu de cheltuieli de judecată la fond și apel suma de 800 lei, reprezentând onorariu avocat ales, dovedit cu chitanța nr.484/19.11.2015 depusă în original în fața instanței de fond, emisă de S.C.P.A.Vântu & Crișan.

În baza art.45 alin 1 lit f din OUG 80/2013 față de admiterea contestației la executare prin prezenta hotărâre definitivă, instanța a dispus restituirea către contestatoarea apelantă a taxei judiciare de timbru achitate la instanța de fond în cuantum de 1000 lei și a taxei de timbru achitate în apel în cuantum de 500 lei, în total urmând a se restitui o taxă de timbru de 1500 lei.

[6]Decizia civilă nr. 331/A/06.04.2016 a Tribunalului Bihor, pronunțată în dosarul nr. 14721/271/2015, nepublicată

Comentariu la decizia civilă nr.2131/2015a Î.C.C.J., Secția I civilă. Contract de vânzare-cumpărare încheiat potrivit Legii 112/1995 lovit de nulitate absolută. Acțiune în daune - interese constând în contravaloarea îmbunătățirilor aduse imobilului. Admisibilitatea acțiunii în evacuare formulată de proprietarul actual. Efectele dreptului de retenție

Av. Iulia Alexandra Bosneanu
Baroul Dolj

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată pe rolul Judecătoriei Sectorului 4, așa cum a fost precizată, reclamanții A. și B., în contradictoriu Statul Roman, prin Ministerul Economiei, Statul Român prin Ministerul Dezvoltării Lucrărilor Publice și Locuințelor și Statul Român prin Ministerul Finanțelor Publice, Primăria Municipiului București, prin Primar General, Consiliul General al Municipiului București, Consiliul Local al sectorului 4 București, SC B. SA, C., D. și E., în calitate de pârâți, au solicitat în principal să se dispună obligarea Statului Român, prin Ministerul Economiei sau prin Ministerul Finanțelor Publice, să le plătească suma stabilită ca preț de piață al apartamentului nr. 4, situat în București, iar în subsidiar, obligarea Primăriei Municipiului București, prin Primar General, a Consiliului General al Municipiului București, a Consiliul Local al Sectorului 4 București sau a Ministerului Dezvoltării Lucrărilor Publice și Locuințelor, să le atribuie o locuință corespunzătoare, asemănătoare locuinței al cărei contract de vânzare cumpărare încheiat în baza Legii nr.112/1995 a fost desființat prin decizia civilă nr. 825/2006, să se stabilească prețul de piață al apartamentului conform contractului de vânzare-cumpărare nr. xx2 din 30.09.1996 (pe care îl estimează provizoriu la suma de 250.000 euro), să se dispună obligarea Statului Român, prin Ministerul Economiei sau prin Ministerul Finanțelor Publice, la plata sumei stabilite ca preț de piață al apartamentului, către unitatea care va fi obligată la acordarea unei alte locuințe.

Un alt capăt de cerere avea ca obiect obligarea pârâților C., D. și E. la restituirea contravalorii îmbunătățirilor aduse apartamentului constând în: branșarea la rețeaua de gaze, construirea a 8 sobe de teracotă, înlocuirea cazanului de baie cu boiler pe gaz (pentru instalarea căruia a fost necesar proiect I.S.C.I.R.), schimbarea instalațiilor sanitare și electrice, glet tavan, tencuiala nouă, faianță, gresie, îmbunătățiri a căror valoare provizorie o indică la nivelul sumei de 20.000 euro; în temeiul art. 1444 C.civ. să se instituie în beneficiul lor un drept de retenție asupra apartamentului până la plata tuturor despăgubirilor care le sunt datorate de către pârâții C., D. și E. și să se înscrie în cartea funciară interdicția de înstrăinare a apartamentului până la plata despăgubirilor.

În motivarea cererii, reclamanții au susținut că prin dispoziția Primarului General al Municipiului București nr. 9540/2008, imobilul a fost restituit în natură pârâților C., D. și E.; anterior emiterii acestei dispoziții le-a fost anulat contractul de vânzare-cumpărare nr. xx2/1996 încheiat în baza Legii nr. 112/1995, potrivit deciziei civile nr. 825/2006 a Curții de Apel București.

În consecință, reclamanții solicită să fie dezdăunați potrivit dispozițiilor prevăzute de Legea nr.10/2001, modificată prin Legea nr.1/2009, și, mai cu seamă să li se atribuie o nouă locuință, astfel încât să fie evitată situația de a fi evacuați fără a avea o locuința în care să se mute; reclamanții apreciază că cea mai potrivită despăgubire pe care vânzătorul, respectiv statul, reprezentat la încheierea contractului de SC

B., o poate acorda este atribuirea unui alt imobil (apartament), care să corespundă atât nevoilor lor, cât și valorii prețului de piață al apartamentului pe care l-au cumpărat anterior.

Cu privire la capătul de cerere privind îmbunătățirile aduse apartamentului, au arătat că pârâții C., D. și E. trebuie obligați la plata sumei care reprezintă aceste despăgubiri întrucât, în caz contrar, ar rezulta pentru aceștia o îmbogățire fără justă cauză. Caracterul necesar și util al cheltuielilor realizate a fost argumentat prin raportare la vechimea imobilului în care se afla apartamentul, (construit în 1922), invocându-se o completă degradare a bunului în litigiu care ar fi devenit în lipsa acestor îmbunătățiri imposibil de locuit

Pârâții C., D. și E. au arătat prin întâmpinare că sunt de acord să plătească doar contravaloarea lucrărilor necesare și utile însă nu au fost de acord cu plata lucrărilor de întreținere solicitând deopotrivă respingerea cererii de instituire a dreptului de retenție.

Pe calea unei cereri reconvenționale a fost solicitată evacuarea reclamanților din locuința - proprietatea pârâților reclamanți. În motivarea cererii pârâții au arătat că aceștia din urmă nu mai au niciun drept locativ, neputând invoca nici beneficiul O.U.G. nr. 40/1999, întrucât nu au avut calitatea de chiriași; chiar în cazul incidenței acestui act normativ, prelungirea locațiunii ar fi putut opera cel mult până la data 8.04.2009. În drept, au invocat dispozițiile art. 480 C.civ., O.U.G. nr. 40/1999, Legea nr.10/2001.

Tribunalul București învestit cu cauza după admiterea excepției de necompetență materială a Judecătoriei s-a pronunțat pe fond admițând în parte pretențiile reclamanților în sensul că a obligat pârâtul Ministerul Finanțelor Publice la plata prețului actualizat – achitat conform contractului nr. xx2/1996; a admis acțiunea împotriva pârâților reclamanți C., D. și E.; a dispus obligarea acestor pârâți la plata contravalorii îmbunătățirilor aduse apartamentului în sumă de 10.071 euro (echivalent lei), plus 9.829 lei și la plata cheltuielilor de judecată de 1.800 lei; s-a dispus instituirea unui drept de retenție până la plata acestor sume; a respins acțiunea în rest ca neîntemeiată și a respins cererea reconvențională ca neîntemeiată.

Pentru a decide în acest sens instanța de fond a motivat că potrivit dispozițiilor art. 48 din Legea nr. 10/2001, reclamanții au dreptul la plata contravalorii cheltuielilor pentru îmbunătățirile necesare și utile efectuat la imobil, astfel că s-a dispus obligarea pârâților-reclamanți, beneficiari ai acestor lucrări, la plata sumei de 10.071 euro – valoarea îmbunătățirilor constând în gresie, faianță, 5 sobe de teracotă și a lucrărilor aferente și a sumei de 9.829 lei – valoarea lucrărilor de branșare a gazelor, înlocuire a cazanului de baie, schimbarea instalațiilor sanitare și electrice.

Potrivit dispozițiilor art. 1444 C.civ., aplicat pe cale jurisprudențială și obligației de restituire a imobilului în caz de revendicare, având în vedere că aceste sume de bani sunt într-o legătură intimă cu bunul, a fost instituit în favoarea reclamanților-pârâți un drept de retenție.

Având în vedere că în temeiul dreptului de retenție reclamanții-pârâți au prerogativa de a păstra bunul până la plata creanțelor ai căror titulari sunt, cererea reconvențională formulată de către pârâții-reclamanți privind evacuarea reclamanților-pârâți din apartament a fost respinsă..

Apelurile formulate împotriva Sentinței civile nr.1164 din12.03.2013 a Tribunalului București au fost respinse ca nefondate.

Referitor la caracterul necesar și util al îmbunătățirilor aduse imobilului apartament, Curtea de Apel a reținut că nu s-ar putea susține că schimbarea în anul 2000 a instalațiilor electrice, termice și sanitare, a gresiei și a faianței, a obiectelor sanitare, într-un imobil construit în anul 1920, nu este o îmbunătățire necesară și utilă, în sensul celor anterior reliefate, întrucât aceste lucrări au contribuit în egală măsură la conservarea apartamentului, dar și la creșterea valorii acestuia. De asemenea, contravaloarea sobelor de teracotă și a instalației de gaze, a fost corect calificată ca fiind de natură a spori însăși valoarea imobilului, fiind cheltuieli utile acestuia. În același sens, nu se poate nega un plus de valoare adus imobilului prin înlocuirea acestora, întrucât este ușor de prevăzut faptul că prin trecerea timpului astfel de instalații suferă o deteriorare materială și morală, dar și împrejurarea că, în lipsa realizării lor, chiar valoarea de piață a imobilului este considerabil afectată negativ. În consecință, contrar susținerilor din motivele de apel ale pârâților-reclamanți, instanța de apel a reținut că, dată fiind vechimea și gradul de uzură inerent unei asemenea vechimi a imobilului și evenimentelor naturale produse de-a lungul timpului; existența, la data preluării imobilului de către stat – 1953, a unor sobe, precum și faptul că la acel moment, imobilul

avea realizate tencuieli și zugrăveli și era dotat cu faianță, gresie și podele de mozaic, instalații electrice și sanitare, nu poate conduce la concluzia că înlocuirea, respectiv refacerea acestora nu ar reprezenta o cheltuială necesară și utilă, în sensul art. 48 din Legea nr. 10/2001.

Pe de altă parte, s-a apreciat de către instanță că, deși este real că în cauză, reclamanții nu au fost în măsură să probeze cu înscrisuri costul tuturor lucrărilor realizate și constatate de către experții desemnați în cauză, instanța de apel a reținut că, în această materie, art. 48.1 din HG nr. 250/2007 stabilește că dovada sporului de valoare se poate face prin expertiză tehnică. Prin urmare, analizând expertizele efectuate în cauză instanța a constatat că nu se poate reține o eventuală greșeală de calcul a despăgubirilor datorate de apelanții reclamanți.

Cu privire la dreptul de retenție recunoscut reclamanților intimați, Curtea de Apel s-a pronunțat în sensul că acest drept este un mijloc specific de garantare a obligațiilor ce îi conferă creditorului prerogativa de a refuza să restituie un bun al debitorului aflat în detenția sa până ce debitorul nu-i plătește tot ce îi datorează în legătură cu acel bun.

Acest drept, așa cum s-a arătat chiar în jurisprudența relevantă a instanței supreme, are scopul de a garanta creanța și a-l sancționa pe debitorul rău platnic, astfel încât de la data rămânerii definitive și irevocabile a hotărârii judecătorești privind instituirea dreptului de retenție, proprietarul bunului imobil nu mai are dreptul de a primi despăgubiri pentru lipsa de folosință a bunului până la achitarea creanței stabilită în sarcina sa. Altfel spus, în virtutea acestui drept, cel care deține un bun mobil sau imobil al acestuia, pe care trebuie să îl restituie, are dreptul să rețină bunul respectiv – să refuze deci restituirea – până ce creditorul titular al bunului îi va plăti sumele pe care le-a cheltuit cu conservarea, întreținerea sau îmbunătățirea acelui bun.

Așadar, dreptul de retenție este un mijloc pasiv, de apărare împotriva pretențiilor altor persoane, printre care se află și proprietarul. Rolul său este de a păstra lucrul refuzând restituirea deoarece doar astfel debitorul proprietar este constrâns să își achite cu celeritate datoria pentru a prelua bunul.

Pe de altă parte, instanța de apel a avut în vedere aspectul că dreptul la daune-interese al reclamanților intimați este un drept recunoscut expres de lege; prin urmare, nu a fost primită susținerea apelanților pârâți-reclamanți în sensul că pretențiile reclamanților ar avea caracter imoral, iar păstrarea bunului în cauză de către reclamanți are temei legal, ceea ce conferă acestei rețineri un caracter legitim.

Deopotrivă acțiunea în evacuare are ca scop aplicarea unei sancțiuni civile, respectiv obligarea detentorului la sistarea actelor de folosință a suprafeței locative pe care o ocupă, întemeiată pe ideea de culpă a celui ce ocupă imobilul fără a avea un titlu locativ.

În consecință, celor susținute în motivele de apel, instanța de control judiciar a considerat că tribunalul în mod temeinic și legal a reținut că cererea de evacuare nu putea fi admisă, în condițiile instituirii dreptului de retenție, cele două măsuri fiind ireconciliabile, astfel că dreptul de retenție ar fi lipsit de conținut în cazul pierderii detenției asupra imobilului.

A mai apreciat instanța de apel că deși este real că reclamanții (proprietari ai imobilului în discuție) ar fi îndreptățiți să obțină evacuarea pârâților (cărora le-a fost desființat titlul de proprietate asupra apartamentului), însă dreptul de retenție de care beneficiază reclamanții se opune acestei măsuri și anihilează acțiunea de evacuare/predare a bunului aflat în detenția creditorului retentor, întrucât ieșirea bunului din sfera materială a retentorului ar conduce la spulberarea atributului garanției de care beneficiază.

Evacuarea nu poate fi dispusă de către instanță decât în măsura în care se constată lipsa oricărei îndreptățiri a reclamanților de a reține bunul, iar nu condiționat, așa cum susțin apelanții. De altfel, chiar apelanții au recunoscut că evacuarea nu s-ar fi putut executa atâta vreme cât aceștia nu plătesc datoria către reclamanți; în plus, o atare evacuare condiționată ar genera în mod cert noi litigii referitoare la executare, astfel că, nici din această perspectivă, argumentul invocat de apelanți, în sensul că măsura se impunea pentru evitarea unui nou litigiu, nu a fost reținut ca pertinent de către instanța de apel.

Împotriva acestei decizii au formulat recurs pârâtul Ministerul Finanțelor Publice prin Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București și pârâții-reclamanți C., D. și E. Criticile formulate împotriva hotărârii Curții de Apelau fost subsumate motivului prevăzut de art.304. pct.9 din vechiul Cod de procedură civilă aplicabil cauzei.

Instanța supremă a apreciat ca fiind fondate criticile recurenților legate de menținerea în apel a modului în care a fost soluționată cererea reconvențională care avea ca obiect evacuarea pârâților-reclamanți din imobilul în litigiu.

Înalta Curte constată că după emiterea dispoziției de aprobare a restituirii în natură (efectuarea formalităților de publicitate imobiliară interesând terții, iar nu părțile cu care proprietarii au purtat litigiul pentru constatarea nulității contractelor de vânzare-cumpărare încheiat în baza Legii nr. 112/1995), pârâții-reclamanți au dobândit posibilitatea de exercitare a plenitudinii atributelor dreptului de proprietate – *usus, fructus și abusus*, textul legal fiind explicit în sensul însușirii dispoziției de restituire în natură de a constitui titlu executoriu pentru punerea în posesie și dovada proprietății persoanei îndreptățite.

Drept urmare, intimații reclamanți pârâți, după pronunțarea deciziei civile nr. 825/2006 de către Curtea de Apel București, nu mai dețin vreun titlu valabil pentru a-și legitima posesia ori numai folosința asupra apartamentului în litigiu, întrucât a fost constatată nulitatea contractului de vânzare-cumpărare al acestora și, în plus, a expirat și termenul prevăzut de O.U.G. nr. 40/2004 (la 8.04.2008) care a generat efectul prelungirii contractului lor de închiriere, reactivat în urma desființării contractului de vânzare-cumpărare și al repunerii în situația anterioară încheierii acestuia.

Prin menținerea soluției de respingerea cererii de evacuare a reclamanților pârâți din apartament, solicitată de pârâții-reclamanți pe calea cererii reconvenționale, instanța de apel a determinat, fără temei legal, lipsirea în continuare a proprietarilor de atributul folosirii de imobilul proprietatea lor și, în consecință, redobândirea posesiei de către aceștia pentru care dețin un titlu executoriu valabil în acest sens, și care a intrat în circuitul civil încă din data de 13.02.2008.

În privința corelației dintre cererea în evacuarea reclamanților-pârâți și recunoașterea dreptului de retenție în favoarea acestora, până la achitarea contravalorii îmbunătățirilor stabilite în sarcina recurenților, prin admiterea cererii cu acest obiect de către tribunal (soluție necontestată în apel), Înalta Curte constată că instanța de apel în mod nelegal a stabilit că cele două măsuri sunt ireconciliabile și nu pot coexista, pornind de la o greșită determinare a elementelor de conținut ale dreptului de retenție.

Astfel, se constatată că instanța de apel s-a raportat la înțelesul conceptual corect al dreptului de retenție recunoscut de prima instanță în favoarea reclamanților-pârâți, în condițiile în care a reținut că dreptul de retenție este un drept real de garanție imperfect în virtutea căruia cel ce deține un bun mobil sau imobil al altcuiva, pe care trebuie să îl restituie, are dreptul să rețină bunul respectiv, să refuze deci restituirea, până ce creditorul, titular al bunului, îi va plăti sumele pe care le-a cheltuit cu conservarea, întreținerea sau îmbunătățirea acelui bun (*debitum cum re iunctum*).

În contextul speței de față, acordarea dreptului de retenție, odată ce a fost invocată, era justificată de necesitatea realizării creanței reclamanților pârâți având ca obiect despăgubirile acordate acestora în temeiul art. 48 din Legea nr. 10/2001 și la a căror plată au fost obligați pârâții-reclamanți.

Or, recunoașterea efectivă a acestei garanții reale imperfecte nu avea niciun suport legal în absența unei obligații executorii în sarcina acestora de a preda (restitui) apartamentul titularilor dreptului de proprietate, obligație care corespunde tocmai dispoziției privind evacuarea lor.

Ca atare, intercondiționarea acestor măsuri opera în sens invers decât a reținut instanța de apel, astfel încât, dreptul de retenție nu putea fi acordat decât în cazul preexistenței unei obligații a retentorului la restituirea bunului în legătură cu care invocă și dovedește efectuarea anumitor cheltuieli (*debitum cum re iunctum*), aceasta fiind și rațiunea pentru care se admite că debitorul unei obligații de restituire a unui bun, chiar în cadrul unei contestații la executare, poate opune titularului dreptului asupra bunului dreptul de retenție până la momentul achitării de către acesta a cheltuielilor pe care debitorul le-a făcut pentru întreținerea, conservarea sau îmbunătățirea bunului (creanță certă, lichidă și exigibilă).

În sfârșit, mai trebuie precizat că evacuarea reclamanților pârâți nu va putea fi executată decât după stingerea dreptului de creanță al reclamanților-pârâți împotriva titularilor dreptului de proprietate (dată până la care operează dreptul de retenție), așadar, după achitarea de către pârâții-reclamanți a despăgubirilor stabilite în sarcina lor prin hotărârea pronunțată în cauza de față.

În același timp, se mai cere a fi observat că în virtutea dreptului de retenție, retentorii nu vor avea dreptul de a folosi bunul la a cărui restituire au fost obligați, ci doar vor putea refuza predarea acestuia către pârâții-reclamanți, reținându-l, până la realizarea integrală a creanței lor.

Având în vedere toate aceste considerente, Înalta Curte, în baza art. 312 alin. (1) și (3) raportat la art. 304 pct. 9 C.proc.civ., a admis recursul formulat de pârâții-reclamanți, a modificat în parte decizia recurată, în sensul că a fost admis apelul exercitat de aceștia împotriva hotărârii primei instanțe, astfel că a fost admisă cererea reconvențională, dispunându-se evacuarea reclamanților-pârâți din apartamentul în litigiu, pentru lipsă titlu; au fost menținute celelalte dispoziții ale deciziei și sentinței.

ÎCCJ, Secția I civilă, decizia civilă nr.2131/2015 din 09 octombrie 2015în rezumat[1]

Comentariu

1. Referitor la condițiile ce se cer întrunite pentru nașterea dreptului de retenție în patrimoniul creditorului apreciem că acestea sunt întrunite în cauza dedusă judecății:

Fiind vorba despre un drept de garanție, în primul rând trebuie observat faptul că reclamanții sunt titulari ai unui drept de creanță cert lichid și exigibil astfel că pârâții pot fi în mod judicios constrânși la executarea obligației corelative acestui drept. Cu privire la caracterul lichid al creanței, arătăm că instanța de apel a reținut în mod corect că sporul de valoare adus imobilului poate fi dovedit prin expertiză tehnică. Se poate observa deopotrivă că obligația pârâților C, D și E este întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză de vreme ce reclamanții au adus îmbunătățiri apartamentului imobil care a fost restituit pârâților în temeiul Legii 10/2001, astfel încât patrimoniul acestora din urmă a fost mărit corelativ cu însăracirea reclamanților. Pe lângă temeiul de drept comun, creanța în despăgubiri a reclamanților își găsește deopotrivă un izvor în legea specială și anume art.48 din Legea 10/2001 invocat ca temei de drept al cererii formulate. Este mai mult decât evident că dreptul de creanță invocat este un debitum cum re iunctum în sensul clasic al conexității materiale, constând în cheltuieli necesare și utile realizate cu ocazia deținerii bunului de către creditor.[2] Astfel, cheltuielile realizate de reclamanți au urmărit în mod cert conservarea și ameliorarea bunului, ceea ce înseamnă că ele au fost generate într-o legătură obiectivă cu acesta din urmă profitându-i în sensul aducerii unui spor de valoare ori chiar a păstrării substanței sale. Aceste aspecte au fost arătate de reclamanți în motivarea capătului de cerere prin care solicită acordarea de despăgubiri și au fost reținute în mod temeinic și legal de către instanță pe parcursul judecării cauzei în ciuda criticilor formulate de pârâții-reclamanți.

Despre bunul asupra căruia se solicită acordarea unui drept de retenție putem spune că din datele speței acesta poate forma obiectul unei asemenea garanții de vreme ce este un bun imobil corporal aflat în circuitul civil și care se găsește în stăpânirea materială a reclamanților.

Ca atare, considerăm că în mod corect a fost admisă cererea având ca obiect acordarea unui drept de retenție până la stingerea creanței în despăgubiri pentru îmbunătățirile aduse bunului. Facem însă precizarea că instanța nu acordă dreptul de retenție potrivit aprecierii suverane ci doar verifică îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege pentru nașterea sa valabilă, deoarece temeiul acestuia se află în lege.[3] Acest lucru face din dreptul de retenție un mijloc de justiție privată de vreme ce se naște *ope legis* și nu *ope iudiciis*.

2. Problema de drept pusă în discuție în speța analizată este legată de compatibilitatea exercitării unui drept de retenție cu admiterea acțiunii în evacuare formulată pe cale reconvențională de către pârâții cărora le-a fost restituit în natură imobilul preluat abuziv de către Stat.

---

[1] http://www.scj.ro/

[2] A se vedea în acest sens : A. AYNÉS, „Le droit de rétention. Unitè ou pluralitè",Ed.Economica, Paris 2005,p. 230; M. CABRILLAC, C. MOULY ; „Droit des sûretés", Ed. Litec, Paris 2002, p.552;H.,L et J. MAZEAUD ,F.CHABAS ; „Leçons de droit civi ,t.III Sûretés., Publicité foncière", Vol.1, 7ed.,par Y.PICOD, Ed. Montchrestin, Paris 1999,p.191.

[3] În sensul caracterului legal al dreptului de retenție a se vedea: S.I. VIDU „Dreptul de retenție în raporturile juridice civile", Ed. Universul Juridic, București; 2010, p.67; R. PETRESCU,V.SCHERER, GHE. NICHITA; „Probleme teoretice și practice de drept civil" ; Ed. Scrisul Românesc, Craiova 1987,p.76.

Asupra cererii în evacuare, prima instanță s-a pronunțat în sensul respingerii acesteia ca o consecință a prerogativei creditorilor retentori de a refuza predarea bunului până la stingerea creanței garantate. Criticile formulate în apel asupra soluționării acestui capăt de cerere au fost respinse motivându-se că reținerea apartamentului de către reclamanți are un temei legal, fiind în consecință una licită. Caracterul licit al acestei stăpâniri vine potrivit primei instanțe de control judiciar în contradicție cu natura sancționatorie a evacuării prin care se urmărește încetarea folosinței nelegale a unei suprafețe locative. Prin urmare, Curtea de Apel mai arată că deși pârâții au calitatea de proprietari admiterea unei acțiuni în evacuare ar lipsi de efecte dreptul de retenție prin ieșirea bunului din stăpânirea materială a retentorului, astfel concluzionează că evacuarea poate fi dispusă doar în cazul în care detenția reclamanților ar fi lispsită de orice temei. Or, în speța de față temeiul detenției era reprezentat de un drept de retenție născut în vederea garantării creanței în despăgubiri stabilită în beneficiul reclamanților.

Înalta Curte de Casație și Justiție, judecând în recurs, apreciază ca fiind nelegale cele statuate de Curtea de Apel în legătură cu faptul că admiterea acțiunii în evacuare ar fi ireconciliabilă cu exercițiul dreptului de retenție în sensul că cele două nu pot coexista, excluzându-se una pe cealaltă prin efectele pe care le produc. Credem că soluția instanței supreme de a admite recursul, modificând sentința în sensul admiterii acțiunii în evacuare este dată în urma aprecierii corecte a situației de fapt dedusă judecății și a efectelor produse de garanția reală imperfectă recunoscută reclamanților-intimați.

Astfel, chiar dacă evacuarea reclamanților retentori ar presupune lipsirea acestora de detenția bunului și în consecință împiedicarea constrângerii debitorului prin refuzul de predare a bunului grevat, nu este mai puțin adevărat că titularii creanței vor putea refuza predarea până la stingerea creanței chiar și în ipoteza admiterii cererii în evacuare. Aceasta atâta vreme cât la nivel jurisprudențial este mai mult decât constantă invocarea dreptului de retenție pe calea unei contestații la executare formulată pentru a împiedica executarea silită a unor hotărâri prin care se dispune predarea bunului. Admiterea unei asemenea contestații ar fi cu atât mai sigură în cauză cu cât dreptul de retenție este recunoscut reclamanților în urma judecății de fond.

Acest aspect este statuat și de către instanța de recurs care arată în mod neechivoc că evacuarea reclamanților pârâți va putea fi executată doar în urma stingerii creanței în despăgubiri recunoscută în temeiul hotărârii pronunțate.

Pentru admiterea caii de atac Înalta Curte se oprește în principal asupra reciprocității obligațiilor părților, deci a faptului că au în egală măsură calitatea creditori și debitori unii față de alții, fapt din care derivă însăși efectul cominator al retenției[4]. Astfel, instanța s-a pronunțat în sensul că recunoașterea unei asemenea garanții nu ar avea vreun temei legal în lipsa unei obligații executorii de a preda bunul reținut proprietarilor, obligație ce își găsește temei chiar în dispoziția privind evacuarea reclamanților- pârâți. Cu alte cuvinte, instanța apreciază că esențială pentru nașterea și eficacitatea dreptului de retenție este existența unei obligații exigibile în sarcina retentorului având ca obiect restituirea bunului. Însăși faptul că sunt debitorii unei asemenea obligații le permite reclamanților să pună presiune pe debitorul unei creanțe ai căror titulari sunt și care se află în strânsă legătură cu bunul, de vreme ce efectul de garanție se obține prin suspendarea legitimă a executării propriei obligații și condiționarea acesteia de executarea obligației celuilalt. După cum se reține și în doctrină dreptul de retenție este acel drept în temeiul căruia creditorul este îndreptățit să păstreze bunul în mâinile sale după scadența obligației de predare, moment de la care creditorul acesteia este îndreptățit la executare[5].

Un argument în plus pentru admiterea acțiunii în evacuare, după cum arată și instanța supremă, tine de faptul că în temeiul dreptului lor de retenție reclamanții nu se bucură de prerogativa folosinței bunului ,ci doar îl conservă până la realizarea integrală a creanței garantate.[6]

---

[4]În sensul că suspendarea temporară a executării obligației de predare ori restituire a bunului este principalul efect al dreptului de retenție , a se vedea: A. AYNÉS,op. cit.p. 230.

[5]Idem, p.231.

[6]În sensul ca retentorul este un simpli detentor precar care nu exercită atributul folosinței bunului, iclusiv faptul că nu beneficiază de fructele bunului, a se vedea:H.,L et J. MAZEAUD , F.CHABAS, op. cit.,p. 197,

FILE DIN ISTORIA BAROULUI DOLJ

Emanoil Chinezu – autor al unui proiect de Constituţiei (1857)[1]

Av. Cosmin Gherghe
Baroul Dolj

Posedând o instrucție temeinică, vaste cunoștințe în domeniul istoriei universale și naționale, de sociologie, filosofie, în științe juridice și în drept internațional, Emanoil Chinezu s-a afirmat printr-o susținută activitate publicistică și prin elaborarea unor lucrări de sinteză referitoare la istoria și legislația poporului român, unul din capitolele încă necercetate ale operei acestei mari personalități a poporului român.

Preocupările si realizările istorice și juridice ale lui Emanoil Chinezu, dintre care amintim: *O soluție a chestiunei de zi a românilor de la Dunăre*, 1856, *Dorințele românilor înaintea Comisiunei Europene ce se așteaptă la București, la anul 1857*, *Apel către națiune în contra guvernementelor caimacamești cu ocazia publicării corespondenței secrete a lui Vogoridi, 1857*, *Tratatul de la Paris din anul 1856 luna martie 30, Articolele 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 și 27 atingătoare de Principatele Române cu comentarii*, *Un program pentru Divanul ad-hoc*, cuprind informații, aprecieri și judecăți de valoare referitoare la situația politică internă și externă a Țărilor Române la mijlocul secolului al XIX-lea, denumit secolul naționalităților, veacul care a cuprins toate popoarele Europei în vârtejul luptei pentru afirmarea lor ca entități naționale, cu identitate proprie.

Românii, aflați sub cupola de interese a celor trei imperii vecine, au căutat și militat pentru a-și realiza liberi legislația necesară modernizării societății, pentru a situa cerințele românești pe registrul superior al stadiului de dezvoltare europeană.

Lupta pentru îndeplinirea idealului românesc a fost un obiectiv principal al mișcării naționale în Principatele Române, unde statutul politic internațional a permis o mai mare libertate de acțiune. Din aceste considerente, cele mai multe proiecte de unitate statală au pornit de aici. Elaborarea unor proiecte politice care să intereseze marile puteri europene a fost dublată de proiecte ferme de reformare a structurilor economice, sociale și statale la români. Acestea din urmă, cunoscute de istorici[2] ca proiecte constituționale, au avut darul de a implica masele populare în procesul de transformare și modernizare a societății românești.

Începuturile vieții constituționale românești se regăsesc într-un proiect de constituție aristo-democratică de la anul 1802, inspirat de ideile franceze, în care boierimea mică se pronunța pentru o republică aristocratică, pe temeiul consultării și colaborării „norodului deplin".[3]

În perioada 1802-1822 aceste idei și principii reformator-constituționale încep să se contureze tot mai mult, pentru ca, după revoluția lui Tudor Vladimirescu, ele să fie înscrise în Constituția cărvunarilor, elaborată de boierimea mică și mijlocie din Moldova, în frunte cu Ionică Tăutul, pe care A.D. Xenopol, autorul descoperirii tratatului original al acestui act – o caracteriza ca fiind „cea dintâi manifestare politică a cugetării

---

[1] Extras din teza de doctorat "Emanoil Chinezu (1817-1878) – avocat, om politic și istoric (Universitatea din Craiova, 2007) publicată la Ed. Sitech, Craiova, 2009, 336 pagini.

[2] Ion Pătroiu, *op. cit*., p. 114.

[3] Angela Banciu, *Istoria vieții constituționale din România(1866-1991)*, București, 1996, p. 22.

liberale" și „cea dintâi întrupare a unei gândiri constituționale în țările române."[4]

Au urmat, Regulamentele Organice de la 1831-1832, care reprezintă, în opinia lui Nicolae Iorga, o adevărată constituție, având ca menire „realizarea, potrivit cu interesul marilor boieri, a programului sprijinit de boierimea de toate treptele și mai ales de boierii cei mici, începând din secolul al XVIII-lea."[5]

Revoluția de la 1848 din Țările Române, care s-a desfășurat simultan cu cele izbucnite într-o serie de țări europene, a consacrat în epocă ideea că românii, la fel ca și alte națiuni europene, au avut ca preocupare fundamentală elaborarea unei constituții proprii, care să transpună în viața socială și politică atât tradițiile valoroase acumulate de-a lungul vremii, cât și principiile moderne și democratice ale sistemelor parlamentar-democratice de conducere și organizare a statului și societății.

Principiile și ideile constituționale înscrise în Proclamația de la Islaz au fost sintetizate într-un proiect de constituție, alcătuit de Mihail Kogălniceanu, proiect ce a încorporat, deopotrivă, spiritul românesc și european, în materie constituțională.[6]

Alături de alți juriști și oameni politici români, Emanoil Chinezu, observator și analist atent și profund al evenimentelor care au avut loc între anii 1821-1877, participant activ la întrunirile organizate de Societatea Filarmonica, și la revoluția din 1848, prieten cu Ioan Câmpineanu, a fost interesat și influențat de documentele programatice elaborate de acesta și de Partida Națională.

El aprecia că întregul popor trebuia mobilizat la lupta pentru formarea statului român modern, și pentru aceasta erau necesare „o constituție liberală ca să ridice moralul populațiilor române descurajate de deosebite invazii străine, o instrucție răspândită în toate clasele spre a da un liber zbor facultăților intelectuale și morale, baze noi și solide proprietății, spre a o consolida și a o face a prospera; de a dezvolta comerțul și industria".[7] Lui Emanoil Chinezu îi datorăm realizarea unui *Proiect de Constituție*, intitulat *Constituțiunea României reintegrată sau Skitza pentru o constituțiune în România*, publicat în anul 1857, elaborarea și adoptarea acestui act fundamental reprezentând în concepția sa primul și cel mai important obiectiv al statului. Lucrarea Constituțiunea României a fost tipărită la Bruxelles cu litere slavone și cuprinde următoarele capitole: Prefață, Schiță pentru o Constituțiune în România, Introducțiune, Guvernementul, Responsabilitatea agenților guvernementului, Aplicațiunea teoriei precedente la Instituțiunile României, Redacțiunea Constituțiunei. Dispozițiuni generale, Constituantă, Domnul, Tribunalul, Senatul, Judecătorii.[8]

Emanoil Chinezu considera că „singura și prima preocupațiune (a guvernului-n.n.) trebuie să fie a se da țării o constituție (...) fără de care în van vom țipa, ne vom limita către toți, vom invoca convențiunea și voința ori intențiunea Europei, nici un pas nu se va putea face, cel puțin, în sensul programului. Ei bine! – continua Emanoil Chinezu – această stare anarhică va dura până ne vom da o constituțiune; până vom înțelege, în fine, că convențiunea nu este o constituție, ci un act diplomatic de drept public european, prin care, făcându-se un loc în republica politică europeană statului nostru, i se recunoaște dreptul de a-și da o constituție cât de liberă va voi (...).

Nimeni nu are dreptul de a ne da o Constituțiune. Dreptul de a ne da o Constituțiune este al nostru" și aceasta nu trebuie cerută Europei, preciza Emanoil Chinezu.[9] Constituția trebuia să fie un mijloc de educație morală și politică, grație căreia individul se ridică la rangul de cetățean prin cunoașterea drepturilor sale. „Pentru ca o constituție să fie bună – scria Emanoil Chinezu – trebuie a fi astfel redactată încât să nu pună nici o piedică progresului, ba încă a-l favora, a provoca dezvoltarea societății", iar pentru a fi durabilă „trebuie a fi astfel cu omenirea pentru care este destinată încât a mulțumi dorințele, a îndestula tendințele, a nu froasa susceptibilitățile prezente și viitoare, sentimentul momentului, suvenirea trecutului, tradițiunea și

---

[4]A.D. Xenopol, *Primul proiect de Constituțiune a Moldovei din 1822. Originile partidului conservator și a celui liberal*, București, 1898, p. 26.

[5]Nicolae Iorga*, Istoricul Constituției românești, în Noua Constituție a României*, București, f.a., p. 23.

[6]Angela Banciu, *op. cit*., p. 27; Liviu P. Marcu, *Istoria dreptului românesc*, București, 1997, p. 153.

[7]Emanoil Chinezu, *Cum se se dea România pe mâna românilor*, p. 26.

[8]Idem, *Constituțiunea României reintegrată*, Imprimeria de E. Glyot & Stafluaux fils, Bruxelles, 1857, p. 119; Dem. D. Stoenescu, *Un proiect vechi de Constituție*
întocmit de Emanoil Kinezu la 1857, Institutul de Arte Grafice „Samitca", Craiova, 1920.

[9] Emanoil Chinezu, *Epistolă către redactorii gazetei din București,* p. 191.

speranțele”.[10] Numai așa se putea realiza „acea strânsă unire și solidaritate între societate și guvernul ei, care este elementul cel mai tare al puterii unei națiuni”.

Studiind tradiția noastră politică, Emanoil Chinezu o considera ca „foarte democratică și, dacă o găsim în condițiuni de rătăciri numeroase, dar viciul se pare în aplicațiune nu în principii.”

Puternic influențat de ideile franceze, Chinezu afirmă că „nici-o cetate nu poate exista” fără libertate, egalitate și fraternitate. De aceea, la baza redactării proiectului de constituție el pune familia și proprietatea. Proprietatea având o relație intimă cu libertatea. Cine atacă proprietatea atacă libertatea și vice-versa.[11] Cu cât libertatea cetățeanului se recunoaște, cu atât și proprietatea se respectă mai mult. Proprietatea și familia sunt strâns legate cu principiile Libertate și Fraternitate, nu putem ataca pe unul fără a infirma pe celălalt. „În viziunea lui Emanoil Chinezu principiile generale ale cetății vor fi Libertatea, Egalitatea, Fraternitatea, familia și proprietatea”.[12]

În redactarea proiectului de constituție Emanoil Chinezu a fost influențat de Benjamin Constant (1767-1830), principalul teoretician al liberalismului politic modern francez, depășindu-l însă în viziune și gândire prin introducerea votului universal.

Pentru bunul mers al societății, constituția trebuia să prevadă libertatea de presă, libertatea de mitinguri, libertatea de petițiune colectivă etc.

Adept convins al republicii democrate, Chinezu face în capitolul „Aplicațiunea principelor precedente, Suveranitatea” o trecere în revistă a guvernelor aflate la conducere în mai multe țări, pornind de la Franța, Grecia, Anglia, Polonia și Statele Unite, arătând că „republica se determină prin formă iar nu prin fondul suveranității”, iar când „suveranitatea coboară nu se urcă, se numesc republici despotice ori oligarhice”, și când „suveranitatea se urcă iar nu coboară, este idealul perfecțiunei politice. Aceasta se numește Republică democratică.”[13] Citându-l pe Montesquieu, el scria că „aristocrația averii este cea mai primejdioasă și mai impertinentă”, că, dintre formele de guvernământ, republica democratică „este în armonie cu ideile moderne, și poate e chemată a lua în viitor o mare parte din destinațiunile Națiunilor”, deși sub raport practic, opțiunea lui mergea spre sistemul monarhiei constituționale, la baza căruia așează însă „contractul între națiune și monarh”.[14]

O condiție indispensabilă a Statului era, în concepţia sa, suveranitatea. Arătând că toate puterile Statului trebuie să vină de la națiune, înseamnă că titulara suveranității era națiunea. Poporul (națiunea - n.n.) nu poate exercita în mod direct puterea legislativă, nici pe cea executivă, nici pe cea judecătorească și, de aceea, trebuie să desemneze prin alegere pe deputați și senatori. „Experiența și observațiunea ne arată că este mai bine ca poporul să-și exercite suveranitatea prin delegați aleși în adunări de cetățenie pe județe, numite colegiuni electorale”, scria Emanoil Chinezu.[15]

Admițând acest principiu, Emanoil Chinezu este adeptul teoriei formulate de Charles de Secondat, baron de Montesquieu (1689-1755) în opera *Spiritul legilor*,[16] din care traduce și publică la Imprimeria C. A. Rosetti în anul 1858, cu note și observații pertinente, Cartea I *Despre legi în general* și Cartea a II-a *Despre legile care derivă direct din natura guvernământului*.[17]

Singura și unica misiune a constituantei era aceea de a organiza puterile publice, a reglementa atribuțiile lor, a stabili raporturile ce sunt între ele și a desemna hotarele ce urmează a le despărți.

„Constituanta, așadar, așază sau instituie o regulă după care au a se exercita puterile guvernamentale: asta este constituția; și un principe care să privegheze: acesta este Domnul”.

Pledând pentru principiul separării puterilor în stat, juristul român conferă reprezentantului puterii executive, fie rege, principe, sau „oricum altfel”, datoria de a fi „un provocator moral al reformelor devenite

[10] *Ibidem*, p. 16.
[11] *Ibidem*, p. 33.
[12] *Ibidem*, p. 35.
[13] *Ibidem*, p. 46.
[14] *Ibidem*, p. 62.
[15] *Ibidem*, p. 58.
[16] Mihai T. Oroveanu*, Istoria dreptului românesc și evoluția instituțiilor constituționale*, p. 280.
[17] Montesquieu*, Spiritul legilor*, tradusă de Emanoil Kinezu, București, 1858, p. 32.

necesarii un amic al progresului, un protector al celor suferinzi".[18]

Emanoil Chinezu susține separarea puterilor în stat, arătând că „trei sunt puterile ce alcătuiesc guvernul: puterea legislativă, puterea judecătorească, puterea executivă; *puterea legislativă* în exercițiul său este cu totul independentă; nu depinde decât de suveranitatea poporului a cărui voință are a exprima."

Puterea legislativă, este alcătuită din delegații aleși de „cetățeni trimiși de colegiunile electorale, în calitate de legiuitori ai poporului, pentru un termen de cinci ani."

Aceștia inițiază proiecte de legi care sunt trimise „prin oratorii săi într-o adunare constituantă."

Când constituanta le adoptă, aceste proiecte devin legi fără vre-o sancțiune domnească și se numesc legi constitutive. Presa, mitingul și petițiunea, fiind drepturi suverane, sunt independente și ele ies de sub autoritatea lor legislativă.

Puterea executivă este parte a activității suverane care dă efectivitate hotărârilor celorlalte puteri. După Chinezu, puterea executivă „rezidă într-un senat tras de Domn din sânul națiunei – Senatul, așa dar, este neadormita sentinelă a cetății."[19] Senatorii sunt apărătorii prin excelență ai constituției.

Cu deosebită competență prezintă juristul Emanoil Chinezu principiul independenței judecătorești de celelalte puteri, caracteristică esențială a unui sistem politic reprezentativ sau constituțional.

Puterea judecătorească trebuia să fie o parte a activității suverane destinată a ține toate activitățile particulare în cercul legalității. Ea este încredințată unui corp de judecători numiți de domn. Într-un capitol special este prezentată responsabilitatea guvernului și a domnului.

Urmează apoi redactarea propriu-zisă a proiectului de constituție.

Spiritul realist, tradiționalist și totuși reformator al lui Emanoil Chinezu, care a influențat programul unionist craiovean „Dorințele Românilor", a determinat această cuprinzătoare cercetare a normelor fundamentale de organizare constituțională și administrativă a statului. Proiectul de Cosntituție are ca motto un citat din opera *Spiritul legilor*, cartea a III, cap. II din Montesquieu și cuprinde 6 titluri cu 154 de articole. În capitolul *Dispozițiuni generale*, Emanoil Chinezu prezintă problema unirii Principatelor Române la 1857 ca și realizată. Articolul I: „Românii sunt un singur popor. Poporul român se socotește toată populația ce locuiește pământurile numite Țara Românească, Moldavia și Basarabia până la granița ce servă de hotar cu Rusia între Hotin și Lacul Sărat".[20] Pentru o mai bună organizare și funcționare a administrațiilor românești, Emanoil Chinezu consideră că: „O lege este pentru toți românii" și „nici o lege nu se va putea face fără concursul reprezentanților națiunei", iar „suveranitatea la români rezidă în popor".

Abordând principiile ce se aplică individului într-un sistem politic reprezentativ, subliniind că, prin stabilirea acestui sistem, oriunde „privilegiul și exclusivismul au trebuit să înceteze", Emanoil Chinezu trece în revistă principalele drepturi și libertăți cetățenești proprii unui sistem democratic: dreptul la vot de la 25 ani împliniți, iar pentru a exercita puterea de la 30 ani împliniți; nici o arestare preventivă nu poate fi mai lungă de trei luni fără hotărâre judecătorească după toate formele; nici o închisoare nu poate fi mai lungă de 30 de ani; nici un domiciliu nu poate fi violat fără hotărâre în scris a magistraturei prepuse; nici un român nu poate fi osândit decât pentru fapta săvârșită; Poporul își exercită libertatea prin presă și mitinguri sau cluburi; Cetățenii sunt toți Românii valizi și independenți; Domnul are dreptul de a-și numi din Senat un regent; Domnul singur poartă titlu de „Măria Sa" fiindcă singur este principele în cetate.[21]

Emanoil Chinezu prevedea următoarele puteri constituționale ale statului: executivă, legislativă și judecătorească. Organizarea și funcționarea lor se sprijinea pe principiul separației relative, care presupune și ierarhia puterilor constituționale și colaborarea lor în limitele statornicite prin actul constituțional.

Emanoil Chinezu considera că „în Constituantă rezidă puterea suverană a poporului în desăvârșita ei întregime", iar „poporul se va împărți în colegiuri electorale. Colegiuri vor fi atâtea câte județe va avea țara ce locuiește poporul român". Totodată, propunea ca „numărul deputaților constituanți să fie în raport cu

[18]Emanoil Chinezu, *op. cit.*, p. 75.
[19]*Ibidem*, p. 78.
[20]Idem, *Constituțiunea României reintegrată*, p. 15.
[21]*Ibidem*, pp. 18-20.

populația, unul pentru 5000 de locuitori."[22] Fiecare colegiu alegea câte un număr de delegați care erau trimiși în capitală ca să alcătuiască Adunarea Constituantă. Ei se numeau deputați constituanți. Ei urmau a primi lista candidaților la Domnie trimisă de Senat. Candidații de Domnie nu putea fi decât cinci.[23]

Prerogativele și atribuțiile domnului erau precis formulate în proiectul de Constituție întocmit de Emanoil Chinezu. Astfel, domnul guverna cu ajutorul miniștrilor, numiți de el având următoarele prerogative:

a) exercită puterea regulamentară;
b) promulgă legile;
c) are dreptul de grațiere și de reducere a pedepselor în materie criminală;
d) numește în funcțiile publice;
e) a încuraja virtutea și industria;
f) a înălța în ranguri;
g) a răsplăti pe cei cu merit;

Drepturile Domnului erau:

a) a supraveghea în cetate;
b) a reprezenta cetatea afară;
c) a hotărî războiul ori pacea;
d) a încheia tratate cu alte state;
e) a sancționa actele camerii tribunilor;
f) a dizolva când va socoti de cuviință o legislatură, chemând numai decât alta;
g) a primi petițiile locuitorilor;
h) a convoca Senatul și Tribunatul;
i) a institui miniștrii la conducerea administrației, procurori pe lângă autoritățile judecătorești; legați ori ambasadori ca să-l reprezinte puterilor străine; șefi comandând în scopul oștirilor, adică generali; etc.

În numele Domnului se legiuia, administra și judeca. De asemenea, Domnul trebuia să fie român și cetățean român și era ales de popor pe viață prin Constituantă. Persoana lui este sacră și inviolabilă. Constituția dădea Domnului privilegiul de a domni și dreptul de a guverna.

După Emanoil Chinezu, puterea legislativă a țării trebuia să o aibă *Tribunatul*. Acesta trebuia să fie alcătuit din 100 de membri care aveau ca sarcină să elaboreze proiecte de legi, să alcătuiască bugetul statului; revista cheltuielilor pentru întreținerea statului precum și crearea veniturilor, îmbunătățirilor și cheltuielile statului etc. Tribunii erau numiți din popor prin colegiuri electorale și erau reprezentanții tuturor intereselor națiunei. Tribunatul va ține un buletin „ex oficio" care se va numi „Tribuna Română" în care vor fi publicate toate legile date.

O foarte mare importanță dădea Emanoil Chinezu *Senatului* care era puterea executivă și administrativă a țării. Senatorii trebuiau să fie „apărătorii țării și ai constituțiunei." În Senat era pusă „toată grija și solicitudinea pentru îmbunătățirile și punerile la cale ce vor fi trebuincioase pentru fericirea, gloria și puterea cetății românilor". Senatorii trebuiau să fie numiți de domn pe viață.

Un senator nu putea fi arestat decât după decizia Senatului. Senatul avea următoarele atribuții:

- a alege din Senat trei candidați pentru domnie prin ședințe generale;
- a alege pe mitropolit și pe episcopi;
- a cerceta constituționalitatea legilor trimise la sancțiunea domnească de către Tribunat;
- a cerceta proiectele de legi trimise de Domn Tribunatului;
- a judeca și osândi abaterile senatorilor;
- a alcătui prin ședințe generale orice proiect de interes național ce ar privi spre prosperitatea cetății române, a-l supune prin intermediul principelui camerii Tribunilor etc.;
- Domnul poate convoca extraordinar Senatul ca să-l consulte asupra intereselor națiunii;
- ședințele Senatului sunt publice când sunt generale și facultative când sunt în comitet;

[22] *Ibidem*, p. 35.
[23] *Ibidem*, p. 36.

- Senatul va publica un buletin, al lucrărilor sale de lună al cărui redactor șef va fi un senator;
- Senatul se socotește complet când are majoritatea.

Referitor la judecători, Emanoil Chinezu propunea două instanțe judecătorești: Tribunalele de întâia instanță și Înalta Curte, ale cărei hotărâri sunt fără apel. Camera legislativă urma a hotărî numărul și personalul tribunalelor după trebuință. Chinezu aprecia că „nimeni nu trebuie a fi pedepsit arbitrariu fără să fi fost judecat; judecat decât în virtutea legilor hotărâte și dupe formele prescrise. O constituție trebuie a fi garanția acestor principii."

În încheiere, Emanoil Chinezu concluziona: „Iată ce este constituția noastră; și iată ce stăruim a voi să fie: Un principe domnind, un senat administrând, un tribunal legislând, juriul judecând".[24] Luând în considerare evenimentele care avuseseră loc în anii 1855-1856 și perspectivele de viitor ale României, Emanoil Chinezu considera că „autoritatea supremă ar trebui să fie ereditatea, de voim ca să îndeplinească cu succes însărcinarea însemnată ce i s-ar pune."

Cel care propusese în programul „Dorințelor Românilor" „prinț străin cu moștenirea tronului, ales dintr-o familie încoronată d-ale Europei", a revenit la sfârșitul textului Proiectului de Constituție adăugând: „am putea prea bine schimba principiul pe viață ori mai bine ai substitua un principe moștenitor dintr-una din clasele suverane de sângele nostru latin." El motiva că: „Această transformațiune deși ar fi în principiu o degradațiune, dar în practică este o restaurațiune, este un progres din punctul de vedere al împrejurărilor exterioare din timpul prezent, după care cetatea noastră ar intra cu suveranitatea sa în centrul și familia europeană, și mai mult decât toate în elementul său latin din care se trage."[25]

E. Chinezu afirmă că „primește de bună, cel puțin pentru timpul de față, argumentațiunea Anexei la Protocolul nr. 6 de la Conferința de la Viena din anul 1855 care sfârșea cu următoarea concluzie: „Autoritatea supremă ar trebui dar să fie ereditară, de voim ca să îndeplinească cu succes însărcinarea însemnată ce i s-ar pune."[26]

Proiectul de constituție inițiat de Emanoil Chinezu în anul 1857 a fost influențat în unele privințe de constituția franceză din 1852 și de constituția belgiană din 1831, precum și de legea electorală belgiană.

Valoarea acestui document constă în încercarea de a prezenta sub o formă nouă, influențată de spiritul Occidentului, vechile tradiții ale Țării și deziderateле exprimate în mod constant de boierime în diversele ei memorii. Autorul proiectului de constituție a urmărit organizarea unui stat de drept, fundamentat pe principiile revoluției franceze și pe așezămintele românești vechi, pentru a da Țării o Constituție.

Proiectul prezintă o valoare certă, deoarece exprimă în formă completă gândirea politică națională la mijlocul secolului al XIX-lea și reprezintă o încercare de a da țării o așezare constituțională.

Textul proiectului cuprinde „o constituție în înțelesul obișnuit al cuvântului, adică în întocmire legală a cârmuirii unui stat." El prevede principiul domniei legilor, a respectării drepturilor și libertăților individuale, a rezistenței funcțiunilor constituționale, a ideii de reprezentare politică în Adunarea obștească a Țării. Acest proiect de constituție cuprinde ideea „guvernării prin ea însăși."[27] Se trecea de la sistemul unicameral, prevăzut de Regulamentul Organic și de Convenția de la Paris, la sistemul bicameral, puterea legiuitoare exercitându-se colectiv de domn, adunarea colectivă și senat.

Emanoil Chinezu acorda, de asemenea, o atenție deosebită legii electorale. El propunea „o lege electorală națională" prin care „să chemăm la alegeri, prin vot universal, toată națiunea care știe să scrie și să citească, și care, prin urmare, poate alege pentru puterile statului pe bărbații aceia ce, după trecutul lor, sunt reputați ca oameni ai națiunii."[28] „Suntem o națiune – continua Chinezu –, atât de bine favorată de natură, încât cu puțină muncă și bunăvoință de parte-ne, dacă am ajuta dezvoltarea simțului național și am lumina clasele inferioare ale poporului nostru; dacă am proteja, meritul și onestia; dacă nu am întinde mâna

[24] *Ibidem*, p. 82.
[25] *Ibidem*, p. 120.
[26] *Ibidem*, p. 122.
[27] Lucian Cosmin Gherghe, *Un proiect de Constituție mai puțin cunoscut*, pp. 72-76.
[28] Emanoil Chinezu, *Cum se se dea România pe mâna românilor*, p. 61.

fie-cui încât a ridica, cu atâta înlesnire, în fruntea statului nostru, incapacitatea s-ar realiza fericirea și prosperitatea Națiunii române în prezent și mai ales în viitor. Singur introducerea acestui principiu de electiune națională ce propunem, ar restabili moralitatea în statul nostru și ar ridica moralul națiunei" astfel am deveni „națiunea cea mai plină de prosperitate din părțile noastre."[29]

În cadrul confruntărilor care au avut loc între partizanii votului universal și cei ai sistemului cenzitar i s-a opus cu îndârjire Emanoil Chinezu.

„Votul – spunea Emanoil Chinezu – este menit a crește în viitor și a modifica alegerile, în sensul național și moral, denaturând interesele exclusive și străine, camaraderiile și compensațiunile meschine, exploatările unora prin ceilalți, mici și mari, minciunile și înșelătoriile (...).

Singura introducere a acestui principiu de electiune națională ce propunem, ar restabili moralitatea în statul nostru și ar duce la dezvoltarea țării."[30] Dar pentru ca alegerile să se facă mai bine, cetățenii trebuiau să fie informați. „Unde este tribuna din care Națiunea să poată exprima legalmente aspirațiunile sale? Unde este presa care să fie programul voințelor sale? Pe treptele tribunei nu se poate urca decât în particular interes al națiunei, adică averea, iar nu Națiunea" conchidea Chinezu.[31]

Introducerea votului universal în locul legii electorale reprezenta pentru Emanoil Chinezu „o curată revoluțiune: este a substitua democrația în locul oligarhiei."[32]

După unirea Principatelor, obiectivele modernizării societății românești au fost integrate unor profunde și rapide transformări în toate domeniile. Aceste transformări au dus la schimbări fundamentale atât în sfera economicului și socialului, cât, mai cu seamă în cea a statutului politico-juridic, intern și internațional, al tinerei națiuni române.[33]

Acești ani au fost hotărâtori în procesul de destrămare a feudalismului și în dezvoltarea relațiilor de tip capitalist[34], deoarece au constituit perioada în care afirmarea burgheziei pe plan economic și, apoi, politic a atras după sine o nouă ideologie politico-juridică care se regăsește și în opera lui Emanoil Chinezu.

EMANOIL CHINEZU AVOCAT

Credințele revoluționare și revendicările constituționale pe care le-a nutrit - izvorâte din principiile și prevederile Proclamației de la Islaz -, l-au făcut pe Emanoil Chinezu să considere dreptul, îndeletnicirile de magistrat sau avocat, activitatea publică în genere, importante domenii de acțiune, de apostolat civic. Deși a făcut parte din partidul liberal, exercitând funcții publice locale și parlamentare, se poate afirma că Emanoil Chinezu nu a urmărit cariera politică în sine, ci s-a pus în slujba înfăptuirii unor proiecte de interes social, cultural, militar și politic. Emanoil Chinezu a fost un specialist, un reprezentant al generației de la 1848 și 1857, un intelectual cu vederi radicale care s-a impus prin manifestări de independență, prin solicitarea stăruitoare a unui program guvernamental riguros, de perspectivă. De la bara avocațială s-a ridicat, nu o dată, în favoarea „reintegrării dreptului violat și pentru reînsufletirea libertății sugrumate".[35] „Am exercitat profesiunea de avocat – mărturisea Emanoil Chinezu în 1876 – urmărind Justiția, nu foloasele ei. Am combătut scandalurile; nu le-am patronat. Și, cu neregularitatea și viciul, nu numai că nu m-am aliat, dar le-am și combătut cu pasiune, cu curaj și fără cruțare: le-am combătut sub orice formă, înălțătoare sau fermecătoare, au cutezat a se ivi și prezenta. Nici o facțiune sau clică nu a putut, nici a mă îndoctrina, nici a mă amăgi".[36]

Și-a făcut studiile de drept la București, cunoștea foarte bine limbile franceză și rusă, ceea ce i-a permis să traducă din operele filosofilor vremii.

---

[29] *Ibidem*, p. 63.
[30] *Ibidem*, *Cum se se dea România pe mâna românilor*, p. 63-64.
[31] Idem, *Epistolă către redactorii gazetei din București*, p. 27.
[32] Idem, *Epistolă adresată D-lui Radion,* p. 13.
[33] Mihai T. Oroveanu, *Istoria dreptului românesc și evoluția instituțiilor constituționale*, p. 119.
[34] Ilie I. Vulpe, *Divanul Craiovei*, Scrisul Românesc, Craiova, 2002, p. 242.
[35] „Electoru-lu Craiovei", an VIII, nr. 1, 26 mai 1876, p. 16.
[36] *Ibidem*, p. 10.

În 1844, după terminarea studiilor, îl găsim procuror în cadrul Tribunalului Comercial din Craiova, ca apoi, după întoarcerea în țară din exilul petrecut în Siberia în perioada 1854-1856, să se înscrie în Baroul local colaborând la organizarea și dezvoltarea acestei instituții, devenind în scurt timp „cel mai bun advocat"[37], alături de Dimitrie Căpreanu și Scarlat Murgășanu.[38] A fost coleg de barou cu cei mai de seamă avocați ai timpului: Anastasie Stolojan (licențiat la Paris, doctor în drept și viitor ministru), Gheorghe Chițu (primar al Craiovei și ministru), August Pessiacov (cercetător al istoriei Craiovei și viitor primar al orașului), Toma Strâmbeanu, Barbu Bălcescu (primar al Craiovei), Ion N. Titulescu (prefect de Dolj în 1877-1878, tatăl viitorului mare diplomat român, Nicolae Titulescu) și alții.[39]

După promulgarea primei legi organice a avocaților din România, în anul 1864, la Craiova existau 18 avocați profesioniști, printre care și Emanoil Chinezu.

Despre cauzele în care a pledat Emanoil Chinezu nu se știu prea multe, arhiva baroului din perioada respectivă nemaiexistând. Important ni se pare să subliniem că a fost apărătorul, într-un lung proces privind succesiunea Egumenului Nectarie de la Mănăstirea Cozia avându-l ca adversar, ca reprezentat al statului, pe Gheorghe Costaforu „o autoritate ce pe lângă calitatea de deputat, de profesor, fost director al Școalei publice și ex-ministru, „el este acel advocat al Ministerului Cultelor care voiește a fonda o jurisprudență, după care să se refuze clerului nostru superior personalitatea civilă"[40] mărturisește Emanoil Chinezu.

Făcând o pledoarie foarte bine documentată, aducând argumente din vechea legislație românească reușește să combată cei mai cunoscuți avocați ai timpului: G. Costaforu, Racoviță, C. Bosianu și să câștige procesul urmașilor lui Nectarie Egumenul de la Cozia, aceștia intrând în posesia moșiei Ruda pentru care se judecaseră.

Pledoaria lui Emanoil Chinezu tipărită, în anul 1864 și având 55 de pagini, rămâne interesantă, în principal, prin expunerea detaliată și doctă a problemelor, prin structura sa metodică, prin sublinierea permanentă a elementelor, valorilor și a principiilor de drept roman și drept românesc.

Credincios unor vechi convingeri, în puterea și necesitatea perfecționării și redresării regimului constituțional în România, a socotit că respectul legii și reformele care au la bază temeiul dreptului, sub semnul celor mai avansate interpretări și perfecționări, constituia cea mai sigură cale de guvernare în interesul națiunii.

În articolele semnate în ziarul „Vocea Oltului", ca și în alte publicații, înțelege să se ocupe sistematic de studiul și popularizarea problemelor din domeniul Dreptului, întemeind astfel o tradiție cu caracter didactic și științific dusă mai departe de alte personalități de frunte din rândul juriștilor craioveni.

Promotor al principiilor egalității în fața legii, libertății presei, cuvântului și întrunirilor, al dreptului de vot egal și direct, Emanoil Chinezu a luat parte la toate evenimentele care au avut loc în viața politică a României la mijlocul secolului al XIX-lea, impunându-se și prin programele și memoriile pe care le-a redactat.

Am prezentat deja programul „Dorințele Românilor" redactat de Emanoil Chinezu și Petre Opran în aprilie 1857, în care au fost puse în dezbatere concepte moderne de organizare internă a statului român. Cu privire la „organizarea din lăuntru", programul a enunțat doar două din principiile de bază ale acesteia: „respectul muncii și, pentru pământul proprietăresc, ce va trebui săteanului de muncă, se va învoi cu oricare proprietar va putea" și „dreptul deopotrivă al tuturor românilor înaintea legilor".[41] Din dorința de a nu scinda mișcarea unionistă autorii programului nu au inclus între revendicări principiul împroprietăririi sătenilor, chiar dacă ei erau adepții acestei măsuri.

Un nou concept pe care îl conținea programul era: „neapărata trebuință de a avea și reprezentanții noștri la Congresul de la Paris spre a sprijini interesele țării la darea desăvârșitei hotărâri asupra drepturilor

---

[37]George Mil Demetrescu, *op. cit*., p. 26.
[38]*Ibidem*.
[39]*Ibidem*, p. 22.
[40]*Pledoaria d-lui Emanoil Chinezu advocat în Craiova în procesul de succesiune al repausatului Nectarie Egumenul de la Cozia*, Craiova, 1864, p. 12.
[41]Ion Pătroiu, *Un program unionist craiovean necunoscut*, p. 114.

noastre" și „mandatul imperativ scris pentru toți deputații partidei naționale".[42] Apelul la istorie, la încălcările repetate ale drepturilor internaționale ale Principatelor Române au constituit argumentele principale ale cerinței reprezentării românilor la Congresul de la Paris.

Emanoil Chinezu a elaborat o noțiune legislativă profund democratică care depășea cu mult granițele epocii, dând dimensiuni „mandatului imperativ", întărindu-l cu „înscrisul" alegătorilor și „votul pe față"[43], propuneri care au declanșat o violentă ripostă atât din partea conservatorilor, cât și din partea liberalilor moderați.

Emanoil Chinezu a publicat în anul 1857 un *Proiect de Constituție* ce cuprinde principiile moderne de organizare a vieții publice și de stat, modalitățile de exercitare a *puterilor legislativă, executivă* și *judecătorească*, drepturile, îndatoririle și libertățile cetățenești, înscriind pe frontispiciul său suveranitatea poporului, guvernarea reprezentativă și supremația actului constituțional față de celelalte acte normative. „Iată dar o operă ce am scos a *posteriori nu apriori*, adică din observațiune și din practică" consemna Emanoil Chinezu în prefața lucrării.[44]

Proclamând suveranitatea națiunii ca singura sorginte a patriei politice, Constituția din 1857 preciza că aceasta „emană de la națiune, care nu poate exercita decât prin delegațiune".[45] În acest sens, proiectul de constituție încorporează atât principiul suveranității naționale formulat de unul dintre cei mai importanți creatori și promotori ai ideologiei micii burghezii, cea mai consecventă și radicală forță socială antifeudală și antiabsolutistă, Jean Jacques Rousseau (1712-1762), cât și cel al reprezentării prin delegați formulat de Charles Louis Montesquieu (1689-1755), unul din cei mai de seamă gânditori iluminiști.

La baza organizării puterilor în stat Emanoil Chinezu a pus principiul modern al separării puterilor, teorie care a stat un timp la baza dreptului constituțional. Trebuie să spunem că principiul își pierde valoarea atunci când atât puterea legislativă, cât și cea executivă sau cea judecătorească se află în mâinile unor reprezentanți eligibili și răspunzători în fața corpului electoral sau se găsesc subordonați unor instituții reprezentative, organizate după principii democratice.

Puterea legislativă a țării, tribunalul, conform art. 3 va fi alcătuită din o sută de delegați și se va numi *Camera tribunilor* sau *Tribunatul*. Domnul participă la lucrările puterii legislative, pregătind legile în interes special pe care le supunea apoi Senatului, pentru dezbateri și votare.

Mitropolitul și Episcopii făceau parte de drept din Camera tribunilor. Președinția Camerei aparținea mitropolitului.

Constituția elaborată de Emanoil Chinezu prevedea o organizare a puterii legislative care se asemăna cu cea cuprinsă în Statutul dezvoltător al Convenției de la Paris.

Puterea executivă și administrativă a țării o deținea Senatul**.** Senatorii se alegeau pe viață de către domn. „Senatorii sunt apărătorii țării și ai constituției" conform art. 3 de la capitolul Senatul[46] și se ocupau cu controlul constituționalității legilor, ca în timpul lui Al. I. Cuza, și reprezentau a doua cameră, având, cu unele excepții, drepturi egale cu cele ale Camerei tribunilor (Adunarea deputaților). Bugetul statului era adoptat numai de Camera tribunilor (art.7).

Dreptul de prioritate al Camerei tribunilor asupra Senatului în privința legilor finanțelor era izvorât din dreptul constituțional englez, trecut în Constituția franceză, belgiană și apoi în Constituția României din 1866.

Emanoil Chinezu propunea și înființarea unui Consiliu de stat care se va numi *Senatul-Comitet de mântuire publică* „ceea ce înaintea reorganizării de la 1831 se numea *Divanul vechilor boieri*[47], alcătuit din 12 senatori, trași din sânul său și prezidat de prezidentul Senatului"[48], Consiliu de stat creat și de Al. I. Cuza

[42]Luchian Deaconu, Otilia Gherghe, *op. cit*, p. 27; Cosmin Lucian Gherghe, *„Dorințele Românilor", program unionist craiovean*, p. 74.
[43]*Ibidem*.
[44]*Ibidem*, p. 11.
[45]*Ibidem*, p. 58.
[46]*Ibidem*, p. 109.
[47]*Ibidem*, p. 114.
[48]*Ibidem*, p. 113.

prin legea din 11 februarie 1864, și desființat de Adunarea Constituantă prin legea votată la 2 iulie 1866.[49]

Puterea judecătorească trebuia să fie exercitată de Tribunalul de întâia instanță și Înalta Curte.[50]

Puterea judecătorească era chemată să aplice legea, nu s-o creeze. Potrivit principiului penal, natura pedepsei trebuia să decurgă din natura infracțiunii, fiecare fel de infracțiune comportând o penalitate corespunzătoare.[51]

În concluzie, Constituția elaborată de Emanoil Chinezu se întemeia pe principiul separației puterilor în stat, în sensul că puterea legislativă era exercitată colectiv de către „reprezentațiunea națională" și domn, cea executivă fiind încredințată Senatului, în timp ce puterea judecătorească era exercitată de curți și tribunale.

La fel ca și în Convenția de la Paris din 1858, se prevedea o monarhie electivă, dar nu străină, domnul trebuind să fie român și cetățean român. Noua formă de guvernare este fundamentată pe principiul că toate puterile statului emană în conformitate cu principiile și regulile precizate în constituție.

„Cetățenii se strâng în colegiuri pe județe ca să-și aleagă delegații pentru puterea constituantă și pentru puterile publice se prevedea la art. 28 din Dispozițiuni generale, iar la art. 4 din capitolul „Konstituanta" se menționa: „Fiecare colegiu alege câte un număr oarecare de delegați care sunt trimiși în capitală ca să alcătuiască Adunarea Constituantă".[52]

Ocupându-se pe larg, în capitolul „Dispozițiuni generale", despre drepturile românilor, Emanoil Chinezu prevedea cele mai importante și fundamentale libertăți, cum ar fi: libertatea conștiinței, a presei, a învățământului, a asocierii și întrunirilor, desființând, totodată privilegiile și titlurile de noblețe străine, „nici un român nu va putea purta insigne sau titluri străine". Erau garantate inviolabilitatea persoanei și a domiciliului, egalitatea tuturor cetățenilor români în fața legii, „o lege este pentru toți românii", nici un român nu poate fi „osândit decât pentru fapta săvârșită",[53] concluziona autorul. Astfel, principiul după care se călăuzește dreptul civil este pentru Chinezu, acela că proprietatea reprezintă libertatea.

Chinezu, ca și Montesquieu, se declară partizan al monarhiei constituționale, al unui regim în care domnul nu deține toată puterea, ci o împarte cu Obștească Adunare, care reprezintă puterea legislativă, și cu cea judecătorească, în vreme ce el păstrează numai executivul. În aceste condiții, statul nu mai este guvernat de o singură persoană, ca în regimul despotic, ci de un număr oarecare de persoane care se neutralizează.

Luând în considerare evenimentele externe care au avut loc legat de situația țării, Chinezu adaugă la sfârșitul lucrării un „Frontispiciu" în care motivează de ce se poate renunța la „principatul pe viață" și numi „un principe moștenitor dintr-una din clasele suverane de sângele nostru latin". „Două sunt singurele medii de ridicare ale unui stat: resbelele și adoptarea unui cap coronat ca să reprezinte suveranitatea sa. Ocaziunea prezentă – continua Chinezu – ne aduce pe cel de al doilea, să profităm de dânsa, să ne agățăm de el ca de starea noastră mântuitoare, lăsând, pentru un interes atât de capital, toate considerațiunile accesorii ce ne-ar putea froasa în amorul nostru propriu".[54]

Cu limitele și erorile ei, Constituțiunea României redactată de Emanoil Chinezu și publicată la Bruxelles în anul 1857, crea cadrul general al manifestării dorințelor generale ale poporului român de a înfăptui un stat național modern.

Susținător convins al unirii Principatelor, Emanoil Chinezu redactează în 1857, *Memorandum sur les Principautés Danubiennes*, scris pentru comisarii reuniți la București conform art. 23 al Tratatului de la Paris din 1856, în care prezintă situația internă și externă a statului român folosind principiile dreptului vechi românesc și demonstrând cu argumente științifice relațiile noastre cu Poarta de-a lungul timpului, ajungând

[49]Mihai T. Oroveanu, *op. cit.*, p. 258, 265.
[50]Emanoil Chinezu, *op. cit.*, p. 115.
[51]*Ibidem*, p. 97.
[52]*Ibidem*, p. 101.
[53]*Ibidem*, p. 96.
[54]*Ibidem*, p. 97.

la concluzia că „turcii nu ne-au putut cuceri cu armele, dar se gândesc să ne cucerească prin cerințe, din moment ce Rusia infiltră în tratatele încheiate cu Poarta Otomană cuvântul suzeranitate, pentru a-i opune un protectorat pe care îl plănuia”.[55]

În modul cel mai categoric, el condamnă agresiunea, încălcarea suveranității unui stat de către altul, asuprirea popoarelor mai slabe, războaiele de jaf; opera sa întreagă ne dezvăluie un luptător pentru dreptul popoarelor, un partizan al relațiilor pașnice între țări și colaborării între ele și un dușman al monarhiilor hrăpărețe.

Scoaterea Principatelor Române de sub tutela Imperiului Otoman și a Rusiei, punerea lor sub garanția celor șapte puteri europene vor crea posibilități mai mari afirmării dorinței spre unire a poporului român.

Tot lui Emanoil Chinezu îi datorăm întocmirea Regulamentelor Interioare ale Consiliului General și Comitetului Permanent Dolj în 1867, când era președintele Consiliului General Dolj. Cu toate că valabilitatea de lucru era doar de doi ani, aceste regulamente au servit ca model și altor consilii alese. Regulamentul interior al Consiliului General Dolj cuprinde șapte capitole și patruzeci articole, iar cel al Comitetului Permanent cinci capitole și treizeci articole, regulamente care au condus la buna desfășurare a activității consiliilor locale.[56]

Întreaga viață Emanoil Chinezu a militat pentru respectarea libertății individuale, pentru o efectivă descentralizare administrativă, pentru democratizarea armatei și electivitatea magistraturii. Deși s-a pronunțat permanent pentru perfecționarea sistemului electoral al colegiilor și reducerea censului pe care erau bazate, nu a parcurs pasul următor către egalizarea și democratizarea dreptului de participare la viața politică printr-un proiect de lege. A manifestat o înțelegere superioară a problemelor libertății presei, specialistul de necontestat în probleme de drept a descifrat exact ce trebuie să se înțeleagă prin noțiunea de „calomnie prin presă”.

Pe de altă parte, spre deosebire de Montesquieu, Emanoil Chinezu demonstrează rolul hotărâtor al dezvoltării economice în evoluția societății.

Pentru întreaga sa activitate desfășurată în slujba națiunii, avocații craioveni și magistrații deopotrivă, în 1889, au pus bazele unei galerii de portrete în care alături de Emanoil Chinezu se aflau Gheorghe Chițu, Petre Chițu, A. Betolian, Scarlat Murgășanu, cei mai de seamă avocați ai timpului[57], iar portretele lor au fost expuse în Palatul de Justiție din Craiova(azi Universitatea).

[55]Idem, *Les Principautes Danubiennes devant le droit public europeen*, p. 15.
[56]Direcția Județeană Dolj a Arhivelor Naționale, Prefectura Dolj, dos. 43/1868; f. 32-35; idem, dos. 62/1867, f. 75-77.
[57]Muzeul Olteniei, fond, „Prietenii Științei”, nr. 11205.

VARIA

INTERVIU
cu domnul profesor Michael Martinek, Facultatea de Drept, Universitatea din Saarbrücken - Germania, realizat către domnul avocat Dragoș Nicu, consilier al Baroului Dolj

Av. Dragoș Nicu
Consilier al Baroului Dolj

Avocat Dragoș Nicu: Am privilegiul și plăcerea de a-l intervieva pe domnul profesor Michael Martinek de la Universitatea Saarland din Saarbrücken, Germania, Doctor Honoris Causa al Universității din Craiova.

În plus față de activitatea sa de profesor și cercetător în domeniul dreptului comercial german și internațional, contracte și drepturi reale, drept comercial și drept corporativ, dreptul concurenței și antitrust, drept bancar și distribuție, precum și dreptul consumatorului, profesorul Martinek este, de asemenea, un bine-cunoscut autor cu mai mult de 30 de cărți, 300 de eseuri și articole, 130 de lucrări de dizertație în domeniul dreptului privat și al afacerilor.

Dar profesorul Martinek are, de asemenea, o mare experiență în arbitrajul comercial internațional, fiind și unul din arbitrii Curții de Arbitraj Dolj.

Domnule profesor, vă mulțumesc foarte mult pentru că ați acceptat invitația noastră!

Profesor Michael Martinek: Cu plăcere și onoare!

Avocat Dragoș Nicu: Ce v-a determinat să alegeți calea arbitrajului comercial internațional și ce ați învățat în mod fundamental din această experiență?

Profesor Michael Martinek: Trebuie să spun că ideea cu rolul cel mai important în alegerea acestei ”căi” a fost aceea că arbitrajul vine cu încă o oportunitate de a rezolva o dispută fără intervenția statului pe baza private și contractuale.

Cred că avantajul principal în ceea ce îi interesează pe oameni, adică pe oamenii de afaceri, este acela că rămân prieteni. Știți, este o modalitate prietenoasă de soluționare a disputelor, chiar dacă avem un reclamant, un pârât și o hotărâre finală, care nu este diferită de o hotărâre judecătorească, oamenii se despart într-o atmosferă prietenoasă și, din nou, pe baze bune, au o soluție, statul nu intervine și în multe cazuri ei rămân prieteni și continuă să facă afaceri.

Eu cred că aceasta este o alternativă excelentă.

Avocat Dragoș Nicu: Da. Arbitrajul comercial este una din procedurile pe care companiile le pot utiliza pentru a soluționa disputele. Pe lângă faptul că pot rămâne prieteni, ce alte avantaje ale arbitrajului vedeți dumneavoastră în comparație cu justiția statală?

Profesor Michael Martinek: Întotdeauna menționez trei cuvinte cheie: este mai ieftin, mai bun și mai rapid. Este mai ieftin pentru că vorbim de o singură instanță și nu trebuie să investești bani pentru mai multe faze procesuale, una după cealaltă, posibil trei faze până la hotărârea finală.

În arbitraj avem o singură fază, o hotărâre și asta este tot. Hotărârea poate fi executată imediat și obții, să spun așa, o hotărâre rapidă.

Și, așa cum știți, timpul înseamnă bani!

Al doilea punct este, cu siguranță, că nu este doar mai ieftin, ci și mai rapid, în același sens, pentru că, pur și simplu economisești timp.

Avocat Dragoș Nicu: Și timpul înseamnă bani!

Profesor Michael Martinek: Da. Și timpul înseamnă bani!

Și al treilea punct a devenit mai important.

Nu a fost menționat în trecut, dar acum oamenii privesc mai atent la asta. În multe cazuri, aș spune chiar, de regulă, părțile au șansa de a beneficia de o judecată mai bună pentru că poți alege arbitri cu mai multă experiență într-un anumit domeniu al afacerilor, oameni care au cunoștințele juridice necesare, care poate că au scris în acest domeniu, care deja s-au gândit înainte la aceste lucruri, specialiști într-o anumită zonă.

Și, până acum, obținem o judecată mai matură, cu mai multă expertiză și asta are valoare în sine pentru că astfel te simți în mai multă siguranță.

Judecătorii nu pot garanta și instanțele nu pot garanta că hotărârea este de fapt luată de un adevărat specialist care știe ceva în acel domeniu.

Avocat Dragoș Nicu: Și dacă ați vorbit de specializare și de soluția finală, se pare că arbitrajul este chiar mai atractiv decât medierea, pentru că în mediere nu ai o soluție garantată și nu ai specializarea mediatorului, care nici nu emite soluția, aceasta venind de la părți, pe când în cazul arbitrajului soluția vine de la o persoană specializată. Aceste argumente fac arbitrajul să fie mai atractiv.

Așadar, care sunt provocările prin care trece arbitrajul internațional în această perioadă?

Profesor Michael Martinek: Provocările prin care trece arbitrajul internațional sunt multe. Una din problemele cela mai dificile este așa-numitul arbitraj între stat și investitor.

Avem multe tratate bilaterale de investiții, mai mult de 2000 în lume.

Și avem, de asemenea, tratate multi-naționale, pe mai multe nivele, care privesc comerțul și afacerile și acestea, în multe cazuri, prevăd utilizarea procedurii de arbitraj în cazul unei controverse dintre stat și un investitor în acel stat pentru a fi protejat și în multe privințe privilegiat.

Acelea sunt cazuri foarte complicate.

Pentru că nu este doar nivelul orizontal dintre oamenii de afaceri, dar avem din nou aceastăatmosferă verticală, aproape ierarhică dintre stat și o companie privată.

Și acelea sunt domenii foarte, foarte dificile.

De asemenea, în unele țări, aceste instanțe, aceste tribunale de arbitraj se găsesc puțin sub suspiciunea că sunt prea secrete, prea confidențiale și că nu sunt deschise la un control și scrutin democratic.

Și în aceste cazuri domeniul arbitrajului este puțin într-o zonă întunecată și puțin, s-ar putea spune, în dezbatere.

Așa că aceasta este una din controversele majore.

Iar aceia care sunt convinși că arbitrajul este poate o jurisdicție mai bună, cum aș fi eu, se găsesc într-o poziție defensivă în această perioadă în ceea ce privește acest tip de arbitraj.

Dar eu cred că ne vom descurca.

Avocat Dragoș Nicu: Cunoscând experiența dumneavoastră în arbitrajul comercial, în special în arbitrajul comercial internațional, ați reușit să recunoașteți și să înțelegeți nevoile mediului de afaceri. Ce puteți spune despre arbitrajul național din România?

Acum, având în vedere că se poate spune că arbitrajul suferă de o anumită lipsă de încredere așa cum am vorbit și ieri la conferință, ce rol pot juca avocații români în evoluția arbitrajului național din România?

Ar trebui să le recomande clienților să meargă la arbitraj în locul justiției statale în vederea soluționării disputelor comerciale?

Profesor Michael Martinek: Da. Aș spune că în cazul disputelor comerciale, arbitrajul este cu

certitudine preferabil și aceasta este și cazul disputelor domestice sau naționale pentru aceleași motive pe care le-am menționat.

Nu este probabil o surpriză că scena internațională are un rol de pionierat.

Am văzut asta, de asemenea, și în multe alte domenii.

În dezvoltarea justiției, în general se poate spune, relațiile internaționale au un rol de pionierat și apoi se reflectă în scena juridică națională.

Și până acum, în cazurile naționale, ideea arbitrajului, și același lucru este valabil și în cazul medierii, va câștiga teritoriu din ce în ce mai mult.

Nu vorbim de, să spunem, o lipsă de încredere în ceea ce privește justiția statală.

Văd că în România, ca și în multe alte țări, se fac pași mari și progrese majore în ceea ce privește justiția tradițională bazată pe statul de drept. Orice ar fi, avantajele arbitrajului rămân iar eu pledez pentru o coexistenta pașnică a acestuia cu justiția statală.

Avocat Dragoș Nicu: Dar, bine înțeles, sfatul dumneavoastră pentru avocații români este să încerce își convingă clienţii să meargă la arbitraj pentru că așa cum deja ați subliniat atât ieri cât și azi, este mai rapid, este mai ieftin și este mai bun. Mulțumesc foarte mult, domnule profesor Martinek, pentru timpul și bunătatea dumneavoastră și abia asteptăm să fiți din nou invitatul nostru.

Profesor Michael Martinek: Vă mulțumesc foarte mult! Este o onoare și o plăcere.

Noutăți privind sistemul juridic francez

Grupaj realizat de drd. Lucian Nițuleasa

1. Comisarul în justiție (comissaire de justice) – O nouă profesie juridică în sistemul de drept francez

O nouă profesie juridică, aceea de comisar în justiție (comissaire de justice), vine să înlocuiască în mod progresiv două vechi profesii care, având în vedere competențele atribuite de lege, nu de multe ori se identificau ca fiind una și aceeași[1].

Este vorba, pe de o parte, de profesia de executor judecătoresc (huissier de justice), acel ofițer ministerial care, în baza mandatului conferit, pune în executare titlurile executorii în materie de executare silită, iar, pe de altă parte, de profesia de expert judiciar (comissaire-priseur judiciaire).

În ceea ce privește această din urmă profesie, în exercitarea atribuțiilor sale, expertul (ofițerul ministerial), organizează, în aplicarea dispozițiilor instanței de judecată cuprinse în hotărârea a cărei executare se realizează, sesiuni de vânzare la licitație publică a bunurilor a căror valorificare se urmărește.

În acest sens, se urmărește realizarea acestor schimbări prin intermediul unui proceduri tranzitorii de tip progresiv, care urmează a se desfășura pe parcursul perioadei 01 iulie 2022 – 01 iulie 2026.

2. Rolul avocatului în cadrul procedurii de despăgubire a victimelor unui accident

Nu de puține ori, fie că este vorba de un accident rutier, domestic ori medical, victimele rezultate cu ocazia unor astfel de situații, se confruntă cu imposibilitatea de a-și asigura apărarea necesară în vederea dovedirii statutului lor cu consecința reparării integrale a prejudiciului cauzat.

În atare condiții, practica judiciară franceză în materie vine să sprijine soluția potrivit căreia, chiar și în contextul în care stabilirea despăgubirilor se realizează pe cale extrajudiciară, asistența juridică a părților prejudiciate prezintă un caracter de primordialitate, indiferent dacă legea o prevede în mod expres ca fiind obligatorie ori nu[2].

Așadar, pentru o justă soluționare a gradului de despăgubire acordat pe cale extrajudiciară, apare ca fiind indispensabilă prezența unui avocat, care să vină în apărarea intereselor victimei în cauză în fața celorlalți participanți la procedură și care, în baza cunoștințelor de specialitate deținute, să poată susține corespunzător cauza părții apărate.

3. Recodificarea dreptului francez in materia protecției consumatorilor

Ulterior codificării franceze realizate în materie de consumatorism în anul 1993, dreptul consumatorului nu a încetat să primească noi modificări, realizate atât la nivel național cât și la nivel european. De altfel, aceste modificări se datorează în mare măsură și evoluției constante a pieței de servicii precum și a practicilor comerciale.

În consecință, pe fondul acestei evoluții fără precedent, modificările realizate de-a lungul timpului asupra codului de consum inițial, intervenite în cadrul unei structuri ce la început nu a prevăzut schimbări la

[1] http://www.legavox.fr/blog/jerome-chambron/nouvelle-profession-commissaire-justice-22134.htm#.WEVfyLIqJH0

[2] http://www.legavox.fr/blog/accidents-et-victimes/role-avocat-dans-procedure-indemnisation-22107.htm#.WEVf4blqJH0

fel de rapide ca cele ce urmau să intervină, au condus la îngreunarea textului cuprins în actul normativ, făcându-l, în viziunea unui cititor nespecializat, ca fiind incoerent.

Având în vedere aceste premise, Ordonanța din 14 martie 2016[3] precum și Decretul din 29 iunie 2016[4], au reprezentat instrumentele prin care legiuitorul francez a procedat la recodificarea dreptului consumatorului.

Obiectivele urmărite de noua codificare

Așa cum mai sus am menționat, față de complexitatea pe care dreptul consumatorului a căpătat-o odată cu evoluția pieței de servicii și a practicilor comerciale, în mod clar intenția legiuitorului a fost aceea de a oferi un nou set de norme, care să fie ușor de înțeles și, în același timp, accesibile. Principalul obiectiv urmărit este astfel reprezentat de punerea în beneficiul diverselor persoane interesate, profesioniști sau neprofesioniști, a unui cadru legal caracterizat prin coerență juridică.

În acest sens, secțiunea legislativă aferentă recodificării prezintă un număr de 8 cărți, relative la teme precum informarea consumatorilor și practicile comerciale, formarea și executarea contractelor (clauzele abuzive, plățile etc.), creditele, conformitatea și securitatea produselor și serviciilor, competențe în materie de control și sancționare, soluționarea litigiilor, tratamentul situațiilor de supraîndatorare, asociațiile și instituțiile agreate în materie de protecția consumatorului.

Clarificarea termenilor utilizați

Totodată, una dintre principalele inovații aduse de noua reglementare este aceea de a rezolva problema definirii **neprofesionistului** și oferirea acestui subiect de drept suport legal. Astfel, vechea reglementare, având în vedere decât noțiuni precum cea de *"consumator"* și *"profesionist"*, se confrunta cu o lacună legislativă, lăsând la latitudinea practicii judiciare calificarea persoanelor ce nu se încadrează într-una dintre cele două situații prevăzute și care totuși erau parte într-un raport de drept al consumului.

În consecință, dacă până la ultimul act modificator al legii consumatorului, respectiv Legea din data de 17 martie 2014[5], nu se putea discuta decât despre "consumator" ori "profesionist", odată cu recodificarea, nu numai că este reglementată noțiunea de "neprofesionist", dar este avută în vedere și redefinirea consumatorilor și profesioniștilor. În acest sens, **consumatorul** este privit ca reprezentând orice persoană fizică ce acționează în scopuri ce nu intră în sfera de aplicare a domeniului său de activitate comercial, industrial, artizanal, liberal ori agricol.

Cu privire la **profesionist**, potrivit noii reglementări, acesta poate fi reprezentat de orice persoană fizică sau juridică, de interes public ori privat, ce acționează în scopuri ce, de data aceasta, intră în sfera de aplicare a domeniului său de activitate comercial, industrial, artizanal, liberal ori agricol, inclusiv în cazul în cazul în care acesta acționează în numele său ori în numele unui alt profesionist.

Și, nu în ultimul rând, în completarea vechii reglementări, legislativul francez definește **neprofesionistul** ca fiind orice persoană juridică ce acționează în scopuri care intră în sfera de aplicare a domeniului său de activitate comercial, industrial, artizanal, liberal ori agricol.

Tratamentul situațiilor de supraîndatorare

Fără a ne îndepărta de întregul ansamblu normativ prezentat de noua codificare și în scopul evidențierii caracterului inovator de care aceasta se bucură din plin, ne vom apleca atenția asupra principalelor puncte de interes prezentate de dispozițiile aferente instituției supraîndatorării.

Așadar, raportat la această instituție și la tratamentul situațiilor de supraîndatorare, și noua reglementare, similar celei vechi, cuprinde prevederi referitoare la acest subiect. În acest sens, cartea VII a noului Cod de consum, intitulată generic "*Tratamentul situațiilor de supraîndatorare*", este scindată într-un

---

[3] *Ordonanța* n°2016-301 *din 14 martie 2016 privind Codul consumatorului*
[4] *Decretul* n°2016-884 *din 29 iunie 2016 privind Codul consumatorului*
[5] *Legea n°2014-344 du 17 mars 2014 privind dreptul consumatorului*

număr de 7 titluri, fiecare cuprinzând dispoziții menite să creeze cadrul legislativ aferent procedurii de supraîndatorare. Sunt astfel avute în vedere prezentarea dispozițiilor generale relative la tratamentul situațiilor de supraîndatorare, examinarea dosarului aferent cererii de soluționare a situației de supraîndatorare, măsurile ce se impun a fi aplicate în cazul declanșării procedurii, restabilirea personală, arhiva incidentelor de plată precum și sancțiunile ce pot fi aplicate cu ocazia derulării procesului de soluționare a situațiilor de supraîndatorare.

Dispozițiile noii codificări vizează favorizarea rămânerii persoanelor supraîndatorate în locuințele lor, facilitarea asistării sociale a persoanelor supraîndatorate, sporirea protecției persoanelor supraîndatorate în timpul procedurii, simplificarea și accelerarea acesteia din urmă.

Noțiunea de supraîndatorare

Situația supraîndatorării este caracterizată de imposibilitatea evidentă a debitorului de bună-credință de a face față datoriilor sale non-profesionale exigibile și scadente.

Imposibilitatea evidentă a unei persoane fizice de a face față angajamentului pe care l-a făcut de a garanta sau de a achita solidar datoria unui antreprenor individual sau a unei societăți caracterizează de asemenea o situație de supraîndatorare. Totodată. simplul fapt al deținerii de către o persoană fizică în proprietate a reședinței sale principale, a cărei valoare estimată la data depunerii dosarului de supraîndatorare este egală sau mai mare decât totalul datoriilor non-profesionale exigibile și scadente, nu poate împiedica caracteristicile supraîndatorării să fie întrunite.

Spre deosebire de procedurile colective ce vizează comercianții și, după reforma din anul 2005, profesiile independente noncomerciale, în dreptul francez procedura supraîndatorării este deschisă la simpla inițiativă a particularilor supraîndatorați. Cererea de deschidere a procedurii de supraîndatorare nu poate proveni de la creditorii persoanei supraîndatorate sau din partea Ministerului Public.

Cu privire la persoanele vizate pentru aplicarea unei astfel de proceduri speciale, sunt eligibile persoanele fizice rezidente pe teritoriul francez, indiferent de naționalitatea lor și de resursele deținute.

Amintim de asemenea și alte categorii de persoane în beneficiul cărora poate fi demarată procedura tratamentului situațiilor de supraîndatorare precum: debitorii rezidenți temporar în străinătate și a căror reședință principală este pe teritoriul francez; debitorii de naționalitate franceză domiciliați în afara Franței care au contractat datorii non-profesionale de la creditori stabiliți măcar în parte în Franța - aceștia pot sesiza comisia de supraîndatorare de la locul stabilirii unuia dintre creditori; antreprenorii individuali cu răspundere limitată în ceea ce privesc datoriile lor non-profesionale legate de patrimoniul lor neafectat; persoanele ce au exercitat în trecut o activitate de natură comercială prin intermediul unei persoane juridice, doar în cazul în care aceștia au încetat în mod efectiv activitatea desfășurată iar persoanele juridice sunt dizolvate și radiate din registrele de comerț; o persoană fizică a cărei supraîndatorare rezultă din angajamentul pe care l-a dat de a garanta sau de a achita solidar datoria unui antreprenor individual sau a unei societăți.

Însă, nu aceeași este soluția pentru cazul persoanelor implicate în procedurile colective de insolvență a persoanelor juridice, de reorganizare sau lichidare judiciară sau în alte proceduri specifice de tratament al dificultăților financiare ori a membrilor organelor de conducere asupra cărora s-a extins procedura colectivă deschisă împotriva persoanei juridice (cazul atragerii răspunderii patrimoniale a foștilor administratori de fapt sau de drept ai persoanei juridice față de care a fost deschisă procedura insolvenței), situații pentru care nu sunt întrunite condițiile de eligibilitate pentru procedură.

Revenind asupra noii reglementări și a aportului adus în materie de tratament al situațiilor de supraîndatorare, printre principalele inovații ale reformei aducem în discuție cazul persoanelor supraîndatorate ce au în proprietatea lor reședința principală și care, potrivit noii legi, sunt eligibile de data aceasta pentru procedura supraîndatorării, inclusiv în cazul în care valoarea estimată a locuinței este superioară valorii ansamblului datoriilor lor.

Este așadar mărită sfera conceptului de supraîndatorare, fiind vizate în acest sens și persoanele ale căror active depășesc valoarea pasivului ce nu mai poate fi acoperit.

De asemenea, odată cu noua codificare, comisiile constituite în cadrul procedurii vor fi capabile să adapteze modalitățile de calcul ale capacității de rambursare pentru debitorii proprietari ai reședinței lor principale, în acord cu aceștia din urmă, pentru a evita posibilitatea pierderii locuinței ce se regăsește în patrimoniul lor.

Totodată, dintre numeroasele măsuri prevăzute de lege, menționăm și următoarele:

- în caz de reintroducere a unei noi cereri însoțită de dosarul aferent după o primă procedură eșuată, comisia de supraîndatorare, în cazul în care estimează că persoana supraîndatorată este din nou eligibilă pentru o astfel de procedură, are posibilitatea de a recomanda judecătorului ca măsura de eșalonare a datoriilor să fie însoțită de realizarea unei monitorizări bugetare sau sociale;
- durata suspendării sau interdicției procedurilor de executare silită inițiate de creditori în încercarea de a pune în aplicare măsurile de recuperare a debitelor restante se extinde până la 2 ani începând cu data primirii cererii;
- Comisiile de supraîndatorare nu mai sunt obligate să înceapă procedura cu o fază de negociere amiabilă atunci când aceasta creează aparența unui eșec evident, având în vedere capacitatea foarte scăzută de rambursare a debitorului. În acest sens, ele pot să impună direct sau să recomande măsuri care să permită accelerarea procedurii chiar și în cazurile cele mai dificile;
- procedura supraîndatorării este în prezent favorizată în mod deosebit de dispozitivul relativ la protocolul de coeziune socială care oferă un plan de repartizare a chiriilor neplătite pentru a evita evacuarea dintr-o locuință;
- reprezentarea instituției Prefecturii și cea a Finanțelor Publice precum și a comisiilor de supraîndatorare, conform noii reglementării, nu mai presupune o procedură greoaie, ce ar putea întârzia împlinirea într-un termen rezonabil al scopului propus, acela al restabilirii personale, dispozițiile noului cod fiind menite să asigure o procedură mult mai facilă, care să-și atingă obiectivele într-un termen cât mai scurt.

Putem așadar concluziona, pe fondul inovațiilor fără precedent aduse de legiutorul francez în materie de protecție a consumatorului, că direcția pe care acesta a căutat-o, față de complexitatea pe care dreptul consumatorului a căpătat-o odată cu evoluția pieței de servicii și a practicilor comerciale, în mod clar a fost aceea de a oferi un nou set de norme caracterizate prin accesibilitate și comprehensiune. Principalul obiectiv urmărit este astfel, așa cum mai sus am enunțat odată cu prezentare diverselor măsuri adoptate, reprezentat de punerea în beneficiul diverselor persoane interesate, profesioniști sau neprofesioniști, a unui cadru legal caracterizat prin coerență juridică.

Considerații privind instituirea procedurii plângerii constituționale în Republica Moldova

Corina Moisei
Consultant Serviciul Relații Externe, Proiecte și Investiții
I.M.S.P. I.M.U.
Republica Moldova

Curtea Constituțională a Republicii Moldova, prin Legea Supremă, a fost investită cu atribuțiile de a garanta supremația Constituției, a asigura principiul separării puterilor de stat între puterea legislativă, puterea executivă și puterea judecătorească și a garanta responsabilitatea statului față de cetățean și a cetățeanului față de stat. Pentru considerentele pe care le voi expune pe parcursul acestui articol, consider că prin introducerea plângerii constituționale se va putea garanta pe deplin ultima funcție prevăzută în art.134 alin (3) din Constituție, și anume: „responsabilitatea statului față de cetățean și a cetățeanului față de stat”[1].

După 1998, când Convenția Europeană a intrat în vigoare pentru Republica Moldova, resortisanții statului nostru, neavând acces direct la Curtea Constituțională, au început să apeleze la mecanismele Curții Europene ale Drepturilor Omului.

Aplicarea în Republica Moldova pe parcursul a circa 20 de ani a instituției controlului constituționalității legilor în general și a procedurii excepției de neconstituționalitate în special a dat naștere ideii de a admite accesul direct al cetățenilor la Curtea Constituțională, atât pe calea ridicării excepției de neconstituționalitate, cât și pe calea depunerii plângerii constituționale. Acest vector a fost discutat inițial în mediile de specialitate.

Ulterior, la momentul aderării Republicii Moldova la CEDO, în baza obligațiilor asumate, Parlamentul a adoptat Hotărârea privind aprobarea Programului de ajustare a legislației Republicii Moldova la prevederile Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale".[2]

În Programul precizat, la punctul 10, au fost preconizate modificări la Legea cu privire la Curtea Constituțională și Codul jurisdicției constituționale pentru „introducerea prevederilor vizând dreptul persoanelor particulare de a sesiza Curtea Constituțională". Aceste modificări, conform hotărârii vizate a Parlamentului, au fost preconizate în scopul ajustării legislației Republicii Moldova la prevederile alin. I art. 6 din CEDO.

Totodată, în **Strategia de reformă a sectorului justiției: 2011-2016**[3], în cadrul Pilonului VI – “Respectarea drepturilor omului în sectorul justiției”, capitolul 6.1. – “Consolidarea rolului Curții Constituționale”, au fost reliefate unele domenii specifice de intervenții, printre care și:

- **Revizuirea spectrului de subiecți cu drept de sesizare a Curții Constituționale,**

La fel și, Planul de acțiuni pentru implementarea strategiei de reformă a sectorului justiției pentru anii 2011-2016 prevede încă o acțiune extrem de importantă și cu impact asupra activității Curții Constituționale

[1] Constituția Republicii Moldova din 1994

[2] Hotărârea nr.l447-XIII din 28 ianuarie 1998 „Privind aprobarea Programului de ajustare a legislației Republicii Moldova la prevederile Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. M.O. 1998, nr.16-17, art-112.

[3] Legea privind aprobarea Strategiei de reformă a sectorului justiției pentru anii 2011 – 2016, nr.231 din 25.11.2011. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 1-6 din 06.01.2012.

– Elaborarea proiectului de lege cu privire la Curtea Constituțională și a Codului jurisdicției constituționale (în variantă nouă), activitate ce urmează a fi realizată în anii 2015 - 2016[4].

În opinia noastră, această intenție a Parlamentului de a reorganiza și perfecționa statutul Curții Constituționale, în vederea lărgirii competențelor ei, a fost previzibilă, fiind dictată de Consiliul Europei și CEDO, ca rezultat al faptului că încă în 1998 CEDO a resimțit necesitatea adoptării unor măsuri pentru a diminua numărul exagerat de cereri de la cetățenii statelor părți la CEDO. Numărul mare de cereri la CEDO, care persistă până în prezent, complică procedura în fața CEDO, generând tergiversări. Pentru a soluționa această problemă, Consiliul Europei a adoptat la timpul său Protocoalele adiționale la CEDO nr.9, nr. 11, iar în prezent se află în proces de ratificare Protocolul nr.14, adoptat la 13 mai 2004, la Strasbourg. Conform Raportului Comitetului de Miniștri din 15 noiembrie 2006[5]: „Astăzi, supraviețuirea mecanismului de protecție juridică a drepturilor omului și capacitatea Curții de a face față volumului de lucru sunt amenințate în mod serios de o creștere exponențială a numărului de cereri individuale. Se cere remarcat faptul că mai mult de 90 % din cererile examinate de Curte au fost respinse. La finele lui septembrie 2006, 89000 de cazuri erau în curs de examinare la Curte. Din acestea, 24650 de comunicări individuale sunt în așteptarea unei „regularizări" ca cereri. Un număr semnificativ din aceste cazuri sunt în curs de examinare o perioadă îndelungată. Mai mult, din numărul total de cereri, 21900 sunt cazuri de cameră. Această situație, care, în pofida măsurilor întreprinse de Curte, riscă să se deterioreze, este extrem de gravă. În loc să soluționeze această problemă, sistemul riscă să se ruineze".

În aceeași ordine de idei, în Hotărârea Parlamentului „Privind aprobarea Planului național de acțiuni în domeniul drepturilor omului pentru anii 2004-2008" [6], la cap. 2 din partea I, s-a menționat: „Cetățenii Republicii Moldova nu au dreptul de a sesiza direct Curtea Constituțională, deși țara noastră, la ratificarea Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, și-a asumat obligația de a acorda acest drept". În baza acestei constatări, la partea III din pct.2 „Asigurarea accesului liber la justiție", Parlamentul a preconizat ca program de acțiune: ,,b) Examinarea posibilității modificării Legii cu privire la Curtea Constituțională pentru acordarea către cetățeni a dreptului de sesizare a Curții Constituționale". A fost inclus și un termen concret pentru executare - 2005, executor fiind Ministerul Justiției, iar ca partener Curtea Constituțională. Menționăm că pentru adoptarea ambelor acte au votat și opoziția parlamentară, inclusiv actuala opoziție, care ulterior nu a acceptat acest mecanism.

Ca urmare logică, în septembrie 2004, în baza mesajului Președintelui Republicii Moldova, un grup din 35 de deputați a elaborat un proiect de lege pentru modificarea Constituției și a cerut avizul Curții Constituționale. La 16 decembrie 2004 Curtea Constituțională a dat aviz pozitiv pentru abilitarea cetățenilor cu dreptul de a sesiza direct Curtea Constituțională în cazurile în care se pretind victime ale violării drepturilor și libertăților fundamentale statuate de Constituție și tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte. Însă, examinând proiectul respectiv de lege pentru revizuirea Constituției, la 29 decembrie 2005 Parlamentul Republicii Moldova 1-a respins (52 pro, din necesarul de 68 voturi)[7].

Cauzele neacceptării acestei inițiative sunt diferite, atât obiective - juridice, politice, cât și subiective. În cele ce urmează voi supune analizei unele motive ale neacceptării, referindu-ne numai la inițiativa de revizuire a Constituției în aspectul investirii persoanei cu dreptul de a depune plângeri constituționale.

Pentru mai multă claritate, consider necesară expunerea textului proiectului de lege de revizuire a Constituției, prezentat de Comisia specială constituțională în plenul Parlamentului:

,,a) Curtea Constituțională se pronunță, în condițiile legii, asupra cererii depuse de persoana care

---

[4] Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova privind aprobarea Planului de acțiuni pentru implementarea strategiei de reformă a sectorului justiției pentru anii 2011-2016, nr.6 din 16.02.2012. Publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 109 – 112 din 05.06.2012, Domeniul 6.1.1. pct. 3), p. 12863.

[5] Raportul Comitetului de Miniștri nr.CM(2006)203 din 15 noiembrie 2006. http://credof.u-paris10.fr/IMG/doc/Conseil_de_1_europe_-_979b_Rapport_des_Sages_2006.doc.

[6] Hotărârea Parlamentului nr.415-XV din 24 octombrie 2003 „Privind aprobarea Planului național de acțiuni în domeniul drepturilor omului pentru anii 2004-2008". M.O., 2003, nr. 235-238, art.950.

[7] Stenograma ședinței Parlamentului din 29 decembrie 2005. http://www.parlament.md/news/plenaryrecords/29.02.2005/

se pretinde vătămată de către o autoritate publică în drepturile sau libertățile fundamentale, prevăzute de Constituție sau de tratatele internaționale, la care Republica Moldova este parte".

Primul motiv invocat de oponenți, considerat juridic, a fost că textul redactat, prezentat de comisia specială diferă puțin de cel inițial. Oponenții nu au argumentat deosebirile de esență ale textului final de cel inițial. Varianta inițială a lit.d) alin.(l) art.135 din Constituție a fost: ,,d) se pronunță, după epuizarea căilor de atac, în condițiile legii, asupra cererilor depuse de orice persoană care se pretinde victimă a unor încălcări ale drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, consfințite în Titlul II sau în tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte, provenite dintr-o lege, dintr-un act administrativ, dintr-o hotărâre judecătorească sau dintr-o omisiune a autorităților publice;"

Al doilea motiv, expus de opoziție, a fost că Curtea Constituțională nu este încadrată în autoritatea judecătorească și, ca urmare, nu poate să se pronunțe asupra actelor acesteia. În prezent pot fi controlate la constituționalitate actele autorității legislative și executive centrale, iar cele judecătorești sunt exceptate. În legătură cu motivul invocat, mai apare o întrebare, ce este mai important: principiul supremației Constituției sau locul ocupat de Curtea Constituțională în textul Constituției? Curtea Constituțională, în această procedură, nu poate fi văzută ca o autoritate care va examina circumstanțele de fapt și de drept ale unei cauze deja examinate de instanța de judecată. Ea va avea misiunea de a interpreta norma constituțională raportată la un drept al omului și de a decide dacă autoritatea a aplicat normă respectivă conform acestei interpretări. Or, CtEDO procedează în același mod.

Un alt motiv, expus de oponenți, a fost că realizarea proiectului ar duce la suprasolicitarea Curții Constituționale și, în mod inevitabil, la blocarea activității ei, precum și necesitatea redirecționării unor mari resurse financiare. Sunt ferm convinsă că actul prin care o autoritate publică încalcă drepturile și libertățile fundamentale este o situație gravă, incomparabilă cu resursele financiare necesare pentru combaterea abuzurilor sau cu suprasolicitarea Curții Constituționale. Nu pot fi ignorate nici penalizările financiare enorme la care este supusă Republica Moldova de CEDO.

Unii doctrinari ai dreptului constituțional nu sunt împotriva recursului constituțional individual în genere, dar, în același timp, consideră că este prematur și pripit astăzi, de introdus acest mecanism în sistemul Republicii Moldova, recomandând consolidarea și fortificarea instituțiilor și autorităților de drept existente, pentru a câștiga încrederea cetățenilor[8].

Evaluând opiniile *pro* și *contra* existente la moment, considerăm că, necesitatea acordării persoanei a dreptului de a se adresa direct la justiția constituțională este evidentă pentru societatea noastră. Sunt mai multe premise de implementare în Republica Moldova a acestei proceduri, asupra cărora ne vom referi.

O primă premisă pentru implementarea în Republica Moldova a plângerii constituționale este cea doctrinară. Conform unor concepții, plângerea constituțională reprezintă în sine o posibilitate de acțiune a cetățeanului împotriva actelor autorităților publice care lezează sau restrâng drepturile și libertățile fundamentale ale cetățeanului, garantate de Constituție, după exercitarea controlului legalității lor în instanțele judiciare de drept comun.

O a doua premisă este dreptul individului de acces la justiție. Conform principiului constituțional, aplicabil drepturilor și libertăților fundamentale, al accesului liber la justiție, proclamat atât de art. 20 din Constituție, cât și de cele mai importante tratate internaționale la care Republica Moldova este parte, precum sunt Declarația Universală a Drepturilor Omului sau CEDO, cetățeanul este în drept să aibă acces la orice tip de justiție, inclusiv justiția constituțională, deoarece, potrivit conceptului statului de drept, normele juridice sunt edictate pentru binele și în numele individului, care este sursa și obiectul tuturor reglementărilor de drept.

Cea de-a treia premisă este de ordin practic - pasivitatea unor subiecți de drept, cu precădere a organelor de ocrotire a normelor de drept, de a supune unei analize constituționale prevederile legale aplicate în activitatea lor. Suntem de părere că în aceste instituții mai persistă „cutuma" sovietică a prezumției

[8] Arseni Alexandru, Olteanu Constantin. Egalitatea și universalitatea drepturilor fundamentale ale omului – principii edificatoare ale statului de drept și democratic. Chișinău, 2014. CEP, USM. p. 92

constituționalității normelor de drept adoptate de autoritățile publice centrale. În virtutea acestei mentalități, subiecții respectivi aplică orbește normele de drept, fără a le supune unei analize sub raportul constituționalității, și dacă au incertitudini, să sesizeze Curtea Constituțională. Această pasivitate este îndeosebi vădită în rândurile avocaților, care, apărând interesele clienților, sunt obligați să supună normele de drept, aplicabile mandatarilor lor, unei analize profesionale individuale mai detaliate. În aceeași măsură este valabilă această observație și pentru procurori, care, în ultimă instanță, sunt mandanții statului și apărătorii intereselor acestuia.

Cea de-a cincea premisă, în viziunea unor cercetători[9], este dictată de locul și rolul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova în sistemul judiciar. În majoritatea sistemelor de drept, preponderent din dreptul anglo-saxon, instanța judiciară supremă deține rolul principal în unificarea practicii judiciare. În aceste state nu este posibilă existența unor hotărâri diferite sau contradictorii în acțiuni judiciare similare, precedentului judiciar atribuindu-i-se un rol esențial. Nu putem spune același lucru despre sistemul nostru judiciar.

A șasea premisă se referă la garanțiile pe care le poate oferi plângerea constituțională cetățeanului împotriva abuzurilor puterii judecătorești, actele căreia sunt irevocabile, dar nu pot fi controlate la constituționalitate, precum actele celorlalte două puteri din stat. În acest caz, unica șansă pentru cetățean este CEDO, care poate controla corespunderea actelor naționale, inclusiv judiciare, cu CEDO, evident, nu și cu Constituția Republicii Moldova.

Concluzia că nu este posibilă instituirea plângerii constituționale în Republica Moldova fără modificarea Constituției derivă din articolul 135 alin.(l) lit.a), care concretizează actele care pot fi examinate de Curte - legile și hotărârile Parlamentului, decretele Președintelui Republicii Moldova, hotărârile și ordonanțele Guvernului și tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte, în termeni juridici restrânși - numai actele normative ale autorităților publice centrale. Această deducție corelează cu Hotărârea Curții Constituționale „Privind interpretarea art. 135 alin. (1) lit. g) din Constituție"[10]. Astfel, norma constituțională nu permite Curții Constituționale să examineze constituționalitatea altor acte, decât a celor expuse.

Din definiția plângerii constituționale, însă, rezultă că prin această procedură se poate contesta orice act al autorităților publice, cu excepția celor normative, după epuizarea căilor de atac ordinare. Actele normative, în această viziune, pot fi contestate numai prin sesizare constituțională.

Din considerentele expuse mai sus, bazându-ne pe sistemul de drept al Republicii Moldova și tradițiile ei constituționale, suntem de părere că este necesară completarea art. 135 alin.(l) din Constituție cu litera i) având următorul conținut: „se **pronunță asupra cererilor depuse de orice persoană care se pretinde victimă** a **unor încălcări ale drepturilor și libertăților constituționale, în condițiile legii, după epuizarea căilor de atac, provenite dintr-un act al autorităților publice".** Această formulă a unui proiect de revizuire a Constituției, în opinia noastră, nu va trezi opoziție în rândurile clasei politice și ale judecătorilor instanțelor de drept comun din următoarele considerente

Făcând o generalizare a celor expuse pe marginea introducerii plângerii constituționale, deducem următoarele trăsături ale plângerii constituționale:

- plângerea constituțională este o cale de recurs subsidiară, aplicată în cadrul jurisdicției constituționale, după epuizarea căilor de atac ordinare, prin care se pretinde lezarea persoanei de o autoritate publică într-un drept constituțional, printr-un act public jurisdicțional sau administrativ;
- plângerea constituțională îndeplinește o dublă funcție: pe de o parte, prin ea se realizează apărarea individuală a drepturilor fundamentale, pe de altă parte, aceasta facilitează

[9] V. Zaporojan, Protecția drepturilor fundamentale în justiția constituțională a Republicii Moldova, teza de doctor în drept, Chișinău 2007, p.114

[10] Hotărârea Curții Constituționale „Privind interpretarea art. 135 alin. (1) lit. g) din Constituție", nr.15 din 6 mai 1997. M.O. 1997, nr.33-34.

interpretarea și dezvoltarea dreptului constituțional obiectiv;

- plângerea constituțională poate fi introdusă de orice persoană care pretinde că i-au fost încălcate drepturile fundamentale printr-un act public jurisdicțional sau administrativ;
- plângerea constituțională are un caracter subsidiar, impunând obligativitatea epuizării tuturor căilor de atac în fața instanțelor ordinare, excepție constituind cazurile în care plângerea comportă un interes general sau există un risc de prejudiciu grav și ireversibil pentru reclamant;
- plângerea constituțională nu deschide în fața persoanei, care a pierdut procesul într-o instanță de drept comun, posibilitatea de a verifica corectitudinea hotărârii adoptate asupra cauzei, Curtea Constituțională poate doar să verifice dacă prin acțiunile sale instanța nu a încălcat prevederile Constituției.

Concluzionând, consider oportună introducerea acestui mecanism, mai ales că există premisele imperative pentru obținerea unor rezultate cât mai eficiente atât pentru cetățean, ca exponent al drepturilor constituționale, cât și pentru stat per ansamblu.

---

[i] Corneliu Birsan, Drept civil. Drepturile reale principale in reglementarea noului Cod civil, Editura Hmangiu 2013, p. 48

[ii] I. Sferdian, Drept civil. Drepturile reale principale, Editura Hamangiu 2013, p. 165

[iii] V. Stoica, Drept civil. Drepturile reale principale, Editura C.H. Beck, Bucuresti 2013, p. 108.

[iv] V. Stoica, op.cit. p. 108.

[v] Prof.univ.dr. Valeriu Stoica - Clauza voluntară de inalienabilitate in reglementarea Codului civil transcript" transcript - conferinta noul cod civil baile olanesti mai 2012 – p.12

[vi] C. Birsan, Op.cit., p. 93

[vii] G.Boroi, C.A. Anghelescu, B.Nazat – Curs de drept civil. Drepturi reale principale, ediția a 2-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București 2013, p.34

[viii] V. Stoica, op.cit., p. 115

[ix] Andrea Annamaria Chiş - Publicitatea notării clauzei de inalienabilitate expresă și subînțeleasă în convențiile privitoare la imobile, în Studia Universitatis Babeș Bolyai.

[x] Andrea Annamaria Chiş – op.cit.

[xi] V. Stoica, Dobândirea bunurilor mobile prin posesia de bună-credinţâ, transcript - Conferinţa „Intrarea în vigoare a noului Cod Civil: realităţi şi provocări legislative ale modernizării societăţii româneşti" din 30 iunie 2011, p. 64-65

[xii] I. Albu, Curs de drept funciar, p. 431