

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

3/2021
iulie-septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf.univ. dr. Șerban DIACONESCU

REDACTOR-COORDONATOR: asist.univ. dr. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect.univ. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.univ. dr. Paul VASILESCU

prof.univ. dr. Ovidiu PODARU

prof.univ. dr. Mircea Dan BOB

prof.univ. dr. Sergiu BOGDAN

conf.univ. dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Dan CHIRICĂ – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

CUPRINS

- » **Studii:** Emanoil-Corneliu MOGÎRZAN: *Legea nr. 167/2020 sau cum nu trebuie înfăptuită legiferarea. (I) Contravenția de hărțuire morală la locul de muncă.....*5-58
- » **Articole:** Adrian TAMBA: *Charge – fixed and floating: Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001 (the “Brumark” case) Charge and Hypothec as Functional Equivalent*s59-76
- » **Articole:** Șerban MIRCIOIU: *Inaplicabilitatea actelor normative privind suspendarea legală a executării silite și eşalonarea plății sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești având ca obiect despăgubiri rezultate în urma concedierii nelegale* 77-97
- » **Articole:** Radu-Bogdan BOBEI: *Conștientizarea dreptului transnațional în acțiune* 98-132

STUDII

LEGEA NR. 167/2020 SAU CUM NU TREBUIE ÎNFĂPTUITĂ LEGIFERAREA. (I) CONTRAVENȚIA DE HĂRȚUIRE MORALĂ LA LOCUL DE MUNCĂ

DOI: 10.24193/SUBBiur.66(2021).3.1
Data publicării online: 31.12.2021

Emanoil-Corneliu MOGÎRZAN*

Rezumat: Vom examina noutățile aduse de Legea nr. 167/2020, prin raportare la cadrul legal de la data adoptării și la exemple din dreptul comparat. Nucleul actului normativ îl constituie prevederile privind contravenția de hărțuire morală la locul de muncă, asupra cărora ne vom concentra în această primă parte a studiului nostru.

Inițiativa legiuitorului de a proteja victimele unui fenomen social cu urmări grave, care se manifestă mai ales în aria muncii, este de lăudat. Salutăm de asemenea faptul că noua noțiune de hărțuire morală nu impune dovedirea unui criteriu de discriminare, întrucât comportamentul este vătămător indiferent de motivația hărțuitorului. Ceea ce începe să pară un discurs encomiastic se oprește însă aici. Imediat ce intrăm în analiza dispozițiilor care ar fi trebuit să combată hărțuirea morală, constatările sunt majoritar negative. Descrierea legală a faptei conține formulări incoerente, chiar contradictorii; pe de altă parte, unele sunt prea înguste pentru a proteja eficient țintele hărțuirii, iar altele, inutile. Regimul special al probei este redactat în mod deficitar, iar cea mai surprinzătoare este omisiunea parlamentului de a identifica o autoritate competentă să aplice sancțiunile prevăzute.

* Lector dr., Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, emanoil.mogirzan@uaic.ro.

Cuvinte cheie: hărțuire morală la locul de muncă, discriminare, contravenție, sancțiuni, redactarea legii.

ROMANIAN LAW NR. 167/2020 OR HOW
THE LEGISLATIVE DRAFTING SHOULD NOT
BE DONE. (I) THE REGULATORY OFFENCE
OF MORAL HARASSMENT IN THE
WORKPLACE

Abstract: We will review the novelties introduced by the Law nr. 167/2020, in reference to the legal framework at the date of the adoption and examples from the comparative law. The core of the Act is formed by the provisions on the regulatory offence of moral harassment in the workplace, and that is the topic on which we will focus in this first part of our study.

The legislature's initiative to protect the victims of a social phenomenon causing severe damages, that occurs mainly in the field of work, is to be praised. We also salute the fact that the new notion of moral harassment does not impose the proof of a ground of discrimination, as the harasser's behaviour is destructive no matter the motivation of the harassers. However, what it begins to seem like an encomiastic discourse stops here. As soon as we start analysing the provisions that should have combatted the moral harassment, the findings are mostly negative. The legal description of the offence contains incoherent wordings, some of them even contradictory; on the other hand, some are too narrow to efficiently protect the targets of the harassment, and others, are useless. The special rules of proof are deficiently drafted, and the most surprising is the failure of the Parliament to identify a competent authority to impose the prescribed sanctions.

Key-words: moral harassment in the workplace (mobbing), discrimination, regulatory offence, sanctions, legislative drafting

Cuprins

| | | |
|------|--|-----------|
| I. | Introducere..... | 8 |
| II. | Cadrul legal în materie de hărțuire anterior Legii nr. 167/2020, în vigoare și în prezent..... | 9 |
| A. | Ordonanța Guvernului României nr. 137/2000..... | 9 |
| B. | Legea nr. 202/2002..... | 11 |
| C. | Codul muncii..... | 13 |
| D. | Hărțuirea în alte acte normative..... | 15 |
| III. | Scurtă prezentare a Legii nr. 167/2020 | 16 |
| A. | Dispozițiile privind contravenția de hărțuire morală la locul de muncă din OG: 137/2020 | 18 |
| B. | Opinii critice despre noua lege | 18 |
| IV. | Este hărțuirea morală reductibilă la o formă de discriminare? | 20 |
| A. | Despre necesitatea de a distinge hărțuirea morală de faptele de discriminare..... | 20 |
| B. | Soluții juridice din dreptul comparat..... | 23 |
| C. | Alte argumente în favoarea unei reglementări separate a hărțuirii morale în dreptul românesc | 26 |
| V. | O analiză a conținutului constitutiv al contravenției de hărțuire morală la locul de muncă..... | 28 |
| A. | Chestiuni prelabile..... | 28 |
| | 1. Terminologia, ca punct de pornire | 28 |
| | 2. Hărțuire psihologică și hărțuire morală. Doar o chestiune de terminologie? ... | 29 |
| | 3. O privire de ansamblu asupra redactării textului | 32 |
| B. | Subiecții contravenției de hărțuire morală la locul de muncă..... | 33 |
| | 1. Subiectul activ..... | 33 |
| | 2. Subiectul pasiv | 35 |
| C. | Elementul material | 36 |
| | 1. Formele conduitei interzise..... | 36 |
| | 2. Ce semnificație are percepția persoanei care se consideră hărțuită? | 37 |
| | 3. Durata comportamentului | 37 |
| | 4. Legătura comportamentului cu raporturile de muncă | 41 |
| | 5. Urmarea imediată | 43 |
| D. | Latenta subiectivă | 46 |
| VI. | Constatarea și aplicarea sancțiunii contravenționale pentru hărțuirea morală la locul de muncă ce nu se întemeiază pe un criteriu de discriminare..... | 49 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| A. | Autoritatea competentă să constate și să sancționeze contravenția..... | 49 |
| | 1. <i>De lege lata</i> : CNCD, competent să constate faptele, dar nu să și sancționeze contravenția..... | 49 |
| | 2. <i>De lege ferenda</i> : discuție privitoare la autoritatea competentă | 51 |
| B. | Sarcina probei..... | 52 |
| VII. | Hărțuirea morală la locul de muncă pe criteriul sexului | 54 |
| VIII. | Viziunea CNCD asupra hărțuirii morale la locul de muncă: o faptă de discriminare | 55 |
| IX. | Concluzie finală | 57 |

I. Introducere

Abordăm în studiul de față noua reglementare a contravenției de hărțuire morală la locul de muncă, introdusă prin Legea nr. 167/2020¹. Scopul proclamat de inițiatorii proiectului era ca, prin combaterea acestor fapte, să se asigure salariaților o protecție juridică superioară². În urma analizei, constatăm că, redactat de o manieră superficială, actul normativ este departe de a da expresie acestui deziderat.

După ce expunem contextul legislativ de la data adoptării și prezentăm dispozițiile relevante din Legea nr. 167/2020, dezbatem chestiunea dacă hărțuirea morală constituie doar o fațetă a fenomenului de discriminare sau, așa cum opinăm, conduita hărțuitoare trebuie curmată indiferent de motivele

¹ Legea nr. 167 din 7 august 2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, precum și pentru completarea art. 6 din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, publicată în M.of.: 713 din 7.08.2020.

² *Pl-x 356/04.06.2018/Expunere de motive privind modificarea și completarea Ordonanței de Guvern nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare și a Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați* (în continuare: *Pl-x 356/04.06.2018/Expunere de motive...*), p. 15, accesat la: <http://www.cdep.ro/proiecte/2018/300/50/6/em451.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

care stau la baza acțiunilor făptuitorului. În argumentație apelăm și la unele soluții oferite de dreptul comparat. Ne concentrăm apoi pe analiza conținutului constitutiv al contravenției, după care examinăm regimul probei și dificultățile de a identifica autoritatea competentă să constate și să aplice sancțiunile contravenționale.

II. Cadrul legal în materie de hărțuire anterior Legii nr. 167/2020, în vigoare și în prezent

A. Ordonanța Guvernului României nr. 137/2000

Ordonanța guvernului nr. 137/2000³ a fost adoptată și ulterior completată pentru a realiza transpunerea directivelor 2000/43/CE⁴ și 2000/78/CE⁵. Actul normativ a constituit un teren fertil – dacă putem spune așa – pentru activitatea parlamentară, făcând obiectul a 14 proiecte de legi până în octombrie 2021 (dintre care 7 au fost inițiative ale membrilor Parlamentului⁶).

³ Ordonanța guvernului nr. 137 din 31 august 2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată în M.of.: 166 din 7.03.2014.

⁴ Directiva 2000/43/CE din 29 iunie 2000 de punere în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică, JO L 180, 19.7.2000, ediție specială în limba română: capitol 20, volum 001, pp. 19-23.

⁵ Directiva 2000/78/CE din 27 noiembrie 2000 de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă, JO L 303, 2.12.2000, ediție specială în limba română: capitol 05, volum 006, pp. 7-13.

⁶ Una din propuneri urmărea chiar abrogarea OG: 137/2000, cu țelul declarat de a desființa Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (în mod eronat, proiectul se referea la abrogarea Legii nr. 48/2002 pentru aprobarea OG: 137/2000). Inițiativa a fost respinsă de senat.

Articolul 2 alin. (5): „Constituie hărțuire și se sancționează contravențional orice comportament pe criteriu de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, gen, orientare sexuală, apartenență la o categorie defavorizată, vârstă, handicap, statut de refugiat ori azilant sau orice alt criteriu care duce la crearea unui cadru intimidant, ostil, degradant ori ofensiv.”

Dispozițiile art. 15 ale aceluiași act normativ, din cadrul Secțiunii V: Dreptul la demnitatea personală, evocă ideea de hărțuire:

„Constituie contravenție, conform prezentei ordonanțe, dacă fapta nu intră sub incidența legii penale, orice comportament manifestat în public, având caracter de propagandă naționalist-șovină, de instigare la ură rasială sau națională, *ori acel comportament care are ca scop sau vizează atingerea demnității ori crearea unei atmosfere de intimidare, ostile, degradante, umilitoare sau ofensatoare* (s.n.), îndreptat împotriva unei persoane, unui grup de persoane sau unei comunități și legat de apartenența acestora la o anumită rasă, naționalitate, etnie, religie, categorie socială sau la o categorie defavorizată ori de convingerile, sexul sau orientarea sexuală a acestuia.”

Se pot sesiza niște deficiențe. Nu a fost corectat nici până astăzi cuvântul „ofensiv” din definiția de la art. 2 (o traducere grăbită a englezului „offensive”, un exemplu clasic din categoria *false friends*), corect fiind *jignitor, ofensator*. Pleonasmul „are ca scop sau vizează atingerea demnității...” de la art. 15 OG: 137/2000⁷ denotă neglijență. Mai important este însă că definiția comunitară a hărțuirii de la art. 2 alin. (3) Directiva

⁷ S. PANAINTE, *Despre (in)suficiența reglementării dreptului la demnitate în muncă*, Revista română de drept privat nr. 1/2018, p. 140, unde se critică modul în care a fost redactat art. 15, inclusiv faptul că, în pofida denumirii afișate, nu izbuteste să reglementeze dreptul la demnitate. Pe de altă parte, în articol se analizează corelația dintre prevederile OG: 137/2000 și definiția hărțuirii din art. 4 lit. c) Legea nr. 202/2002, pentru a se trage concluzii privind cea mai indicată formulare (*ibidem*, pp. 141-143).

2000/43/CE și art. 2 alin. (3) Directiva 2000/78/CE⁸ a fost dezmembrată, împărțită între art. 2 alin. (5) și art. 15. La această structură insolită s-a ajuns din cauza modificărilor făcute fără grija de a asigura fidelitatea față de modelul legislativ comunitar. Art. 15 de astăzi apărea în textul original al ordonanței, în timp ce actualul art. 2 alin. (5) a fost adăugat mai târziu (prin Legea nr. 27/2004⁹). De altfel, modul defectuos în care s-a transpus din dreptul uniunii, în OG: 137/2000, noțiunea de hărțuire a fost criticat, an de an, în rapoartele privind dreptul în materie de nediscriminare din Europa, adoptate sub egida DG Justiție și Consumatori a Comisiei Europene¹⁰.

B. Legea nr. 202/2002

Până la Legea nr. 167/2020, Legea nr. 202/2002¹¹ definea hărțuirea, hărțuirea sexuală și hărțuirea psihologică.

⁸ Diferențele de formulare în limba română dintre cele două texte europene se explică prin faptul că versiunile românești au fost traduse de funcționari diferiți.

⁹ Legea nr. 27 din 5 martie 2004 privind aprobarea Ordonanței guvernului nr. 77/2003 pentru modificarea și completarea Ordonanței guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, publicată în M.of.: 216 din 11.03.2004.

¹⁰ Cităm ultimul raport: I. CHOPIN, C. GERMAINE, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2020*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, p. 44, accesat la: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5afa29ef-700a-11eb-9ac9-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

¹¹ Legea nr. 202 din 19 aprilie 2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, republicată în M.of.: 326 din 5.06.2013.

Conform art. 4 lit. c), „prin hărțuire se înțelege situația în care se manifestă un comportament nedorit, legat de sexul persoanei, având ca obiect sau ca efect lezarea demnității persoanei în cauză și crearea unui mediu de intimidare, ostil, degradant, umilitor sau jignitor”.

Într-o primă variantă¹², definiția hărțuirii a fost introdusă în Legea nr. 202/2002 prin OG: 84/2004¹³. Textul actual, ce reprezintă doar o reformulare a versiunii originare¹⁴, a fost stabilit prin Legea nr. 340/2006¹⁵. Este criticabil faptul că, deși noțiunea comunitară de hărțuire a fost introdusă în OG: 137/2000 și în Legea nr. 202/2002 într-un interval de câteva luni și ar fi trebuit să reprezinte transpunerea aceleiași definiții (evident, dincolo de elementele care exprimă caracteristicile fiecărui domeniu, respectiv motivele de discriminare), ea apare în forme deosebite în cele două acte normative române. Pe de altă parte, se observă că definiția din Legea nr. 202/2002 este superioară celei din OG: 137/2000, din punctul de vedere al conformității cu noțiunea europeană.

¹² Definiția era următoarea: „prin hărțuire se înțelege orice comportament nedorit, având legătură cu faptul că o persoană este de un sex sau altul, care apare cu scopul sau are ca efect atingerea demnității persoanei și crearea unui mediu degradant, de intimidare, de ostilitate, de umilire sau ofensator”.

¹³ Ordonanța guvernului nr. 84 din 19 august 2004 pentru modificarea și completarea Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, publicată în M.of.: 799 din 30.08.2004 și aprobată cu modificări (care nu au afectat definiția de atunci a hărțuirii) prin Legea nr. 501/2004, publicată în M.of.: 1.092 din 24.11.2004.

¹⁴ În general, o îmbunătățire a redactării textului, cu o singură excepție: în loc de „având ca obiect sau ca efect”, care apare și într-una din versiunile din limba română ale directivelor contra discriminării, ar fi fost mai clar „având ca scop sau ca efect” (facem trimitere în acest sens la discuția din S. PANAINTE, *Despre (in)suficiența reglementării...*, n. 7, p. 143).

¹⁵ Legea nr. 340 din 17 iulie 2006 pentru modificarea și completarea Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, M.of.: 642 din 25.07.2006.

Potrivit art. 4 lit. d¹⁾, „prin hărțuire psihologică se înțelege orice comportament necorespunzător care are loc într-o perioadă, este repetitiv sau sistematic și implică un comportament fizic, limbaj oral sau scris, gesturi sau alte acte intenționate și care ar putea afecta personalitatea, demnitatea sau integritatea fizică ori psihologică a unei persoane”. Această ultimă prevedere a fost introdusă prin Legea nr. 229/2015¹⁶.

Potrivit art. 6 alin. (1¹), „este interzis orice comportament de hărțuire, hărțuire sexuală sau hărțuire psihologică definite conform prezentei legi, atât în public¹⁷, cât și în privat”. Art. 37 alin. (1) Legea nr. 202/2002 prevede că faptele ce încalcă dispozițiile art. 6 alin. (1¹) constituie contravenții. Potrivit art. 37 alin. (3) lit. c) din lege, competente să constate și să sancționeze aceste contravenții sunt organele Ministerului Afacerilor Interne. Art. 6 alin. (1¹), art. 37 alin. (1) și art. 37 alin. (3) lit. c) au fost adăugate prin Legea nr. 232/2018¹⁸.

C. Codul muncii

Chiar și pentru juriști, antrenați să studieze cu răbdare opera legiuitorului, înșiruirea începe să fie obositoare, cu atât mai mult cu cât în iulie 2020 a fost adoptată Legea nr. 151/2020¹⁹.

¹⁶ Legea nr. 229 din 6 octombrie 2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, publicată în M.of.: 749 din 7.10.2015.

¹⁷ Faptele de hărțuire săvârșite în public mai sunt cunoscute și sub denumirea neoficială de hărțuire stradală.

¹⁸ Legea nr. 232 din 2 august 2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, publicată în M.of.: 679 din 6.08.2018.

¹⁹ Legea nr. 151 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 - Codul muncii din 23 iulie 2020, publicată în M.of.: 658 din 24.07.2020.

Astfel, noul art. 5 alin. (2) C.m. dispune:

„Orice discriminare directă sau indirectă față de un salariat, discriminare prin asociere, hărțuire sau faptă de victimizare, bazată pe criteriul de rasă, cetățenie, etnie, culoare, limbă, religie, origine socială, trăsături genetice, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare cu HIV, opțiune politică, situație sau responsabilitate familială, apartenență ori activitate sindicală, apartenență la o categorie defavorizată, este interzisă.”

Iar art. 5 alin. (5) C.m. definește:

„Hărțuirea constă în orice tip de comportament care are la bază unul dintre criteriile prevăzute la alin. (2) care are ca scop sau ca efect lezarea demnității unei persoane și duce la crearea unui mediu intimidant, ostil, degradant, umilitor sau ofensator.”

Potrivit art. 260 alin. (1) lit. r), „nerespectarea dispozițiilor art. 5 alin. (2)-(9) și ale art. 59 lit. a)” constituie contravenții.

Dintr-un curios „exces de zel”, printr-un amendament adoptat la lucrările Comisiei pentru muncă și protecție socială din Camera Deputaților și însușit de plen, art. 260 alin. (1) lit. r) C.m. a trecut în rândul contravențiilor sancționate cu aceeași amendă chiar și nerespectarea dispozițiilor art. (5) alin. (9). Or, nu putem vorbi de vreun conținut constitutiv al acestei „contravenții”, întrucât art. (5) alin. (9) conține o clauză derogatorie (o cauză justificativă, în vocabularul de drept penal), aplicabilă în situația în care tratamentul diferențiat are justificări obiective²⁰.

²⁰ „Nu constituie discriminare excluderea, deosebirea, restricția sau preferința în privința unui anumit loc de muncă în cazul în care, prin natura specifică a activității în cauză sau a condițiilor în care activitatea respectivă este realizată, există anumite cerințe profesionale esențiale și determinante, cu condiția ca scopul să fie legitim și cerințele proporționale.” Clauze similare, în acord cu prevederile UE – art. 4 Directiva 2000/43/CE, art. 4 Directiva 2000/78/CE, precitate; art. 14 alin. (2) din Directiva 2006/54/CE privind punerea în aplicare a principiului egalității de șanse și al egalității de tratament între bărbați și femei în materie de încadrare în

Pe de altă parte, observăm că definiția hărțuirii din Codul muncii reprezintă un mic progres față de cea de la art. 2 alin. (5) OG: 137/2000, prevăzând consumarea faptei și prin *punerea în pericol* a demnității. Totuși, ea păstrează condiția de a încălca valoarea socială protejată („și duce la crearea...”), ceea ce reprezintă un pas înapoi față de noțiunea stabilită prin art. 4 lit. c) Legea nr. 202/2002. Pe de altă parte, paralelisme legislative generate de Legea nr. 151/2020 au fost consemnate atât în avizul Consiliului Legislativ, cât și în cel al Consiliului Economic și Social pe marginea proiectului de lege, fără a fi înlăturate de parlament. De fapt, criticabilă este însăși adoptarea, la interval de două săptămâni și în urma unor procese legislative distincte, a unor legi (nr. 151 și 167) ce reglementează raporturi juridice înrudite.

D. Hărțuirea în alte acte normative

Ca infracțiune, având un conținut specific, hărțuirea este prevăzută de art. 208 C.pen.²¹. Pe de altă parte, Hotărârea guvernului nr. 49/2011²² a

muncă și de muncă (reformă) [JO L 204, 26.7.2006, ediție specială în limba română: capitol 05 volum 008 pp. 262-275] –, găsim în art. 5 OG: 137/2000 și în art. 6 alin. (5) lit. c) Legea nr. 202/2002.

²¹ Art. 208: „(1) Fapta celui care, în mod repetat, urmărește, fără drept sau fără un interes legitim, o persoană ori îi supraveghează locuința, locul de muncă sau alte locuri frecventate de către aceasta, cauzându-i astfel o stare de temere, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 6 luni sau cu amendă.

(2) Efectuarea de apeluri telefonice sau comunicări prin mijloace de transmitere la distanță, care, prin frecvență sau conținut, îi cauzează o temere unei persoane, se pedepsește cu închisoare de la o lună la 3 luni sau cu amendă, dacă fapta nu constituie o infracțiune mai gravă.”

²² Hotărârea Guvernului nr. 49/2011 pentru aprobarea Metodologiei-cadru privind prevenirea și intervenția în echipă multidisciplinară și în rețea în situațiile de violență asupra copilului și de violență în familie și a Metodologiei de intervenție multidisciplinară și interinstituțională privind copiii exploatați și aflați în situații de risc de exploatare prin muncă, copiii victime ale

definit noțiunile de *bullying* („intimidarea în școală de către un alt coleg”) și *mobbing* („forma de abuz emoțional asupra unui copil care este în mod constant discreditat, intimidat psihologic, agresat psihic, jignit, luat în derâdere, batjocorit, izolat, persecutat, terorizat de către un grup de colegi în școală sau la locul de muncă)”²³40.

Așadar, acesta era cadrul legal în combaterea hărțuirii: o preocupare motivată de bune intenții, dar care a generat o adevărată proliferare de reguli și definiții juridice. În acest context normativ „încărcat” a fost adoptată Legea nr. 167/2020.

III. Scurtă prezentare a Legii nr. 167/2020

Modificând Ordonanța guvernului nr. 137/2000, actul normativ definește hărțuirea morală la locul de muncă, trasează pentru angajatori obligații pozitive și negative în sensul prevenirii și combaterii comportamentelor interzise, prevăzând răspunderea contravențională pentru

traficului de persoane, precum și copiii români migranți victime ale altor forme de violență pe teritoriul altor state, publicată în M.of.: 117 din 16.02.2011.

²³ „Hărțuirea psihologică, emoțională și/sau fizică a unui elev de către altul/alții” au mai fost enumerate printre problemele susceptibile de a fi semnalate prin Telefonul copilului, în Ordinul secretarului de stat al Autorității Naționale pentru Protecția Copilului și Adopție nr. 177/2003 privind aprobarea standardelor minime obligatorii pentru telefonul copilului, standardelor minime obligatorii privind centrul de consiliere pentru copilul abuzat, neglijat și exploatat, precum și a standardelor minime obligatorii privind centrul de resurse comunitare pentru prevenirea abuzului, neglijării și exploatării copilului, în Anexa nr. 1. Standarde minime obligatorii pentru telefonul copilului (Anexa 1 C), publicată în M.of.: 52 din 22.01.2004. Acest ordin a fost abrogat înainte de data intrării în vigoare a Legii nr. 167/2020 (prin Ordinul Ministerului Muncii și Justiției Sociale nr. 27/2019 din 3 ianuarie 2019 privind aprobarea standardelor minime de calitate pentru serviciile sociale de zi destinate copiilor, publicat în M.of.: 160 din 28.02.2019). Pentru un alt exemplu de folosire a termenilor de hărțuire psihologică și *mobbing*, a se vedea D. CĂLIN, *Mobbingul. Hărțuirea la locul de muncă. Culegere de jurisprudență*, Editura Universitară, București, 2019, pp. 8-10.

cei ce încalcă noile dispoziții. Pe de altă parte, stabilește măsuri pe care le poate pronunța instanța de judecată împotriva angajatorilor, dintre care unele pot fi aplicate și de Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (în continuare, CNCD). Actul normativ modifică și Legea nr. 202/2002, interzicând hărțuirea morală la locul de muncă pe criteriul sex²⁴.

²⁴ Legea nr. 167/2020 mai abrogă art. 26 alin. (4) OG: 137/2020, care prevedea un termen de prescripție special pentru aplicarea sancțiunilor contravenționale, ceea ce este de natură să se repercuteze negativ asupra oricărei persoane protejate de actul general din aria discriminărilor, întrucât, în majoritatea cazurilor, privează instituția abilitată să constate contravențiile de posibilitatea de a aplica sancțiuni efective, proporționale și disuasive. Este o problemă de care ne ocupăm într-un studiu separat.

A. Dispozițiile privind contravenția de hărțuire morală la locul de muncă din OG: 137/2020

Articolul 2 alin. (5¹): „Constituie hărțuire morală la locul de muncă și se sancționează disciplinar, contravențional sau penal, după caz, orice comportament exercitat cu privire la un angajat de către un alt angajat care este superiorul său ierarhic, de către un subaltern și/sau de către un angajat comparabil din punct de vedere ierarhic, în legătură cu raporturile de muncă, care să aibă drept scop sau efect o deteriorare a condițiilor de muncă prin lezarea drepturilor sau demnității angajatului, prin afectarea sănătății sale fizice sau mentale (sic!) ori prin compromiterea viitorului profesional al acestuia, comportament manifestat în oricare dintre următoarele forme: a) conduită ostilă sau nedorită; b) comentarii verbale; c) acțiuni sau gesturi.”

Articolul 2 alin. (5²): „Constituie hărțuire morală la locul de muncă orice comportament care, prin caracterul său sistematic, poate aduce atingere demnității, integrității fizice ori mentale (sic!) a unui angajat sau grup de angajați, punând în pericol munca lor sau degradând climatul de lucru. În înțelesul prezentei legi, stresul și epuizarea fizică intră sub incidența hărțuirii morale la locul de muncă.”

Potrivit art. 26 alin. (1¹): „Constituie contravenție hărțuirea morală la locul de muncă săvârșită de către un angajat, prin lezarea drepturilor sau demnității unui alt angajat, și se pedepsește cu amendă de la 10.000 lei la 15.000 lei.”

Articolul 2 alin. (5⁷): „Angajatul, victimă a hărțuirii morale la locul de muncă, trebuie să dovedească elementele de fapt ale hărțuirii morale, sarcina probei revenind angajatorului, în condițiile legii. Intenția de a prejudicia prin acte sau fapte de hărțuire morală la locul de muncă nu trebuie dovedită.”

B. Opinii critice despre noua lege

Actul normativ pare a fi fost menajat, în general, în literatura de specialitate, deși au fost exprimate și critici. Astfel, s-a relevat lipsa de claritate a conceptului de hărțuire morală la locul de muncă, suprapunerea normelor, precum și fragmentarea materiei în acte normative diferite, ceea ce

îngreunează interpretarea și aplicarea²⁵. O reacție viguroasă a venit de la președintele Colegiului director al CNCD, pe pagina sa de Facebook²⁶ și în presă²⁷, imediat după publicarea Legii nr. 167/2020. Chiar dacă nu au fost exprimate într-un cadru oficial sau științific, prezentăm sintetic observațiile sale referitoare la contravenția de hărțuire morală la locul de muncă.

Astfel, actul normativ ar fi inutil, întrucât definiția hărțuirii prevăzută de art. 2 alin. (5) OG: 137/2000, conformă cu directivele Uniunii, ar fi acoperit și sancționat deja hărțuirea „sub toate aspectele”. Având în vedere toate variantele de hărțuire apărute în ultima perioadă, actul normativ ar duce la „supralegiferare”. Reglementarea hărțuirii psihologice ar fi pleonastică, pentru că orice faptă de hărțuire include și un element psihologic, afectează demnitatea umană. Pe de altă parte, în condițiile în care hărțuirea „este o formă de discriminare”, se reproșează textului că nu menționează „niciun criteriu de discriminare”, în temeiul căruia poate avea loc hărțuirea. De o manieră generală, textul Legii nr. 167/2020 este neclar. Apoi, dispoziția conform căreia intenția nu trebuie dovedită ar fi „lipsită de sens”, iar

²⁵ M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă. Reglementare. Elemente. Repere de apreciere a prejudiciului moral*, Revista română de drept privat nr. 3/2020, p. 82 și p. 89. Într-un alt articol doar s-a luat act de conținutul legii, fără a-l supune niciunei evaluări (A. DUȚU, *Hărțuirea la locul de muncă*, Revista română de dreptul muncii nr. 2/2021, accesat la: <https://sintact.ro/#/publication/151021026?keyword=DU%C8%9AU.%20H%C4%83r%C5%A3uirea%20la%20locul%20de%20munc%C4%83&cm=SFIRST>, data ultimei accesări: 15.10.2021).

²⁶ Csaba Ferenc ASZTALOS [@ csaba.asztalos.56], publicație Facebook, 2020-08-07, accesat: Facebook, <https://www.facebook.com/csaba.asztalos.56/posts/3453576341354079>, data ultimei accesări: 15.10.2021,

²⁷ L. SÎRBU, *Asztalos Csaba, președintele CNCD: Legea împotriva hărțuirii psihologice la locul de munca este un pleonasm*, Ziare.Com, 14 august 2020, accesat la: <https://ziare.com/stiri/victime/asztalos-csaba-presedintele-cncd-legea-impotriva-hartuirii-psihologice-la-locul-de-munca-este-un-pleonasm-1625058>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

formularea: „stresul și epuizarea fizică intră sub incidența hărțuirii morale la locul de muncă” ar fi greu de interpretat și ar putea da naștere la abuzuri.

În timp ce unele dintre aceste obiecții lasă spațiu suficient pentru contraargumente, împărtășim concluzia formulată de dl Asztalos Csaba, chiar dacă nu pe temeuri identice: în mare măsură noul text legislativ este de neaplicat.

IV. Este hărțuirea morală reductibilă la o formă de discriminare?

A. **Despre necesitatea de a distinge hărțuirea morală de faptele de discriminare**

Suntem de părere că ideea de a reglementa expres hărțuirea morală este binevenită²⁸, pentru că, dacă textul ar fi conceput riguros, ar completa instrumentarul de combatere a unor fapte reprobabile, în condițiile în care definițiile hărțuirii de la art. 2 alin. (5) OG: 137/2000, art. 5 alin. (5) C.m. și art. 4 lit. c) Legea nr. 202/2002 nu epuizează gama hărțuirilor. Cadrul legislativ anterior Legii nr. 167/2020 conectează conceptul de hărțuire cu cel de discriminare *pe anumite motive*. Prin urmare, hărțuirea definită în aceste dispoziții este o formă a discriminării.

²⁸ De altfel, Curtea Constituțională apreciază că reglementarea hărțuirii morale semnifică „o creștere a preocupării legiuitorului român pentru protecția angajaților împotriva actelor de hărțuire morală” (Decizia nr. 833/2020, publicată în M.of.: 114 din 3.02.2021).

În schimb, noile art. 2 alin. (5¹)-(5²) OG: 137/2000 detașează hărțuirea morală la locul de muncă de noțiunea de discriminare²⁹. De altfel, nici motivarea proiectului de lege, ce conține o analiză sumară a soluției preconizate, nu face referire la criteriile de discriminare³⁰. Faptul că noile definiții legale nu indică motivele de discriminare nu constituie defel o carență, ci o calitate: ele devin apte să acopere alte tipuri de hărțuire, conduse la fel de nedorite³¹.

Deși decuplarea dintre noțiunile de hărțuire și de discriminare ar părea întrucâtva surprinzătoare, profesorul Patrice Adam relevă necesitatea de a face deosebire între semnificațiile cuvântului „discriminare”. Într-un sens larg, ținta hărțuirii este discriminată în raport cu colegii față de care nu se exercită conduita indezirabilă, fiind supusă unui tratament nefavorabil fără o justificare legitimă. Totuși, sensul avut în vedere de normele antidiscriminare este mai strict, vizând comportamentul ce are la bază un *motiv discriminatoriu*³². Dacă ne raportăm la dreptul nostru, deși lista temeiurilor de discriminare de la art. 2 alin. (1) OG: 137/2000 [la fel ca cea de la art. 5 alin. (2) C.m.] nu este limitativă, cel ce se consideră hărțuit trebuie să probeze un criteriu de discriminare. Tocmai din cauză că victima nu poate indica un criteriu relevant eșuează multe din plângerile adresate CNCD.

²⁹ Astfel, nu suntem de acord cu afirmația că, în cadrul legislativ creat în urma Legii nr. 167/2020, „hărțuirea morală este o formă de discriminare” (M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă...*, n. 25, p. 82).

³⁰ *Pl-x 356/04.06.2018/Expunere de motive...*, pp. 15-16.

³¹ „O hărțuire ghidată de un motiv discriminatoriu este [...] considerată o discriminare și comportă aceleași efecte. Dar o hărțuire nu e în mod necesar rezultatul unor asemenea motivații” [S. BRISY, *Fasc. 17-11: Discriminations*, JurisClasseur Travail Traité, 2018 (dernière mise à jour : 2021), nr. 12].

³² P. ADAM, *Harcèlement moral*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2019 (actualisation : 2021), nr. 59-60.

Așadar, a discrimina (în acest ultim sens) și a hărțui nu înseamnă același lucru³³.

S-a afirmat că în dreptul Uniunii Europene hărțuirea reprezintă un aspect particular al discriminării³⁴. Totuși, aserțiunea este validă numai dacă se raportează la directivele împotriva discriminării adresate statelor membre³⁵. Dacă ne îndreptăm atenția asupra noțiunii prevăzute de art. 12a alin. (3) din Statutul funcționarilor europeni, descoperim că „prin hărțuire morală se înțelege orice conduită abuzivă de lungă durată, repetată sau sistematică, ce se manifestă prin comportament, limbaj, acte, gesturi și înscrisuri care sunt intenționate și care aduc atingere personalității, demnității sau integrității fizice sau psihice ale unei persoane”. Așadar, nu apare niciun criteriu de discriminare. În consecință, instanțele Uniunii nu verifică dacă asemenea fapte au avut o motivație discriminatorie³⁶.

Comportamentul făptuitorului are explicații psihologice, iar din această ecuație factorul discriminatoriu poate lipsi. Așa cum arată Marie-

³³ *Ibidem*, nr. 61.

³⁴ M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă...*, n. 25, p. 80; M.-T. LANQUETIN, *Discrimination*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2010 (actualisation : 2021), nr. 28.

³⁵ A se vedea definițiile hărțuirii de la art. 2 alin. (3) Directiva 2000/43/CE, art. 2 alin. (3) Directiva 2000/78/CE, art. 2 alin. (1) lit. c) Directiva 2006/54/CE, art. 3 lit. c) Directiva 2010/41/UE privind aplicarea principiului egalității de tratament între bărbații și femeile care desfășoară o activitate independentă și de abrogare a Directivei 86/613/CEE a Consiliului, JO L 180, 15.7.2010, pp. 1-6. Directivele nu interzic hărțuirea morală ca atare, ci vizează doar cazul când fapta este întemeiată pe un motiv din cele prevăzute (D. MARTIN, *Fasc. 602: Article 19 TFUE, articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux et lutte contre les discriminations*, JurisClasseur Europe Traité, 2021, nr. 99).

³⁶ Sunt numeroase decizii ale fostului Tribunal al Funcției Publice (în continuare, TFP) și ale Tribunalului în materie de hărțuire morală (e.g., Tribunalul UE, cauza T-275/17, Curto/Parlamentul, hot. din 13.07.2018, EU:T:2018:479).

France Hirigoyen³⁷, rareori hărțuirea reprezintă acțiunea conștientă, voluntară a unui om răuvoitor. De obicei făptuitorul se caracterizează prin lipsă de respect și atenție față de altă persoană, prin indiferență. Printre factorii care determină conduita indezirabilă figurează: teama (rezultat al presiunilor din partea superiorilor), fragilizarea psihologică (provocată de multitudinea sarcinilor proprii), lipsa inteligenței emoționale sau a competențelor sociale, dorința de afirmare, invidia, chiar pasivitatea (indivizi care nu ar hărțui în alte contexte se aliniază la direcția dată de un lider lipsit de scrupule). Unii hărțuitori au personalități patologice (obsesivi, personalități paranoice, perversi din punct de vedere moral³⁸).

Concluzia este că și în absența unui motiv discriminatoriu conduita hărțuitoare este nocivă, iar legiuitorul în materie contravențională nu ar trebui să îl tolereze.

B. Soluții juridice din dreptul comparat

În Franța, se face distincție între hărțuire și discriminare³⁹. Doctrina relevă că, deși sunt apropiate, noțiunile de hărțuire morală și de discriminare nu trebuie confundate, având fiecare „spațiul juridic propriu⁴⁰”. Hărțuirea

³⁷ Medic psihiatru francez, mare personalitate a domeniului (alături de psihologul suedez de origine germană Heinz Leymann, primul cercetător sistematic al fenomenului, ale cărui publicații au stârnit un interes mondial). Lucrările dnei Hirigoyen, cu mare succes la public, au consacrat în limbajul comun și în cel juridic sintagma „hărțuire morală” și au stat la baza combaterii legale a acestui comportament agresiv în Franța.

³⁸ M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral au travail*, 2^e éd., P.U.F., Paris, 2017, pp. 86-92.

³⁹ M.-T. LANQUETIN, *Discrimination...*, n. 34, nr. 28; P. ADAM, *Harcèlement moral...*, n. 32, nr. 56.

⁴⁰ *Ibidem*.

morală în relațiile de muncă⁴¹ este reglementată, în termeni apropiați, atât în Codul muncii, cât și în Codul penal⁴².

În trecut a existat un paralelism în incriminare: hărțuirea morală era sancționată *penal* de ambele coduri, cu pedepse diferite, situație criticată de doctrină⁴³. În 2012, din Codul muncii s-a suprimat delictul referitor la hărțuirea morală și s-a introdus un delict ce pedepsește faptele de *discriminare* comise în urma unei hărțuiri morale (art. L. 1155-2). Este vorba despre discriminarea unui salariat care a fost supus unei hărțuiri, care a refuzat să se supună sau care a denunțat faptele⁴⁴, așadar o formă de victimizare.

În dreptul penal s-a prevăzut inițial hărțuirea morală în domeniul muncii (art. 222-33-2 C.pen.fr.). Deși incriminarea a fost primită glacial de mulți penaliști francezi, din pricina redactării stufoase a elementului material, stranie față de formulările concise și clare din Codul penal⁴⁵, ulterior

⁴¹ Și Codul muncii, și Codul penal folosesc denumirea succintă *harcèlement moral*.

⁴² Redăm textul art. L. 1152-1 C.m.fr., în traducere proprie: „Nici un angajat nu trebuie să fie supus unor acte repetate de hărțuire morală care au ca scop sau ca efect o deteriorare a condițiilor de muncă susceptibilă să aducă atingere drepturilor și demnității sale, să altereze sănătatea sa fizică sau mintală ori să compromită viitorul său profesional.” („*Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel*”). Art. 222-33-2 C.pen.fr.: „*Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.*”

⁴³ P. MISTRETTA, *Harcèlement*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2019, nr. 4.

⁴⁴ [Anon.], *Etude 545. Harcèlement et violence au travail*, în C. PIETRALUNGA (coord.), *Le Lamy santé sécurité au travail*, 2021, nr. 545-21.

⁴⁵ C. DUVERT, *Art. 222-33-2 à 222-33-2-2 - Fasc. 20: Harcèlement moral*, JurisClasseur Pénal Code, 2016 (dernière mise à jour: 2021), nr. 3; P. MISTRETTA, *Harcèlement...*, n. 43, nr. 45; V.

incriminarea hărțuirii morale s-a „generalizat [...] la toate ipotezele din viața cotidiană⁴⁶”, în două etape: mai întâi prin pedepsirea hărțuirii actualului sau fostului partener (art. 222-33-2-1) și apoi prin conferirea calității de subiect pasiv oricărei persoane (art. 222-33-2-2). Așa cum s-a observat, pe lângă lumea muncii, hărțuirile se pot manifesta în relațiile familiale, de prietenie, de vecinătate sau la modul general în relațiile sociale (sportive, asociative, chiar spirituale)⁴⁷. Notăm că în dreptul francez mai întâlnim *hărțuirea școlară*, descrisă de Codul educației, fără a fi însoțită de sancțiuni specifice⁴⁸.

În lipsa unei definiții legale, în Germania hărțuirea morală a fost introdusă pe cale pretoriană, instanțele împrumutând din terminologia internațională termenul de *mobbing*, iar aceasta nu se mărginește la conduita bazată pe un motiv discriminatoriu⁴⁹. În dreptul canadian, pe lângă hărțuirea asociată cu discriminarea, se recunoaște distinct hărțuirea psihologică⁵⁰.

MALABAT, *Droit pénal spécial*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2020, p. 325; C. KATZ, *Le délit de harcèlement moral. Une incrimination nécessaire? Une application problématique*, AJ Pénal (Actualité Juridique Pénal) nr. 1/2005, p.13 ș.urm.

⁴⁶ P. MISTRETTA, *Harcèlement...*, n. 43, nr. 45.

⁴⁷ *Ibidem*, nr. 28. Comentariul autorului are în vedere hărțuirea sexuală, dar este aplicabil și la hărțuirea morală.

⁴⁸ Art. L. 511-3-1 Code de l'éducation: „Aucun élève ne doit subir, de la part d'autres élèves, des faits de harcèlement ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions d'apprentissage susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité ou d'altérer sa santé physique ou mentale.” În traducerea noastră: „Niciun elev nu trebuie supus, din partea altor elevi, la fapte de hărțuire având ca scop sau ca efect o degradare a condițiilor de învățare susceptibilă să aducă atingere drepturilor și demnității sale ori să altereze sănătatea sa fizică sau mintală.” Dacă se impune, fapta poate fi pedepsită sub imperiul art. 222-33-2-2 C.pen.fr.

⁴⁹ Ph. S. FISCHINGER, „*Mobbing*”: *The German Law of Bullying*, Comparative Labor Law and Policy Journal, vol. 31, nr. 1, 2010, p. 157.

⁵⁰ S. J. COLDWELL, *Addressing Workplace Bullying and Harassment in Canada, Research, Legislation, and Stakeholder Overview: Profiling a Union Program*, Japan Institute for Labour Policy and Training Report, 2013, p. 138 ș.urm., accesat la: https://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.12_canada.pdf, data ultimei accesări: 15.10.2021.

Așadar, și în alte sisteme juridice s-au recunoscut suficiente rațiuni pentru tratarea distinctă a hărțuirii morale în raport cu hărțuirea întemeiată pe discriminare⁵¹.

C. Alte argumente în favoarea unei reglementări separate a hărțuirii morale în dreptul românesc

Revenind în spațiul juridic din România, judecătorii noștri, în consonanță cu colegii din alte țări, nu au ezitat să elaboreze un drept jurisprudențial⁵². Este totuși preferabil ca ei să se poată bizui pe un izvor de drept scris, inclusiv pentru a surmonta dificultățile produse de interpretări

⁵¹ În Italia, hărțuirea și hărțuirea sexuală au fost legiferați în cadrul măsurilor de transpunere a directivelor comunitare, ambele fiind asimilate discriminărilor, opțiune salută de doctrină, deoarece a dus la un regim juridic mai favorabil pentru victime. Mai târziu, hărțuirea morală a fost creată pe cale jurisprudențială, prin interpretarea art. 2087 C.civ. italian, consacrat protecției sănătății și securității angajaților. Textul legal îi obligă pe angajatori „să adopte toate măsurile care, în raport de specificul muncii, experiență și tehnică, sunt necesare pentru a proteja integritatea fizică și personalitatea morală a angajaților” (M. CORTI, *Harcèlement, harcèlement sexuel et harcèlement moral en droit italien*, *Revue de droit du travail* nr. 5/2013, pp. 354-358). Dreptul britanic (I. SOLANKE, *Protection from harassment in the UK*, *Revue de droit du travail* nr. 5/2013, p. 359) și cel finlandez (P. ADAM, *Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail*, *Droit social* nr. 3/2020, p. 252) lasă instanțelor judecătorești o mare putere de interpretare a noțiunii. În Spania a fost legiferată hărțuirea sexuală, dar hărțuirea morală a fost construită tot pe cale jurisprudențială (C. FERREIRO, *Le harcèlement en droit espagnol*, *Revue de droit du travail* nr. 5/2013, pp. 363-369). A se vedea și A. JEGAN, C. BOGARU, *Evoluția noțiunii de mobbing în legislația și practica statelor europene și a spațiului comunitar*, *Revista română de dreptul muncii* nr. 5/2013, accesat la: <https://sintact.ro/#/publication/151007597?keyword=JEGAN,%20C.%20BOGARU,%20Evolu%C5%A3ia%20no%C5%A3iunii%20de%20mobbing&cm=SFIRST>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

⁵² D. CĂLIN, *Mobbingul...*, n. 23, p. 11; O. C. NIEMESCH, *Hărțuirea în raporturile de muncă*, Ed. Universul juridic, București, 2020, *passim*. A se vedea, ca exemplu, CA Cluj, Sec. I Civ., dec.civ.: 2658/A/2016, accesat la: <https://www.juridice.ro/631408/curtea-de-apel-cluj-hartuire-si-discriminare-la-locul-de-munca-daune-morale-de-100-000-eur.html>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

divergente. Astfel, legislativul este cel mai în măsură să hotărască dacă faptele antrenează răspunderea civilă, contravențională, penală, dacă pentru consumare este suficient un singur eveniment de o anumită amplitudine sau e nevoie de o succesiune de acte petrecute într-o perioadă, caz în care apare chestiunea dacă ar trebui stabilită o durată minimă a conduitei ori o anumită frecvență a actelor nedorite. Cât privește urmarea, nu ar trebui lăsată pe seama practicii judiciare problema dacă pentru consumarea hărțuirii trebuie lezate valorile ocrotite (e.g., sănătatea, demnitatea) sau e suficientă periclitarea lor (așa cum susținem).

În altă ordine de idei, sancționarea contravențională a comportamentului persecutoriu îmbogățește mijloacele de apărare ale celor agresați. Calea judiciară presupune costuri suplimentare față de cea contravențională, care în plus ar avea avantajul de a permite normalizarea mai rapidă a situației țintelor hărțuirii, descurajând perpetuarea conduitei agresive.

În fine, nu e lipsit de importanță faptul că, prin aducerea în atenția publică⁵³, reglementarea expresă contribuie la conștientizarea atât a existenței, cât și a măsurilor de prevenire și combatere a acest fenomen cu urmări dureroase⁵⁴, ce se pot propaga dincolo de persoana victimei, atingând adesea familia acesteia⁵⁵. Ar putea ajuta persoanele care sunt ținte ale

⁵³ În 2020 mass-media din România a făcut o largă publicitate legiferării hărțuirii morale la locul de muncă.

⁵⁴ „În această luptă psihică, victimele sunt golate de substanță și renunță la identitatea proprie.” (M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Syros, Paris, 1998, p. 157; cartea a apărut și în limba română, sub titlul: *Hărțuirea morală. Violenta perversă în viața de zi cu zi*, traducere de A. BOGDAN, Ed. Philobia, București, 2020). Vom recurge în continuare la originalul în limba franceză.

⁵⁵ Cf. M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral. La violence...*, n. 54, p. 11; idem, *Le harcèlement moral au travail...*, n. 38, p. 63.

hărțuirilor să înțeleagă sursa suferințelor ce se acumulează în timp⁵⁶. Pe de altă parte, poate sensibiliza și anturajul, adesea orb față de procesul vătămător ce se desfășoară sub ochii lui⁵⁷.

V. O analiză a conținutului constitutiv al contravenției de hărțuire morală la locul de muncă

A. Chestiuni prelabile

1. Terminologia, ca punct de pornire

Denumirea aleasă de legiuitor „hărțuire morală la locul de muncă” este întâlnită des în lumea anglofonă („*workplace harassment*”, „*harassment in the workplace*”). În spațiul juridic francofon circulă mai frecvent sintagme ca „*harcèlement moral au travail*”, „*harcèlement moral dans les relations de travail*” și, mai rar, „*harcèlement moral sur le lieu de travail*”.

Așa cum vom vedea, stabilind existența relației dintre conduită și *raporturile de muncă*, textul reglementării române nu leagă fapta de locul de muncă (privit ca spațiu fizic unde se prestează munca⁵⁸). Totuși, pentru a înlătura orice dubiu și, pe cale de consecință, pentru a asigura o protecție cât mai eficientă a țintelor hărțuirii, sugerăm o denumire a cărei întindere largă să fie clară și pentru orice neinițiat în drept: în lumina Convenției Organizației Internaționale a Muncii (OIM) nr. 190/2019 privind eliminarea violenței și

⁵⁶ De multe ori cei agresati nu sunt conștienți de „existența acestei violențe subterane redutabile” (M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral. La violence...*, n. 54, p. 11).

⁵⁷ *Ibidem*, p. 8, p. 15, p. 161.

⁵⁸ Noțiunea s-a relativizat și nuanțat oricum sub presiunea pandemiei.

hărțuirii în lumea muncii⁵⁹, suntem de părere că optimă ar fi „hărțuirea morală în lumea muncii” sau o variantă analoagă⁶⁰.

Credem apoi că ar fi fost adecvată evitarea neologismului controversat *mental*, nerecunoscut de Dicționarul explicativ al limbii române [„sănătate *mentală*”, cum apare în noile art. 2 alin. (5¹) și (5²) OG: 137/2000], în favoarea cuvântului mai vechi din limba noastră, *mintal*⁶¹.

2. Hărțuire psihologică și hărțuire morală. Doar o chestiune de terminologie?

Concurența dintre noțiunile *hărțuire psihologică* (Legea nr. 202/2002) și *hărțuire morală* este artificială, fiindcă termenii au același înțeles⁶². Din moment ce sinonimia a fost percepută încă de la elaborarea

⁵⁹ Convenția Organizației Internaționale a Muncii (OIM) nr. 190/2019 privind eliminarea violenței și hărțuirii în lumea muncii, accesat la: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C190, data ultimei accesări: 15.10.2021. Comisia Europeană a înaintat o propunere de decizie a Consiliului de autorizare a ratificării de către statele membre, în interesul Uniunii Europene, a acestei convenții – COM(2020) 24 final, accesat la: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX:52020PC0024>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

⁶⁰ Chiar dacă în literatura de dreptul muncii s-ar putea admite și un sens (foarte) larg al noțiunii „loc de muncă”, cuprinzând și ocupația persoanei, ne gândim că o reglementare trebuie să fie cât mai accesibilă unor subiecți de drept cărora le sunt străine subtilitățile doctrinei.

⁶¹ Potrivit DEX, 2012, adjectivul „mental” se referă la mentalitate. Deseori se folosește substantivizat, ca în expresia „mentalul colectiv”. Deși se manifestă o anumită tendință de a (ab)uza de acest cuvânt chiar în textul unor acte normative (Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap etc.), în articolul nostru vom întrebuița doar forma atestată de dicționar (pe care o regăsim și în Legea sănătății *mentale* și a protecției persoanelor cu tulburări psihice nr. 487/2002).

⁶² M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral au travail...*, n. 38, p. 3. De exemplu, dreptul din Quebec a optat pentru noțiunea de hărțuire psihologică, în timp ce alte legislații au preferat termenul de hărțuire morală (*ibidem*).

proiectului Legii nr. 167/2020⁶³, ne întrebăm de ce nu au fost unificate *conceptele juridice*. Paradoxal, în același act normativ, Legea nr. 202/2002, coexistă în prezent hărțuirea morală [la art. 6 alin. (1²)] și cea psihologică (la art. 4 lit. d¹)! Se cuvine să explicăm în ce constă, în opinia noastră, anomalia.

Examinând noțiunea de hărțuire psihologică de la art. 4 lit. d¹, observăm că ea este asemănătoare cu cea de hărțuire morală de la art. 12a alin. (3) din Statutul funcționarilor europeni (reprodusă *supra*, p. 22). Socotim că definiția din Legea nr. 229/2015 este superioară celei din Statutul funcționarilor europeni, pe baza a două considerente. Astfel, legea română prevede că actele se desfășoară „într-o perioadă”, în vreme ce în reglementarea Uniunii conduita trebuie să fie „de lungă durată”, ceea ce limitează implicit protecția funcționarilor. În al doilea rând, formula „care ar putea afecta” permite sancționarea comportamentului agresiv și atunci când nu s-a produs rezultatul vătămător, valoarea socială ocrotită fiind numai pusă în pericol, în timp ce Statutul funcționarilor impune atingerea rezultatului.

În altă ordine de idei, dacă analizăm definiția de la art. 4 lit. d¹) Legea nr. 202/2002, constatăm că ea își propune să protejeze valori precum demnitatea și sănătatea fizică sau psihică a unei *persoane*. Deși în proiect și în varianta adoptată de Senat hărțuirea morală (cum era denumită în acele versiuni⁶⁴) era condiționată de un motiv discriminatoriu (apartenența victimei la genul considerat inferior), acesta a fost eliminat din definiția adoptată de parlament⁶⁵. Chiar dacă prevederea a fost inserată în Legea

⁶³ *Pl-x 356/04.06.2018/Expunere de motive...*, p. 12.

⁶⁴ Denumirea de hărțuire psihologică asumată de parlament a fost dată de Comisia pentru muncă și protecție socială din Camera Deputaților.

⁶⁵ În mod eronat, în expunerea de motive de la proiectul Legii nr. 167/2020 se consideră că hărțuirea psihologică introdusă de Legea nr. 229/2015 e mărginită la discriminarea pe criteriu sex. Pentru a conchide astfel, inițiatorii Legii nr. 167/2020 s-au orientat în primul rând după

privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, se poate trage concluzia că înlăturarea motivului discriminatoriu și formularea generală pun în evidență voința legiuitorului de a conferi reglementării hărțuirii psihologice cea mai largă aplicabilitate⁶⁶. De altfel, instanțele specializate în litigiile de muncă nu au ezitat să aplice definiția hărțuirii psihologice în procese în care nu a fost implicată discriminarea pe criteriul sexului⁶⁷.

Nu se poate însă considera că la art. 4 lit. d¹ legiuitorul a definit conceptul general, iar la art. 6 alin. (1²) a făcut particularizarea pentru hărțuirea morală pe criteriul sexului în sfera relațiilor de muncă. Ar fi fost bine să fi existat o unitate de viziune a legiuitorului, dar nu sunt dovezi că s-ar fi petrecut o asemenea minune. Pur și simplu cele două prevederi din Legea nr.

motivarea proiectului Legii nr. 229/2015 și după locul unde a fost plasată noțiunea, și mai puțin după versiunea finală a definiției hărțuirii psihologice (*Pl-x 356/04.06.2018/Expunere de motive...*, p. 12). Or, motivarea propunerii legislative nu este de niciun ajutor pentru interpretarea legii dacă în cursul dezbaterilor parlamentare proiectul a suferit modificări de fond. Conform art. 34 alin. (5) ultima propoziție din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (republicată în M.of.: 260 din 21.04.2010), în acest caz, expunerea de motive a Legii nr. 229/2015 ar fi trebuit refăcută de către inițiator, după promulgarea legii, pentru a fi adusă în concordanță cu forma finală a actului normativ (la sesizarea secretarului general al Camerei Deputaților). În realitate, obligația aceasta a parlamentului este în mod sistematic ocultată.

⁶⁶ În acest sens, S. PANAINTE, *Despre (in)suficiența reglementării...*, n. 7, p. 144, unde se susține relevanța hărțuirii psihologice inclusiv în domeniul relațiilor de muncă.

⁶⁷ Dăm ca exemple: CAB, Sec. VII, dec.civ.: 2681/2.05.2017 (accesat la: <https://sintact.ro/#/jurisprudence/527612873/1/decizie-nr-2681-2017-din-02-mai-2017-curtea-de-apel-bucuresti-obligatie-de-a-face-litigii-de-munca?keyword=Apel%20Bucure%C5%9Fti.%20%202681~2F2017&cm=SFIRST>); CAB, Sec. VII, dec.civ.: 2969/24.09.2020, accesat la: <https://sintact.ro/#/jurisprudence/534602910/1/decizie-nr-2969-2020-din-24-sept-2020-curtea-de-apel-bucuresti-pretentii-litigii-de-munca?cm=RELATIONS>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

202/2002 au rezultat din inițiative legislative disparate⁶⁸. Ca prim argument, apreciem că o viziune unitară s-ar fi reflectat în primul rând în unitatea de terminologie⁶⁹. Pe de altă parte, prin trimiterea la OG: 137/2000 se preiau și definițiile pe care aceasta le cuprinde, nu doar o simplă denumire. Or, așa cum se va observa din paginile care urmează, definițiile introduse prin Legea nr. 167/2000 nu au avut în vedere noțiunea de la art. 4 lit. d¹, ci au fost construite după o concepție diferită.

3. O privire de ansamblu asupra redactării textului

Încercăm în continuare să surprindem anumite aspecte controversate, fără pretenția de a epuiza exegeza unui text excesiv de complicat, în care elementele constitutive ale contravenției se tot repetă, uneori cu valori diferite, chiar contradictorii.

Avem astfel nedumeriri față de modul cum s-au construit conținuturile alternative ale definiției, în alineatele (5¹) și (5²) ale art. 2 din ordonanță. De altfel, este mult spus „conținuturi *alternative*”, pentru că cele două alineate nu reglementează decât parțial ipoteze distincte. În plus, „întregind” conținutul constitutiv al contravenției, prima propoziție de la art. 26 alin. (1¹) OG: 137/2000 încurcă și mai mult lucrurile.

⁶⁸ În materie de discriminări și hărțuiri mai găsim asemenea exemple. Lipsa unei abordări sistematice a hărțuirii morale poate fi evidențiată încă de la introducerea hărțuirii „psihologice” în Legea nr. 202/2002. Ne putem astfel întreba ce caută o reglementare cu caracter general într-o lege privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați. Doctrina a criticat deja această opțiune a legiuitorului (S. PANAINTE, *Despre (in)suficiența reglementării...*, n. 7, p. 144). Mai pomenim legiferarea discriminării prin asociere în Codul muncii, prin Legea nr. 151/2020. Dacă citim definiția, constatăm că aceasta nu se limitează la raporturile de muncă. Prin urmare, ar fi trebuit inserată în actul general în materie, OG: 137/2000.

⁶⁹ Art. 37 alin. (1) Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative: „În limbajul normativ aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceiași termeni.”

B. Subiecții contravenției de hărțuire morală la locul de muncă

1. Subiectul activ

Pentru definirea subiectului activ al contravenției se puteau găsi soluții mai fericite. Din formularea alin. (5¹) reiese că fapta trebuie să fie săvârșită de un *subiect activ calificat*, respectiv de un angajat situat pe diverse trepte ierarhice în raport cu victima: un superior ierarhic (ipoteza cea mai frecventă⁷⁰, doctrina franceză vorbind în acest caz de „*hărțuire morală verticală descendentă*”), subaltern („*hărțuire morală verticală ascendentă*”), o situație mult mai rară) sau un coleg aflat pe aceeași poziție ierarhică („*hărțuire morală orizontală*”⁷¹).

Noțiunea de angajat înseamnă atât salariat (care își desfășoară activitatea în baza unui contract de muncă), cât și funcționar public (parte a unui raport de serviciu⁷²). Într-adevăr, ar fi fost absurd ca asemenea conduite să fie îngăduite în administrația publică⁷³.

⁷⁰ D. VIRIOT-BARRIAL, *Harcèlements au travail: récentes évolutions*, AJ Pénal, nr. 7-8/2016, p. 351.

⁷¹ Se mai vorbește de „*hărțuire morală mixtă*”, când agresiunea e comisă atât de unul sau mai mulți angajați, cât și de un șef. Pentru toți acești termeni, a se vedea P. ADAM, *Harcèlement moral...*, n. 32, nr. 74-77).

⁷² M. GHEORGHE, *Codul muncii - Art. 10. Definiție (comentariu)*, Universul Juridic Premium, nr. 12/2017, la nr. 2, cu referire la art. 1 lit. g) din Legea nr. 62/2011 privind dialogul social (publicată în M.of.: 625 din 31.08.2012), accesat la: <https://lege5.ro/gratuit/gi3dcojygg4a/codul-muncii-art-10-definitie-comentariu>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

⁷³ Textul a fost îmbunătățit în acest punct de comisiile parlamentare din Camera Deputaților, pentru că inițiativa legislativă îi avea în vedere doar pe *salariați*.

După părerea noastră, prevederile alin. (5¹) sunt restrictive, ceea ce nu este de natură să ajute la combaterea faptelor de hărțuire săvârșite în felurite situații care țin de raporturile de muncă, pentru că agresorul ar putea fi și un *terț*⁷⁴. Dacă pe baza redactării alin. (5²) – care nu specifică nimic referitor la autor – s-ar putea argumenta responsabilitatea terțului ca subiect activ, art. 26 alin. (1¹) din ordonanță curmă orice dispută, întărind condiția subiectului activ calificat. În acest mod, persoanele care nu dețin calitatea de angajat nu vor răspunde contravențional în calitate de autori ai hărțuirii morale.

De lege ferenda, art. 32bis din Legea belgiană din 4 august 1996 referitoare la starea de bine a salariaților în timpul executării muncii⁷⁵ poate constitui un model pentru definirea subiectului activ. Astfel, subiecții activi pot fi: „angajatorii, salariații și persoanele asimilate acestora prevăzute de articolul 2 §1, precum și persoanele, altele decât cele prevăzute de articolul 2 §1, care intră în contact cu salariații în timpul prestării muncii”. Persoanele asimilate salariaților sunt, conform art. 2 §1 din lege: a) „persoanele care, altfel decât în temeiul unui contract de muncă, execută prestații de muncă sub autoritatea unei alte persoane”; b) „persoanele care urmează o formare profesională, al căror program de formare prevede o formă de muncă ce se

⁷⁴ Exemplele furnizate în M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă...*, n. 25, p. 84, preluate din jurisprudența instanțelor franceze, sunt edificatoare. Astfel, terțul ar putea fi o rudă sau un partener al superiorului, un client, un prestator de servicii care operează la locul de muncă al victimei etc. (a se vedea și P. ADAM, *Harcèlement moral...*, n. 32, nr. 78-81).

⁷⁵ *Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail*, accesat la: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=1996012650&la=F, data ultimei accesări: 15.10.2021. Extrasele ce urmează sunt traduse de noi.

efectuează în instituția care asigură formarea sau în afara acesteia⁷⁶; c) „persoanele care lucrează în baza unui contract de ucenicie”; d) „stagiarilor”; e) „elevii și studenții al căror program de studii prevede o formă de muncă ce se efectuează în instituția de învățământ”.

Aceasta este o enumerare exhaustivă a subiecților activi, aplicându-se și funcționarilor publici⁷⁷, precum și oricărui terț care intră în contact cu angajatul în timpul prestării muncii [clienți, furnizori, prestatori de servicii, elevi și studenți (atunci când nu sunt asimilabili salariaților), beneficiari de alocații, salariați ai unei întreprinderi exterioare]⁷⁸.

Având de partea sa meritul conciziei, o altă soluție *de lege ferenda* ar fi să nu se facă precizări privind autorul („săvârșită de către *altă persoană*”), ceea ce ar permite sancționarea oricărui făptuitor, indiferent dacă este sau nu din unitatea unde muncește ținta hărțuirii⁷⁹.

2. Subiectul pasiv

Subiectul pasiv este calificat: trebuie să dețină calitatea de angajat. Exigența nu este adecvată pentru situațiile ce pot apărea în cursul efectuării muncii. Cel agresat ar putea fi și o persoană fără calitatea cerută de lege: un elev ori student aflat în practică, un voluntar, o persoană aflată în curs de

⁷⁶ Art. 2 §1 lit. b): „*les personnes qui suivent une formation professionnelle dont le programme de formation prévoit une forme de travail qui est effectué ou non dans l'établissement de formation.*”

⁷⁷ În temeiul art. 2 §1 lit. a) din lege (SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIALE, *Risques psychosociaux au travail. Définitions et champ d'application*, accesat la: <https://emploi.belgique.be/fr/themes/bien-etre-au-travail/risques-psychosociaux-au-travail/definitions-et-champ-dapplication>, data ultimei accesări: 15.10.2021).

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ P. ADAM, *Pour une nouvelle définition...*, n. 51, pp. 253-254.

angajare⁸⁰ etc. Întrucât interpretarea extensivă a unei norme contravenționale, care ar înrăutăți situația făptuitorului, nu poate fi susținută⁸¹, unica soluție rămâne amendarea reglementării de către legislator. Ca posibil model, am reprodus mai sus din legea belgiană de profil dispozițiile detaliate privind persoanele asimilate salariaților. Un alt exemplu ne oferă art. 2 pct. 1 din Convenția (OIM) nr. 190/2019, care enumeră enunțiativ și de o manieră amplă persoanele ocrotite:

„Convenția protejează lucrătorii și alte persoane din lumea muncii, inclusiv angajații, potrivit definiției date de legislația și practica națională, precum și persoanele care lucrează, indiferent de statutul lor contractual, persoanele în formare profesională, inclusiv stagiarii și ucenicii, lucrătorii concediați, voluntarii, persoanele în căutarea unui loc de muncă, candidații la un loc de muncă și persoanele care exercită funcții de autoritate⁸².”

C. Elementul material

1. Formele conduitei interzise

Comportament poate lua următoarele forme: a) conduită ostilă sau nedorită; b) comentarii verbale; c) acțiuni sau gesturi. Ele au fost explicate de

⁸⁰ În dreptul irlandez este reglementată ocrotirea față de *harassment in the workplace* a persoanelor aflate în curs de angajare (A. JEGAN, C. BOGARU, *Evoluția noțiunii de mobbing...*, n. 51).

⁸¹ Nu este o diferență de natură juridică între dreptul contravențional și cel penal (O. PODARU, R. CHIRIȚĂ, I. PĂSCULEȚ, A. BACHIȘ, *Regimul juridic al contravențiilor. O.G. nr. 2/2001 comentată*, ed. a 5-a, Editura Hamangiu, 2021, p. 2; în legătură cu problema calificării contravenției ca materie penală, inclusiv în lumina Convenției Europene a Drepturilor Omului, *ibidem*, pp. 1-17).

⁸² La traducere ne-am orientat și după M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă...*, n. 25, p. 79 și A. ȚICLEA, *Convenția Organizației Internaționale a Muncii nr. 190/2019 privind eliminarea violenței și hărțuirii în lumea muncii*, Revista română de dreptul muncii nr. 3/2020, p. 22.

literatura română de specialitate⁸³, astfel încât nu mai insistăm.

2. Ce semnificație are percepția persoanei care se consideră hărțuită?

Caracterizarea comportamentului nedorit ca fiind hărțuitor nu depinde de percepția persoanei care se consideră victimă. Uneori munca se desfășoară în condiții mai tensionate⁸⁴, cu standarde de calitate înalte, obiective ce trebuie atinse în termene scurte ș.a.m.d. Alteori stilul de conducere este deficitar, fără a degenera în hărțuire. Pe de altă parte, angajatul însuși poate manifesta dificultăți de adaptare și/sau de relaționare cu superiorii și colegii⁸⁵. Fostul Tribunal al Funcției Publice a statuat în acest sens: „calificarea drept hărțuire este supusă condiției ca aceasta să aibă o existență obiectivă suficientă, astfel încât un observator imparțial și rezonabil, dotat cu o sensibilitate normală și aflat în aceleași condiții, să o considere excesivă și criticabilă⁸⁶”.

3. Durata comportamentului

În privința *duratei* conduitei nocive, remarcăm că în art. 2 alin. (5¹) OG: 137/2000 apare expresia „orice comportament”, fără alte compliniri, iar în alin. (5²) se prevede: „orice comportament care, prin caracterul său *sistematic*...”.

⁸³ M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă...*, n. 25, pp. 82-83; în D. CĂLIN, *Mobbingul...*, n. 23, pp. 6-8, se descriu diferite modalități, după Heinz LEYMAN.

⁸⁴ Scriind pentru enciclopedia juridică *Jurisclasseur*, un oficial francez din domeniul muncii relevă că cele mai multe plângeri pentru hărțuire morală ale salariaților au de fapt ca obiect riscuri psiho-sociale (F. GRÉGOIRE, *Fasc. 10-22: Inspection du travail*, JurisClasseur Travail Traité, 2019, nr. 51).

⁸⁵ P. ADAM, *Harcèlement moral...*, n. 32, nr. 132, comentând decizia Curții de Apel Chambéry din 17.10.2007.

⁸⁶ TFP, Skareby/Comisia, cauza F-42/10, hot. din 16.05.2012, EU:F:2012:64.

Sintagma „orice comportament” din alin. (5¹) trebuie interpretată în sensul că se poate consuma contravenția și prin săvârșirea unui singur act grav⁸⁷, pentru că *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Similar, dacă ne îndreptăm atenția spre noțiunile de *hărțuire* de la art. 2 alin. (5) OG: 137/2000 („orice comportament...”) și de la art. 4 lit. c) Legea nr. 202/2002 („un comportament...”), ce transpun prevederile directivelor antidiscriminare, ajungem la concluzia că și pentru existența hărțurii motivate de discriminare este suficientă o singură faptă⁸⁸.

Dna Hirigoyen ne oferă o ilustrare a unei asemenea conduite, care poate îmbrăca haina hărțurii morale atunci când este deosebit de umilitoare: o persoană cu funcție de conducere se pomenește exclusă de la locul său de muncă de azi pe mâine, cardul de acces devine brusc nefuncțional, iar obiectele personale sunt adunate într-o cutie pe culoar⁸⁹. Comportamentul „unic” ar putea consta și din mai multe acte de executare petrecute în aceeași zi. Literatura juridică franceză arată că în acest caz lipsește repetiția, dată fiind unitatea de timp în care se încadrează conduita indezirabilă⁹⁰. Ipoteza aceasta

⁸⁷ În același sens, M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă...*, n. 25, p. 84.

⁸⁸ În același sens, cu referire la directivele comunitare, P. ADAM, *Harcèlement moral...*, n. 32, nr. 135; M.-T. LANQUETIN, *Discrimination...*, n. 34, nr. 101. Angajatul hărțuit pentru un motiv prevăzut de directivele antidiscriminare poate reclama aplicarea Legii franceze nr. 2008/496 din 27 mai 2008, prin care s-a făcut transpunerea directivelor, ceea ce permite aplicarea sancțiunii încă de la primul act (C. RADÉ, C. DECHRISTÉ, M. GADRAT, *Mégacode du travail 2019 annoté et commenté*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 59). Rapoartele cu privire la dreptul în materie de nediscriminare în Europa critică legea belgiană de transpunere a directivelor, din cauză că aceasta impune repetiția actelor hărțuitoare (I. CHOPIN, C. GERMAINE, *A comparative analysis...*, n. 10, p. 44).

⁸⁹ Autoarea arată că o analiză atentă a situației ar scoate la iveală indicii mai vechi ale respingerii angajatului (M.-F. HIRIGOYEN, *Harcèlement moral au travail...*, n. 38, p. 16).

⁹⁰ P. ADAM, *Harcèlement moral...*, n. 32, nr. 175.

rămâne însă excepțională (la fel ca la hărțuirea motivată de discriminare), hărțuirea morală fiind, de regulă, o contravenție de obicei⁹¹.

În consecință, socotim că, dacă se aprecia ca optimă soluția de a prevedea expres și în texte diferite toate ipostazele în care se poate prezenta hărțuirea, din punctul de vedere al încadrării ei în timp, în alin. (5¹) trebuia cerut caracterul *repetat (sistematic)* al actelor vătămătoare, iar în alin. (5²) trebuia să se prevadă *excepția*, situația în care un singur eveniment serios poate avea semnificația unei hărțuiri⁹². O ilustrare e oferită de dreptul din Quebec: după ce descrie în primul alineat ipoteza comportamentului repetitiv, art. 81.18 din Legea privind normele de muncă prevede în al doilea alineat că o singură conduită poate de asemenea să constituie o hărțuire psihologică dacă rezultă aceleași vătămări ca în cazul conduitelor repetate „și produce un efect nociv continuu pentru salariat”⁹³.

Bineînțeles, se putea opta pentru formularea generală „orice comportament” – fără nicio referire la condiția repetiției –, care ar fi fost aplicabilă inclusiv evenimentelor unice. Dezavantajul unei astfel de redactări

⁹¹ De altfel, înțelesul comun al verbului „a hărțui” presupune ideea de repetare a unor acte. În același sens, P. ADAM, *Pour une nouvelle définition...*, n. 51, p. 253.

⁹² Inițiativa legislativă pare a avea mai mult sens, însă doar la o privire superficială. Textul art. 2 alin. (5¹) din proiect era aproape identic cu cel actual (cu excepția folosirii termenului „salariat” în loc de „angajat”), iar textul propus al alin. (5²) prima propoziție prevedea „chiar și o singură manifestare serioasă a unui comportament care poate avea un efect dăunător de lungă durată asupra unui salariat”. Totuși, în construcția din proiect, din alin. (5¹) lipsea condiția caracterului repetat sau sistematic. Or, din moment ce expresia „orice comportament” din alin. (5¹) propus deja cuprindea ipoteza actului unic, textul propus al alin. (5²) prima propoziție era tautologic.

⁹³ M.-F. HIRIGOYEN, *Harcèlement moral au travail...*, n. 38, p. 109; a se vedea *Loi sur les normes du travail*, Éditeur officiel du Québec, accesat la: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/N-1.1>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

ar putea fi eventualul „pericol” de a fi ignorată cuprinderea generală a sintagmei, în procesul de interpretare.

De lege ferenda, dreptul internațional poate fi un izvor de inspirație adecvat pentru o redactare superioară, din punctul de vedere al stabilirii duratei. Astfel, art. 1 pct. 1 lit. a) Convenția (OIM) nr. 190/2019 ne oferă următoarea definiție⁹⁴: „prin expresia «violența și hărțuirea în lumea muncii» se înțelege ansamblul de comportamente și practici inacceptabile sau amenințări cu asemenea comportamente și practici, care se produc *fie o singură dată, fie de o manieră repetată*⁹⁵[s.n.]...”

Mai avem un comentariu despre durata conduitei agresive. În multe hotărâri ale instanțelor noastre, anterioare intrării în vigoare a Legii nr. 167/2020, s-a repetat ca o mantra necesitatea ca actele să se fi săvârșit într-o perioadă minimă de șase luni⁹⁶, criteriu formulat de Heinz Leymann. Problema este că ceea ce respectivele instanțe de judecată au socotit a fi o condiție sacrosantă nu era un criteriu juridic, ci doar unul

⁹⁴ Pentru că nu există o traducere oficială în limba română, redăm în întregime art. 1 pct. 1 lit. a) din Convenție în două din limbile oficiale ale ONU. În limba franceză: „*l'expression «violence et harcèlement» dans le monde du travail s'entend d'un ensemble de comportements et de pratiques inacceptables, ou de menaces de tels comportements et pratiques, qu'ils se produisent à une seule occasion ou de manière répétée, qui ont pour but de causer, causent ou sont susceptibles de causer un dommage d'ordre physique, psychologique, sexuel ou économique, et comprend la violence et le harcèlement fondés sur le genre;*”; în limba engleză: „*the term «violence and harassment» in the world of work refers to a range of unacceptable behaviours and practices, or threats thereof, whether a single occurrence or repeated, that aim at, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual or economic harm, and includes gender-based violence and harassment*”.

⁹⁵ A se vedea și A. ȚICLEA, *Convenția Organizației Internaționale a Muncii...*, n. 81, p. 21; M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă...*, n. 25, p. 78.

⁹⁶ Nu le mai cităm, pentru că, în mod normal, ele nu mai sunt relevante pentru viitor. De altfel, și instanțe străine au adoptat un punct de vedere similar în lipsa unor precizări legale (un exemplu din Italia, în D. CĂLIN, *Mobbingul...*, n. 23, pp. 11-12.)

statistic, de care profesorul Leymann s-a folosit pentru a defini fenomenul de *mobbing* în scopul cercetării științifice. De altfel, psihologul suedez considera că definiția sa era una practică, de lucru („*an operational definition*”⁹⁷). Sperăm că în actualul cadru legal hărțuirea morală în forma comportamentului repetitiv va fi abordată de o manieră mai flexibilă⁹⁸. În dreptul francez, o perioadă de 15 zile, în care s-au petrecut două incidente, a fost de ajuns pentru constatarea hărțuirii morale în relațiile de muncă⁹⁹. Rațiunea acceptării unui interval de timp mai scurt este aceea de a pune capăt cât mai repede situației critice la care se poate ajunge în urma hărțuirii¹⁰⁰. Evident, durata mai lungă se poate reflecta în acordarea de despăgubiri mai mari pentru victime.

4. Legătura comportamentului cu raporturile de muncă

Articolul 2 alin. (5¹) OG: 137/2020 dispune că faptele trebuie să aibă legătură cu raporturile de muncă (în sens larg, incluzând raporturile de

⁹⁷ H. LEYMANN, *The content and development of mobbing at work*, European Journal of Work and Organizational Psychology vol. 5/1996, Issue 2, p. 168.

⁹⁸ Alți cercetători au considerat că limita de șase luni e arbitrară (G. NOTELAERS, S. EINARSEN, *The world turns at 33 and 45: Defining simple cutoff scores for the Negative Acts Questionnaire-Revised in a representative sample*, European Journal of Work and Organizational Psychology Vol. 22, No. 6, 2012, p. 672). În practică, victimele se simt hărțuite după o perioadă mult mai scurtă decât cea de șase luni [S. V. EINARSEN, H. HOEL, D. ZAPF, C. L. COOPER (ed.), *Bullying and Harassment in the Workplace: Theory, Research and Practice*, 3rd ed., CRC Press, 2020, pp. 13-14].

⁹⁹ CA Orléans, Cam.Soc., dec. din 19.05.2005 (Numéro JurisData: 2005-289634). Chiar în sfera penală, Curtea de Casație a stabilit că delictul se poate consuma după o perioadă mai scurtă de două luni (P. MISTRETTA, *Harcèlement...*, n. 43, nr. 57). În dreptul muncii, forul francez a fost de acord cu un interval de trei luni (P. ADAM, *Harcèlement moral...*, n. 32, nr. 142), apoi a acceptat că există hărțuire morală în prezența a trei sancțiuni (avertismente) nejustificate într-un interval de patru luni (*ibidem*, nr. 239). Hărțuirea morală poate fi constituită în câteva zile (M.-F. HIRIGOYEN, *Harcèlement moral au travail...*, n. 38, p. 96).

¹⁰⁰ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2022*, 15^e éd., Dalloz, Paris, 2021, p. 351.

serviciu) și să aibă ca scop sau ca efect deteriorarea condițiilor de muncă, iar art. (2) alin. (5²) prevede punerea în pericol a muncii angajatului/angajaților sau degradarea „climatului de lucru”.

În doctrină s-a afirmat că „destabilizarea psihică a angajatului are loc în timpul și în legătură cu munca sa¹⁰¹”. Opinăm că, deși destabilizarea psihică a angajatului se produce „*cu ocazia muncii*”, actele ce intră în conținutul hărțuirii nu trebuie săvârșite neapărat „în timpul și la locul de muncă¹⁰²”.

Din moment ce orice limitare – fie ea pe calea interpretării – a condițiilor în care se comit actele de hărțuire atrage după sine în mod automat o slăbire a protecției celor agresați, ar fi oportună o redactare mai precisă a cadrului în care se pot exercita conduitele. Un excelent exemplu găsim în art. 3 Convenția (OIM) nr. 190/2019, care prevede aplicarea instrumentului internațional la „*violența și hărțuirea în lumea muncii care se exercită cu ocazia, în legătură cu sau ca urmare a muncii*”¹⁰³ (s.n.)”. De altfel, art. 3 din Convenție menționează la lit. a)-f) mai multe situații în care se pot petrece faptele de hărțuire, altele decât cele ce țin strict de timpul și locul de muncă¹⁰⁴, iar enumerarea nu este limitativă.

¹⁰¹ M. GHEORGHE, *Hărțuirea morală la locul de muncă...*, n. 25, p. 83.

¹⁰² P. ADAM, *Pour une nouvelle définition...*, n. 51, p. 254; în acest articol autorul comentează dreptul pozitiv francez și face o propunere *de lege ferenda*.

¹⁰³ În engleză: „*violence and harassment in the world of work occurring in the course of, linked with or arising out of work*”; în franceză: „*violence et harcèlement dans le monde du travail s'exerçant à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail*”; în spaniolă: „*la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo*”.

¹⁰⁴ A se vedea A. ȚICLEA, *Convenția Organizației Internaționale a Muncii...*, n. 81, p. 22.

5. Urmarea imediată

Examinarea urmării faptelor interzise dezvăluie din plin șubrezenia construcției legislative. Dacă ne-am mulțumi cu definițiile de la art. 2 alin. (5¹) și (5²) din ordonanță, hărțuirea morală la locul de muncă ar apărea atât sub forma unei contravenții materiale, cât și sub forma unei contravenții formale¹⁰⁵. Constatarea este însă anulată de „adaosul” din art. 26 alin. (1¹) OG: 137/2000, potrivit căruia „constituie contravenție hărțuirea morală la locul de muncă săvârșită de către un angajat, *prin lezarea drepturilor sau demnității unui alt angajat* (s.n.)”. Dacă vom corobora prevederile art. 2 alin. (5²) prima propoziție cu cele ale art. 26 alin. (1¹), va rezulta următoarea descriere a faptei: „orice comportament care, prin caracterul său sistematic, *poate* (s.n.) aduce atingere demnității, integrității fizice ori mintale a unui angajat sau grup de angajați, punând în pericol munca lor sau degradând climatul de lucru”, fapta fiind săvârșită „de către un angajat, *prin* (s.n.) lezarea drepturilor sau demnității” victimei/victimelor.

Rezultă din prima parte a descrierii legale că pentru consumarea contravenției este suficientă *punerea în pericol* a demnității sau a integrității fizice ori mintale a angajatului/angajaților, care să aibă drept consecință punerea în pericol a muncii acestora sau degradarea „climatului de lucru¹⁰⁶”, în timp ce din „contribuția” art. 26 alin. (1¹) reiese că *trebuie atins rezultatul* (lezarea drepturilor sau demnității). Așadar, pentru consumarea

¹⁰⁵ Similar, despre infracțiunea de hărțuire morală din dreptul francez, V. MALABAT, *Droit pénal spécial...*, n. 45, p. 326.

¹⁰⁶ Folosirea unui cuvânt cu sens figurat într-un text sancționator (*climat* de lucru) este discutabilă. Bineînțeles că ne putem face o imagine despre ce este vorba, dar care este semnificația *exactă*? Pe de altă parte, admitând că am priceput că nu este vorba despre factori ca temperatură sau umiditate, care este diferența dintre *deteriorarea condițiilor de muncă* [alin. (5¹)] și *degradarea climatului de lucru* [alin. (5²)]?

contravenției se cere *a fi pusă în pericol* valoarea socială protejată *prin lezarea acesteia*¹⁰⁷!

Este greu de crezut că într-un text legislativ se poate găsi o astfel de exprimare și, în orice caz, e de neacceptat. Trebuie să subliniem că este important să se prevadă ipoteza consumării contravenției și prin punerea în pericol a sănătății fizice sau psihice a victimei, nu exclusiv prin vătămarea acestora, pentru că fapta rămâne gravă și în situația în care victima a avut puterea de a face față comportamentului hărțuitor, mai ales că rezistența ar putea fi doar aparentă. Dacă, așa cum am relevat mai sus, percepția persoanei care se consideră hărțuită nu este decisivă pentru reținerea faptei, în mod simetric, consumarea contravenției nu ar trebui să depindă de capacitatea celui hărțuit de a suporta agresiunile. Ar trebui să se manifeste aceeași obiectivitate în evaluarea conduitei agresive, rațiune pentru care se impune reglementarea adecvată a stării de pericol.

O altă observație poartă asupra redactării alin. (5¹), din lectura căruia s-ar deduce că, în optica legiuitorului, cea mai importantă valoare socială protejată o reprezintă condițiile de muncă, în timp ce lezarea drepturilor sau demnității angajatului, afectarea sănătății sale fizice sau mintale, compromiterea viitorului profesional sunt *mijloace* prin care se pot deteriora ori se deteriorează condițiile de muncă. Or, demnitatea, sănătatea, drepturile persoanelor sunt valorile principale ce trebuie protejate prin incriminarea hărțuirii morale.

¹⁰⁷ Chiar dacă art. 26 alin. (1¹) OG: 137/2000 nu se referă expres la integritatea fizică sau mintală a subiectului pasiv, aceasta intră oricum în sfera drepturilor angajatului; art. 39 C.m. enumeră enunțiativ drepturile salariatului, iar acestea cuprind și dreptul la demnitate în muncă [lit. e)], și dreptul la securitate și sănătate în muncă [lit. f)]. Astfel, din cauza art. 26 alin. (1¹), în prezent, trebuie dovedită fie încălcarea drepturilor sau a demnității angajatului, fie alterarea sănătății acestuia, fie compromiterea viitorului profesional.

Legislația franceză de profil este mai bine elaborată din acest punct de vedere. Dacă mai sus am tradus prevederile din Codul muncii, să observăm acum definiția dată hărțuirii morale de art. 222-33-2 C.pen.:

„Fapta de a hărțui altă persoană prin comentarii verbale sau comportamente repetate care au ca scop sau ca efect o deteriorare a condițiilor de muncă *susceptibilă* (s.n.) să aducă atingere drepturilor și demnității sale, să altereze sănătatea sa fizică sau mintală ori să compromită viitorul său profesional (...) (t.n.).”

Nu este obligatoriu să se realizeze degradarea condițiilor de muncă, iar afectarea sănătății, demnității sau a carierei sunt consecințe *posibile* ce pun în evidență gravitatea alterării condițiilor de muncă¹⁰⁸.

Din punctul de vedere al redactării urmărilor faptei, ni se pare bună soluția de la art. 32ter din Legea belgiană din 4 august 1996, unde se păstrează caracterul mixt al faptei (de pericol și de rezultat) și se descriu, alternativ, trei urmări ale actelor de hărțuire. Conduitele interzise *au ca scop sau ca efect*: a) lezarea personalității, a demnității ori a integrității fizice sau psihice a victimei, b) punerea în pericol a *muncii* sale¹⁰⁹ ori c) crearea unui mediu intimidant, ostil, degradant, umilitor sau ofensator.

În ce privește art. 2 alin. (5²) ultima propoziție din OG: 137/2000, ne întrebăm, ca și președintele Colegiului director al CNCD, cu ce titlu o fi intrând stresul și epuizarea fizică sub incidența hărțuirii la locul de muncă. Consiliul Legislativ observa că această prevedere nu îndeplinește cerințele de claritate și previzibilitate, deoarece stresul și epuizarea fizică nu pot

¹⁰⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial...*, n. 45, pp. 325-326.

¹⁰⁹ Suntem conștienți că propria traducere a expresiei „*mettre en péril son emploi*” nu surprinde toate semnificațiile din franceză. Am putea traduce *emploi* și prin *post*, *funcție*, *loc de muncă* (alte sensuri, precum *încadrare în muncă*, *ocupare a forței de muncă* sunt îndepărtate de noțiunea de hărțuire).

reprezenta forme ale hărțuirii morale, ci efecte ale conduitei agresive¹¹⁰. Pe de altă parte, deși reacțiile de stres sunt primele care apar în procesul evolutiv al deteriorării sănătății¹¹¹, stresul poate avea alte cauze decât hărțuirea morală¹¹². Stresul constituie un risc psihosocial *alături de* hărțuirea morală, hărțuirea sexuală, violențele, discriminările¹¹³. Pe de altă parte, dacă tot s-a trecut în lege – deși inutil – epuizarea fizică, de ce s-a omis epuizarea psihică? Sindromul *burn out* e caracterizat prin ambele elemente¹¹⁴.

D. Latura subiectivă

Analiza laturii subiective scoate la iveală altă posibilă contradicție, cel puțin din punctul de vedere al rigorii juridice. Avem în vedere incidența prevederilor art. 2 alin. (5⁷) ultima propoziție din OG: 137/2020:

¹¹⁰ CONSILIUL LEGISLATIV, *Aviz referitor la propunerea legislativă pentru modificarea și completarea Ordonanței de Guvern nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare și a Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați*, p. 2, accesat la: <http://www.cdep.ro/proiecte/2018/300/50/6/cl451.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

¹¹¹ M.-F. HIRIGOYEN, *Harcèlement moral au travail...*, n. 38, pp. 48-49.

¹¹² A se vedea, e.g., AGENȚIA EUROPEANĂ PENTRU SECURITATE ȘI SĂNĂTATE ÎN MUNCĂ, *Riscurile psihosociale și stresul la locul de muncă*, accesat la: <https://osha.europa.eu/ro/themes/psychosocial-risks-and-stress>, data ultimei accesări: 15.10.2021. În sensul că stresul și hărțuirea sunt distincte, deși se pot încrucișa, a se vedea M.-F. HIRIGOYEN, *Harcèlement moral au travail...*, n. 38, pp. 22-29.

¹¹³ N. TARHOUNY, *Les risques psychosociaux au travail: Droit et prévention d'une problématique de santé publique. Thèse*, Université Sorbonne Paris Cité, 2018, p. 24; riscurile psihosociale regroupează „stresul, epuizarea profesională (*burn out*), hărțuirea, adicțiile, sinuciderea, depresiile și uneori chiar discriminările” (E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail...*, n. 99, p. 349).

¹¹⁴ M.-F. HIRIGOYEN, *Harcèlement moral au travail...*, n. 38, p. 26.

„Intenția de a prejudicia prin acte sau fapte de hărțuire morală la locul de muncă nu trebuie dovedită.”

Considerăm că această dispoziție ar fi de natură să intre în conflict cu prevederile art. 2 alin. (5¹), în ipoteza vizând comportamentul ce *are drept scop* o deteriorare a condițiilor de muncă. Potrivit doctrinei de drept penal, dacă textul incriminator prevede că făptuitorul urmărește un scop, aceasta implică vinovăția sub forma intenției¹¹⁵.

Dacă citim întreg textul art. 2 alin. (5¹), observăm că în practică nu va mai fi nevoie să se facă proba intenției, dar această constatare nu exprimă neapărat o virtute a textului, ci mai degrabă o deficiență. Astfel, din moment ce reglementarea impune *lezarea* drepturilor sau demnității, a sănătății ori *compromiterea* viitorului profesional al victimei, din atingerea rezultatului va reieși oricum și degradarea condițiilor de muncă. Nu va mai fi nevoie de proba intenției pentru că se realizează cealaltă ipoteză (comportamentul *are ca efect* deteriorarea condițiilor de muncă prin...). Ca efect al redactării întortocheate a contravenției, scopul ca element constitutiv ajunge să nu mai aibă importanță practică. Deși reglementarea prezintă probleme mult mai serioase decât aceasta, subliniem că trebuie să existe o corelație între redactarea urmării imediate, a laturii subiective și a unor eventuale prevederi referitoare la proba intenției¹¹⁶.

Nu vom părăsi analiza elementului moral al contravenției înainte de a face comparația cu definiția hărțuirii psihologice de la art. 4 lit. d¹ Legea nr.

¹¹⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27^e éd., Dalloz, Paris, 2021, p. 260; J.-Y. MARÉCHAL, *Fasc. 20: Élément moral de l'infraction*, JurisClasseur Pénal Code, 2019 (dernière mise à jour : 2021), nr. 16 și nr. 39; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 544.

¹¹⁶ Dovedirea intenției prezintă oricum dificultăți (P. ADAM, *Harcèlement moral...*, n. 32, nr. 108), dar aceasta este o altă chestiune.

202/2002, ce prevede un comportament constând din acte *intenționate*. Interpretarea Curții de Apel București¹¹⁷, inspirată din jurisprudența privind hărțuirea morală a funcționarilor europeni¹¹⁸, ne poate ajuta să înțelegem și dispozițiile art. 2 alin. (5⁷) ultima propoziție din OG: 137/2020. Potrivit CAB:

„... nu este necesar ca aceste acte/fapte/gesturi să fi fost săvârșite cu intenția de a duce atingere personalității, demnității sau integrității unei persoane. Cu alte cuvinte, în condițiile art. 4 lit. d¹ Legea nr. 202/2002, există hărțuire psihologică chiar dacă autorul hărțuirii nu a intenționat ca prin acțiunile sale să discrediteze o altă persoană sau să îi afecteze în mod deliberat condițiile de muncă. Este suficient ca acțiunile sale, *săvârșite voluntar, nu accidental* (s.n.), să fi determinat obiectiv astfel de consecințe¹¹⁹.”

Întorcându-ne la hărțuirea morală introdusă de Legea nr. 167/2020, considerăm, în mod analog, că nu trebuie dovedită intenția de a aduce prejudicii¹²⁰. Totuși, atunci când actele cu caracter indezirabil ale făptuitorului sunt neintenționate nu ar putea fi vorba despre hărțuire. Un simplu accident, o mișcare neîndemânatică nu pot avea semnificația unei hărțuiri morale¹²¹. Repetarea comportamentului indezirabil, fie și în forme diferite, pune totuși în evidență caracterul voluntar al actelor¹²². Pe de altă

¹¹⁷ CAB, Sec. VII, dec.civ.: 2681/2.05.2017, precitată (n. 67); CAB, Sec. VII, dec.civ.: 2969/24.09.2020, precitată (n. 67).

¹¹⁸ *E.g.*, TFP, cauza F-52/05, Q/Comisia Comunităților Europene, hot. din 9.12.2008, EU:F:2008:161; TFP, Cantisani/Comisia, cauza F-71/10, hot. din 5.06.2012, EU:F:2012:71.

¹¹⁹ În termenii doctrinei franceze de drept penal, nu se cere un *dol special* (pentru această noțiune, a se vedea X. PIN, *Droit pénal général*, 12^e éd., Dalloz, Paris, 2020, pp. 211-213; J.-Y. MARÉCHAL, *Fasc. 20: Élément moral...*, n. 114, nr. 38).

¹²⁰ Am arătat deja că modul în care a fost redactat textul nu mai face necesară dovedirea scopului făptuitorului.

¹²¹ Când comportamentul ce ar putea fi interpretat ca agresiv este urmat de scuze, rareori este considerat ca hărțuire morală (M.-F. HIRIGOYEN, *Harcèlement moral au travail...*, n. 38, p. 19).

¹²² V. MALABAT, *Droit pénal spécial...*, n. 45, p. 326.

parte, așa cum au observat medicii și psihologii, intenția de a face rău agravează traumatismul suferit de ținta hărțuirii¹²³, ceea ce ar trebui să fie luat în seamă la individualizarea sancțiunii contravenționale și la acordarea de despăgubiri.

VI. Constatarea și aplicarea sancțiunii contravenționale pentru hărțuirea morală la locul de muncă ce nu se întemeiază pe un criteriu de discriminare

A. Autoritatea competentă să constate și să sancționeze contravenția

1. *De lege lata*: CNCD, competent să constate faptele, dar nu să și sancționeze contravenția

După ce am expus nu puține motive de nemulțumire față de redactarea dispozițiilor privind hărțuirea morală la locul de muncă, urmează întrebarea: cine aplică sancțiunile contravenționale? După părerea noastră, nimeni.

Legislativul a neglijat să extindă asupra cazurilor de hărțuire morală la locul de muncă – fără conexiune cu unul din criteriile de discriminare prevăzute de art. 2 alin. (5) din ordonanță – dispozițiile ce conferă CNCD competența de a sancționa faptele de discriminare. Art. 19 alin. (1) OG: 137/2000, care enumeră domeniile în care își exercită atribuțiile CNCD *în vederea combaterii faptelor de discriminare*, prevede la lit. c): „investigarea, constatarea și sancționarea faptelor de discriminare”. Potrivit art. 20 alin. (1) din ordonanță persoana care se consideră *discriminată* poate sesiza CNCD.

¹²³ M.-F. HIRIGOYEN, *Harcèlement moral au travail...*, n. 38, p. 18.

Singurele puteri date CNCD în sfera hărțuirii morale la locul de muncă sunt cele de la art. 26 alin. (2²) din ordonanță: „Ori de câte ori va constata săvârșirea unei fapte de hărțuire morală la locul de muncă, Consiliul aplică, în condițiile legii, oricare dintre măsurile prevăzute la alin. (2¹) lit. a) și e.” Art. 26 alin. (2¹) lit. a) abilitază CNCD „să dispună obligarea angajatorului la luarea tuturor măsurilor necesare pentru a stopa orice acte sau fapte de hărțuire morală la locul de muncă cu privire la angajatul în cauză”, iar alin. (2¹) lit. e) împuternicește CNCD „să dispună obligarea angajatorului la plata către angajat a sumei necesare pentru consilierea psihologică de care angajatul are nevoie, pentru o perioadă rezonabilă stabilită de către medicul de medicină a muncii”.

Se deduce din acest text că CNCD poate constata și fapte de hărțuire morală la locul de muncă care nu sunt discriminatorii, dar în urma investigațiilor nu poate aplica sancțiuni contravenționale, ci doar măsurile menționate. Nu se produce o difuziune a competențelor sancționatorii din sfera discriminărilor în cea a hărțuirii morale la locul de muncă doar din faptul că instituțiile juridice sunt reglementate în același act normativ. Extinderea competențelor sancționatorii ale CNCD, printr-o interpretare prin analogie ce ar înrăutăți situația făptuitorului, este inadmisibilă. Pe de altă parte, din moment ce textul stabilește clar competența de constatare a faptelor, trebui să se recunoască și dreptul persoanei care se consideră hărțuită moral de a sesiza CNCD.

Este competentă Inspecția Muncii să constate și să aplice sancțiuni pentru fapte de hărțuire morală la locul de muncă? În opinia noastră, răspunsul este negativ. Adevărat, Inspecția Muncii are atribuția generală de a controla aplicarea „prevederilor legale, generale și speciale, în domeniile relațiilor de muncă, securității și sănătății în muncă” [art. 6 alin. (1) Legea nr.

108/1999¹²⁴]. Conform însă art. 15 alin. (1) OG: 2/2001, „contravenția se constată printr-un proces-verbal încheiat de *persoanele anume prevăzute în actul normativ care stabilește și sancționează contravenția*”, iar art. 25 Legea nr. 108/1999 dispune că inspectorii de muncă sunt competenți să constate și să sancționeze toate faptele care, potrivit legii, constituie contravenții și *pentru care se prevede* că agentul constatator face parte din personalul „Ministerului Muncii, Familiei și Protecției Sociale, al direcțiilor de muncă și protecție socială¹²⁵ și al inspectoratelor teritoriale de muncă”. Așadar, nu orice faptă petrecută în cadrul raporturilor de muncă este de competența Inspecției Muncii. Codul muncii [în art. 260 alin. (2)] și actele normative din domeniu prevăd expres competența în materie contravențională a Inspecției Muncii. Astfel, în urma intrării în vigoare a Legii nr. 151/2020, Inspecția Muncii poate aplica sancțiuni contravenționale la fapte de discriminare nou stabilite de Codul muncii, dar competența nu se extinde și asupra contravenției de hărțuire morală la locul de muncă din OG: 137/2020.

2. *De lege ferenda*: discuție privitoare la autoritatea competentă

Apreciind că organele Ministerului Afacerilor Interne sunt mai puțin în măsură să preia aceste atribuții, se pot aduce argumente pentru a susține atât competența Inspecției Muncii, cât și cea a CNCD.

Existența unor structuri teritoriale, ce permite desfășurarea mai ușoară a anchetelor pe teren, ar fi în favoarea Inspecției Muncii. Cât despre

¹²⁴ Legea nr. 108/1999 pentru înființarea și organizarea Inspecției Muncii, republicată în M.of.: 182 din 21.03.2012.

¹²⁵ Acum Ministerul Muncii și Protecției Sociale; direcțiile de muncă și protecție socială au fost desființate.

soluția CNCD, aceasta ar avea avantajul de a asigura o tratare coerentă, unitară a hărțuirilor morale la locul de muncă de către un for cu experiență în evaluarea cazurilor de discriminare. Ținând seama și de faptul că investigarea faptelor de hărțuire morală la locul de muncă poate ridica uneori probleme sensibile pe plan local, sugerăm că investirea unei autorități centrale (CNCD) ar fi mai oportună. Trebuie să se aibă însă în vedere că extinderea activității CNCD presupune resurse suplimentare (personal, buget). Suntem sceptici în privința rezultatelor pe care le-ar produce crearea de competențe concurente, după modelul celor stabilite de Legea nr. 151/2020 în cadrul Codului muncii, astfel încât Inspekția Muncii să devină competentă și pentru instrumentarea contravenției de hărțuire morală la locul de muncă. Totuși, Inspekția Muncii din Franța are în sarcină și constatarea (evident, nu și sancționarea) *delictelor* de hărțuire morală și hărțuire sexuală în relațiile de muncă¹²⁶.

B. Sarcina probei

Legislatorul a adoptat dispoziții speciale pentru dovedirea contravenției, în art. 2 alin. (5⁷) OG: 137/2020 (reproduse *supra*, p. 18), prin care a preluat (sau a avut impresia că preia) sistemul în doi timpi statornicit de directivele contra discriminării¹²⁷.

¹²⁶ F. GRÉGOIRE, *Fasc. 10-22: Inspection du travail...*, n. 83, în special nr. 51.

¹²⁷ Art. 8 alin. (1) Directiva 2000/43; art. 10 alin. (1) Directiva 2000/78; art. 9 alin. (1) din Directiva 2004/113/CE din 13 decembrie 2004 de aplicare a principiului egalității de tratament între femei și bărbați privind accesul la bunuri și servicii și furnizarea de bunuri și servicii, JO L 373, 21.12.2004, ediție specială în limba română: capitol 05 volum 007 pp. 135-141; art. 19 alin. (1) Directiva 2006/54.

Mecanismul sarcinii probei este explicat în C. NUICĂ, *Cazul iresponsabilității juridice a angajatorului „de jure”. Operativitatea „avertismentului” în materia nediscriminării*, Noua revistă a drepturilor omului nr. 1/2014, pp. 41-43.

Apreciem pozitiv intenția de a adopta regimul comunitar al împărțirii sarcinii probei¹²⁸, în condițiile în care legiuitorul ar fi putut opta pentru regulile de drept comun, din moment ce hărțuirile fără conexiune cu un motiv discriminatoriu nu fac obiectul directivelor. Pe de altă parte, pentru concizie, se puteau completa art. 20 alin. (6) și art. 27 alin. (4) OG: 137/2020, care deja prevedeau aceste reguli speciale pentru discriminare¹²⁹.

Trebuie subliniat însă că redactarea art. 2 alin. (5⁷) este defectuoasă. Astfel, dacă în prima fază persoana țintă a hărțuirii morale la locul de muncă trebuie să dovedească existența faptelor, ceea ce este corect, în a doua etapă sarcina probei revine *angajatorului*, „în condițiile legii”!

Pe de o parte, ne întrebăm de ce s-a adăugat formula „în condițiile legii”, având în vedere că normele *speciale* de la art. 2 alin. (5⁷) aveau tocmai menirea de a stabili regimul complet în materie de probă, fără trimitere eventuală la alte legi, regim care să fie limpede pentru toți cei interesați, exact așa cum s-a reglementat în cazul discriminărilor, în art. 20 alin. (6) din ordonanță la procedura din fața CNCD și în art. 27 alin. (4) la procedura din fața instanței de judecată.

Pe de altă parte, sarcina probei este transmisă către *angajator*, în condițiile în care autorul contravenției este întotdeauna un angajat. Chiar și în situația unui angajator persoană fizică (ipoteză rară), subiectul activ poate fi o altă persoană fizică. Această „soluție” legislativă este cu atât mai bizară, cu

¹²⁸ Soluția a fost aleasă și de legiuitorul francez în materia hărțuirii morale, dar numai sub imperiul Codului muncii (art. L. 1154-1), nu și în dreptul penal.

¹²⁹ Legiuitorul francez al muncii a preferat să repete regulile de probă de la discriminare și în cazul hărțuirii morale. Reglementarea franceză este însă mai bine structurată: un titlu din Codul muncii cuprinde normele privitoare la discriminări, iar alt titlu este consacrat hărțuirilor. OG: 137/2000 este departe de o asemenea sistematizare, astfel încât credem că ar fi fost oportun un singur text pentru ambele categorii de fapte.

cât modelul exista deja în OG: 137/2000: atunci când dispozițiile art. 20 alin. (6) și art. 27 alin. (4) OG: 137/2000 partajează sarcina probei discriminării, în mod logic, acestea nu o pun pe seama angajatorului, ci pe seama „persoanei împotriva căreia s-a formulat sesizarea”.

VII. Hărțuirea morală la locul de muncă pe criteriul sexului

Așa cum am arătat, Legea nr. 167/2020 a adăugat alin. (1²) la art. 6 din Legea nr. 202/2002: „Hărțuirea morală la locul de muncă pe criteriul de sex este interzisă. Dispozițiile Ordonanței Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată, cu modificările ulterioare, se aplică în mod corespunzător.”

Facem doar câteva observații. Opinăm că nu se justifică reglementarea distinctă a hărțuirii morale la locul de muncă pe criteriul de sex. Deja (*supra*, p. 29-31), am subliniat anomalia de a avea în aceeași lege două noțiuni ce ar fi trebuit să fie sinonime sau cel puțin corelate: hărțuirea morală (la locul de muncă) și hărțuirea psihologică. Pe de altă parte, art. 6 alin. (1²) nici nu instituie un tratament sancționator particular, ci se mulțumește să facă trimitere la OG: 137/2000.

Sarcina victimei devine, paradoxal, mai dificilă, pentru că, suplimentar față de hărțuirea morală reglementată de noile prevederi ale OG: 137/2020, în cazul hărțuirii morale la locul de muncă pe criteriul de sex trebuie dovedit și mobilul discriminatoriu.

VIII. Viziunea CNCD asupra hărțuirii morale la locul de muncă: o faptă de discriminare

CNCD verifică sistematic existența criteriului discriminatoriu. Această practică era normală în contextul normativ anterior Legii nr. 167/2020¹³⁰. Problema este că instituția nu și-a adaptat jurisprudența după intrarea în vigoare a acestei legi, continuând să abordeze plângerile angajaților care se consideră hărțuiți moral la locul de muncă exclusiv prin prisma criteriilor de discriminare, chiar și când faptele reclamate s-au petrecut, cel puțin parțial, după modificarea OG: 137/2000 prin Legea nr. 167/2020. În mod eronat, atunci când a constatat lipsa discriminării, CNCD a statuat că nu se întrunesc elementele constitutive ale hărțuirii¹³¹.

În interpretarea Colegiului director, hărțuirea morală la locul de muncă este o faptă de discriminare, considerându-se că, indiferent de faptul că textul de lege care o definește nu specifică elementul discriminatoriu, el este subînțeles ca element constitutiv al acesteia¹³². Nu putem fi de acord cu

¹³⁰ *E.g.*, Hot. Colegiului director al CNCD nr. 313/1.04.2020, accesat la: <https://www.cncd.ro/wp-content/uploads/2021/01/Hotarare-313-2020-1.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021; Hot. Colegiului director al CNCD nr. 544/11.09.2019, accesat la: <https://www.cncd.ro/wp-content/uploads/2020/12/hotarare-544-19.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

¹³¹ Hot. Colegiului director al CNCD nr. 405/12.05.2021, accesat la: <https://www.cncd.ro/wp-content/uploads/2021/08/Hotarare-405-2021.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021. În această hotărâre, Colegiul director a evitat noțiunea de hărțuire morală, folosind doar termenul de hărțuire („hărțuire la locul de muncă”). Sintagma „hărțuire morală” apare în textul hotărârii doar în pasajul ce redă susținerile petentei.

¹³² Hot. Colegiului director al CNCD nr. 515/30.06.2021, paragraful 25, accesat la: <https://www.cncd.ro/wp-content/uploads/2021/09/Hotarare-515-2021.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021; Hot. Colegiului director al CNCD nr. 518/30.06.2021, paragraful 31, accesat la: <https://www.cncd.ro/wp-content/uploads/2021/09/Hotarare-518-2021.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

această poziție. Un element constitutiv al unei contravenții nu poate fi „subînțeles”, ci trebuie prevăzut expres de actul normativ. Firește, uneori chiar și în sfera penală se admite o interpretare extinsă a unor dispoziții în favoarea inculpatului, mai ales privind cauze de nepedepsire, circumstanțe atenuante, norme de procedură care instituie garanții pentru libertatea individuală și drepturi ale apărării¹³³. Aici însă interpretarea CNCD nu mai poate fi considerată ca exprimând valori umaniste (compasiunea pentru soarta hărțuitorului ajuns la momentul dureros al tragerii la răspundere contravențională), ci constituie o denaturare a textului sancționator și o lezare a rațiunii pentru care s-a legiferat hărțuirea morală la locul de muncă: protejarea țintelor hărțuirii.

Cum arătam mai sus, dacă CNCD ar fi constatat săvârșirea hărțuirii morale la locul de muncă – *așa cum a fost definită de noile prevederi*, nu prin raportare la vechile reguli –, ar fi putut lua față de angajator măsurile prevăzute de art. 26 alin. (2¹) lit. a) și e) OG: 137/2000.

Examinarea hotărârilor Colegiului director posteroare Legii nr. 167/2020, dar privind fapte de hărțuire morală petrecute *înainte de* adoptarea actului normativ ne prilejuiește o altă observație critică. Unele soluții s-au întemeiat (și) pe prevederile art. 2 alin. 5¹ și alin. 5² OG: 137/2000. S-a făcut raportarea, în bloc, la toate dispozițiile privitoare la hărțuire: la art. 2 alin. 5 (corect), dar și la cele referitoare la hărțuirea morală

¹³³ B. BOULOC, *Droit pénal général...*, n. 114, p. 140; M. J. FALCÓN Y TELLA, *Quelques remarques à propos de l'analogie en droit*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 1998/2 (vol. 41), pp. 79-80. În legătură cu nuanțarea regulii *Legea penală este de strict interpretare*, a se vedea M. DUNEA, *Poenalia sunt strictissimae interpretationis? (I)*, Analele Științifice ale Univ. „Al. I. Cuza” Tomul LXV/II. Științe juridice, 2019, pp. 107-122, *passim*.

la locul de muncă prevăzute de art. 2 alin. (5¹), alin. (5²), alin. (5³)¹³⁴. Or, aceasta reprezintă o violare a principiului constituțional al neretroactivității legii¹³⁵.

IX. Concluzie finală

Apreciem că ideea de a sancționa contravențional hărțuirea morală, separat de hărțuirea întemeiată pe un motiv de discriminare, este binevenită pentru a proteja victimele. Dacă faptele hărțuitorului nu sunt determinate de un mobil discriminatoriu, ele nu devin mai puțin periculoase. Pe de altă parte, ținând seama că domeniul relațiilor de muncă este „cadrul natural al hărțuirii”¹³⁶, este utilă particularizarea noțiunii pentru sfera muncii (de exemplu, prin prevederea deteriorării condițiilor de muncă).

Problema este că, în afară de descrierea formelor pe care le poate lua conduita indezirabilă, construcția legislativă a hărțuirii morale la locul de muncă este extrem de șubredă. Aproape toate elementele contravenției sunt redactate de o manieră neglijentă. Or, *lex lata* de la data când a început

¹³⁴ Pe lângă Hot. Colegiului director al CNCD nr. 518/2021, precitată (n. 132), exemple sunt Hot. Colegiului director al CNCD nr. 870/9.12.2020, accesat la: <https://www.cncd.ro/wp-content/uploads/2021/03/Hotarare-870-2020.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021, Hot. Colegiului director al CNCD nr. 517/30.06.2021, accesat la: <https://www.cncd.ro/wp-content/uploads/2021/09/Hotarare-517-2021.pdf>, data ultimei accesări: 15.10.2021.

¹³⁵ I. MURARU, E. S. TĂNĂSESCU, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, ed. a 14-a, Ed. C.H.BECK, București, 2011, p. 141; M. BALAN, *Drept constituțional și instituții politice, vol. 1. Teoria generală a statului și a constituției. Constituția română în context european*, Editura Hamangiu, 2015, pp. 357-359; E. C. MOGÎRZAN, *O temă de reflecție la viitoarea revizuire a Constituției: formularea principiului neretroactivității legii*, Dreptul nr. 12/2002, p. 26 ș.urm.; cu aplicație în sfera contravențională, O. PODARU et.al., *Regimul juridic al contravențiilor...*, n. 82, p. 23.

¹³⁶ P. MISTRETTA, *Harcèlement...*, n. 43, nr. 51.

procesul legislativ încheiat cu adoptarea Legii nr. 167/2020 deja cuprindea o definiție a hărțuirii psihologice care nu era grevată de condiția de a dovedi motivul discriminatoriu și care a fost pusă în aplicare de către instanțe. Se putea reține o singură denumire (am fi sugerat „hărțuire morală”), iar definiția existentă putea fi completată, pentru a prevedea ipoteza actului unic și pentru a o adapta sferei muncii.

La fel de superficial a fost reglementat și regimul probei, iar omisiunea de a prevedea autoritatea competentă să sancționeze contravenția este greu de calificat.

În concluzie, reglementarea contravenției de hărțuire morală la locul de muncă ar constitui o bună temă de dezbateri pentru seminariile de la facultățile de drept, ilustrând modul cum nu trebuie să se facă legiferarea.

ARTICOLE

CHARGE – FIXED AND FLOATING: AGNEW
AND ANOTHER V. COMMISSIONER OF
INLAND REVENUE, PRIVY COUNCIL (NEW
ZEALAND), 5 JUNE 2001 (THE “BRUMARK”
CASE) CHARGE AND HYPOTHEC AS
FUNCTIONAL EQUIVALENTS

DOI: 10.24193/SUBBIur.66(2021).3.2
Data publicării online: 31.12.2021

Adrian TAMBA*

Abstract: Our endeavour is dedicated to a few security devices. The first part of the current work is called “Words of Introduction”. The second portion takes into account a Privy Council case: *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001 (the Brumark case)*. The third part briefly focuses on charge and mortgage. The fourth portion, in a succinct manner, describes the hypothec. The fifth and final part shows that charge and hypothec are functional equivalents.

Key-words: charge, hypothec, mortgage, functional equivalents.

* Asist. dr. Adrian TAMBA, Law School of Babeş-Bolyai University of Cluj-Napoca., adrian.tamba@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0001-8328-3517>.

Cuprins

| | | |
|------|---|----|
| I. | Words of Introduction | 60 |
| II. | <i>Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001 (the Brumark case)</i> | 62 |
| III. | Charge and mortgage – brief remarks. | 66 |
| IV. | Hypothec – a succinct presentation. | 69 |
| V. | Charge and hypothec – functional equivalents. | 75 |

I. Words of Introduction

The current paper, as its title points out, focuses on fixed and floating charges. Furthermore, the title of this work suggests that attention will be paid to a Privy Council¹ case: *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*² (i.e., the *Brumark* case).

¹ The Privy Council is, in Britain, the principal council of the sovereign, composed of the cabinet ministers and other persons chosen by royal appointment to serve as privy councillors. See, B. A. GARNER (editor in chief), *Black’s Law Dictionary*, ninth edition, West, 2009, p. 1320. The Judicial Committee of the Privy Council is a United Kingdom tribunal; it was created in 1833, with jurisdiction to hear certain admiralty and ecclesiastical appeals, and certain appeals from the Commonwealth. See, B. A. GARNER (editor in chief), *op. cit.*, p. 922. The Commonwealth is a loose association of countries that recognize one sovereign. See, B. A. GARNER (editor in chief), *op. cit.*, p. 315. In Great Britain, the term “British” was eliminated from “British Commonwealth”. See, B. A. GARNER (editor in chief), *op. cit.*, p. 315. Now, one simply speaks of “the Commonwealth”. Today, the Commonwealth encompasses 54 countries. See, G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2^e édition, LGDJ, Paris, p. 70, no. 111. In 2003, New Zealand abandoned the possibility to appeal to the Judicial Committee of the Privy Council. See, G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 71, no. 113, footnote no. 8.

² See, *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, p. 462-463.

The subtitle, it may be noticed, contains the expression “*functional equivalents*”. Perhaps, some explaining would be desirable. Konrad Zweigert and Hein Kötz wrote that the basic methodological principle of all comparative law³ is that of functionality⁴.

Indeed, we are in the presence of the so-called equivalence functionalism, and of the recognition of functional equivalents⁵. When we have in mind the notion of “*functional equivalents*”⁶, we actually consider that

³ John W. HEAD believes that it is important to note that the term “*comparative law*” is somewhat of a misnomer (i.e., an inaccurate name). See, J. W. HEAD, *Great Legal Traditions. Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2011, p. 21.

Alan WATSON perceived that more than one comparative lawyer has observed that “*comparative law*” is a strange phrase. See, A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, second edition, University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1993, p. 1. WATSON goes on to say that there is no “*comparative*” branch of law in the sense in which lawyers call one branch of law “*Family Law*”. See, A. WATSON, *op. cit.*, p. 1.

ZWEIGERT and KÖTZ think that the words “*comparative law*” suggest an intellectual activity with law as its object and comparison as its process. See, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (T. WEIR, translator), third edition, Oxford University Press, 2011 (reprinted), p. 2. “*Comparative law*” has an extra dimension, i.e., internationalism. See, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.* (T. WEIR, translator), p. 2. Indeed, comparative law’s internationalism means that different legal systems of the world must be compared, or specific legal institutions belonging to at least two different legal systems must be taken into account.

⁴ See, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (T. WEIR, translator), third edition, Oxford University Press, 2011 (reprinted), p. 34.

⁵ See, R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (editors), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008, p. 356-357. ZWEIGERT and KÖTZ make use of the expression “*functionally equivalent*”. See, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.* (T. WEIR, translator), p. 36. It is quite obvious that ZWEIGERT and KÖTZ embrace what is known as equivalence functionalism and the concept of functional equivalents.

⁶ It must be said that equivalence functionalism is not the sole method of comparative law. There are, of course, other possible approaches, such as the common core method or, if we may call it so, the factual method. See, U. A. MATTEI, T. RUSKOLA, A. GIDI, *Schlesinger’s Comparative Law. Cases – Text – Materials*, seventh edition, Foundation Press, 2009, p. 99 (“[t]he common core seeks to describe commonalities among legal systems hidden below apparent differences

in, say, two different legal systems we are faced with the same problems, and these problems are solved by different means (i.e., different legal mechanisms), but similar results are reached⁷.

II. *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001 (the Brumark case)*

In *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*⁸ the following facts showed themselves: Brumark Investments Ltd granted a charge over the uncollected book debts⁹ of a company. Brumark had the right to collect the debts and use the proceeds in the ordinary course of its business. Subsequently, Brumark became insolvent. The only assets available for distribution to creditors were the proceeds of the book debts.

In *Agnew* (i.e., in *Brumark*), the issue was whether the charge over the book debts was a fixed charge or a floating charge¹⁰. If the charge was a fixed charge, the proceeds would have been payable to Westpac Banking

[;] [i]ts hypothesis is that the degree of agreement between legal systems facing the same factual situation is higher than what might appear if one limits the analysis to the black letters of the law”).

⁷ See, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.* (T. WEIR, translator), p. 34.

⁸ See, *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 462.

⁹ Book debts are sums of money. See, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-107-7533?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=A%20book%20debt%20is%20a, it%20is%20in%20fact%20entered](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-107-7533?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=A%20book%20debt%20is%20a, it%20is%20in%20fact%20entered) (Last accessed: June 26, 2021).

¹⁰ See, *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 462.

Corporation as the holder of the charge¹¹. If the charge was a floating charge, the proceeds would have been payable to the employees and the Commissioner of Inland Revenue as preferential creditors¹².

In *Brumark*, it seems to us, Westpac Banking was the chargee¹³. Brumark Investments was the chargor.

The Privy Council, in its judgment, said, *inter alia*, the following:

¹¹ See, *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 462.

¹² See, *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 462.

¹³ Westpac Banking was the holder of the charge. The chargee is, indeed, the holder of a charge. See, B. A. GARNER (editor in chief), *op. cit.*, p. 266.

“Any attempt in the present context to separate the ownership of the debts from the ownership of their proceeds (even if conceptually possible) makes no commercial sense”¹⁴.

“A fixed charge gives the holder of the charge an immediate proprietary interest in the assets subject to the charge which binds all those into whose hands the assets may come with notice of the charge. Unless it obtained the consent of the holder of the charge, therefore, the company would be unable to deal with its assets without committing a breach of the terms of the charge”¹⁵.

“The floating charge is capable of affording the creditor, by a single instrument, an effective and comprehensive security upon the entire undertaking of the debtor company and its assets from time to time, while at the same time leaving the company free to deal with its assets and pay its trade creditors in the ordinary course of business without reference to the holder of the charge”¹⁶.

“If the chargor is free to deal with the charged assets and so withdraw them from the ambit of the charge without the consent of the chargee, then the charge is a floating charge. But the test can equally well be expressed from the chargee’s point of view. If the charged assets are not under its control so that it can prevent their dissipation without its consent, then the charge cannot be a fixed charge”¹⁷.

“To constitute a charge on book debts [as] a fixed charge, it is sufficient to prohibit the company from realising the debts itself, whether by assignment or collection”¹⁸.

According to Vincent Sagaert, in the *Brumark* case, the Privy Council decided that everything revolves around the control over the charged assets¹⁹.

¹⁴ *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 463.

¹⁵ *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 462.

¹⁶ *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 462.

If the chargee has control, the charge will be a fixed one²⁰. If, on the other hand, the chargor remains in control, the charge must be a floating one²¹.

Another author is convinced that the essence of a floating charge is that it is not a charge over a specific asset, but over a fluctuating body of assets, which the company granting the charge (*i.e.*, the chargor) may continue to use in the ordinary course of its business²². So, in the case of a floating charge, the chargor may use the assets (*i.e.*, it is free to use them); control belongs to the chargor. We are further told that the essence of a fixed charge is that it is a charge on a particular asset, or class of assets, that the chargor cannot deal with free from the charge without the consent of the chargee; the fixed charge attaches immediately to the asset, and the chargee has control²³. In regard to a fixed charge, control is in the hands of the chargee.

¹⁷ *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 462-463.

¹⁸ *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), 5 June 2001, [2001] 3 WLR 454, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 463.

¹⁹ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 464.

²⁰ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 464.

²¹ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 464.

²² See, C. MARTIN-ROYLE, *Floating charges – not necessarily what they say on the tin*, *Insolvency and Corporate Restructuring Jones Day*, February 2008, p. 73.

²³ See, C. MARTIN-ROYLE, *op. cit.*, p. 73.

III. Charge and mortgage – brief remarks.

In English law there are four types of security interests: (1) the pledge, (2) the lien, (3) the mortgage, and (4) the charge²⁴.

A pledge and a contractual lien depend on the delivery of possession to the creditor²⁵. Yet, there is a difference between these two security interests. In the case of a pledge, the owner delivers possession to the creditor as security²⁶. In regard to a lien, the creditor retains possession of goods previously delivered to him for some other purpose²⁷.

The charge and the mortgage do not depend on the delivery of possession²⁸.

Indeed, a charge is a security right which does not require that the chargee take possession of the charged asset²⁹. A charge can have, as its object,

²⁴ See, B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *Land Law. Text, Cases, and Materials*, fourth edition, Oxford University Press, 2018, p. 1032.

See, also, *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, Court of Appeal, 29 July 1997, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 428 (“[t]here are only four kinds of consensual security known to English law: (i) pledge; (ii) contractual lien; (iii) equitable charge and (iv) mortgage”).

²⁵ See, *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, Court of Appeal, 29 July 1997, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 428.

²⁶ See, *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, Court of Appeal, 29 July 1997, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 428.

²⁷ See, *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, Court of Appeal, 29 July 1997, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 428.

²⁸ See, *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, Court of Appeal, 29 July 1997, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 428.

²⁹ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 449.

movable or immovable assets³⁰. The charge is a creature of equity³¹. Of course, a distinction must be made between fixed and floating charges³². The categorization of fixed and floating charges has been the source of much litigation³³. Perhaps, we are now able to state that the standard to be used when we wish to distinguish between a fixed charge and a floating one is this: control over the charged asset. For instance, in *Re Spectrum Plus Ltd*³⁴, we are taught or told that under a floating charge, the chargee does not have the same power to control the security for its own benefit. A floating charge may be converted to a fixed charge by a process called “crystallization”³⁵. This crystallization takes place when the company is unable to deal with its assets in the ordinary course of its business³⁶ or when an agreed event occurs³⁷.

³⁰ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 449.

³¹ See, B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *op. cit.*, p. 1041.

Equity is the work of the Court of Chancery. This court was run by the Chancellor. See, A. TAMBA, *Intentional Torts. O cercetare a Common Law-ului american. Common Law, Equity, Torts Law*, Hamangiu, București, 2015, p. 34-35, no. 9. Another creature or creation of equity is the trust. Some believe that the trust is the most important creation of equity. See, R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 258, no. 258 (“[l]a notion de trust ... est une notion fondamentale du droit anglais et la création la plus importante de l’equity”).

³² See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 454.

³³ See, B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *op. cit.*, p. 1041.

³⁴ See, *Re Spectrum Plus Ltd* [2005] 2 AC 680, HL, in B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *op. cit.*, p. 1041.

³⁵ See, B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *op. cit.*, p. 1041.

³⁶ See, B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *op. cit.*, p. 1041.

³⁷ See, B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *op. cit.*, p. 1041. See, also, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 454 (when a certain specified event happens, the floating charge becomes a fixed charge).

When one creates a mortgage, the person who creates the mortgage is termed the mortgagor and the person in whose favor it is created is called the mortgagee³⁸. In *Santley v. Wilde*, it was established that a mortgage is a conveyance of land or an assignment of chattels³⁹ as a security for the payment of a debt or the discharge of some other obligation⁴⁰. *Santley v. Wilde*⁴¹ is important, because, in our view, the case highlights that a mortgage can have, as its object, a movable or an immovable asset⁴². Nowadays, *Santley*⁴³ cannot be read in the sense that a mortgage depends on or requires the delivery of possession; *Re Cosslett (Contractors) Ltd*⁴⁴ was crystal clear: a mortgage does not depend on the delivery of possession. What a mortgage⁴⁵ does is this: it transfers the mortgagor’s title to the mortgagee. In English law, the mortgagee becomes the owner of the thing which is subjected to the mortgage⁴⁶. The

³⁸ See, M. P. THOMPSON, M. GEORGE, *Thompson’s Modern Land Law*, sixth edition, Oxford University Press, 2017, p. 426.

³⁹ A chattel is personal property (i.e., any movable thing). See, B. A. GARNER (editor in chief), *op. cit.*, p. 268 and p. 1337.

⁴⁰ See, *Santley v. Wilde*, Court of Appeal, 4 August 1899, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 516.

⁴¹ See, *Santley v. Wilde*, Court of Appeal, 4 August 1899, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 516.

⁴² See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 532 (a mortgage can cover both movables and immovables).

⁴³ *Santley v. Wilde*, Court of Appeal, 4 August 1899, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 516.

⁴⁴ *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, Court of Appeal, 29 July 1997, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 428.

⁴⁵ According to one author, at its root, a mortgage is security for a loan. See, M. DIXON, *Modern Land Law*, eleventh edition, Routledge, 2018, p. 410.

⁴⁶ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 517.

mortgagor retains a right of redemption: the right to claim the asset or, in better words, to claim the ownership upon full payment of the secured debt⁴⁷.

Kevin Gray and Susan Francis Gray indicate that the terms “*mortgage*” and “*charge*” are today used interchangeably, both signifying a security interest created by a borrower (mortgagor or chargor) in favour of a lender (mortgagee or chargee)⁴⁸. We doubt that “*mortgage*” and “*charge*” are some sort of synonyms. In *Re Cosslett (Contractors) Ltd*⁴⁹, it is announced that the difference between a charge and a mortgage is the following: a mortgage involves a transfer of ownership to the creditor, whereas a charge does not. Truly, when one is confronted with a charge, he or she would do well to remember: in the situation of a charge, in contrast to a mortgage, there is no transfer of an ownership interest⁵⁰.

IV. Hypothec – a succinct presentation.

In France⁵¹, the hypothec was defined as a security over an immovable that does not require the dispossession of the debtor, and such hypothec may

⁴⁷ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 517.

⁴⁸ See, K. GRAY, S. F. GRAY, *Elements of Land Law*, fifth edition, Oxford University Press, 2009, p. 694, no. 6.1.2.

⁴⁹ See, *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, Court of Appeal, 29 July 1997, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 428.

⁵⁰ See, B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *op. cit.*, p. 1041.

⁵¹ Laurent AYNÈS and Pierre CROCQ write that it is often said that the queen of securities on immovables is the hypothec. See, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit civil. Droit des sûretés*, 11^e édition, LGDJ, Paris, 2017, p. 357, no. 630.

be born by a contract, a legal text, or a judicial decision⁵²; the creditor to whom a hypothec belongs has two prerogatives: (1) the right to “follow” the immovable in whatever hands it may pass (*i.e.*, *droit de suite*), and (2) the right of priority or of preference (*i.e.*, *droit de préférence*)⁵³. In all truth, the French hypothec has three sources⁵⁴: it may be born by a contract⁵⁵; it may be created by legislation (*i.e.*, *loi*)⁵⁶; it may be ordered by the judge⁵⁷.

In Québec⁵⁸, the hypothec is capable of embracing movable or immovable property (art. 2660 of the Civil Code of Québec)⁵⁹. In *Bélaïr et Masseau ltée (Syndic de)*⁶⁰, the court mentioned a hypothec on a movable thing (*i.e.*, *hypothèque mobilière*).

In Romania, the hypothec can have, as its object, a movable or immovable thing (art. 2343 of the Civil Code of Romania)⁶¹. Under the

⁵² See, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2016, p. 395-396, no. 385.

⁵³ See, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 396, no. 385.

⁵⁴ See, M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2017, p. 443, no. 1167.

⁵⁵ See, M. MIGNOT, *op. cit.*, p. 443, no. 1167.

⁵⁶ See, M. MIGNOT, *op. cit.*, p. 443, no. 1167.

⁵⁷ See, M. MIGNOT, *op. cit.*, p. 443, no. 1167.

⁵⁸ Québec is a mixed system of Civil Law and Common Law. See, V. V. Palmer, *Mixed legal systems*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (editors), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 379-380.

⁵⁹ See, J.-L. BAUDOIN, Y. Renaud, *Code civil du Québec Annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 3768.

⁶⁰ See, *Bélaïr et Masseau ltée (Syndic de)*, (C.S., 2006-10-18), in J.-L. BAUDOIN, Y. RENAUD, *op. cit.*, p. 3770.

⁶¹ See, S. I. VIDU, *Garanțiile executării obligațiilor*, in L. POP, I.-Fl. POPA, S. I. VIDU, *Drept civil. Obligațiile*, ediția a II-a, Universul Juridic, București, 2020, p. 635, no. 567; P. VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, ediția a 2-a, Hamangiu, București, 2017, p. 169; R. RIZOIU, *Curs de garanții civile*, Hamangiu, București, 2020, p. 343, no. 153.

Romanian Civil Code of 1864, the hypothec was a property right on immovables; in this regard, the Romanian courts were quite clear⁶².

A hypothec has a few main traits: (1) it is a property right; (2) it has an accessory nature⁶³; (3) it is indivisible⁶⁴; (4) it does not demand the dispossession of the debtor or hypothecor⁶⁵; (5) if the hypothec is a contractual one, it has a formal nature⁶⁶. Three of these traits, we believe, deserve a closer look; those features are (1) the accessory nature of the hypothec, (2) its indivisibility, and (3) its formal nature.

The hypothec is the accessory of a credit right⁶⁷. Hypothec’s accessory nature generates a few consequences: the secured credit right must be valid⁶⁸; if the secured credit right is transferred, the hypothec will also be

⁶² See, *Apel Buc. II, Oct. 17/73. Dr. 77/73*, in C. Hamangiu, N. GEORGEAN, *Codul civil adnotat*, vol. IV, All Beck, *Restitutio*, București, 2002, p. 247.

⁶³ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e édition, Sirey, Paris, 2020, p. 770, no. 1099; V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 539; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome III, premier volume, *Sûretés. Publicité foncière*, 7^e édition (par Y. Picod), Montchrestien, Paris, 1999, p. 285, no. 231; Y. Picod, *Droit des sûretés*, 3^e édition, PUF, Paris, 2008, p. 398, no. 298.

⁶⁴ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 770, no. 1099; Y. PICOD, *op. cit.*, p. 398, no. 298.

⁶⁵ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 770, no. 1099; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit civil. Droit des sûretés*, 11^e édition, LGDJ, Paris, 2017, p. 357, no. 630.

⁶⁶ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 536.

⁶⁷ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 770, no. 1103.

Some authors talk about credit rights and real rights. They tell us that both are part of a person’s patrimony. See, S. LITVINOFF, R. J. SCALISE Jr., *The Law of Obligations in the Louisiana Jurisprudence. A Coursebook*, sixth edition, LSU Paul M. Hebert Law Center, Baton Rouge, 2008, p. 6.

⁶⁸ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 770, no. 1103.

transferred⁶⁹;70 a hypothec will extinguish when the credit right extinguishes⁷¹. It should be said that, in Romania, a hypothec on an immovable must be registered in the Land Register [art. 2377 (1) of the Romanian Civil Code]. Thus, when the secured credit right extinguishes, such a hypothec does not extinguish automatically; the hypothec needs to be “erased” from the Land Register [art. 2428 (1) and (2) (a) of the Civil Code of Romania].

The indivisible nature of the hypothec may be expressed by the following words: *Hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte*⁷². The indivisibility of the hypothec means that, if, *e.g.*, the immovable submitted to the hypothec is divided by a partition, the hypothec itself is not divided⁷³. The indivisibility also means that should the secured debt become divisible (*e.g.*, the debtor dies and he is inherited by two or more persons), the hypothec is not divided.

The formal nature of the hypothec signifies that a contract of hypothec requires a document in writing⁷⁴. In Romania, if the hypothec is created in regard to an immovable, the document must be a notarial deed [art. 2378 (1)

⁶⁹ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 539. See, also, D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^e édition, LGDJ, Paris, 2019, p. 405, no. 547.

⁷⁰ Perhaps, it would not hurt to note that, in Romania, a hypothec may be transferred independently or separately of the secured credit right [art. 2358 (1) of the Romanian Civil Code].

⁷¹ See, D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 405, no. 547.

⁷² See, Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2019, p. 441, no. 589.

⁷³ See, *Civ. 3^e, 6 mars 1996*, in G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, *Code civil annoté*, 118^e édition, Dalloz, Paris, 2018, p. 2751.

⁷⁴ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 538.

of the Romanian Civil Code]; if the hypothec concerns a movable, a written document suffices, but, obviously, a notarial deed may be used (art. 2388 of the Romanian Civil Code). In France, the agreement to create a hypothec demands a notarial deed (art. 2416 of the French Civil Code); on the other hand, the promise of hypothec (*i.e.*, *promesse d’hypothèque*) is not in need of a notarial deed⁷⁵.

In French law, the prohibition of forfeiture clauses (*i.e.*, *pacta commissoria*) has been abolished⁷⁶. A forfeiture clause (*i.e.*, *pacte commissoire*) is a clause that can be placed in the contract of hypothec, and, according to such a clause, the non-performance of the secured debt will render the hypothec owner of the thing submitted to the hypothec⁷⁷. This type of clause is lawful in respect to a hypothec (art. 2459 of the French Civil Code)⁷⁸. Of course, in France, art. 2458 of the Civil Code is called “prohibition of self-help” (*i.e.*, *prohibition de voie parée*)⁷⁹. Thus, a clause in which the parties agree that the creditor can sell the immovable, if the debtor is in default to comply with his obligations is void⁸⁰. The explanation for the rule of the prohibition of self-help is this: this kind of clause entails the risk that

⁷⁵ See, *Req. 5 nov 1860*, in G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, *op. cit.*, p. 2761 (“[u]ne promesse d’hypothèque peut être faite par acte sous seing privé”).

⁷⁶ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 547.

⁷⁷ See, P. TAFFOREAU, *Droit des sûretés. Sûretés personnelles et réelles*, Bruylant, Bruxelles, p. 421, no. 950.

⁷⁸ See, P. TAFFOREAU, *op. cit.*, p. 421, no. 950.

⁷⁹ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 546.

⁸⁰ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 546.

the creditor would sell the thing against a sales price that is sufficient to pay his claim, but which is below the market value⁸¹. We must call attention to the view of one author: according to him, **the clause** of “*voie parée*” is forbidden, but **the convention** of “*voie parée*”, made after the contract of hypothec was born, is valid⁸².

French law accepts a device that may be termed “*rechargeable hypothec*”. *E.g.*, in order to acquire an immovable, a young couple takes a loan in the amount of 150.000 euros from bank A⁸³. The loan is secured by a rechargeable hypothec, created in favor of bank A⁸⁴. The maximum amount of money, that can be secured by the hypothec, is the sum of 200.000 euros⁸⁵. A few months later, the young couple takes a new loan, in the amount of 20.000 euros, from bank B⁸⁶. This loan is secured by the same hypothec, through an agreement of “*rechargement*” made between the borrowers and bank B, before a notary⁸⁷. This example, we think, is helpful in order to understand what the rechargeable hypothec is. Yet, it must be said that, today, the scope of the rechargeable hypothec is narrow⁸⁸. After Law no. 2014-1545 came into force, a rechargeable hypothec may no longer be created in order to

⁸¹ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 546.

⁸² See, P. TAFFOREAU, *op. cit.*, p. 420, no. 947 (“[l]a clause de voie parée a toujours été interdite[;] [e]n revanche, la convention de voie parée, conclue postérieurement à l’acte de constitution d’hypothèque, est jugée valable ...”).

⁸³ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 783, no. 1120.

⁸⁴ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 783, no. 1120.

⁸⁵ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 783, no. 1120.

⁸⁶ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 783, no. 1120.

⁸⁷ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 783-784, no. 1120.

⁸⁸ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 784, no. 1120.

secure “non-professional” credit rights⁸⁹. Therefore, a young couple who want to acquire an immovable, in order to have a home, cannot secure the loan they need through a rechargeable hypothec.

V. Charge and hypothec – functional equivalents.

Continental lawyers often consider that a mortgage is similar or equivalent to a hypothec⁹⁰. Nevertheless, these devices are fundamentally different⁹¹. In *Re Cosslett (Contractors) Ltd*⁹², it is shown that a mortgage involves a transfer of ownership. Indeed, the mortgagee becomes the owner of the thing “exposed” to the mortgage⁹³. In respect to a hypothec, the hypothecee does have a property right⁹⁴, but this right is not ownership⁹⁵; it is a security property right (*i.e.*, *droit réel de garantie*)⁹⁶.

⁸⁹ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 784, no. 1120.

⁹⁰ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 533.

⁹¹ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 534.

⁹² See, *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, Court of Appeal, 29 July 1997, in V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 428.

⁹³ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 517.

⁹⁴ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 770, no. 1101.

⁹⁵ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 770, no. 1101 (“[i]l ne s’agit pas du droit réel principal de propriété ...”).

⁹⁶ See, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 770, no. 1101.

One Romanian author is of the opinion that a hypothec is not simply created⁹⁷; the hypothec, we are told, involves a transfer⁹⁸; most of the times, he believes, the right that is transferred is ownership⁹⁹. To put it simply, in professor Rizoiu’s view, the hypothec generates a transfer of ownership. As Vincent Sagaert would say, this view is, however, mistaken¹⁰⁰. One cannot take, as professor Rizoiu seems to do, ideas that work in the case of a Common Law mortgage and apply them to a Civil Law hypothec.

The functional equivalent of a hypothec is not a mortgage, but rather a charge on land¹⁰¹. This statement is acceptable, if one has in mind a hypothec on immovables, and a charge created in regard to immovables. Yet, perhaps it is possible to go further and say that charge and hypothec are functional equivalents. Charge and hypothec are different means or mechanisms; the charge is a creature of equity¹⁰², whereas the hypothec is not. Still, they generate similar results: they secure claims without transferring ownership to the creditor.

⁹⁷ See, R. RIZOIU, *Totul sau nimic: despre valoarea ipotecii*, in D. A. POPESCU (main editor), I.-Fl. POPA, S. GOLUB, L.-M. HAROSA (coeditors), *In Honorem Dan Chirică. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică*, Hamangiu, București, 2018, p. 815.

⁹⁸ See, R. RIZOIU, *Totul sau nimic: despre valoarea ipotecii*, in D. A. POPESCU (main editor), I.-Fl. POPA, S. GOLUB, L.-M. HAROSA (coeditors), *op. cit.*, p. 815.

⁹⁹ See, R. RIZOIU, *Totul sau nimic: despre valoarea ipotecii*, in D. A. POPESCU (main editor), I.-Fl. POPA, S. GOLUB, L.-M. HAROSA (coeditors), *op. cit.*, p. 815.

¹⁰⁰ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 517.

¹⁰¹ See, V. MARTIN-ROYLE, *Security Interests*, in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (editors), *op. cit.*, p. 534.

¹⁰² See, B. MCFARLANE, N. HOPKINS, S. NIELD, *op. cit.*, p. 1041.

ARTICOLE

INAPLICABILITATEA ACTELOR NORMATIVE PRIVIND SUSPENDAREA LEGALĂ A EXECUTĂRII SILITE ȘI EȘALONAREA PLĂȚII SUMELOR PREVĂZUTE PRIN HOTĂRÂRI JUDECĂTOREȘTI AVÂND CA OBIECT DESPĂGUBIRI REZULTATE ÎN URMA CONCEDIERII NELEGALE

DOI: 10.24193/SUBBiur.66(2021).3.3
Data publicării online: 31.12.2021

Șerban MIRCIOIU*

Rezumat: Prezentul articol urmărește să prezinte modalitatea în care are loc executarea silită a hotărârilor judecătorești având ca obiect despăgubiri rezultate în urma concedierii nelegale respectiv acordarea unor drepturi de natură salarială stabilite în favoarea personalului din sectorul bugetar, devenite executorii

Instanțele de judecată, în măsura în care apreciază că a avut loc o decizie nelegală de încetare a contractului individual de muncă, pronunță hotărâri judecătorești prin care admit acțiunea civilă formulată de către reclamant împotriva pârâtului, instituție sau autoritate publică, urmând a dispune anularea deciziei de încetare a contractului individual de muncă emisă de pârât, iar față de prevederile art. 80 din Codul muncii dispun reintegrarea în funcția avută anterior emiterii deciziei menționate și obligarea pârâtului la plata unei despăgubiri egale cu salariile indexate, majorate și reactualizate, începând cu data deciziei de încetare a contractului

* Doctor în drept, avocat, Baroul Cluj, lector I.N.P.P.A., serban.mircioiu@avocatbaras.ro.

individual de muncă emisă de pârât și până la reintegrarea efectivă. Ulterior creditorii se adresează executorului judecătoresc solicitând punerea în executare silită, împotriva debitorului a sumei integrale stabilite prin hotărârea judecătorească – titlu executoriu iar debitorii, instituțiile și autoritățile publice formulează, de regulă, contestație la executare, invocă drept argument principal al contestației la executare incidența actelor normative care prevăd faptul că, drepturile de natură salarială ce fac obiectul executării silite se plătesc eșalonat.

Incidența actelor normative care stipulează eșalonarea la plată a sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești în favoarea personalului din instituțiile și autoritățile publice în cazul despăgubirilor acordate conform art. 80 C.m., în caz de concediere ilegală, este exclusă.

Natura juridică a drepturilor câștigate de către creditorii prin titlurile executorii nu reprezintă drepturi de natură salarială ci despăgubiri compensatorii pentru încetarea nelegală a raporturilor de muncă.

În concluzie, actele normative care stabilesc plata eșalonată a drepturilor de natură salarială stabilite în favoarea personalului din instituțiile și autoritățile publice și care suspendă executarea hotărârilor judecătorești nu au aplicabilitate în ipoteza drepturilor câștigate de către personalul din instituțiile și autoritățile publice prin titluri executorii ce reprezintă despăgubiri compensatorii pentru încetarea nelegală a raporturilor de muncă, în aceste cazuri sumele datorate creditorilor urmând a fi achitate integral.

Cuvinte cheie: punerea în executare silită a despăgubirilor rezultate în urma concedierii nelegale; despăgubiri egale cu salariile indexate, majorate și reactualizate, drepturi de natură salarială; suspendarea legală a executării silite și eșalonarea la plată a sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești.

DIE NICHTANWENDUNG DER
VERSCHIEDENEN RECHTSAKTEN
HINSICHTLICH DER
AUFHEBUNG DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG
DER BETRÄGE ENTSTANDEN AUS URTEILEN,
DIE
ALS GEGENSTAND ENTSCHÄDIGUNG UND
SCHADENSERSATZ WEGEN UNWIRKSAMER
KÜNDIGUNG
HABEN

Kurzfassung: Der nationale Gesetzgeber hat verschiedene Rechtsakte erlassen, hinsichtlich der Aufhebung der Zwangsvollstreckung der Beträge entstanden aus Urteilen der Gerichte, die als Gegenstand Ansprüche mit Gehaltscharakter der Staatsangestellte haben. Diese Aufhebung der Zwangsvollstreckung ist im Fall der Urteile, die als Gegenstand Entschädigung und Schadensersatz wegen unwirksamer Kündigung haben, ist nicht anwendbar, weil die Rechtsnatur dieser Urteile unterschiedlich ist. Diese Urteile haben als Gegenstand nicht keine Ansprüche mit Gehaltscharakter, sondern Entschädigung und Schadensersatz wegen unwirksamer Kündigung. Nur bei Ansprüchen mit Gehaltscharakter wird die Zwangsvollstreckung aufgehoben. Urteile, die als Gegenstand Ansprüche mit Gehaltscharakter haben, unterscheiden sich in wesentlicher Weise von den Urteilen, die als Gegenstand Entschädigung und Schadensersatz wegen unwirksamer Kündigung haben. Im

letzteren Fall ist die Aufhebung der Zwangsvollstreckung rechtswidrig und der Gerichtsvollzieher muss die getroffenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht aufheben.

Stichwörter: die Zwangsvollstreckung der Beträge entstanden aus Urteilen, die als Gegenstand Entschädigung und Schadensersatz wegen unwirksamer Kündigung haben, Ansprüche mit Gehaltscharakter, die Aufhebung der Zwangsvollstreckung.

IRRELEVANCE OF THE LAWS ON LEGAL
SUSPENSION OF THE ENFORCEMENT AND
THE PAYMENT SCHEDULING OF THE
AMOUNTS PROVISIONED BY COURT ORDERS
HAVING AS OBJECT COMPENSATIONS
RESULTED SUBSEQUENT TO ILLEGAL
DISMISSAL

Abstract: The purpose of this article is to set out the way enforcement of court orders is taking place with regard to compensation resulting from illegal dismissal and the granting of salary entitlements established in favour of staff in the budgetary sector, which have become enforceable.

The courts, in so far as they consider that an unlawful decision to terminate the individual employment contract has taken place, shall give judgment in admitting the civil action brought by the applicant against the defendant, institution or public authority, ordering the annulment of the termination decision of the individual employment contract issued by the defendant, and, in relation to the provisions of art. 80 of the Romanian Labour Code provides for the reinstatement in the position held before the issuance of the said decision and obliges the defendant to pay compensation equal to the indexed, increased and updated salaries, starting with the date of the decision to terminate the individual employment contract issued by the defendant and until effective reinstatement. Subsequently, the creditors address the bailiff requesting the enforcement, against the debtor, of the full amount established by the court order - enforceable title and the debtors, institutions and public authorities usually file an appeal against enforcement, invoking as main argument of such appeal against enforcement the incidence of the norms that stipulate that the salary rights that are subject to enforcement are paid in instalments.

The incidence of the laws stipulating the payment scheduling of the amounts provided by court orders in favour of the personnel from the public institutions and authorities in case of the compensations granted according to art. 80 Romanian C.m., in case of illegal dismissal, is excluded.

The legal nature of the rights earned by creditors through enforceable titles does not represent salary rights but compensatory damages for the illegal termination of employment.

In conclusion, the pieces of legislation that establish the scheduled payment of salary rights established in favour of staff in public institutions and authorities and that suspend the execution of court orders are not applicable in the case of rights

earned by staff in public institutions and authorities by enforceable titles representing compensatory damages for the illegal termination of employment, in these cases the amounts due to creditors will be paid in full.

Key-words: enforcement of damages resulting from illegal dismissal; compensation equal to indexed, increased and updated salaries, salary rights; the legal suspension of the forced execution and the payment scheduling of the amounts provided by court orders.

Cuprins

| | | |
|------|--|----|
| I. | Sediul legal | 81 |
| II. | Hotărârile judecătorești având ca obiect despăgubiri rezultate în urma concedierii nelegale pronunțate împotriva unor instituții sau autorități publice. | 84 |
| III. | Inaplicabilitatea actelor normative privind suspendarea legală a executării silite și eșalonarea plății sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești având ca obiect despăgubiri rezultate în urma concedierii nelegale | 85 |
| IV. | Concluzii | 96 |

I. Sediul legal

În vederea menținerii sau al restabilirii echilibrului bugetar, legiuitorul național a adoptat de-a lungul timpului mai multe acte normative, acestea fiind în ordinea succesiunii în timp: OUG nr. 75/2008, privind stabilirea de măsuri pentru soluționarea unor aspecte financiare în sistemul justiției¹, OUG nr. 71/2009, privind plata unor sume prevăzute în titluri executorii având ca obiect acordarea de drepturi salariale personalului din sectorul bugetar², OUG nr. 99/2016, privind unele măsuri pentru salarizarea

¹ Publicată în M.of.: 462 din 20 iunie 2008.

² Publicată în M.of.: 416 din 18 iunie 2009.

personalului plătit din fonduri publice, prorogarea unor termene, precum și unele măsuri fiscal-bugetare³, OUG nr. 90/2017, privind unele măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene⁴, OUG nr. 114/2018, privind instituirea unor măsuri în domeniul investițiilor publice și a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene⁵ și OUG nr. 130/2021, privind unele măsuri fiscal-bugetare, prorogarea unor termene, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative⁶.

Toate aceste acte normative au avut ca scop în esență eşalonarea la plată a sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești, având ca obiect acordarea unor drepturi de natură salarială în favoarea personalului din instituțiile și autoritățile publice, titluri devenite executorii. Aceste acte normative care au stabilit prorogarea unor termene de plată au drept scop declarat consolidarea capacității financiare și operaționale a statului, după cum este prezentat pe larg în expunerea de motive din cuprinsul acestor acte normative. Ele dispun *suspendarea legală* a executării silite a hotărârilor judecătorești și reglementează o procedură de executare după care se va realiza plata unor sume prevăzute prin hotărâri judecătorești având ca obiect acordarea unor drepturi de natură salarială stabilite în favoarea *personalului din sectorul bugetar*, devenite executorii.

³ Publicată în M.of.: 1.035 din 22 decembrie 2016.

⁴ Publicată în M.of.: 973 din 7 decembrie 2017.

⁵ Publicată în M.of.: 1116 din 29 decembrie 2018.

⁶ Publicată în M.of.: 1202 din 18 decembrie 2021.

Astfel, spre exemplu, conform art. 39 din OUG nr. 114/2018: „ (1) Plata sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești având ca obiect acordarea unor drepturi de natură salarială stabilite în favoarea personalului din instituțiile și autoritățile publice, devenite executorii în perioada 1 ianuarie 2019-31 decembrie 2021, se va realiza astfel: a) în primul an de la data la care hotărârea judecătorească devine executorie se plătește 5% din valoarea titlului executoriu; b) în al doilea an de la data la care hotărârea judecătorească devine executorie se plătește 10% din valoarea titlului executoriu; c) în al treilea an de la data la care hotărârea judecătorească devine executorie se plătește 25% din valoarea titlului executoriu; d) în al patrulea an de la data la care hotărârea judecătorească devine executorie se plătește 25% din valoarea titlului executoriu; e) în al cincilea an de la data la care hotărârea judecătorească devine executorie se plătește 35% din valoarea titlului executoriu. (2) Procedura de plată eșalonată prevăzută la alin. (1) se aplică și în ceea ce privește plata sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești devenite executorii în perioada 1 ianuarie 2019-31 decembrie 2021, având ca obiect acordarea de daune-interese moratorii sub forma dobânzii legale pentru plata eșalonată a sumelor prevăzute în titluri executorii având ca obiect acordarea unor drepturi salariale personalului din sectorul bugetar. (3) În cursul termenului prevăzut la alin. (1), orice procedură de executare silită se suspendă de drept. (4) Sumele prevăzute la alin. (1), plătite în temeiul prezentei ordonanțe de urgență, se actualizează cu indicele prețurilor de consum comunicat de Institutul Național de Statistică. (5) La sumele actualizate în condițiile alin. (4) se acordă dobânda legală remuneratorie, calculată de la data la care hotărârea judecătorească a rămas executorie. (6) Prin ordin al ordonatorilor principali de credite va fi stabilită procedura de efectuare a plății titlurilor executorii, cu respectarea termenelor prevăzute la alin. (1).”

⁷ Prevederi similare se regăsesc și în art. VI. al OUG nr. 130/2021, privind unele măsuri fiscal-bugetare, prorogarea unor termene, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

II. Hotărârile judecătorești având ca obiect despăgubiri rezultate în urma concedierii nelegale pronunțate împotriva unor instituții sau autorități publice.

De regulă, în aceste litigii specifice dreptului muncii instanțele de judecată, în măsura în care apreciază că a avut loc o decizie nelegală de încetare a contractului individual de muncă, pronunță hotărâri judecătorești prin care admit acțiunea civilă formulată de către reclamant împotriva pârâtului, instituție sau autoritate publică, urmând a dispune anularea deciziei de încetare a contractului individual de muncă emisă de pârât, iar față de prevederile art. 80 din Codul muncii dispun reintegrarea în funcția avută anterior emiterii deciziei menționate și obligarea pârâtului la plata unei *despăgubiri* egale cu salariile indexate, majorate și reactualizate, precum și cu celelalte drepturi de care reclamanta ar fi beneficiat, inclusiv plata contribuțiilor sociale aferente, începând cu data deciziei de încetare a contractului individual de muncă emisă de pârât și până la reintegrarea efectivă. Potrivit art. 274 C.m., hotărârile pronunțate în fond sunt definitive și *executorii de drept*.

Ulterior, creditorii se adresează executorului judecătoresc solicitând punerea în executare silită împotriva debitorului a *sumei integrale* stabilite prin hotărârea judecătorească – titlu executoriu. În absența unei reglementări exprese în legislația muncii este aplicabil termenul de 3 ani de prescripție a executării⁸, stabilit de art. 706 alin. (1) C. pr. civ.

⁸ A se vedea, R.R. POPESCU, *Dreptul european al muncii: legislație, doctrină, jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 235.

Debitorii, instituțiile și autoritățile publice formulează, de regulă, contestație la executare, solicitând, suspendarea executării silite demarate în dosarul execuțional, anularea încheierii de încuviințare a executării silite emise de judecătore, anularea tuturor actelor de executare privind executarea silită începută împotriva contestatorului și eventual întoarcerea executării silite prin obligarea creditorului la restituirea către contestator a sumelor consemnate la dispoziția executorului judecătorec⁹. În esență, intimații, instituțiile și autoritățile publice, invocă drept argument principal al contestației la execuție incidența actelor normative care prevăd faptul că drepturile de natură salarială ce fac obiectul executării silite se plătesc eşalonat, în tranșe.

III. Inaplicabilitatea actelor normative privind suspendarea legală a executării silite și eşalonarea plății sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești având ca obiect despăgubiri rezultate în urma concedierii nelegale

La o primă vedere s-ar părea că aceste acte normative menționate mai sus vizează toate situațiile în care este vorba despre sume prevăzute prin hotărâri judecătorești având ca obiect acordarea unor *drepturi de natură salarială* stabilite în favoarea personalului din instituțiile și autoritățile publice.

⁹ A se vedea în acest sens Jud. Cluj-Napoca, sent. civ. nr. 2956/2021 din data de 28 aprilie 2021, (nepublicată).

Problema care se pune este dacă drepturile obținute de către creditori prin aceste hotărâri judecătorești sunt *drepturi de natură salarială sau asimilate salariilor*, fiind derivate dintr-un raport de muncă salarizat din fonduri publice și dacă le sunt aplicabile pe cale de consecință actele normative care impun *eșalonarea la plată* a sumelor obținute astfel de către creditori.

Potrivit art. 76 alin. (1) din Codul fiscal: „sunt considerate venituri din salarii toate veniturile în bani și/sau în natură obținute de o persoană fizică rezidentă ori nerezentă ce desfășoară o activitate în baza unui contract individual de muncă, a unui raport de serviciu, act de detașare sau a unui statut special prevăzut de lege, indiferent de perioada la care se referă, de denumirea veniturilor ori de forma sub care ele se acordă, inclusiv indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă acordate persoanelor care obțin venituri din salarii și asimilate salariilor¹⁰. Art. 76 alin. (2) lit. s) din Codul fiscal prevede că sunt considerate asimilate salariilor, din punct de vedere fiscal: orice alte sume sau avantaje în bani ori în natură, urmând ca, la alineatul următor să fie redate cu titlu exemplificativ, iar nu limitativ, categorii de astfel de sume sau avantaje. Potrivit normelor metodologice aplicabile Codului fiscal, în sensul art. 76 alin. (1) și (2) din Codul fiscal, veniturile brute din salarii sau asimilate salariilor cuprind totalitatea sumelor încasate și/sau contravaloarea veniturilor în natură primite ca urmare a unei relații contractuale de muncă, raport de serviciu, act de detașare, precum și orice sume de natură salarială primite în baza unor statute speciale prevăzute de lege, indiferent de perioada la care se referă. Or, despăgubirilor obținute

¹⁰ Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, publicată în M.of.: 688 din 10 septembrie 2015, cu modificările și completările ulterioare.

de către creditorii, egale cu salariile indexate, majorate și reactualizate, au rezultat ca urmare a unui raport de muncă, desfășurat în baza unui contract individual de muncă și se calculează raportat la salariul de bază prevăzut de lege pentru categoria sa de personal plătit din fonduri publice.

Pe cale de consecință, în lumina legislației fiscale și acestor titluri executorii, reprezentate de hotărâri judecătorești, având ca obiect despăgubiri rezultate în urma concedierii nelegale, ar urma să le fie aplicabile actele normative privind eşalonarea plății sumelor devenite executorii iar o eventuală executare silită ar putea avea loc numai fracționat, pentru o parte din suma care devine exigibilă și nu pentru întregul sumei prevăzută în titlul executoriu.

La o analiză mai atentă, *o astfel de interpretare este eronată* pentru argumentele pe care le vom dezvolta în cele ce urmează.

În primul rând, toate aceste acte normative se referă la hotărâri judecătorești având ca obiect „*acordarea unor drepturi de natură salarială stabilite în favoarea personalului din instituțiile și autoritățile publice*”, însă natura juridică a dreptului de creanță recunoscut prin astfel de hotărâri judecătorești este alta.

Natura juridică a drepturilor câștigate de către creditorii print titlurile executorii nu reprezintă *drepturi de natură salarială* și nici despăgubiri moratorii ci, *despăgubiri compensatorii* pentru încetarea nelegală a raporturilor de muncă¹¹. Drept consecință, nu se poate, din punct de vedere

¹¹ A se vedea în acest sens: Jud. Cluj-Napoca, sent. civ. nr. 950/2021 din data de 15 februarie 2021, (nepublicată); Jud. Cluj-Napoca, sent. civ. nr. 2956/2021 din data de 28 aprilie 2021, (nepublicată).

juridic, susține faptul că dispozițiile ordonanțelor de urgență mai sus amintite ar fi aplicabile.

Plata eșalonată a acestor creanțe a fost repudiată și de către jurisprudența mai veche, considerându-se faptul că dispozițiile OUG 71/2009 nu se aplică în situația despăgubirilor egale cu salariile indexate, majorate și actualizate și celelalte drepturi, de care ar fi beneficiat salariatul, dacă nu ar fi fost concediat nelegal¹².

Astfel, *despăgubirile* oferite salariatului în caz de concediere nelegală, nu trebuie confundate cu *drepturile salariale*, cuprinse în art. 159 C.m., ce au un regim juridic diferit, iar în acest sens, este exclusă aplicarea acestor ordonanțe pentru despăgubirile acordate conform art. 80 C.m., în caz de concediere nelegală. Prin salariu, conform art. 159 din Codul muncii, se înțelege salariul de bază, indemnizațiile, sporurile, precum și alte adaosuri, în schimb, potrivit art. 80 C.m., în caz de concediere nelegală se acordă *despăgubiri*, care deși sunt egale cu salariile ce trebuiau plătite, indexate corespunzător, nu trebuie confundate ca natură juridică cu drepturile salariale prevăzute de Codul muncii.

De asemenea, Minuta din data de 15 iunie 2018, emisă în urma Întâlnirii președinților secțiilor pentru cauze privind conflictele de muncă și asigurări sociale ai curților de apel¹³, afirmă faptul că „salariatul va fi repus în

¹² A se vedea Trib. Argeș, secția civilă, dec. civ. nr. 750 din 20 martie 2013, - *Concediere ilegală. Despăgubiri. Inaplicabilitatea OUG nr. 71/2009*, speță trimisă în rezumat de judecător V. Terzea, în RRES, nr. 2/2013 pp. 139-144.

¹³ Întâlnirea președinților secțiilor pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale ai curților de apel, *Minuta*, [INSTITUTUL NAȚIONAL AL MAGISTRATURII org.], [online], http://inm-lex.ro/fisiere/d_2444/Minuta%20intalnire%20litigii%20de%20munca%2015%20iunie%202018.pdf, București, 15 iunie 2018.

situația anterioară acestei decizii, dar nu prin aplicarea extensivă a art. 80 alin. (1) C. muncii, ci prin aplicarea principiului de drept comun privind *repunerea părților în situația anterioară.*”

Interpretarea actelor normative expuse, în sens contrar, ar determina o discriminare nepermisă, suplimentară, salariatului concediat nelegal care, deși repus în situația anterioară, nu și-ar putea încasa *ex tunc* salariul, în aceleași condiții precum un salariat în funcție.

O asemenea discriminare este interzisă și de prevederile art. 16 alin. (1), din cadrul Constituției României¹⁴, prin care se prevede faptul că „cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări”, coroborat cu art. 41 alin. (2) din cadrul aceluiași act normativ care prevede că:

„salariații au dreptul la măsuri de protecție socială. Acestea privesc securitatea și sănătatea salariaților, regimul de muncă al femeilor și al tinerilor, instituirea unui salariu minim brut pe țară, repausul săptămânal, concediul de odihnă plătit, prestarea muncii în condiții deosebite sau speciale, formarea profesională, precum și alte situații specifice, stabilite prin lege.”

Pentru a fi în deplină concordanță cu spiritul și litera legii, se impune a se achita *global* suma, constând în despăgubirile enunțate, salariatului repus în funcție, în urma unei concedieri nelegale, respectându-se astfel, inclusiv art. 6 alin. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, respectiv dreptul la un proces echitabil. În acest sens, s-a pronunțat Curtea și

¹⁴ Publicată în M.of.: 233 din 21 noiembrie 1991, modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003, publicată în M.of.: 758 din 29 octombrie 2003, republicată de Consiliul Legislativ.

în cadrul hotărârilor pronunțate în Cauza Șandor c. România din 24 martie 2005¹⁵, respectiv Cauza Hornsby c. Grecia¹⁶ din 19 martie 1997.

Astfel, în cadrul celei dintâi hotărâri amintite, se afirmă faptul că, garanțiile prevăzute la art. 6 din Convenție sunt aplicabile și în faza executării silite a hotărârii judecătorești, întrucât procesul civil include și etapa executării silite, având în vedere că, în caz contrar, respectiv dacă ordinea juridică a unui stat ar permite ca o hotărâre definitivă și obligatorie să rămână fără efect în detrimentul unei părți, dreptul de acces la o instanță ar deveni iluzoriu.

Pe de-altă parte, în cuprinsul celei de-a doua hotărâri, se relevă faptul că, este excesiv și, prin urmare, contrar dreptului la un proces echitabil să se pretindă unui creditor al statului să recurgă la o procedură de executare silită pentru a-și realiza dreptul de creanță stabilit într-o procedură judiciară.

În același timp, art. 6 al Convenției europene a drepturilor omului face referire la respectarea unui *termen rezonabil*, pentru punerea în executare a unei hotărâri judecătorești definitive.

În continuare, în susținerea celor expuse, este necesar a fi subliniat faptul că drepturile acordate în baza unei hotărâri judecătorești, persoanei reîncadrate în funcție, în urma concedierii nelegale, nici nu pot fi catalogate ca fiind drepturi de natură salarială, deoarece persoana respectivă nici nu mai avea calitatea de angajat/salariat, contractul de muncă fiind desființat de către angajator.

¹⁵ Publicată în M.of.: 1048 din 25 noiembrie 2005.

¹⁶ A se vedea *Hornsby v. Greece* (Article 50), 1 April 1998, disponibilă la adresa: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=00158153&filename=CASE%20OF%20HORNSBY%20v.%20GREECE%20>.

Astfel, drepturile salariale, ca expresie a muncii prestate, se cuvin angajatului numai pentru perioada în care acesta se află în raporturi de muncă cu angajatorul, *nu și ulterior acestei perioade*¹⁷. Or, creditorilor le-au fost acordate aceste *despăgubiri* de către instanțele judecătorești tocmai pentru că angajatorul a încetat contractul de muncă în mod nelegal.

Despăgubirile au o cu totul o altă cauză decât drepturile salariale și acoperă prejudiciul suferit în urma concedierii și reprezintă o *sanctiune a unui comportament nelegal al angajatorului*. Acestea se acordă chiar și în situația în care salariatul concediat nelegal s-a angajat între timp la alt angajator, deoarece *acestea* au cu totul o altă cauză decât drepturile salariale aferente noului loc de muncă, acestea din urmă reprezentând contravaloarea muncii prestate în folosul noului angajator, *pe când despăgubirile acoperă prejudiciul suferit în urma concedierii*.

Totodată, așa cum s-a evidențiat și în literatura de specialitate, despăgubirile nu reprezintă o contraprestație a muncii ci o sancțiune a unui comportament nelegal al angajatorului¹⁸.

În plus, ordonanțele de urgență mai sus amintite au în vedere plata unor sume prevăzute în titluri executorii, având ca obiect acordarea de drepturi salariale ale personalului din sectorul bugetar stabilite prin hotărâri judecătorești, *respectiv alte drepturi decât cele pe care angajații le primeau în mod obișnuit pentru munca prestată*. Așadar, prin folosirea sintagmei „*acordarea*”, legiuitorul are în vedere drepturi de care angajatul nu a mai

¹⁷ A se vedea, A. ȚICLEA, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 501.

¹⁸ Idem, *Tratat privind încetarea raporturilor de muncă*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 610.

beneficiat anterior, drepturi care au fost acordate prin hotărâri judecătorești și care au fost suplimentare față de cele acordate personalului bugetar.

Pe de altă parte *salariul* se datorează pentru munca prestată. Acesta ar fi motivul pentru care diminuarea orelor de muncă sau concediul, fac să se modifice obligația de plată a salariului sau să se suspende, caz în care se plătește o indemnizație, nu salariu. Or salariatul concediat nelegal *nu prestează muncă pe perioada cuprinsă între data de la care îi încetează contractul individual de muncă prin concediere și data reîntegrării sale pe post*. Ceea ce i se datorează, de angajator, *nu ar putea fi așadar un salariu – în lipsa muncii – ci drepturi bănești egale cu salariul la care ar fi fost îndreptățit*, natura drepturilor e așadar diferită, iar raportarea la salariu e doar o modalitate de estimare a prejudiciului.

Dincolo de asta, despăgubirea se extinde și asupra valorii „celorlalte drepturi de care reclamantul nu a beneficiat” deci nu ar putea fi calificată ca un *drept de natură salarială întrucât nu ține de natura salariului plata unei asemenea despăgubiri și nici despăgubirea nu se rezumă doar la plata unui salariu*.

Poate că cel mai puternic argument în favoarea inaplicabilității actelor normative privind eşalonarea plății sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești având ca obiect despăgubiri rezultate în urma concedierii nelegale îl reprezintă însă considerentele decisive ale Deciziei Curții Constituționale nr. 355/2011¹⁹.

Prin această decizie Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra excepției de neconstituționalitate a prevederilor art. 1 alin.(1) din

¹⁹ Publicată în M.of.: 500 din 13 iulie 2011.

OUG nr. 71/2009 privind plata unor sume prevăzute în titluri executorii având ca obiect acordarea de drepturi salariale personalului din sectorul bugetar. Cu toate că a respins ca inadmisibilă excepția de neconstituționalitate, având în vedere că aspectele invocate de autorul excepției, nu vizează o problemă ce ține de contenciosul constituțional, ci este o problemă de interpretare și aplicare a legii, ce este atributul exclusiv al instanțelor judecătorești, Curtea Constituțională a făcut o analiză detaliată a situației juridice deduse judecății.

Deși analiza Curții se referă la OUG nr. 71/2009 și între timp au apărut mai multe acte normative diferite, principiile reținute în cuprinsul Deciziei Curții Constituționale nr. 355/2011 se aplică și în ceea ce privește restul ordonanțelor menționate în cuprinsul prezentului articol deoarece toate aceste ordonanțe vizează aceeași materie, respectiv acestea reglementează o procedură de executare, după care se va realiza plata unor sume prevăzute prin hotărâri judecătorești având ca obiect acordarea unor drepturi de natură salarială stabilite în favoarea personalului din sectorul bugetar, devenite executorii.

Având în vedere că principiile reținute în considerentele Deciziei Curții Constituționale nr. 355/2011 urmează să se aplice în opinia noastră și în ceea ce privește restul ordonanțelor menționate în cuprinsul prezentului articol apreciem că este important să le reproducem mai jos *in extenso*.

Astfel, Curtea Constituțională reține că:

„deși prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 71/2009, cu modificările și completările ulterioare, nu fac diferența explicită între *drepturile salariale obținute prin sentințe judecătorești definitive și executorii în cazul salariaților din instituțiile publice care au obținut o majorare sau o completare a acestor drepturi, prin care*

li s-au acordat anumite sporuri, prime etc. la salariul stabilit prin contractul individual de muncă, și drepturile salariale cuprinse în contractul individual de muncă, se poate reține că întinderea de aplicare a acesteia, așa cum de altfel reiese și din titlul său, este circumscrisă la hotărâri judecătorești prin care au fost acordate drepturi de natură salarială stabilite în favoarea personalului din sectorul bugetar și nu la hotărâri judecătorești prin care instituțiile publice sunt obligate la plata unor sume de bani în favoarea salariaților ca urmare a concedierilor efectuate în mod netemeinic sau nelegal.”

Prin urmare, una este situația în care anumite categorii de salariați au sesizat instanțele judecătorești pentru a obține aplicarea unor dispoziții legale prin care să obțină o majorare a drepturilor salariale, majorare care le-a fost refuzată de angajator tocmai pe motivul că acele dispoziții legale nu se aplică, și alta este situația în care un salariat a sesizat instanța pentru ca aceasta să constate concedierea sa nelegală și să dispună revenirea la situația anterioară, prin urmare să restabilească ordinea de drept încălcată.

În prima situație este vorba de obținerea unor drepturi de natură salarială care nu au fost acordate prin procedura normală și nu este cazul a distinge motivele pentru care angajatorii - instituții publice - nu au acordat aceste drepturi, iar drepturile astfel obținute grevează bugetul public fără ca Guvernul să aibă posibilitatea să angajeze cheltuieli de natură salarială prin bugetul de stat.

Doar pentru această stare de lucruri Guvernul a emis Ordonanța de urgență a guvernului nr. 71/2009, care a fost modificată prin Ordonanța de urgență a guvernului nr. 18/2010 și prin Ordonanța de urgență a guvernului nr. 45/2010, prin care a eşalonat acordarea acestor drepturi cuprinse în hotărâri judecătorești pe o perioadă de timp care să poată fi susținută de resursele financiare ale bugetului.

De altfel, curtea constată că prima eșalonare a plății sumelor prevăzute în titlurile executorii a fost reglementată prin Ordonanța de urgență a guvernului nr. 75/2008 privind stabilirea de măsuri pentru soluționarea unor aspecte financiare în sistemul justiției, având ca obiect acordarea unor drepturi de natură salarială stabilite în favoarea personalului din sistemul justiției.

Ulterior acestui act normativ a fost adoptată Ordonanța de urgență a guvernului nr. 71/2009 privind plata unor sume prevăzute în titluri executorii având ca obiect acordarea de drepturi salariale personalului din sectorul bugetar, ce reglementează eșalonarea plății sumelor prevăzute în titlurile executorii, având ca obiect acordarea unor drepturi de natură salarială stabilite în favoarea personalului din sectorul bugetar.

În consecință, ținând cont de intenția legiuitorului, este evident că Ordonanța de urgență a guvernului nr. 71/2009 privind plata unor sume prevăzute în titluri executorii având ca obiect acordarea de drepturi salariale personalului din sectorul bugetar nu vizează ipoteza art. 78 din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, ci ipoteza unor drepturi salariale suplimentare obținute prin legi speciale.

II. Persoanele care au câștigat în instanță drepturi salariale ca urmare a concedierii, după ce instanța de judecată a stabilit că aceasta a fost efectuată în mod netemeinic sau nelegal, așa cum este prevăzut în art. 78 din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, *se află în altă situație juridică* decât cea vizată de Ordonanța de urgență a guvernului nr. 75/2008 și de Ordonanța de urgență a guvernului nr. 71/2009.

Potrivit prevederilor invocate din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, în cazul în care concedierea a fost efectuată în mod netemeinic sau nelegal,

instanța va dispune anularea ei și va obliga angajatorul la plata unei despăgubiri egale cu salariile indexate, majorate și reactualizate și cu celelalte drepturi de care ar fi beneficiat salariatul, iar la solicitarea salariatului instanța care a dispus anularea concedierii va repune părțile în situația anterioară emiterii actului de concediere.

Potrivit principiului de drept *quod nullum est, nullum producit effectum*, consecințele juridice ale aplicării sancțiunii nulității constau, pe de o parte, în lipsirea actului de efectele contrarii normelor ce ar fi trebuit avute în vedere la încheierea sa și, pe de altă parte, în restabilirea legalității.

Or, restabilirea legalității, ca efect al nulității, implică restabilirea situației anterioare. Aceasta presupune ca persoana în cauză, ca urmare a anulării concedierii, să ajungă la *situația de a-și recupera toate drepturile de care a fost deposedată prin actul nelegal al angajatorului, respectiv să își recupereze statutul de salariat, funcția sau postul, locul de muncă, să primească salariul retroactiv cu titlu de despăgubiri și celelalte drepturi de care ar fi beneficiat.*”

IV. Concluzii

În opinia noastră, este exclusă incidența actelor normative care stipulează eşalonarea la plată a sumelor prevăzute prin hotărâri judecătorești în favoarea personalului din instituțiile și autoritățile publice în cazul despăgubirilor acordate conform art. 80 C.m., în caz de concediere nelegală.

Natura juridică a drepturilor câștigate de către creditorii print titlurile executorii nu reprezintă drepturi de natură salarială ci *despăgubiri compensatorii* pentru încetarea nelegală a raporturilor de muncă.

Restabilirea legalității, ca efect al nulității, implică restabilirea situației anterioare care presupune ca persoana în cauză, ca urmare a anulării concedierii, să ajungă la situația de a-și recupera toate drepturile de care a fost deposedată prin actul nelegal al angajatorului, respectiv să primească salariul retroactiv cu titlu de *despăgubire*.

În concluzie, actele normative care stabilesc plata eșalonată a drepturilor de natură salarială stabilite în favoarea personalului din instituțiile și autoritățile publice și care suspendă executarea silită a hotărârilor judecătorești nu au aplicabilitate în ipoteza drepturilor câștigate de către personalul din instituțiile și autoritățile publice prin titluri executorii ce reprezintă *despăgubiri compensatorii* pentru încetarea nelegală a raporturilor de muncă.

În aceste cazuri sumele datorate creditorilor urmează să fie achitate integral, o altă interpretare fiind contrară jurisprudenței Curții Constituționale și dreptului la un proces *echitabil* într-un *termen rezonabil*, în sensul art. 6 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

CONȘTIENTIZAREA DREPTULUI TRANSNAȚIONAL ÎN ACȚIUNE

DOI: 10.24193/SUBBIur.66(2021).3.4
Data publicării online: 31.12.2021

Radu-Bogdan BOBEI*

Rezumat: Situațiile transnaționale sunt imaginea dreptului transnațional în acțiune. Acest articol subliniază nevoia de a teoretiza acest drept transnațional în acțiune. Asemenea teoretizare nu poate neglija ordinele juridice transnaționale. Interacțiunea dintre actorii de drept privat și actorii de drept public este plină de dinamism. În plus, aceași interacțiune se desfășoară *dincolo de*, dar și *de-a lungul și de-a latul* teritoriilor statelor-națiune în egală măsură. Teoretizarea acestei interacțiuni – esența dreptului transnațional în acțiune, implică, la urma urmelor, înțelegerea realităților transnaționale pe care le trăim.

Cuvinte-cheie: situații transnaționale, drept transnațional, ordini juridice transnaționale, teoria dreptului transnațional

* Membru *ad honorem* în Consiliul de conducere al Institutului Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat (UNIDROIT), Roma; conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București, radu-bogdan.bobei@drept.unibuc.ro.

THEORIZING TRANSNATIONAL LAW IN ACTION

Abstract: Transnational situations are the image of the transnational law in action. This paper outlines the need of theorizing this transnational law in action. Such theory cannot neglect the transnational legal orders. The interaction between actors of private law and actors of public law is full of dynamics. Furthermore, the same interaction deploys *beyond* and *across* the territories of the nations-States altogether. Theorizing such interaction – the core of transnational law in action, involves, after all, the understanding of the transnational realities we are living.

Key-words: transnational situations, transnational law, transnational legal orders, theory of transnational law.

Cuprins

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Sugestie inocentă a unui prezumtiv privatist | 100 |
| II. | Dreptul transnațional în acțiune, conceptualizând | 110 |
| III. | Sugestie inocentă a unui prezumtiv doctrinar..... | 132 |

I. Sugestie inocentă a unui prezumtiv privatist

Este un fapt: o serie de actori de drept privat „gvernează” *dincolo de* teritoriile statelor- națiune. Mai „gvernează” *de-a lungul și de-a latul* teritoriilor statelor-națiune răspândite pe mapamond. *Dincolo de*, respectiv *de-a lungul și de-a latul*, nu pot fi captate de ordinea juridică inter-națională, dar nici de ordinile juridice naționale. Structurate în jurul modelului de tip westphalian, ordinile juridice evocate par să capoteze în fața acestei *sui generis* guvernări cu adevărat trans-teritoriale.

Trans-teritorialitatea nu implică, în mod obligatoriu, sau poate nu implică deloc, exteriorul statelor-națiune, așa cum eventuala proprie comodate intelectuală ne-ar îndemna că credem. Veritabil concept neo-westphalian, trans-teritorialitatea poate implica și interiorul sau numai interiorul statelor-națiune¹. În fața acestui *dincolo de*, dar și în fața lui *de-a lungul și de-a latul* teritoriilor statelor-națiune răspândite pe mapamond, par să capoteze, în egală măsură, ordinile juridice sub-regionale quasi-federale (*exempli gratia*, ordinea juridică a Uniunii Europene).

¹ Sunt frecvente situațiile în care autoritățile etatice sunt implicate în derularea situațiilor transnaționale ivite numai pe teritoriile statelor-națiune. De altfel, soluțiile juridice transnaționale au, adesea, natură națională, locală. A se vedea Alfred C. AMAN Jr.; Carol J. GREENHOUSE, *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World*: Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2017, pp. 7-12.

Este un (alt) fapt: ordinea juridică internațională, ordinile juridice naționale, ordinea juridică quasi-federală a Uniunii Europene sunt nevoite să interacționeze grație sau din cauza și a sistemelor de producere, distribuție și aprovizionare cu mărfuri. Sistemele în discuție, inclusiv sistemele de prestări de servicii, sunt transnaționale. Le calific astfel, întrucât „traversează” respectivele ordini juridice, le pun în contact, le dizolvă și, paradoxal, le consolidează identitățile. În orice caz, interacțiunea evocată nu mai este brută, frustă și banală. Există o așa intensitate în această interacțiune, încât se generează, inevitabil, ordini juridice metise (transnaționale, n.n.)².

Suntem cu toții, state-națiune, instituții inter-guvernamentale (inter-naționale, n.n.), instituții non-guvernamentale, persoane fizice ca atare sau coagulate în corporații, proiectați și reproiectați în *acel* „spațiu”. Este vorba despre „spațiul” normativ și quasi-normativ al trans-naționalului. Nimeni nu este exclus de la edificarea trans-naționalului: statele-națiune își „împrumută” prerogativa *de jure imperii* subiecților de drept privat; actorii privați „împrumută” statelor-națiune comportamente de drept privat etc. Ce iureș, ce nevroze în toate aceste „împrumuturi” care au loc în afara și în interiorul statelor-națiune însele! În spațiul normativ și quasi-normativ al lui „trans”, clasicul drept public se ... privatizează; clasicul drept privat se ... publicizează; clasicul drept internațional (centrat pe statele-națiune, n.n.)

² Prin ordine juridică transnațională se înțelege, de data aceasta, „o colecție formalizată de norme juridice și de entități partenere, respectiv de actori parteneri, care impun persuasiv înțelegerea și practicarea normelor juridice de-a lungul jurisdicțiilor naționale”. Pentru această conceptualizare, a se vedea Gregory SHAFFER; Carlos COYE, *From International Law to Jessup's Transnational Law, from Transnational Law to Transnational Legal Orders*, în Peer ZUMBANSEN (coord.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*: Cambridge University Press, 2020, pp. 126-152.

se... naționalizează³ și individualizează⁴; clasicul drept național se ... internaționalizează, iar în cazul statelor-națiune membre ale Uniunii Europene, se (și)... quasi-federalizează⁵.

Toate acestea „încrucișări” de identități:

(i) sunt miezul realităților post-post-moderne (al realităților transnaționale, n.n.) pe care le trăim;

(ii) sunt miezul realităților transnaționale care mustesc de pluralism juridic; identitatea pluralismului juridic implică interacțiunea adesea

³ De exemplu, în domeniul pesticidelor, reglementările naționale chineze imprimă influențe asupra reglementărilor internaționale edictate și sub egida instituțiilor inter-guvernamentale (internaționale, n.n.). A se vedea Francis SNYDER; Hu ZHOUKE; Ni LILI, *Transnational Law in the Pacific Century. Mapping Pesticide Regulation in China*, în P. ZUMBANSEN (coord.), *The Many Lives of Transnational Law...*, n. 2, pp. 153-185. Potrivit acestor autori, sistemul instituțional și juridic chinez exemplifică manifestări ale dreptului transnațional. Concret: modul în care măsurile inter-naționale și naționale coexistă, se influențează reciproc informal-formal în domeniul pesticidelor, constituie, în esență, una din manifestările dreptului transnațional.

⁴ „Se individualizează” și în sensul că persoana fizică ca atare (sau coagulată în corporații, n.n.) poate acționa în judecată *direct* statele-națiune, iar nu numai prin recurgerea la sistemul protecției diplomatice. Da! Subiectele de drept privat sunt, *de facto*, în multiple domenii (nu numai în domeniul drepturilor omului), subiecte de drept internațional (de exemplu, în domeniul investițiilor, n.n.). Cu privire la așa-numita „individualizare” a dreptului internațional, a se vedea Karsten NOWROT, *Aiding and Abetting in Theorizing the Increasing Softification of the International Normative Order: A Darker Legacy of Jessup's Transnational Law?* în P. ZUMBANSEN (coord.), *The Many Lives of Transnational Law...*, n. 2, pp. 105-125. În post-post-modernism, suntem toți, interșanjabil, subiecte și obiecte ale dreptului internațional trans-naționalizat grație sau din cauza subiecților de drept privat. M-am întrebat deja dacă viitorul (sau destinul, n.n.) dreptului internațional este transnațional în studiul „Este viitorul dreptului internațional transnațional? Două ipoteze comerciale”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 3/2021, pp. 41-73, astfel că nu mai insist asupra acestui aspect.

⁵ Este indubitabilă practicarea trans-naționalului de quasi-federația denumită „Uniunea Europeană”. A se vedea Karl-Heinz LADEUR, „European Law as Transnational Law - Europe Has to Be Conceived as an Heterarchical Network and Not as a Superstate”, în *German Law Journal*, vol. 10(2009), nr. 10, pp. 1357-1365.

tensionată dintre reguli normative și quasi-normative, iar nu neapărat pluralitatea și diversitatea de reguli de asemenea natură ca atare;

(iii) sunt genitorii realităților transnaționale identificabile în interiorul, dar și în exteriorul statelor-națiune;

(iv) sunt sursa asimilării Teoriei dreptului transnațional de programele de educație juridică (nivel licență) și din România.

Îmi pare că toate aceste „contorsionări/încrucișări” ne sugerează să nu ne mai apărăm „propriile” discipline de studiu; să „ieșim” din ele și din eventualele proprii temeri academice; să conceptualizăm *de-a lungul și de-a latul* propriilor preocupări doctrinare, dar și *dincolo de* acestea. Îmi mai pare că nu putem evita aceste sugestii. În caz contrar, vom simți, din mijlocul iluziei de a fi „atins” Universalul, gustul irelevanței academice!

Este un (alt) fapt: state-națiune și organizații internaționale preiau „agende” redactate de privați sau se confruntă cu liniile programatice stabilite de privați sau de populații indigene din diverse colțuri ale lumii. A noastră lume a devenit un loc al contestării permanente bilaterale sau/și multilaterale. Această contestare se manifestă inclusiv cu privire la modul în care se „produc”, se interpretează, se aplică, se intersectează dezarmant de real reguli plurale și diverse. În plus, contestarea implică sau are vocație de a implica tulburătoarea idee: normativul și quasi-normativul au devenit mărfuri, iar mapamondul a devenit piața de desfacere a acestor mărfuri. Statele-națiune ezită, sau se entuziasmează, sau cad în anxietăți generatoare și de întrebările: „Să devenim state-piață?”, „Să nu mai fim state-națiune”?, „Să rămânem state-națiune, însă dizolvate în piața trans-teritorială?”. Actorii privați jubilează, sau se cufundă într-o stare de neliniște generatoare și de întrebările: „Suntem noi «noile» state-națiune?” „Suntem noi în stare să reconfigurăm dreptul internațional și sistemele de drept național în matricea dreptului

transnațional?”, „Suntem noi vectorii ordinilor juridice transnaționale generatoare de spații transnaționale?”.

Este un (alt) fapt: se ivește necesitatea doctrinară sau, poate prețios spus, doctrinarno-ideologică de a capta realitățile contemporane metise. Apare și necesitatea de a capta reformulările de destine sau de identități ale tradiționalelor distincții clare. Am în vedere, *exempli gratia*, distincțiile clare dintre dreptul internațional și dreptul național, respectiv dintre dreptul public și dreptul privat⁶. În propriul demers de a înțelege toate aceste realități, mi-a atras atenția, dar nu din considerente de mimetism rudimentar, noțiunea „drept transnațional”⁷. Are această noțiune măcar vocație de a capta realitățile și/sau reformulările menționate mai sus? În orice caz, sunt identificabile multiple moduri de a înțelege accepțiunile dreptului transnațional. Poate fi vorba despre un nou (un nou vechi, n.n.), dar eclectic, sistem de drept⁸, sau

⁶ Nici prin acest articol nu îndemn la subminarea distincțiilor evocate. Totodată, nici nu apăr, nici nu condamn ideea care implică dreptul transnațional. Însă realitățile trans-naționale post-post-moderne îi invită pe doctrinari, artizani ai contemplării conceptelor juridice, să contemple posibila re-evaluare și a distincțiilor evocate, cel puțin în versiunea clară a acestora. Se pare că am devenit, conștient sau inconștient, transnaționaliști. Nu am făcut altceva decât să parafrazez formularea profesorului William TWINNING „Suntem toți, într-o măsură importantă, comparațiști”, de altfel menționată de Peer ZUMBANSEN, „Why Global Law is Transnational: Remarks on the Symposium around William Twinning’s Montesquieu Lecture”, în *Transnational Legal Theory*, volumul 4(2013),nr. 4, pp. 463-475.

⁷ A se vedea Philip C. JESSUP, *Drept transnațional* (traducere Radu Bogdan BOBEI): Editura Universul Juridic, Biblioteca de Drept internațional și transnațional, București, 2021. Am evidențiat deja plurale și diverse accepțiuni ale noțiunii „drept transnațional”, inclusiv originile comerciale ale dreptului transnațional, în articolele „Abordare preliminară asupra variatelor înțelesuri ale noțiunii «drept transnațional»”, în *Revista Română de Drept Internațional*, nr. 23 (ianuarie-iunie 2020), pp. 7-45, și „Drept transnațional. Abordări și origini (comerciale)”, în *Revista Română de Drept Internațional*, nr. 24 (iulie-decembrie 2020), pp. 5-39, astfel că nu mai revin.

⁸ Am avansat deja ideea potrivit căreia dreptul transnațional nu este contemplabil ca fiind a treia cale de evaluare a situațiilor de fapt. A se vedea „Dreptul transnațional și comerțul: posibilă introducere”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 1/2021, pp. 71-99.

despre un instrument metodologic de înțelegere a situațiilor de fapt (a situațiilor transnaționale, n.n.), de asemenea eclectice, sau despre o teorie a dreptului și globalizării sau despre o abordare socio-juridică a transformărilor ivite în contemporaneitatea normativă și quasi-normativă⁹. Indiferent de disponibilitatea noastră (sau de absența acesteia, sau de fricile noastre, n.n.) de a înțelege contemporaneitatea, dreptul transnațional își clamează identitatea: aceea de a fi un instrument de evaluare a „lichidei” post-post-modernități.

În considerarea acestor fapte, sugerez să conceptualizăm dreptul transnațional în acțiune. Există și un drept transnațional în inacțiune (din cărți, n.n.)? Cu siguranța da! „Dreptul în cărți și dreptul în acțiune” este titlul unui studiu scris în 1900¹⁰. Având în vedere rațiunile de scriere ale acestui articol, mi s-a părut potrivită preluarea, de asemenea nu din considerente de mimetism, a acestei formulări („în acțiune”/„din cărți”). Pentru mine, „dreptul transnațional în acțiune” semnifică, în acest stadiu al propriilor cercetări, *situațiile transnaționale* ca atare sau/și *situațiile transnaționale* generatoare de litigii (transnaționale, n.n.)¹¹ sau/și *situațiile transnaționale*

⁹ Pentru posibile evaluări ale noțiunii „drept transnațional”, a se vedea Peer ZUMBANSEN, *Introduction*, în Peer ZUMBANSEN (coord.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*: Oxford University Press, 2021, pp. 3-30.

¹⁰ În SUA, teoria dreptului de început de secol XX era supusă influențelor realismului juridic. A se vedea, de exemplu, Roscoe POND, „Law in Books and Law in Action”, în *American Law Review*, vol. 44(1900), pp. 12-36. Titlul acestui articol a făcut „carieră”; este utilizat acest titlu și în scrieri relative recente. A se vedea Jean-Louis HALPÉRIN, „Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change”, în *Maine Law Review*, vol. 64(2011), nr. 1, pp. 45-76 sau Gralf-Peter CALLIÈSS; Insa Stephanie JARASS, *Private Uniform Law and Global Legal Pluralism*, în Paul Schiff BERMAN (coord.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*: Oxford University Press, 2020, pp. 746-767.

¹¹ Este un păcat doctrinar să considerăm că litigiile transnaționale nu sunt soluționabile (și) de instanțe naționale (locale, n.n.) de judecată (de exemplu, române, ruse, chineze, japoneze etc). Sunt emblematic litigiile *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, *Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.* soluționate de instanțele de judecată nord-americane. Pentru analiza

generatoare de „litigii” de interes public¹², însă ne-subsumabile litigiilor de tip adversarial.

Această tipologie exemplificativă de *situații transnaționale* ne poate lăsa cu gura larg deschisă de uimire (i) pe noi, cei educați juridic în etapa efervescentelor distincții nete, (ii) pe noi, cei educați juridic în etapa statelor-națiune independente, dar mai puțin interdependente. Putem fi aduși în această situație și pentru că am fost educați juridic într-o epocă, se pare apusă, care propaga ideea: numai dreptul internațional și instituția conflictului de legi sunt „vehiculele” interacțiunii *noastre* cu *voi*, cei care nu sunteți ca *noi* (sunteți din alte ordini juridice, n.n.) Conștientizând realitatea contemporană, conștientizăm și existența situațiilor transnaționale. Iar acestea din urmă, conducându-ne prin „labirintul” normativ și quasi-normativ de pe mapamond, ne aduc în situația de a ne alege instrumentele potrivite pentru a conceptualiza. Da, pentru a conceptualiza irealul vârtej normativ și quasi-normativ al post-post-modernismului. În plus, prin sus-menționatele conștientizări, sunt șanse să ne acomodăm cu mozaicul de *actori, reguli, mecanisme* ale contemporaneității metise.

Dreptul transnațional în acțiune ne aduce în situația de a pune în acțiune dreptul transnațional din cărți. Odată „așezat” în cărți, dreptul

judiciarului transnațional, a se vedea A.C. AMAN Jr.; C.J. GREENHOUSE, *Transnational Law...*, n. 1, pp. 506-539. Cu privire la evaluarea noțiunii „litigii transnaționale”, a se vedea propriul articol „Destinul transnațional al unei doctrine: *forum non conveniens*”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 2/2021, pp. 17-43. Am sugerat o nuanță critică a conceptualizării noțiunii în discuție, astfel efectuate de reputatul autor Chrystopher A. WHYTOCK, „The Evolving Forum Shopping System”, în *Cornell Law Review*, vol. 96(2011), pp. 481-534.

¹² Am utilizat ghilimele pentru cuvântul „litigii”, întrucât nu este (încă) vorba propriu-zis despre litigii, pe de o parte, nu va fi vorba, în ipoteza în care vor surveni, despre litigii de tip adversarial, pe de altă parte. Va fi vorba despre așa-numitele „litigii de interes public” înțelese ca forumuri de investigare sau ca modalități de a te face auzit. A se vedea P. ZUMBANSEN, *Introduction...*, n. 9, pp. 3-30.

transnațional respiră ideologic, amplu, dar discret. În plus, dreptul transnațional în stare livrescă ne invită să ne întrebăm: (Mai) suntem specialiști numai în drept internațional? (Mai) suntem specialiști numai în drept intern? (Mai) suntem specialiști numai în drept public? (Mai) suntem specialiști numai în drept privat? Au devenit dreptul internațional și instituția conflictului de legi instrumente al metodologiei „drept transnațional”?¹³

În fața acestor întrebări, am ales să exersez propria libertatea academică într-un triplu orizont: (i) de a sesiza existența măcar a unei situații transnaționale, (ii) de a contempla dreptul transnațional în acțiune și (iii) de a conceptualiza, fie și imperfect, dreptul transnațional în acțiune!

Sugestia de a contempla dreptul transnațional în acțiune este indestructibil legată de cele două teze care au inspirat scrierea acestui articol.

Potrivit primei teze, dreptul internațional (centrat pe state-națiune, n.n.) a devenit prea „strâmt” (uneori inexistent, n.n.) pentru cuprinderea variatelor raporturi dintre statele-națiune însele și persoane fizice sau corporații. Într-adevăr, „există dificultăți semantice de aplicare a noțiunii „internațional” în raporturile dintre state și persoane fizice sau corporații; (...)

¹³ Instituția conflictului de legi joacă un rol important în demersul de exersare de către Uniunea Europeană a trans-naționalului. Instituția în discuție constituie un veritabil instrument de guvernare politico-juridică (instrument de drept public quasi-federal, n.n.) a statelor-națiune membre ale Uniunii Europene. Dacă menținem distincția netă între dreptul public clasic și dreptul privat clasic, îmi pare că Teoria conflictului de legi civile intră în aria de competență a unui specialist în drept public clasic. Specialiștilor în dreptul privat clasic le revine misiunea de a trata aspectele operative ale conflictului de legi (*e.g.*, aspectul operativ al conflictului de legi în materiile persoane, bunuri, succesiuni, obligații). Ambele categorii de specialiști își vor fi dat seama mai bine decât mine dacă instituția conflictului de legi civile constituie un mijloc de guvernare sau ne-guvernare globală, regională, sub-regională, națională, locală. În orice caz, aceleași categorii de specialiști se întâlnesc, inevitabil, în spațiul normativ al lui „trans”. Mai nou, se pot întâlni și în spațiul quasi-normativ al lui „trans”: există nu numai conflicte de legi (emise de statele-națiune, n.n.); există și conflicte de reguli quasi-normative sau non-normative, dar care influențează „țesătura” socialului ca și când ar fi cu adevărat reguli normative.

Am sugerat în 1956 termenul «drept transnațional», însă termenul nu este destinat să nege aplicabilitatea dreptului internațional (...)»¹⁴. Și din cauza acestei idei, profesorul de drept internațional Philip C. Jessup a devenit atunci, în 1956, *persona non grata* în comunitatea profesorilor de drept internațional. Și datorită acestei idei, ne putem explica astăzi universul normativ și quasi-normativ contemporan. Din cauza și datorită în egală măsură ideilor „marca Jessup”, avem o șansă: să identificăm ceea ce ne lipsește atunci când analizăm situațiile transnaționale contemporane din interiorul și exteriorul statelor-națiune.

Potrivit celei de-a doua teze, sistemele de drept național au devenit prea „largi” în aplicare, întrucât nu se mai limitează la teritoriile statelor-națiune¹⁵. Într-adevăr, aplicarea extra-teritorială a unei legi emise de un stat-

¹⁴ A se vedea Opinia juridică formulată de Philip C. JESSUP în litigiul *Topco-Calasiatic/Lybia*, în Colecția Philip C. JESSUP, Biblioteca Congresului, II-68, astfel menționată și de Florian GRISEL, *Transnational Law in Context. The Relevance of Jessup's Analysis for the Study of 'International' Arbitration*, în P. ZUMBANSEN (coord.), *The Many Lives of Transnational Law...*, n. 2, pp. 186-196.

¹⁵ Am în vedere cel puțin sistemele de drept ale statelor-națiune producătoare de bunuri și furnizoare de servicii pe mapamond. În orice caz, sunt bine-cunoscute, *exempli gratia*, reglementările naționale chineze din domeniul pesticidelor care inspiră un anumit univers normativ. Este vorba despre universul normativ al cărui arhitect este chiar Organizația Mondială a Comerțului. A se vedea *supra.*, n. 3. Și în lumina acestei interdependențe dintre Organizația Mondială a Comerțului și entitățile de drept public chinez, se poate vorbi astăzi nu numai despre drept transnațional sau despre ordini juridice transnaționale. Se evocă fervent și frecvent ideea așa-numitelor „spații” transnaționale. Sesizează acest parcurs al ideii de transnațional - de la drept transnațional la spații transnaționale -, și Larry CATĂ BACKER, *The Cri de Jessup Sixty Years Later. Transnational Law's Intangible Objects and Abstracted Frameworks*, în P. ZUMBANSEN (coord.), *The Many Lives of Transnational Law...*, n. 2, pp. 386-418. De altfel, trioul *actori-norme-mecanisme* constituie constantele și edificiul noțiunii „drept transnațional”. A se vedea Peer ZUMBANSEN, „Where the Wild Things Are: Journeys to Transnational Legal Orders, and Back”, în *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, vol. 1(2016), pp. 161-194, respectiv „Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance and Legal Pluralism”, în *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 21(2012), nr. 2, pp. 305-336.

națiune este facilitată, în mod uzual, de instituția conflictului de legi. Născută pe tărâmul dreptului internațional¹⁶, „naționalizată” în Europa codificărilor (naționale, n.n.) din secolul al XIX-lea, quasi-federalizată de Uniunea Europeană prin Tratatul de la Amsterdam¹⁷, instituția conflictului de legi este expresia unei permanente tensiuni între personalitatea și teritorialitatea legilor. Atunci, în epoca statelor-națiune independente și mai puțin interdependente, aceeași instituție era liantul dintre ordinele juridice naționale departajate teritorialmente. Non-teritorialitatea, trans-teritorialitatea constituiau noțiuni nefamiliare normei de legătură. Prin „jocul” consultării normei de legătură, legea emisă de un stat-națiune se poate aplica pe teritoriul unui alt stat-națiune; așa fiind, instituția conflictului de legi valorifică potențialul aplicării extrateritoriale a legilor emise de statele-națiune pe teritoriile altor state-națiune¹⁸. Însă în lumina celei de-a doua teze

¹⁶ Instituția conflictului de legi (comerciale, n.n.) constituia, alături de dreptul natural și de „tranzacțiile” dintre suverani, o componentă a așa-numitei „legi a națiunilor”. În 1789, Jeremy Bentham a considerat noțiunea „legea națiunilor” contradictorie și a înlocuit-o cu noțiunea „drept internațional”. A se vedea Harold J. BERMAN, „World Law”, în *Fordham International Law Journal*, vol. 18(1994), nr. 5, pp. 1617-1622.

¹⁷ În concepția Uniunii Europene, normele referitoare la conflictul de legi în materie civilă și comercială sunt destinate să servească bunei funcționări a pieței economice interne. Instituția conflictului de legi este, nu-i așa?, un instrument de guvernare politico-juridică a quasi-federației denumite „Uniunea Europeană”. Am mai evidențiat acest aspect în propria *Teorie a conflictului de legi civile*, Editura Universul Juridic, București, 2020, pp. 16-17, astfel că nu mai insist.

¹⁸ În anul 2019, am avansat ideea potrivit căreia terminologia „normă conflictuală” este hazlie. Așa-numita „normă” nu (mai) poate fi denumită astfel, întrucât (i) nu este generatoare de conflict, (ii) nu întreține niciun conflict, (iii) nu are însușirea de a fi conflictuală sau beligerantă. Este pur și simplu pacifistă această *sui generis* normă: rațiunea acesteia din urmă constă în eliminarea dubiului cu privire la identificarea legii care guvernează, direct și pe fond, raportul local de drept privat cu element(e) străin(e). Numai acest raport (local. n.n.) de drept privat, iar nu raportul inter-național din domeniul dreptului privat, are vocație de a genera conflictul de legi. Prin reglementarea raportului de drept privat de către norma de drept internațional, este anihilată din fașă incidența conflictului de legi. Logic: dreptul internațional uniformizează; instituția conflictului de legi civile intră în scenă atunci când dreptul internațional a eșuat în

evocate, sistemele de drept național au devenit prea „largi” în aplicare grație sau din cauza metodologiei dreptului transnațional; metodologia în discuție nu se mai limitează la utilizarea dreptului internațional și a instituției conflictului de legi civile. A început să se utilizeze frecvent și fervent dreptul transnațional în versiunea transplantului juridic¹⁹.

Tezele sus-menționate proiectează propria-mi sugestie în domeniul de analiză al articolului. Domeniul evocat implică evidențierea unei situații transnaționale, iar aceasta din urmă a inspirat propria conceptualizare, fie și minimal-introductivă. Trioul „situația transnațională – conceptualizare – sugestie” constituie osatura latentă, dar fermă a propriului demers doctrinar. Îmi pare că orice situație transnațională este susceptibilă de conceptualizare, pe de o parte, este aptă de a crea posibilitatea formulării unei sugestii, pe de altă parte. În orice caz, iată situația transnațională! Iată conceptualizarea!

II. Dreptul transnațional în acțiune, conceptualizând

Prezentarea situației transnaționale nu poate să facă abstracție de cel puțin o constatare. Este vorba despre constatarea potrivit căreia realitatea contemporană este mai mult quasi-normativă decât normativă. Realitatea

demersul de uniformizare a regulilor din domeniul dreptului privat. Concret: instituția conflictului de legi constituie una din modalitățile de „soluționare” a pluralismului juridic. În orice caz, valorificând literatura română anterioară anului 1948, am sugerat utilizarea noțiunii „normă de legătură”. A se vedea propria *Teorie a conflictului de legi civile...*, n. 17. Am sugerat să ne despărțim de trecutul apropiat (1900-2020) (su)râzând și să ne apropiem, cu oarecare curiozitate doctrinară, de trecutul mai îndepărtat (secolele XII-XII).

¹⁹ Pentru analiza transplantului juridic ca manifestare a noțiunii „drept transnațional”, a se vedea Ralf MICHAELS, „State Law as a Transnational Legal Order”, în *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, vol. 1(2016), pp. 141-160.

normativă este, preponderent uneori, vectorul realității quasi-normative²⁰; se poate spune, într-o exprimare plastică, că aceasta din urmă a „inundat” realitatea normativă însăși. Într-adevăr, s-a mai sesizat de către doctrinari faptul că suntem înconjurați (invadați?, n.n.) de reguli quasi-normative. Acestea se regăsesc în Coduri de conduită emise de corporații, norme cutumiare, ghiduri de bune practici, standarde²¹, inclusiv în standardele a căror expresie sunt și contractele de adeziune încheiate virtual sau nevirtual. Toate acestea pun în practică post-post-modernismul²²; una din

²⁰ De exemplu, regulile emise de o mică asociație de bancheri sunt preluate de Organizația Mondială a Comerțului într-unul din propriile instrumente de drept internațional. A se vedea Janet KOVEN LEVIT, „A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments”, în *Yale Journal of International Law*, vol. 30(2005), nr. 1, pp. 125-209. Sunt bine-cunoscute situațiile în care entități private/non-guvernamentale stabilesc, în diferite domenii, sisteme normative cu efect de lege; de exemplu este relevant rolul ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). Legiuitori *sui generis* (universități, asociații sportive etc.) stabilesc propriile „reglementări”. A se vedea Paul Schiff BERMAN, *Jurisdictional Pluralism*, în Stephen ALLEN; Daniel COSTELLOE; Malgosia FITZMAURICE; Paul GRAGL; Edward GUNTRIP (coords.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*: Oxford University Press, 2019, pp. 121-160.

²¹ A se vedea P. ZUMBANSEN, *Introduction...*, n. 9, pp. 3-30. Ne concentrăm, poate excesiv, pe formal. Neglijăm, totodată, complexe interacțiuni informale care se desfășoară în procesul de „producere” a textelor de drept internațional pozitiv. De exemplu, exprimarea consimțământului formal al statelor-națiune cu privire la textul final al Convenției de la New York privind recunoașterea și executarea silită a sentințelor arbitrale străine(1958), denumită în continuare „Convenția de la New York”, nu poate fi desprinsă de interacțiunea cu reprezentanții Camerei de Comerț Internațională (denumită în continuare „CCI Paris”). Rodul interacțiunii cu această entitate non-guvernamentală a constat în faptul că versiunea finală a textului de drept internațional în discuție a preluat varianta de redactare propusă de reprezentanții CCI Paris. A se vedea F. GRISEL, *Transnational Law in Context...*, n. 14, pp. 186-196.

²² Îmi pare că post-post-modernismul constituie, cel puțin în Europa, versiunea contemporană a Evului Mediu. Actualmente, Europa se „joacă”, prin quasi-federația Uniunea Europeană, cu pluralismul juridic (și cultural, n.n.) care a caracterizat Evul Mediu. Chiar pluralismul juridic a constituit geneza tăcută, dar fermă a teoriei statutelor. Istoria împărțirii acestora în personale și reale este o secvență relevantă a istoriei instituției conflictului de legi. În secolul XX, constituia o erezie să consideri că instituția conflictului de legi poate implica și reguli normative de drept public, chiar dacă aveau repercusiuni asupra raporturilor de drept privat. Astăzi

caracteristicile acestuia implică interacțiunea dintre guvernare (politică, n.n.) efectuată prin legi și guvernanță (socio-economică, n.n.) efectuată prin standarde, indicatori, contracte etc. În plus, toate acestea aruncă în derizoriu clasică distincție dintre regula normativă și regula quasi-normativă, respectiv regula non-normativă. Aruncă în derizoriu hegemonia statelor-națiune manifestată în domeniul „producerii” de reguli. Aruncă subiecții de drept privat în exuberanța creării de reguli care funcționează *dincolo de*, respectiv *de-a lungul și de-a latul teritoriilor* statelor-națiune.

Mai contează cum calificăm o regulă (normativă sau quasi-normativă sau non-normativă) atât timp cât influențează viața economică, socială, viața în ansamblul ei, pe de o parte, atât timp cât regulile quasi-normative și non-normative sunt respectate, aplicate, deși nu au forță normativă obligatorie, pe de altă parte? Mai contează în contemporaneitatea post-post-modernă distincția menționată? Îmi pare că această distincție, dacă mai există, a fost subminată sau este în curs de subminare de ceva timp.

Amintesc, în trecut, câteva ipoteze:

(i) ipoteza companiilor din domeniul prestării de servicii de securitate care aderă la un cod de conduită „lichid” (non-obligatoriu) ca forță juridică (*The International Code of Conduct for Private Security Service Providers*);

(ii) ipoteza entităților financiare (Bank of America, Citigroup. JP Morgan Chase) care au aderat la *Principiile Equator* în scopul evaluării

lucrurile s-au schimbat. A se vedea Ralf MICHAELS, „Towards a Private International Law for Regulatory Conflicts?”, în *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 59(2016), pp. 175-201. Așa-numita „suprapunere” de norme juridice aduce în discuție conflictul de legi și între norme de drept public, pe de o parte, chestiunea aplicării extraterritoriale a acestora, pe de altă parte. A se vedea Matthias LEHMANN, *New challenges of extraterritoriality: superposing laws*, în Franco FERRARI; Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*: Elgar Monographs in Private International Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham(UK)- Northampton, MA(USA), 2019, pp. 258-291.

riscurilor (*exempli gratia*, în scopul evaluării fie a riscurilor privind mediul înconjurător, fie a riscurilor de natură socială) din proiectele pe care le finanțează pe mapamond;

(iii) ipoteza companiilor (*exempli gratia*, IBM, Intel, Cisco) din domeniul IT care respectă de-a lungul și de-a latul propriilor sisteme de aprovizionare cu mărfuri un cod de conduită (*Responsible Business Alliance, RBA Code of Conduct*)²³.

Este bine-cunoscută situația transnațională generatoare a litigiului *Selden v. Airbnb*. Prealabil evidențierii naturii transnaționale a acestei situații, este utilă rememorarea „poveștii” acestui litigiu. Procedez la rememorare prin valorificarea sintezei litigiului care prefațează un studiu anterior²⁴. În martie 2015, Gregory Selden, un cetățean afro-american, și-a propus să efectueze o scurtă excursie în orașul Philadelphia. În scopul identificării unui spațiu de cazare, Gregory Selden a utilizat platforma Airbnb, veritabilă manifestare sau/și expresie a așa-numitei „economii

²³ Pentru toate aceste ipoteze, a se vedea Kishanthi PARELLA, *Compliance as an exchange of legitimacy for influence*, în P.S. BERMAN (coord.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism...*, n. 10. pp. 769-801.

²⁴ A se vedea David RESTREPO AMARILES; Gregory LEWKOWICZ, *Does a global law exist? A reflection on Selden v. Airbnb case and its aftermath*, în Horatia MUIR WATT; Lucia BÍZIKOVÁ; Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA; Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (coords.), *Global private international law. Adjudication without Frontiers*: Edward Elgar Publishing, Cheltenham(UK)- Northampton, MA(USA), 2019, pp. 416-435. Cu privire la titlul volumului menționat, susțin, pentru moment, următoarele: (i) este nepotrivită sintagma „drept internațional privat global”; mai potrivită ar fi fost utilizarea sintagmei „drept transnațional”; există și drept „internațional” privat neglobal? (ii) este nepotrivită formularea „(...) fără frontiere”; dreptul transnațional nu poate face abstracție de frontierele statelor-națiune. În plus, situațiile transnaționale generatoare de drept transnațional sunt ivibile și în interiorul statelor-națiune delimitate prin frontiere.

colaborative”²⁵. Și-a creat un prim profil pe platformă, a atașat propria fotografie și a contactat un proprietar-utilizator de Airbnb. Acesta din urmă i-a comunicat faptul că proprietatea nu (mai) este disponibilă pentru închiriere. Gregory Selden și-a creat un al doilea profil, a atașat o altă fotografie care conținea chipul unui bărbat alb. A contactat pe același proprietar, a formulat aceeași cerere; de data aceasta, proprietarul a comunicat faptul că proprietatea este disponibilă pentru închiriere. Gregory Selden a considerat că este victima unei discriminări rasiale. A sesizat instanțele americane de judecată, în pofida faptului că așa-numitele „Condiții de Utilizare” (*Terms of Service*) Airbnb, denumite în continuare „Condițiile Airbnb” conțineau o clauză compromisorie. În fața primei instanțe (*District Court for the District of Columbia*), Airbnb a susținut, cu succes, că litigiul trebuie soluționat prin mecanismele justiției private. Soluția favorabilă Airbnb a fost confirmată de instanța de apel, iar, în 2 octombrie 2017, Curtea Supremă a Statelor Unite a respins sesizarea de revizuire formulată în cadrul procedurii denumite în limba engleză *writ of certiorari*.

Re-menționez faptul că litigiul a fost rememorat numai pentru evidențierea naturii transnaționale a situației evocate. A mai fost rememorat și pentru a vedea cu „ochii” minții o modalitate de manifestare a dreptului transnațional în acțiune. De altfel, îmi pare că discutarea incidenței clauzei compromisorii constituie partea vizibilă a analizei litigiului²⁶. Există și o parte invizibilă a aceleiași analize; „parte invizibilă” nu înseamnă, cel puțin în considerarea propriului scop doctrinar, parte subversivă. Această parte

²⁵ Pentru analiza acestui concept din perspectiva reglementării din SUA, a se vedea, *exempli gratia*, Vanessa KATZ, „Regulating the Sharing Economy”, în *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 30(2015), pp. 1067-1126.

²⁶ Pentru analiza pertinentă a părții vizibile a litigiului, a se vedea D. RESTREPO AMARILES; G. LEWKOWICZ, *Does a global law exist?...*, n. 24, pp. 416-435.

invizibilă este chiar esența situației transnaționale, dar și a calificării aceleiași situații ca fiind transnaționale; esența, oricare ar fi aceasta, nu cochetază cu transparența, pe de o parte, nu poate fi aruncată în prizonieratul instituit de masificarea Cunoașterii, pe de altă parte.

Așa fiind, de ce această situație este transnațională? Este transnațională, întrucât platforma Airbnb instituie contacte între subiecte de drept, care vor să-și închirieze proprietățile, altor subiecte de drept care intenționează să închirieze un spațiu locativ în peste 34.000 de orașe din mai mult de 190 de țări²⁷? Un răspuns afirmativ ne-ar facilita întâlnirea cu „*O, Sancta Simplicitas!*”. Propun să refuzăm, politicos, întâlnirea, măcar pentru motive legate de pandemii sanitare; eventualele alte tipuri de pandemii ar fi motive nepotrivite de refuz. Mai putem refuza, întrucât chiar merită să conceptualizăm, preliminar, dreptul transnațional în acțiune! De altfel, această situație transnațională constituie un veritabil exemplu de drept transnațional în acțiune. Nu am făcut altceva decât să-l redau conceptualizării.

Conceptualizarea acestui exemplu de drept transnațional în acțiune aduce în prim-plan, inevitabil, marile teme care caracterizează proiectul socio-juridic al dreptului transnațional însuși. Una dintre aceste teme implică interacțiunea dintre guvernarea politică și guvernanta economico-socială²⁸. Aceasta din urmă dezmembrează literalmente structura „pe verticală” a ideii de guvernare politică; implică această idee pe guvernanți și guvernați deopotrivă. Prin „orizontalizarea” structurii ideii evocate, îmi pare că s-a trecut de la guvernare sau guvernanță; sau, mai calin spus, ideea de guvernare

²⁷ Platforma Airbnb a fost înființată în 2008 de Brian Chesky și Joe Gebbia. A se vedea D. RESTREPO AMARILES; G. LEWKOWICZ, *Does a global law exist?...*, n. 24, pp. 416-435.

²⁸ Pentru familiarizarea cu marile teme ale dreptului transnațional, a se vedea A.C. AMAN Jr.; C.J. GREENHOUSE, *Transnational Law...*, n. 1, pp. 7-47.

politică a început să fie acompaniată de ideea de guvernare economico-socială. Viețuiesc în raiul și infernul deopotrivă al orizontalizării nu numai guverne ale statelor-națiune. Mai viețuiesc instituții inter-guvernamentale (inter-naționale, n.n.), instituții non-guvernamentale, actori non-statali, comunități profesionale, religioase etc. Interacțiunea dintre guvernarea politică și guvernarea economico-socială nu avea cum să nu fie tensionată, de-a dreptul nevrotică, pentru cel puțin două considerente.

În primul rând, sistemul de drept internațional este departe de potențialul său de a „hrăni” aspirația spre Universal a omenirii. S-a „spart” sistemul de drept internațional în plurale și diverse regimuri. S-a spart nu numai dreptul internațional „solid” (*hard law*), s-a spart și dreptul internațional „lichid” (*soft law*). Avem mai multe *lex mercatoria*. Da, s-a „fărâmițat” și *lex mercatoria* în plurale, diverse, derutante regimuri ultra-specializate: operăm astăzi cu *lex constructionnis*, *lex digitalis*, *lex sportiva* etc.

În al doilea rând, instituția conflictului de legi se zbate între principiile teritorialității și personalității legilor. Nu trebuie să ne preocupe neapărat faptul că această instituție - câmpul de luptă ideologico-doctrinară al internaționaliștilor, quasi-federaliștilor și naționaliștilor -, eșuează sau a eșuat deja în „atingerea” valorilor universale²⁹. Ceea ce trebuie să ne preocupe

²⁹ De altfel, acel *raison d'être* al instituției conflictului de legi este să coordoneze sistemele de drept în prezență și valorile locale, plurale și diverse încorporate de ordinele juridice naționale. Sesizând această rațiune de a fi, o idee se scrie de la sine: instituția conflictului de legi constituie o tehnică de armonizare a patosurilor locale (român, francez, japonez etc.) care aspiră la și spre Universal. M-am entuziasmat doctrinar descoperind această natură „neutră” (natura unei tehnici, n.n.) a instituției menționate în propria *Teorie a conflictului de legi civile...*, n. 17, pp. 93-125. În orice caz, chestiunea existenței sau inexistenței valorilor universale în porii instituției conflictului de legi a preocupat o serie de doctrinari. A se vedea de exemplu, Ralf MICHAELS, *Private international law and the question of universal values*, sau Mathias

și să ne îngrijoreze este altceva. Anume, faptul că instituția conflictului de legi încă își mai caută resursele de a gestiona, într-o lume trans-teritorializată, limitările impuse de principiul teritorialității legilor; sau/și faptul că instituția conflictului de legi încă își mai caută resursele de a gestiona, într-o lume trans-personalizată, exuberanța sugerată de principiul personalității legilor.

Să-și fi atins limitele ideea de guvernare politică exprimată și prin sistemul de drept internațional, respectiv prin instituția conflictului de legi? Actorii privați nu au mai avut răbdare să aștepte vreun răspuns și au redescoperit Contractul. L-am scris cu „C” mare, întrucât instituția contractului a devenit expresia constituționalizării (iar nu expresia unei *sui generis* Constituții, n.n.) a unei lumi trans-teritorializate și trans-personalizate în egală măsură. Într-o asemenea lume, Constituțiile sunt înlocuite sau puse în umbră de o *sui generis* constituționalizare. Vectorul acesteia din urmă este un instrument de drept privat (contractul, n.n.) care își proiectează destinul în arealul gravului, imperturbabilului clasic drept public. Ce ironie a Istoriei, dar și a istoriei diviziunii dreptului în public și privat! Rămâne de analizat în viitor dacă au secat energiile dreptului internațional și ale instituției conflictului de legi de a pune în practică interdependența năucitoare dintre state-națiune, comunități de diverse tipuri (profesionale, religioase etc).

Însă instituția contractului oferă funcționalitate, sau i-a fost conferită vocația de a o asigura, interdependenței (i) dintre membrii aceleiași comunități organizate divers, (ii) dintre comunitățile organizate de asemenea divers (*exempli gratia*, politico-teritorial, economico-non-teritorial, economico-teritorial etc). Într-adevăr, unul dintre „vehiculele” dreptului

REIMANN, *Are there universal values in choice of law rules? Should there be any?*, în F. FERRARI; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law...*, n. 22, pp. 148-177.

transnațional – înțeles și ca metodă de gestionare a sus-menționatele interdependențe, este contractul³⁰. Prin contract, diverse și plurale comunități practică trans-teritorializarea. A ființa trans-teritorial semnifică a te situa *dincolo de* teritoriile statelor-națiune. „*Dincolo de*” nu exclude acel „*pe* teritoriile statelor-națiune” (ordinile juridice naționale, n.n.) sau acel „*între* teritoriile statelor-națiune” (ordinea juridică internațională). Prin *dincolo de* se umple „golul” lăsat de dreptul internațional și instituția conflictului de legi într-un spațiu trans-teritorial.

Situația referitoare la Condițiile Airbnb este transnațională din multiple motive. Enumăr, exemplificativ, numai trei dintre acestea.

În primul rând, este transnațională, întrucât un actor de drept privat pune în practică, prin contract (Condițiile Airbnb, n.n.), *ideea de guvernanță*. Contractul are putere de lege între părțile contractante. Condițiile Airbnb - sau contractele-standard elaborate de companii similare Airbnb, sunt mai mult decât contracte care au putere de lege între părțile sale. Sunt însăși universul normativ care generează o specie de cetățean universal („cetățeanul Airbnb”, n.n.). Această specie este compusă din cetățeni activi (care închiriază în sistem Airbnb), dez-activi sau dez-activați temporar sau definitiv (care au închiriat în sistem Airbnb), viitori (care vor închiria în sistem Airbnb), latenți (care se gândesc să închirieze în sistem Airbnb). Condițiile Airbnb sunt expresia guvernantei exersate de către actorul Airbnb, iar guvernanta se realizează dincolo de teritoriile statelor-națiune, însă, paradoxal, pe teritoriile acestora. Se mai realizează dincolo de cetățenie - legătura politico-juridică a

³⁰ Contractul, instrumentele de drept internațional (e.g. tratatele), legislațiile naționale, standardele și codurile de conduită din arii ale vieții economice, alte reguli quasi-normative la care actorii clasicele drept public și privat aderă benevol sau „benevol”, acțiunile entităților puterii executive constituie așa-numitele „vehicule” ale dreptului transnațional. A se vedea A.C. AMAN JR.; C.J. GREENHOUSE, *Transnational Law...*, n. 1, pp. 20-21.

persoanelor fizice cu un anumit stat-națiune. Prin ideea de guvernantă, Airbnb se autonomizează față de ordinea juridică internațională (inter-etică, n.n.), dar și față de ordinile juridice naționale. Își autonomizează clienții. Indiferent de cetățenie, indiferent de domiciliu, de reședință, de pasiuni, de angoase, clienții Airbnb au devenit deja membrii unei comunități trans-teritoriale.

Ca orice comunitate, și comunitatea Airbnb instituie, respectiv propagă, apartenențe. Pot surveni și vanități: „Suntem clienți Airbnb!”. Prin emoțiile pe care le generează această apartenență comercial-frivolă, mai este un pas de făcut până la „Suntem «cetățeni» Airbnb!”. Interdependența dintre aceștia din urmă și fundamentele „statului-națiune” Airbnb sunt edificate. Comunitatea de interes (pasiunea de a călători), iar nu ideea de comunitate grefată pe teritorialitate, îi unește pe „cetățenii” Airbnb. Clauzele de jurisdicție și clauzele de alegere a legii aplicabile sunt apte să trans-teritorializeze Condițiile Airbnb. Într-adevăr, un cetățean etiopian, care intenționează să călătorească la București, Cluj sau Iași, poate fi adus în situația să respecte legea maghiară sau legea rusă (posibil stabilită de Condițiile Airbnb), dar și să-și afirme pretențiile într-o eventuală procedură arbitrală desfășurată la New York sub auspiciile Camerei de Comerț Internaționale de la Paris. Indiferent de prevederile clauzelor de jurisdicție și de alegere a legii aplicabile, Condițiile Airbnb sunt expresia constituționalizării de către platforma Airbnb a ordinii juridice internaționale (inter-etice, n.n.) și a ordinilor juridice naționale. Ordinea juridică internațională resimte această constituționalizare, întrucât statele-națiune sunt aduse în situația să accepte „suveranitatea” trans-teritorială a Airbnb; (și) acest subiect de drept privat le „folosește” teritoriile și cetățenii. În egală măsură, ordinile juridice naționale resimt această constituționalizare; statele-națiune sunt aduse în situația de a-și

regândi serviciile de turism sau, mai exact, prețul acestora. Constituționalizarea irumpe într-o *sui generis* ordine juridică. Este vorba despre ordinea juridică trans-națională a „statului-națiune” Airbnb. Acesta surâde și ne surâde dincolo de ordinea juridică internațională și ordinile juridice naționale.

Este trans-națională ordinea juridică Airbnb și întrucât, prin aceste Condiții, Airbnb „străbate” teritoriile statele-națiune clasice; este calificabilă astfel pentru că se imprimă, se modelează comportamente umane ca și când respectivele Condiții ar constitui un veritabil act normativ. Este trans-națională ordinea juridică Airbnb și atunci când „străbate” teritoriul unui singur stat-națiune: modelează și atunci comportamentele cetățenilor aceluși stat-națiune. Condițiile Airbnb însele „călătoresc” *dincolo de* (trans-teritorial) teritoriile statelor-națiune clasice, dar și *de-a lungul și de-a latul* acestora. Suntem în inima guvernantei marca „Airbnb”³¹. Ideea de guvernanta nu înlocuiește sistemele de guvernare politică puse la punct de statele-națiune clasice ca atare sau coagulate în organizații inter-guvernamentale (internaționale, n.n.). Guvernanta și guvernarea sunt fața și reversul unui mapamond trans-teritorializat. Într-adevăr, dreptul transnațional implică guvernanta și guvernarea deopotrivă³².

În orice caz, „cetățeanul” Airbnb constituie unul din pluralele și diversele tipuri de cetățean universal. Ce șoc: există mai multe tipuri de cetățean universal, în condițiile în care Universul este ... unul singur ! Ar trebui să existe, logic, un singur tip de cetățean universal. Însă nu mai putem opera cu singularitatea categoriei de cetățean universal, de altfel potrivită

³¹ Se manifestă similar orice tip de guvernanta exersată de subiecte de drept privat (*e.g.*, guvernanta de tip „Facebook”, sau „Twitter”, sau „Nike”, sau „Apple” etc.).

³² A se vedea A.C. AMAN Jr.; C.J. GREENHOUSE, *Transnational Law...*, n. 1, pp. 14-15.

pentru un stat global³³. Statele-națiune, veritabile subiecte de drept public, nu au edificat un asemenea stat. Atunci impetuoasele subiecte de drept privat s-au plictisit. Au trecut „granița” care despărțea dreptul public de dreptul privat, dreptul intern de dreptul internațional. Subiectele de dreptul privat au preluat de-a dreptul inițiativa! Nu puteau crea un stat global, veritabilă construcție de drept public, întrucât acesta din urmă putea fi creat numai de statele-națiune - subiecte de drept internațional public. Se pare că nu (mai) poate fi creat, întrucât statele-națiune, deși clamează neconținut sociabilitatea, s-au însingurat. Această însingurare a intervenit, aici este surprinderea noastră!, chiar și atunci când coabitează în organizații internaționale, alianțe politico-militare, economice etc. Ce timpuri: să practici însingurarea în structuri colective a căror menire este tocmai aceea de a socializa, de a te face să socializezi economic, politic, militar etc!

Sociabilitatea însingurată - teribilă realitate! -, a „ros” eventuală apetență a statelor-națiune spre globalul ... unic. Nu avea cum să nu se întâmple acest lucru: să fie ipocrizia pilonul latent, dar ferm, al sociabilității generatoare, paradoxal, de însingurare? Începutul de secol XXI ne-a prins și a prins statele-națiune în vârtejul globalului... plural și divers. „Odată cu declinul globalizării, a survenit transnaționalul”, spunea autorul Ralf Michaels în 2016³⁴. Da! Transnaționalul este globalul plural și divers construit ... local. Da! Acum, când ordinele juridice s-au întrepătruns, când subiecții de drept privat s-au „amestecat” cu subiecții de drept public și invers, dreptul internațional și instituția conflictului de legi își caută resurse pentru supraviețuire. Își caută resurse pentru noi, nu neapărat și pozitive, identități.

³³ „În evoluția sa ulterioară etapei istorice a feudalismului, societatea omenească a acordat o atenție deosebită statului național, însă evoluția societății nu a atins încă stadiul de dezvoltare al statului global”, spunea în 1956 P.C. JESSUP, *Drept transnațional...*, n. 7, p. 9.

³⁴ A se vedea Ralf MICHAELS, *State Law as a Transnational Legal Order...*, n. 19, pp. 141-160.

Își justificau identitatea originară atunci când era netă distincția dintre dreptul internațional și dreptul intern. Suveranitatea teritorială crea și impulsiunea această distincție; astăzi, suveranitatea teritorială a statelor-națiune este acompaniată de „suveranitatea” economică/de afaceri a subiecților de drept privat. Își mai justificau identitatea originară și atunci când era netă distincția dintre dreptul public intern și dreptul privat intern. Cum să mai fie netă această distincție când interesul public s-a „privatizat”, iar interesul privat s-a „publicizat”? Acum, în post-post-modernism, distincțiile rămân în picioare, dar sunt atât... de lichide. Lichidul generează globalul plural și divers construit local, însă supus unei contestări permanente. Se pare că armonia globalului plural și divers, respectiv construit local, constă, paradoxal, în contestări permanent-reciproce.

Această realitate teribilă (globalul plural și divers construit local, n.n.) avea nevoie ca de aer de pluralitatea și diversitatea care transcend teritoriile, respectiv aspirațiile, statelor-națiune. Îmi pare că nu (mai) are nevoie, sau nu a avut niciodată nevoie, de pluralitatea și diversitatea existente *între* teritoriile statelor-națiune și *pe* acestea din urmă. Pluralitatea și diversitatea existente *între* teritoriile statelor-națiune se gestionează, logic, prin dreptul internațional; cealaltă pluralitate și diversitate se gestionează, logic, prin sistemele de drept intern, inclusiv prin instituția conflictului de legi care are și izvoare interne³⁵. Statele-națiune încă nu își revin din șoc: cum să construiești un unic (global, n.n.) plural și divers, dar local? Atunci subiecții de drept privat au creat propriile plurale și diverse „state private” transnaționale cu ai lor plurali

³⁵ Dintr-un imbold internaționalist-romantic, legiuitorii naționali își denumesc reglementările referitoare la conflictul de legi „reglementări de drept internațional privat”. De fapt, acestea din urmă sunt reglementări cu adevărat naționale; aceleași reglementări se ocupă de raporturi juridice naționale cu elemente străine, iar nu de raporturi inter-naționale. Nu există internațional român, polonez, maghiar, rus etc. Există internațional pur și simplu!

și diverși „cetățeni”; aceștia ființează în interiorul și exteriorul statelor-națiune deopotrivă. Putem vorbi astăzi, indubitabil, despre plurali și diverși cetățeni universali. „Cetățeanul” Airbnb este unul dintre aceștia. Mai există „cetățeanul” Facebook, sau Apple, sau Nike etc. Există și „cetățeni” universali uniți, dincolo de teritoriile statelor-națiune, de exemplu, și de pasiunea pentru un anumit mod de viață și de hrănire. Așa fiind, există „cetățeanul” universal vegan, vegetarian etc.

Statele-națiune au început să privească aceste „cetățenii” multiple ale propriilor cetățeni. La început, le priveau derutat. Apoi, auto-iluzionându-se că sunt parte a Universalului, le priveau cu satisfacție. Și au renunțat la însingurarea inter-etatică cu iz de sociabilitate. Acum participă, sau sunt nevoite să participe, la propagarea unei realități transnaționale lichefiate; această realitate pulsează în interiorul și exteriorul statelor-națiune însele. Da! Nu există drept transnațional fără state-națiune! Ceea ce nu exclude ipoteza: statele-națiune pot părăsi oricând realitatea lichefiată; statele-națiune se pot întoarce oricând la realitatea westphaliană inspiratoare a distincției nete dintre ordinea juridică internațională și ordinele juridice naționale. Și pot oricând „expropria” pe proprii cetățeni de alte eventuale „cetățenii” (*exempli gratia*, de „cetățenia” Universitatea Oxford, Cambridge, Uppsala).

În al doilea rând, situația referitoare la Condițiile Airbnb este transnațională, întrucât pune în lumină *ideea de pluralism juridic* teoretizabil ca model al așa-numitului „drept global”³⁶. Se pare că este esențială, în lumina analizării dreptului transnațional înțeles și ca metodologie, referirea la

³⁶ Pentru analiza ideii „pluralismul juridic – teoretizare a dreptului global”, a se vedea Sally ENGLY MERRY, *An Anthropological Perspective on Legal Pluralism*, în P.S. BERMAN (coord.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism...*, n. 10. pp. 169-185.

pluralismul juridic³⁷. De altfel, dreptul internațional „marca Jessup” era valorizat astfel: „(...) mă voi referi la orice reglementare care guvernează acțiunile sau evenimentele care transcend frontiere naționale. Sunt incluse dreptul internațional public și privat deopotrivă, respectiv *orice norme*³⁸ care nu pot fi integrate, în totalitate, niciuneia dintre aceste categorii-standard”³⁹. Așa cum am menționat mai sus, nu (mai) putem vorbi despre globalul unic. Prin transnațional, a intrat în scenă actorul principal: globalul plural și divers. Regizorul este plural și divers (și pervers?, n.n.) deopotrivă: realitățile transnaționale. Riscăm să rămânem numai spectatori dacă nu conștientizăm realitatea post-post-modernă; ne sugerează realitățile transnaționale să fim, interșanjabil, și spectatori-actori, respectiv spectatori-regizori. În orice caz, pluralizarea dreptului global semnifică, logic, incidența unui „*set de regimuri juridice și quasi-juridice suprapuse* (mai exact inter-penetrante, n.n.) *care sunt emise de state, organizații transnaționale, organizații supranaționale și comunități locale*”⁴⁰; aș adăuga în acest areal de regimuri și/sau în primul rând regimurile emise de comunitățile profesionale. Toate aceste regimuri inter-penetrante, inclusiv de drept privat, ne reamintesc că dreptul global a devenit, într-adevăr, plural și divers⁴¹.

³⁷ A se vedea P. ZUMBANSEN, *Introduction...*, n. 9, pp. 3-30.

³⁸ Aici este pluralismul juridic în versiunea sa de adolescent. În versiunea matură, pluralismul juridic implică, în esența sa, interacțiunile, adesea tensionate, dintre regimurile juridice și quasi-juridice. Să încercăm să aneantizam aceste tensiuni prin noțiunea „drept transnațional” ajunsă, îmi pare, într-un stadiu matur de dezvoltare!

³⁹ A se vedea P.C. JESSUP, *Drept transnațional...*, n. 7, pp. 10-11. În ultimii treizeci de ani, noțiunea „drept transnațional” s-a desprins de ideea de a constitui sau de a putea constitui un sistem de drept însoțitor al dreptului internațional, sau al instituției conflictului de legi, sau al sistemelor de drept național.

⁴⁰ A se vedea Paul Schiff BERMAN, „Global Legal Pluralism”, în *Southern California law Review*, vol. 80(2007), pp. 1155-1238.

⁴¹ Se vorbește despre așa-numita „fragmentare” a dreptului global cel puțin din 2004. A se vedea Andreas FISCHER-LESCANO; Gunther TEUBNER, „The Vain Search for Legal Unity in the

Toate aceste regimuri provoacă vocația dreptului internațional de a uniformiza. Nu se opresc aici: toate aceste regimuri provoacă și vocația instituției conflictului de legi de a coordona sistemele juridice aflate în prezența raporturilor juridice locale cu element(e) străin(e). Întrebările de oportunitate „De ce dreptul global?”, „Dreptul global pentru ce?” au intrat în aria decrepitudinii⁴². Îmi pare că își manifestă vitalitatea întrebarea „Pentru ce regimuri de drept transnațional, inclusiv de drept privat transnațional?”. Sugerez un răspuns aureolat de o exprimare plastică: fie și pentru faptul că, metaforic vorbind, nu (mai) există numai un singur Drum al Mătășii captabil prin dreptul global unic; se pare că, în 1928, juristul japonez Ishizaki a sesizat existența unui drept global (unic, n.n.) ca reacție la comerțul cu mătase⁴³. Există mai multe Drumuri ale Mătășii⁴⁴; de exemplu, în domeniul construcțiilor, IT-ului etc. Toate acestea au generat de-al lungul și de-a latul statelor-națiune, dar și dincolo de teritoriile statelor-națiune, plurale și diverse regimuri de drept transnațional, inclusiv sau în primul rând de drept privat transnațional.

Interdependențele inevitabile dintre acestea și ordinea juridică internațională sunt evidente: statele-națiune apelează la armate de diplomați

Fragmentation of Global Law”, în *Michigan Journal of International Law*, vol. 25(2004), nr. 4, pp. 999-1046.

⁴² Deși trecute de prima tinerețe, aceste întrebări au constituit pretextul unei judicioase analize efectuate de D. RESTREPO AMARILES; G. LEWKOWICZ, *Does a global law exist?...*, n. 24, pp. 416-435.

⁴³ A se vedea Masaichiro ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies. Les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages de autres places*, Paris, Marcel Giard, 1928, astfel citat de D. RESTREPO AMARILES; G. LEWKOWICZ, *Does a global law exist?...*, n. 24, pp. 416-435.

⁴⁴ Noțiunea „drumuri ale mățășii” a fost inventată în 1877 de geologul german Ferdinand von RICHTHOFEN. A se vedea G.-P. CALLIES; I. S. JARASS, *supra.cit.*, *Private Uniform Law...*, n. 10, pp. 747-767.

pentru ca pluralele și diversele Drumuri ale Mătășii să nu le (mai) ocolească; mai apelează la profesori universitari și avocați cărora le solicită să construiască ingenioase infrastructuri contractuale. Totul se întâmplă pentru că statele-națiune vor să mai conteze. Este o concurență acerbă între statele-națiune pentru a fi și rămâne frecventabile. Este o concurență delirant de acerbă între statele-națiune și pentru a avea „cetățeni” Facebook, etc. sau pentru a avea „cetățeni” Universitatea Cambridge, Universitatea Yale, etc.

Mai sunt inevitabile și interdependențele dintre regimurile în discuție și ordinele juridice naționale: statele-națiune inițiază reglementări care să rezoneze cu actorii de drept privat care circulă pe aceste Drumuri localizate și pe propriile teritorii sau pe „propriile” spații virtuale. Sunt inevitabile și interdependențele dintre aceleași regimuri și ordinea quasi-federală a Uniunii Europene. De exemplu, această quasi-federație, care vrea să „guste” din Universal, este inițiatoarea propriului Drum al Mătășii în domeniul protecției datelor personale. Concret: compania Facebook ne-a anunțat în 2018 că își modifică propria politică de protecție de date personale pentru a respecta Regulamentul (UE) 2016/679 din 27 aprilie 2016 nu numai în Uniunea Europeană, ci și pe ... mapamond⁴⁵. Iată cum o reglementare quasi-federală (sub-regională) devine transnațională. A devenit transnațională astfel: a influențat, printr-un operator de drept privat Facebook - culmea operator non-UE! -, politica de protecție de date personale de pe mapamond, inclusiv politica „statului-națiune” Facebook. Clienții Facebook, astfel răspândiți pe mapamond, pot invoca protecția propriilor date personale prin recurgerea la politica Facebook. În esența lucrurilor, apelează la reglementarea quasi-federală a Uniunii Europene; această reglementare a fost „cuibărită” în

⁴⁵ Pentru analiza acestui aspect din perspectiva permeabilizării frontierelor statelor-națiune, a se vedea M. LEHMAN, *New challenges of extraterritoriality...*, n. 22, pp. 258-291.

realitatea quasi-normativă marca „Facebook”. Să fie analizabile toate aceste interdependențe prin lupa dreptului transnațional?

Instituțiile de drept internațional și național nu sunt străine de operațiunea de pluralizare a așa-numitului „drept global”. Am văzut că regimurile juridice și quasi-juridice transnaționale sunt expresia pluralizării acestuia. Sunt trans-naționale, în sensul că sunt inter-penetrante în interiorul și exteriorul statelor-națiune deopotrivă. Am mai văzut că o proporție, se pare de neignorată, a acestor regimuri este subsumabilă clasicului drept privat; regimurile de drept privat transnațional sunt denumite în continuare „RDPT”. Poate plictisiți de promisiunea deșartă a statelor-națiune de a edifica un drept global unic⁴⁶, actorii de drept privat au utilizat „spațiul” pus la dispoziție chiar de instituțiile de drept internațional, respectiv național. Au inițiat RDPT și, implicit, un drept global plural. Prin inițierea RDPT – expresie a dreptului global plural, actorii de drept privat au dobândit un dublu statut: statutul de genitori ai RDPT, pe de o parte, statutul de meta-legiuitori, pe de altă parte⁴⁷.

⁴⁶ Dreptul global unic era destinat să fie construit pe eșafodajul dreptului public clasic. De aceea, dreptul global unic implica o reglementare centralizată de sus în jos. Chiar o serie de doctrinari considerau, la un moment dat, că globalizarea sugerează ideea de universalitate, dar și ideea de reglementare centralizată de sus-în jos. A se vedea Martin SHAPIRO, „The Globalization of Law”, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1(1993), nr. 1, pp. 37-64.

⁴⁷ Propagarea și coexistența fricționată a RDPT au fost facilitate de liberalizarea pieței și a difuziunii drepturilor fundamentale. Pentru evidențierea noțiunii „meta-legiuitori”, dar și pentru analiza judicioasă a tuturor acestor aspecte, a se vedea Fabrizio CAFAGGI, „New Foundations of Transnational Private Regulation”, în *Journal of Law and Society*, vol. 38(2011), nr. 1, pp. 20-49. Același autor mai menționează un aspect: trans-naționalitatea regimurilor create de „privați” a fost impulsionată prin asimilarea RDPT de către statele-națiune; s-a procedat la această asimilare prin propriile reglementări de drept public. Proliferarea puterii „private” prin mecanisme de drept internațional și național este menționată și de Peer ZUMBANSEN, *Manifestations and Arguments. The Everyday Operation of Transnational Legal Pluralism*, în P.S. BERMAN (coord.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism...*, n. 10, pp. 231-66.

Piața creării de reguli s-a liberalizat începând cu antepenultimul deceniu al secolului XX; RDPT s-au propagat grație sau din cauza privatizărilor și neo-liberalizărilor operate în diverse colțuri ale lumii⁴⁸, pe de o parte, tehnicii omniprezente, pe de altă parte. Îmi pare că aceste RDPT instituie o reglementare de jos în sus. Își continuă avântul „meta-reglementator” și mai instituie reglementări „pe diagonală” ale vieții sociale; actorii de drept privat sunt neobosiți în nevoi, în ambiții. Mapamondul a devenit ... contractarian (să-mi fie iertată formularea nefericită din punctul de vedere al limbii române!). Mai are, din când în când, câte un puseu instituțional familiar clasicului drept public; însă contractele de „rețea” au conferit mapamondului identitate de „rețea”. Nu laud, nu condamn ceea ce constat. Doar constat și încerc să conceptualizez. În orice caz, nereușita statelor-națiune de a făuri un drept global unic, omogen și operabil de sus în jos este suplinită de reușita actorilor de drept privat. Aceștia au inițiat un drept global plural, divers, eterogen, respectiv „împrăștiat” în RDPT.

Operăm chiar cu tipologii de RDPT. Reiau cele enunțate de autorul Cafaggi și menționate într-un articol anterior⁴⁹. Pentru acest autor, există, bunăoară, cel puțin patru categorii de RDPT: modelul creat de asociațiile de comercianți, respectiv de cartelurile industriale, modelul creat de organizațiile non-guvernamentale, modelul creat de tehnocrați (experți)⁵⁰ și

⁴⁸ Interdependențele dintre statele-națiune și actorii privați s-au accentuat în lumina privatizărilor activelor „publice”. Pentru analiza acestor interdependențe, dar și al operațiunii de privatizare, „verișorul” de-reglementării, a se vedea A.C. AMAN JR.; C.J. GREENHOUSE, *Transnational Law...*, n. 1, pp. 423-444.

⁴⁹ A se vedea F. CAFAGGI, *New Foundations of Transnational Private Regulation...*, n. 47. Am sugerat deja completarea tipologiei evocate cu modelul organizațiilor interguvernamentale (internaționale, n.n.). A se vedea propriul articol, *Este viitorul dreptului internațional transnațional?...*, n. 4, pp. 41-73.

⁵⁰ În considerarea guvernantei efectuate prin experți, se utilizează noțiunea „expert-ocrație”. Brexit-ul a demonstrat că expert-ocrația, exersată, logic, de experții Uniunii Europene, nu are

modelul acționarilor. Acest din urmă model are două versiuni. Prima versiune este organizațional-reglementatoare. S-a concretizat, de exemplu, în așa-numitul ICANN (în domeniul internetului), sau în ISDA, acronimul pentru *International Swaps and Derivatives Association* (în domeniul tranzacțiilor cu instrumente financiare)⁵¹, sau în ISO, acronimul pentru *International Organization for Standardization* (în domeniul așa-numitei „activități de standardizare” cu impact asupra consumatorilor și activității de afaceri). Cea de-a doua versiune este organizațional-contractuală. Este dominată această versiune de așa-numitele „contracte cu vocație reglementatoare similare legii”. Au această identitate contractele multilaterale, contractele de „rețea”, dar și contractele-cadru.

Lanțurile de aprovizionare cu mărfuri, care „traversează” teritoriile statelor-națiune, au conferit actorilor privați prilejul de a-și descoperi prerogative nebănuite. Este vorba despre „prerogativele” de drept public. Le-au încastrat noțiunii „governanță” exersate și prin instituția de drept privat a contractului. Această instituție nu mai are numai vocație reglementatoare: guvernează, prin governanță, de-a dreptul! Contractul a devenit un instrument de governanță care aruncă în derizoriu instrumentele clasice de guvernare politică. Așa fiind, nu putem să nu sesizăm măcar un aspect. La

un fundament solid. Pentru analiza și a acestor aspecte, a se vedea Ralf MICHAELS, *After the Backlash. A New Pride for Transnational Law*, în P. ZUMBANSEN (coord.), *The Many Lives of Transnational Law...*, n. 2, pp. 441-458.

⁵¹ Analiza Acordului-Cadru, astfel elaborat de ISDA, a fost efectuată diferit de instanțele engleze și americane în litigiul referitor la celebrul faliment Lehman Brothers. A se vedea Horatia MUIR WATT, *Financial Governance through Private International Law and the Global Political Economy*, în H. MUIR WATT et alii (coords.), *Global private international law...*, n. 24, pp. 272-280. Jurisprudența engleză analizează sus-menționatul Acord-Cadru mai degrabă ca pe un limbaj normativ-reglementator, iar nu ca pe un limbaj stabilit pe cale contractuală. Pentru asemenea analiză, a se vedea Joanne P. BRAITHWAITE, „Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets”, în *The Modern Law Review*, vol. 75(2012), nr. 5, pp. 779, 784.

început au fost clienții (Airbnb, Apple etc., n.n.), apoi s-au născut „cetățenii” (Airbnb, Apple etc., n.n.). Acum există guvernanta de tip Airbnb, Apple etc. Am intrat în plurale și diverse universuri meta-normative (universul Airbnb, sau universul Apple etc., n.n.). Statele-națiune, cel puțin anumite state-națiune, tânjesc să devină „cetățeni” ai acestor universuri. Ne putem explica toate acestea prin contemplarea puterii nebănuite a unei „cuminți” noțiuni de drept privat: contractul!

În al treilea rând, situația menționată este transnațională și pentru un alt motiv. Instituția contractului (Condițiile Airbnb în acest caz, n.n.), influențează sau poate influența *agenda legislativă sau quasi-legislativă a statelor-națiune*; este vorba despre statele-națiune ca atare sau coagulate în instituții inter-guvernamentale (internaționale, n.n.). Concret: instituțiile inter-guvernamentale (internaționale, n.n.) sau/și statele-națiune ca atare „produc” acte normative și quasi-normative influențate, respectiv influențabile, conceptual de plurale, respectiv diverse, Condiții Contractuale Standard⁵² emise de actori privați; sau o componentă a legislației internaționale, oricare ar fi aceasta, este interpretată pentru a „incorpora” un obicei, o practică⁵³. Aici este un element de noutate al analizei mele: prin tehnica dreptului transnațional, se exersează nu numai transplantul legal, anume transplantul „pe orizontală” de la legislație la legislație⁵⁴. Se exersează,

⁵² Am menționat deja ipoteza regulilor emise de o mică asociație de bancheri, astfel preluate de Organizația Mondială a Comerțului într-unul din propriile instrumente de drept internațional. A se vedea J. KOVEN LEVIT, *A Bottom-Up Approach...*, n. 20, pp. 125-209.

⁵³ Pentru ipoteza interpretării legislațiilor naționale pentru a „incorpora” un obicei, o practică, a se vedea P.S. BERMAN, *Jurisdictional Pluralism...*, n. 2, pp. 121-160. Acest autor valorifică scrieri preexistente, de exemplu Lon L. FULLER, *Anatomy of the Law*, New York, Praeger, 1977, pp. 43-49.

⁵⁴ Pentru analiza transplantului legal ca modalitate de exersare a tehnicii „drept transnațional”, a se vedea Ralf MICHAELS, *State Law as a Transnational Legal Order...*, n. 19, pp. 141-160.

grație sau din cauza subiecților de drept privat, și un *sui generis* transplant de concepție, iar nu neapărat de noțiune juridică. Acest *sui generis* transplant este funcționabil dinspre contractul-standard (în acest caz, Condițiile Airbnb, n.n.) spre orice instrument de drept internațional, dar și spre reglementările emise de statele-națiune ai căror cetățeni vor să devină și „cetățeni” ai companiilor (în acest caz, „cetățeni” Airbnb).

Aspectele evocate proiectează instituția contractului într-o teorie a puterii construită și prin ordini juridice transnaționale. În considerarea scrierii acestui articol, ordinele juridice transnaționale nu sunt altceva decât „o colecție formalizată de norme juridice (respectiv de contracte, n.n.) și de entități partenere (entități de drept privat, n.n.), respectiv de actori parteneri (inclusiv actori de drept privat, n.n.), care impun persuasiv înțelegerea și practicarea normelor juridice (și a contractelor, n.n.) de-a lungul jurisdicțiilor naționale”⁵⁵. Reamintesc că și instituția contractului constituie un „vehicul” al dreptului transnațional (și al înțelegerii acestei noțiuni, n.n.). Așa fiind, analiza dreptului transnațional poate echivala cu analiza teoriei puterii⁵⁶. Dreptul transnațional este pus în acțiune de situații transnaționale, inclusiv de situația transnațională marca „Airbnb”. De asemenea, situațiile transnaționale pun în acțiune „puterea de drept public” a actorilor de drept privat clasic. Situațiile transnaționale pun în acțiune și „puterea de drept privat” a actorilor de drept public clasic. Derutantă intersanjabilitate, pentru noi, cei educați juridic în epoca în care actorii de drept privat rămâneau

⁵⁵ A se vedea G. SHAFFER, C. COYE, *From International Law to Jessup's Transnational Law...*, n. 2, pp. 126-152.

⁵⁶ Într-adevăr, sunt modalități diferite de evidențiere a modului în care „dreptul transnațional este, de fapt, o teorie a puterii”. A se vedea A.C. AMAN Jr.; C.J. GREENHOUSE, *Transnational Law...*, n. 1, pp. 12-13, 20. Acești autori menționează, fără echivoc, faptul că instituția contractului constituie unul din „vehiculele” dreptului transnațional.

„privati”, iar actorii de drept public rămâneau „publici”! Rămâneau astfel prin toți porii! Astăzi, este nevoie de reconceptualizarea acestora, fie și în matricea dreptului transnațional.

III. Sugestie inocentă a unui prezumtiv doctrinar

Acest articol nu are vreun *scop*. Auto-ironizându-mă, „pozez” în ideolog, scriu și spun: articolul meu are *misiunea* de a ne face pe noi, cei care sesizăm existența situațiilor transnaționale, să conștientizăm ce se întâmplă și ce ni se întâmplă.

Este un fapt: suntem în mijlocul situațiilor transnaționale!

Este un (alt) fapt: dreptul transnațional este de mult timp în acțiune!

Este un (alt) fapt: avem nevoie de o conceptualizare a dreptului transnațional în acțiune! Avem nevoie de „așezarea” lui într-o teorie: Teoria dreptului transnațional asimilabilă de programele de educație juridică (nivel Licență) ale facultăților de drept și din România. Aceasta este propria-mi sugestie inocentă! Iar eu sunt prezumtivul doctrinar care încurajează și mediul universitar clujean să conceptualizeze omniprezentul drept transnațional în acțiune!