

CLUJ-NAPOCA

STUDIA

UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI



IURISPRUDENTIA

SUBB

aprilie-iunie

2/2010

Anul LV

ISSN 1220-045x

DIN SUMAR:

- » Studii : Erzsébet Sandor-Szalay - DE LA IGNORARE LA INTERPRETARE DINAMICĂ – REFLECTII ASUPRA ROLULUI PRACTICII JUDECATOREȘTI ÎN LEGATURA CU INSTITUTIA „CETATEANULUI EUROPEAN” / De l'ignorance à l'interprétation dynamique - réflexions sur le rôle de la jurisprudence en ce qui concerne l'institution du „citoyen européen” 3
- » Studii : Sergiu Gherdan - ACTIUNILE ÎMPOTRIVA ORDONANTELOR GUVERNULUI. POSIBILITATEA INTENTARII ACTIUNII, ÎN TEMEIUL ART. 9, ALIN. (1) DIN LEGEA CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV, ULTERIOR APROBARII ORDONANTEI PRIN LEGE DE CATRE PARLAMENT / Legal Actions Against Governmental Ordinances. The Possibility of Taking the Action, According to Art. 9, Paragraph 1 of the Administrative Court Law after Parliament Approval by Law 20
- » Articole : Tamás Nótári - REMARKS ON THE RELATION BETWEEN THE BREVES NOTITIAE AND THE NOTITIA ARNONIS 48
- » Articole : Radu Chirita - EXPROPRIEREA DE FAPT. UN COMENTARIU AL HOTARARII CEDO ÎN CAUZA BURGHELEA C. ROMÂNIA / Factual Expropriation - Remarks on the ECHR Judgement in the Case Burghilea vs. Romania 68
- » Articole : Cosmin Costas - FREEDOM TO PROVIDE SERVICES AND SPECIAL LOCAL TAXES IN ROMANIA 75
- » Articole : Andreea Tabacu, Andreea Draghici - DISPONIBILITATEA PARTILOR ȘI ROLUL JUDECATORULUI ÎN PROCESUL CIVIL POTRIVIT NOULUI COD DE PROCEDURA CIVILA 86
- » Articole : Maria Dumitru - OBIECTUL CREANTEI DE DOBANDA MORATORIE / Object of Moratory Interest Debt 105
- » Articole : Iurie Mihalache - DREPTUL TRANSPORTURILOR ÎN REPUBLICA MOLDOVA - RAMURA DE DREPT SAU DISCIPLINA DE STUDIU ÎN CADRUL FACULTATILOR DE DREPT? / Le droit des transports dans la République de Moldavie - branche de droit ou discipline d'étude aux facultés de droit? 113
- » Info : Mircea Dan Bob - CONGRESUL ANUAL AL ASOCIAȚIEI "HENRI CAPITANT" A PRIETENILOR CULTURII JURIDICE FRANCEZE / JOURNÉES ROUMAINES - "LES SUCCESSIONS" 135



CLUJ UNIVERSITY PRESS
51 B.P. Hasdeu Street, 400371
Cluj-Napoca, ROMANIA

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 2/2010
aprilie-iunie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

asist. dr. Juanita GOICOVICI

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf.dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română

Tudor DRĂGANU - profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

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

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii** : Erzsébet Sandor-Szalay - DE LA IGNORARE LA INTERPRETARE DINAMICA – REFLECTII ASUPRA ROLULUI PRACTICII JUDECATORESTI ÎN LEGATURA CU INSTITUTIA „CETATEANULUI EUROPEAN” / De l'ignorance à l'interprétation dynamique - réflexions sur le rôle de la jurisprudence en ce qui concerne l'institution du „citoyen européen” 3
- » **Studii** : Sergiu Gherdan - ACTIUNILE IMPOTRIVA ORDONANTELOR GUVERNULUI. POSIBILITATEA INTENTARII ACTIUNII, IN TEMEIUL ART. 9, ALIN. (1) DIN LEGEA CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV, ULTERIOR APROBARII ORDONANTEI PRIN LEGE DE CATRE PARLAMENT / Legal Actions Against Governmental Ordinances. The Possibility of Taking the Action, According to Art. 9, Paragraph 1 of the Administrative Court Law after Parliament Approval by Law..... 20
- » **Articole** : Tamás Nótári - REMARKS ON THE RELATION BETWEEN THE BREVES NOTITIAE AND THE NOTITIA ARNONIS 48
- » **Articole** : Radu Chirita - EXPROPRIEREA DE FAPT. UN COMENTARIU AL HOTARARII CEDO IN CAUZA BURGHELEA C. ROMÂNIA / Factual Expropriation - Remarks on the ECHR Judgement in the Case Burghhelea vs. Romania..... 68
- » **Articole** : Cosmin Costas - FREEDOM TO PROVIDE SERVICES AND SPECIAL LOCAL TAXES IN ROMANIA..... 75
- » **Articole** : Andreea Tabacu, Andreea Draghici - DISPONIBILITATEA PARTILOR SI ROLUL JUDECATORULUI IN PROCESUL CIVIL POTRIVIT NOULUI COD DE PROCEDURA CIVILA..... 86
- » **Articole** : Maria Dumitru - OBIECTUL CREANTEI DE DOBANDA MORATORIE / Object of Moratory Interest Debt..... 105
- » **Articole** : Iurie Mihalache - DREPTUL TRANSPORTURILOR ÎN REPUBLICA MOLDOVA - RAMURA DE DREPT SAU DISCIPLINA DE STUDIU ÎN CADRUL FACULTATILOR DE DREPT? / Le droit des transports dans la République de Moldavie - branche de droit ou discipline d'étude aux facultés de droit?..... 113
- » **Info** : Mircea Dan Bob - CONGRESUL ANUAL AL ASOCIATIEI "HENRI CAPITANT" A PRIETENILOR CULTURII JURIDICE FRANCEZE / JOURNÉES ROUMAINES - "LES SUCCESSIONS" 135

**DE LA IGNORARE LA INTERPRETARE DINAMICĂ –
REFLECȚII ASUPRA ROLULUI PRACTICII JUDECĂTOREȘTI
ÎN LEGĂTURĂ CU INSTITUȚIA „CETĂȚEANULUI EUROPEAN”**

Dr. Erzsébet SÁNDOR-SZALAY*

Résumé: *De l'ignorance à l'interprétation dynamique – réflexions sur le rôle de la jurisprudence en ce qui concerne l'institution du „citoyen européen”. La présente contribution envisage, dans son premier part, les fondements du respect des normes communautaires par les Etats Membres de l'Union Européenne. À l'origine, la Communauté Européenne a été un organisme international gouvernemental et, assez souvent en droit international, son normativité et la souveraineté des Etats forment les termes d'une antithèse.*

La situation est différente dans le cas de l'Union Européenne, le respect et l'utilité du droit communautaire étant similaire au respect et à l'utilité du droit national des Etats Membres. Ce phénomène peut être expliqué à l'aide de plusieurs considérants: l'existence d'un système rationnel des institutions communautaires apte à assurer le respect des normes communautaires à un coût modéré ; un haut degré de la réglementation communautaire et d'acceptation juridique et sociale des règles communautaires; la légitimité, car les destinataires des règles communautaires participent dans le processus d'adoption et d'application de celles-ci etc. Par conséquent, le droit communautaire constitue un droit objectif, respecté par les Etats Membres sans réticences d'ordre politique, d'opportunité ou d'autre nature. Selon l'auteur, le haut degré de respect et d'utilité du droit communautaire est le résultat du système juridictionnel dualiste de l'Union Européenne: la Cour Européenne de Justice et le Tribunal de Première Instance d'une part et les tribunaux nationaux d'autre part. Les tribunaux nationaux représentent les institutions décentralisées de l'application du droit communautaire et au centre de cette activité se trouvent les institutions communautaires.

Dans la deuxième partie de l'article, l'auteur se penche sur l'idéal et puis sur l'institution de la citoyenneté européenne, liée au besoin urgent de la Communauté Européenne d'envisager une „raison d'être” apte à offrir une perspective supérieure au simple raisonnement économique.

Consacré par le Traité de Maastricht, la nouvelle institution – la citoyenneté européenne – vise des éléments tels le droit à la libre circulation et résidence, la participation aux élections et le droit d'être élu dans les autorités de l'administration publique locale et au Parlement Européen, le droit à la pétition et le droit à la protection diplomatique et consulaire. La Commission Européenne, par exemple, apprécie que la prohibition de la discrimination sur le critère de la citoyenneté fait partie des droits contenus dans le concept juridique de citoyenneté européenne.

La Cour de Justice Européenne, à son tour, est passé de l'ignorance à l'interprétation dynamique de l'institution de la citoyenneté européenne. La citoyenneté de l'Union Européenne a rapidement évoluée, par le biais de l'interprétation extensive de la Cour de Justice Européenne, du statut d'un facteur principalement psychologique, ayant un rôle secondaire, au statut d'une institution fondamentale du droit communautaire. De ce point de vue, elle joue un rôle

considérable sur d'autres institutions juridiques, telles les libertés économiques fondamentales reconnues par le droit communautaire et le principe de l'interdiction de la discrimination fondée sur le critère de la citoyenneté.

La conception, la perspective sur la citoyenneté européenne fait partie de la controverse au sein de l'Union Européenne sur la corrélation entre l'identité et la légitimité normative; de ce point de vue, selon l'auteur, la Cour de Justice Européenne envisage une interprétation extensive, fondée sur des règles communautaires lacunaires, des droits corrélatifs à la citoyenneté européenne, avec des possibilités restreintes des Etats Membres de s'échapper et seulement dans les limites de la proportionnalité. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne conduit l'auteur à conclure que celle-ci est progressivement arrivée de l'état d'ignorance de l'institution de la citoyenneté européenne à une interprétation dynamique et extensive de cette institution.

Mots clés: *Union Européenne, citoyenneté européenne, liberté de mouvement, non-discrimination, utilité du droit communautaire, légitimité du droit communautaire, Cour de Justice Européenne*

Cuvinte cheie : Uniunea Europeană, cetățenie europeană, libertate de mișcare, nediscriminare, utilitatea dreptului comunitar, legitimitatea dreptului comunitar, Curtea de Justiție Europeană

I. Considerații introductive

Am avut parte de norocul deosebit - în timpul carierei mele profesionale de până acum – de a putea lucra alături de doi juriști renumiți în domeniul dreptului internațional: Hercegh Géza și Bruhács János. Am avut astfel prilejul să observ profunda lor preocupare în domeniul dreptului internațional și să învăț din cercetările lor publicate, respectiv din concluziile la care au ajuns. Sunt recunoscătoare pentru atenția și sprijinul lor acordat preocupărilor mele în domeniul dreptului internațional și, mai târziu, în domeniile dreptului comunitar și al Uniunii Europene.

Prin prezentul studiu aș dori să-mi exprim stima, respectul și gratitudinea mea față de Bruhács János pentru cei douăzeci și cinci de ani plini de muncă petrecuți împreună.

II. Despre ordinea de drept a Uniunii Europene în general: „cetățeanul european” la intersecția a trei sisteme judiciare

Uniunea Europeană este similar unui edificiu juridic, perceptibil ca o rețea de regiuni juridice, sisteme legale și spații juridice speciale distincte. Istoria divergentă a realizării elementelor structurale menționate, a regiunilor juridice și sistemelor legale diferite este explicația faptului că dreptul comunitar, atât tratatele fondatoare cât și - pe baza competenței conferite de ele instituțiilor comunitare - normele secundare ale dreptului comunitar adoptate, pot aspira la un rol catalitic. Acest rol catalitic este ceea ce face necesară instituirea unei jurisdicții la nivel european.

În realitate, Comunitatea Europeană a fost la originile sale o organizație internațională guvernamentală, sistemul său de drept fiind bazat pe formulări de natură general-normativă, lucru obișnuit în domeniul dreptului internațional. Dreptul internațional, însă, conferă un set de drepturi subiective, chiar dacă nu are o putere obligatorie comparabilă cu cea a sistemelor naționale de drept. Normele dreptului internațional și hotărârile instanțelor internaționale sunt deseori puse în aplicare sau executate de statele suverane pe liniile unei logici politice care își are sorginea în interesul național. Suveranitatea, pe de o parte și normativitatea dreptului internațional, pe de altă parte, sunt deseori tratate ca termenii unei antiteze: pentru state, comportamentul de conformare cu dreptul internațional are loc de obicei în funcție de considerente politice. Trecând mai departe, deoarece mecanismul obișnuit de drept intern pentru valorificarea drepturilor subiective, inclusiv prin constrângere, nu este disponibil în cazul nerespectării dreptului internațional, de multe ori sancționarea părții în culpă nu mai are loc, chiar și nerespectarea normelor de curtoazie internațională rămânând adesea fără consecințe. În privința aplicării dreptului internațional putem observa o stare schizofrenică: pe de o parte este o nevoie accentuată de constituire și funcționare a unor foruri jurisdicționale internaționale, semnalând că cel puțin teoretic, în domeniul relațiilor internaționale ar fi din ce în ce mai necesară rezolvarea pe cale jurisdicțională a diferendelor și încălcărilor de norme. Pe de altă parte însă, statele încă nu își subordonează comportamentul lor suveran normelor dreptului internațional, respectiv hotărârilor instanțelor internaționale prin care aceste norme se concretizează. Utilitatea dreptului internațional eșuează astfel să atingă nivelul așteptărilor generale¹.

Situația este însă diferită în sistemul juridic al Uniunii Europene. Formularea normativă a dreptului comunitar – în pofida originilor de drept internațional ale Comunității – este mai de grabă similară celei obișnuite în dreptul național. Utilitatea dreptului comunitar este și ea aproape identică cu cea a dreptului național. Nu este vorba numai de faptul că statele membre implementează directivele în medie în raport de 96-97% până la termenul stabilit, dar și – printre altele – de faptul că hotărârile Curții Europene de Justiție sunt executate aproape întotdeauna și întocmai². În legătură cu punerea în practică a deciziilor Curții Europene de Justiție - ca semn de diferență față de hotărârile jurisdicțiilor internaționale obișnuite - de regulă, în loc să invoce unele considerente de ordin politic pentru justificarea neexecutării, statele pur și simplu se conformează hotărârilor.

Este o diferență demnă a fi observată! Întrebarea este: prin ce se poate explica această capacitate a Comunității de creare a unei stări similare stării lucrurilor dintr-un stat de drept? Comportamentul de conformare cu normele dreptului comunitar este aproape identic cu cel în cazul dreptului național. Acest fapt nu se poate pune pe seama unui mecanism de constrângere similar cu cel care stă la dispoziția statelor, pentru că – exprimat simplist – în cadrul Uniunii Europene nu există o poliție care să poată constrânge statele membre reticente la un comportament de conformare cu

normele comunitare sau măcar la respectarea sistemului de valori al Comunității și al Uniunii. Puterea de constrângere – în continuare – rezidă la statele membre. Hotărârile Curții Europene de Justiție (CEJ) au aceeași natură ca și hotărârile Curții Internaționale de Justiție de la Haga. Însă, cât timp Curtea Internațională de Justiție de la Haga rezolvă cel mult câteva zeci de cauze pe an, Curtea Europeană de Justiție pronunță hotărâri în cel puțin 600 de cauze anual. În semn de diferență față de Curtea de la Haga, statele membre se adresează Curții Europene considerând-o o „veritabilă instanță”. De unde această diferență?

Utilitatea pe scară largă a dreptului comunitar în sânul sistemelor naționale de drept, inclusiv în cadrul sistemului de drept din Ungaria, s-ar putea explica prin mai multe circumstanțe:

1. Existența unui sistem rațional al instituțiilor comunitare, care poate verifica relativ ușor comportamentul de conformare cu normele comunitare și poate sancționa nerespectarea eventuală a acestora la un cost relativ redus.
2. Un grad înalt al reglementării comunitare, organizată pe un substrat de foruri jurisdicționale similare instanțelor și gradul înalt de acceptare a normelor comunitare în mediul juridic și social comunitar. Acceptarea juridică rezultă din supremația și efectul direct al dreptului comunitar, iar acceptarea civică și socială din aplicabilitatea directă a normelor comunitare în favoarea persoanelor de drept privat.
3. Legitimitatea poate fi și ea surprinsă ca explicație, deoarece destinatarii normelor comunitare participă și ei în procesul comunitar de adoptare și aplicare a acestora – chiar dacă nu într-o asemenea măsură precum în sistemul de drept intern.
4. Administrația Comunității asigură ca toți cei care sunt investiți cu atribuții comunitare să dispună – în limita necesarului – de capacitatea și posibilitățile indispensabile exercitării acestora.

Din circumstanțele mai sus enumerate putem trage o concluzie surprinzătoare: dreptul comunitar constituie într-adevăr un drept obiectiv respectat de statele membre, inclusiv Ungaria, fără a se ține cont de considerente de ordin politic, de oportunitate sau de altă natură. Mecanismele europene de jurisdicție funcționează în sistem dualist: Curtea Europeană de Justiție (CEJ) și Tribunalul de Primă Instanță (TPI) împreună cu instanțele judecătorești naționale, inclusiv cele din Ungaria, asigură respectarea dreptului conform unei proceduri de lucru prestabilite. Respectarea normelor comunitare poate fi ușor verificată, iar nerespectarea acestora poate fi sancționată la un cost modest deoarece diferendele născute din încălcarea normelor comunitare – parte a dreptului intern – pot fi deduse judecătii și de persoanele de drept privat în fața instanțelor lor naționale. Instanțele și autoritățile statelor membre – în consecință și cele din Ungaria – sunt unitățile descentralizate ale aplicării și aducerii la îndeplinire a dreptului comunitar, iar centrele acestei activități sunt instituțiile comunitare. Din această categorie, rolul cel

mai semnificativ revine Curții Europene de Justiție. Este convingerea noastră că înaltul grad de utilitate al dreptului comunitar se datorează în principal sistemului jurisdicțional dualist al Comunității – lucru care pentru un jurist expert în dreptul internațional mai credul poate părea la prima vedere ca un fel de minune de proporții mai mici.

Ni se pare totuși că gradul înalt al respectării voluntare a dreptului comunitar, exprimat de statele membre, nu a fost încă satisfăcător argumentat. Ca oricare for de jurisdicție internațională Curtea Europeană de Justiție are și ea propriul său statut și trebuie să se procedeze conform Tratatului de instituire a Comunității Europene și conform dreptului secundar comunitar. Izvoarele de drept menționate, deși din toate privințele de importanță fundamentală, nu explică în mod îndestulător în sine gradul înalt de respectare a normelor comunitare. Practica este cea care, la urma urmei, relevă utilitatea și calitatea acestor norme. În mod interesant, statele membre nu protestează, iar tendința de cooperare al instanțelor naționale este și ea suficientă; pe deasupra chiar și persoanele de drept privat preferă să-și valorifice drepturile lor subiective de sorginte comunitară în fața autorităților și instanțelor naționale, deci implicit și în fața celor din Ungaria. Interpretarea textelor normative din dreptul comunitar, numai *ad literam* sau chiar cea sistematică, nu furnizează un răspuns la această stare de fapt – fiind vorba despre o chestiune mult mai complexă.

Factorii determinanți ai eficacității sistemului juridic și jurisdicțional comunitar nu pot fi definiți în mod exhaustiv cu deplină siguranță. Formularea unor astfel de considerente poate fi doar încercată. Se pot lua astfel în considerare, cu titlu exemplificativ: coexistența în același spațiu a mai multor culturi juridice naționale, consolidarea necesară a autorității judecătorești, chestiunea echilibrului de putere între mecanismele decizionale comunitare cu mai multe nivele, comunicarea între instanțe, creșterea gradului de ocupare a instanțelor, modul de ocupare a locurilor vacante în magistratură, contextul politic sau schimbările intra-instituționale. În Europa o coincidență norocoasă a unor asemenea factori sau a unor factori similari într-un context istoric dat a condus la conturarea unui sistem³ extrem de eficient – deși evident cu unele imperfecțiuni.

III. „Cetățeanul european” - instituția cetățeniei Uniunii

1. Drept și identitate

Nașterea idealului și mai apoi a instituției cetățeniei europene a fost consecința logică a particularităților - descrise mai sus în mod schematic - funcționării și expansiunii sistemului juridic european. Cetățenia Uniunii luată în sens juridic este un fenomen simplu (această afirmație și-ar fi găsit locul și în urmă cu câțiva ani, deoarece norme de drept comunitar primar în acest domeniu există doar începând din 1992, de la adoptarea Tratatului de la Maastricht) și care inițial nu a stârnit mare interes în cercurile de specialitate. Practica urmată de Curtea Europeană de Justiție

în ultima perioadă a deranjat însă calmul aparent din jurul acestei instituții a dreptului comunitar, iar interpretările legate de cetățenia Uniunii au căpătat un aspect de dinamism accentuat, într-o asemenea măsură încât consecințele și efectele acestei interpretări – după părerea noastră – sunt pur și simplu de neînchipuit.

Schimbarea dimensiunii juridice a cetățeniei Uniunii, o schimbare la început subtilă, care mai apoi a luat o întorsătură spre drastic atât în legislația cât și în jurisprudența pertinentă, stârnește curiozitatea celor interesați în acest domeniu, în special dacă adăugăm faptul că avem de-a face cu un proces în plină dezvoltare, care se derulează în cadrul unei organizații internaționale și care se situează la intersecția a trei sisteme de drept: dreptul internațional, dreptul comunitar și dreptul intern. Pe lângă dimensiunea sa politică, cetățenia europeană este o tematică nemaiîntâlnit de complexă și din punctul de vedere al politicii și al teoriei generale a statului. În anii '70 și '80 noțiunea „cetățeniei” nu a preocupat în măsură exagerată reprezentanții diferitelor curente teoretice. Dimensiunea emotivă a Comunităților Europene a fost un fenomen subdezvoltat și subestimat până la începutul anilor '90. O posibilă explicație pentru criza dezvoltată în jurul ratificării Tratatului de la Maastricht este că această criză ar fi legată de lipsa sensului identității. Astfel a devenit manifest: comunitatea are urgentă nevoie să prezinte un „raison d'être”⁴ care oferă o perspectivă superioară raționamentului de a fi pur economic. Începând cu prima parte a anilor '90, printr-o întoarcere clară și promptă, dogmatica judiciară și politică s-a reîntors la categoria „cetățeniei europene”, un fenomen mai înainte ignorat, ca la o bază proprie și necondiționată a legitimității. Incluziunea prevederilor legate de cetățenia Uniunii în TCE nu a fost deloc accidentală, aceste prevederi putând fi considerate imaginea în oglindă a dezbaterilor juridice doctrinare formulate în deceniile anterioare, cu toată măreția și imperfecțiunile acestora.

Din practica judecătorească dezvoltată în decursul ultimilor 15-16 ani în legătură cu unele aspecte ale cetățeniei Uniunii, în special dreptul de liberă circulație și ședere⁵, se poate concluziona că, din punctul de vedere al prezentului și al dezvoltării viitoare a Uniunii Europene, această instituție a căpătat o semnificație definitorie.

În trecutul recent – se pare – Uniunea și statele membre au ignorat discuțiile la nivel european privind întrebările generale constituționale. Acum, mult mai pronunțat, în centrul atenției se află corelațiile⁶ pe de o parte între sensul de identitate al populației, respectiv moștenirea europeană culturală, religioasă și umanistă, iar pe de altă parte între legitimitatea normativă. Toate acestea au condus la punerea în valoare a instituției cetățeniei Uniunii și la încărcarea cu conținut a acestui regim, la începuturi doar în mod simbolic. Reglementarea legală cu arie din ce în ce mai extinsă și interpretarea judecătorească extensivă au atras sau pot atrage⁷ transformarea acestei instituții, în același timp în care se realizează și necesitatea găsirii tradițiilor culturale, a identității europene, formarea noțiunii de „cetățean european” în sensul concret al cuvântului.

Într-un caz ideal, instituția cetățeniei Uniunii poate fi percepută ca o consecință necesară și o concluzie logică a dezbaterilor doctrinare europene privind identitatea și legitimitatea. Acest proces – în mod firesc – nu se desfășoară în forma unei locomoții

lineare și constante, iar acesta nu se întrevede numai din practica judecătorească la început timidă în materie, ci și din șirul fenomenelor de natură politică⁸ desfășurate în culisele Uniunii. Instituirea regimului juridic al cetățeniei s-a decis la începutul anilor '90 de către 12 state europene mai mult sau mai puțin obișnuite cu cooperarea, dar în 2009 această instituție trebuie (ar trebui) înțeleasă, resimțită și operată de 27 de state membre. Printre acestea sunt și acele state Central-Est-Europene care încă mai trăiesc în farmecul edificării statelor naționale și care nu se pot imagina ca elemente constitutive ale unei diversități care constituie un tot unitar. Numai respectarea și aplicarea normelor comunitare de către statele membre și climatul psihologic astfel creat în rândul cetățenilor Uniunii – altfel spus a cetățenilor statelor membre – poate constitui un mediu propriu atingerii unui astfel de scop poate chiar prea mareț.

Firesc, suntem conștienți de faptul că este oarecum ireverențioasă comentarea directă într-o comunicare științifică a unor evenimente de politică actuală, totuși considerăm ca demnă de a fi menționată tensionarea relațiilor diplomatice între Republica Slovacia și Ungaria în primăvara și vara anului 2009 pe fondul concepțiilor diferite în materia protecției minorităților și utilizării limbii lor materne. Această stare conflictuală compusă din multiple elemente este o nouă dovadă regretabilă a efectului univoc determinant *ex ante* și *ex post* al politicii interne și externe asupra dreptului. Chiar și atunci când Uniunea care include cele două state afirmă existența unor valori comune în forma literei scrise și a cuvântului rostit, în practică, la nivelul legiferării și aplicării legilor, statele membre nu doresc întotdeauna să înțeleagă principiile conexe cetățeniei Uniunii (principiile nediscriminării și al tratamentului egal). Sunt cu totul alte întrebări dacă și dreptul cetățeanului Uniunii la libera circulație și ședere în spațiul comunitar (art. 18 TCE), în anumite spețe completată cu libera circulație a lucrătorilor și libertatea de stabilire, a fost sau nu lezat de comportamentul analizat al statului membru și evaluarea dată situației de către Curtea Europeană de Justiție⁹.

2. Substratul normativ

La Conferința de la Haga din 1969, șefii de stat și de guvern ale celor 6 state fondatoare au formulat inițiativa intitulată „Europa cetățenilor”¹⁰. Câțiva ani mai târziu, la Conferința de la Paris din 1974, aceștia au considerat deja ca necesară conferirea unor drepturi speciale care ar fi depășit statutul atunci actual al cetățeanului comunitar¹¹ luat în sens strict. Au fost luate în considerare, printre altele, drepturi precum: dreptul de a participa la alegerile administrației publice locale, asigurarea dreptului de întrunire și de asociere în statele membre ale Comunităților, sau chiar posibilitatea introducerii unui model de pașaport unitar. Grupul Adonnino, înființat la mijlocul anilor '80, a depus nu mai puțin de două rapoarte pe masa Consiliului European, care printre altele stăruiau în sensul desființării controalelor la frontiere, recunoașterii reciproce a diplomelor, cooperării culturale mai intense, respectiv în sensul asigurării unor drepturi politice¹².

În anii '70 și '80, în domeniul reglementării comunitare a statutului cetățenilor statelor membre, se aflau în concurență două obiective principale: pe de o parte un obiectiv bazat pe considerente pur economice, și pe de altă parte un obiectiv cu caracter social. Drepturile subiective comunitare conferite cetățenilor statelor membre prin dreptul comunitar secundar s-au născut inițial cu intenția strictă ca mobilitatea individului, luată ca un fel de factor economic, să fie încurajată între statele membre. Mai târziu însă filosofia aflată în spatele acestor drepturi subiective s-a schimbat și s-a dorit protejarea persoanei aflată într-un stat diferit de cel al cărui cetățean era, indiferent de existența unui raport juridic la care aceasta să participe și din care să obțină venituri, prin conferirea unor drepturi în principal sociale. La schimbarea semnalată, cu toate certitudinea, a contribuit și tendința din ce în ce mai marcantă a combaterii „deficitului democratic”¹³ invocată împotriva funcționării sistemului instituțional comunitar, a legiferării și a modului de elaborare a deciziilor.

Momentul de cotitură, cum bine se cunoaște, a avut loc prin includerea în TCE a unor noi prevederi prin Tratatul de la Maastricht. Prin prevederile TCE de la art. 17 - 22 (articolele 8-8/E în vechea numerotare) instituția cetățeniei Uniunii a fost în final reglementată și la nivelul dreptului comunitar primar de statele membre.

Elementele noii instituții, care este în același timp și complementară deoarece presupune cetățenia unui stat membru (art. 17 TCE), sunt următoarele:

- dreptul de liberă circulație și ședere (art. 18);
- exercițiul dreptului de a alege și de a fi ales, ca drept politic (art. 19), la alegerile autorităților administrației publice locale ale statelor membre și la alegerile Parlamentului European;
- consolidarea drepturilor de control și de informare în raport cu instituțiile Uniunii în forma dreptului la petiție (art. 21);
- în fine, dreptul la protecție diplomatică și consulară care poate fi valorificat în statele care nu sunt membre ale Uniunii (art. 20).

În cadrul prezentului studiu nu dorim să întreprindem prezentarea amănunțită a fiecărui drept în mod individual, analiza lor detaliată regăsindu-se în multiple alte surse¹⁴.

Prevederile din TCE de mai sus au fost recepționate în cea mai mare parte a literaturii de specialitate cu critici sau cel puțin cu scepticism¹⁵. Enumerăm în următoarele rânduri unele din obiecțiile cele mai des formulate, fără pretenția unei prezentări exhaustive. Dacă cetățenia Uniunii ar fi avut în conținutul său și obligații, aceasta ar fi atras o mai puternică identificare al cetățenilor cu problemele Uniunii respectiv ale Comunității, însă acestea lipsesc cu desăvârșire. Clauza de la art. 18 alin. (1) TCE care condiționează exercițiul dreptului de liberă circulație și ședere de adoptarea ulterioară a unor izvoare de drept secundare generează o stare de incertitudine: „(...) sub rezerva limitărilor și condițiilor prevăzute de prezentul tratat și de dispozițiile adoptate în vederea aplicării sale”. S-a mai susținut, drept critică generală la adresa regimului juridic aplicabil cetățenilor unor state terțe aflați pe teritoriul Uniunii, că

aceasta abia diferă de dreptul la liberă ședere a cetățenilor Uniunii, în consecință, instituția cetățeniei Uniunii nu este deloc aptă să contribuie la sensul de identitate europeană a cetățenilor statelor membre¹⁶.

Nu dorim să insistăm în continuare asupra criticilor prin care, într-o sferă relativ largă, s-au exprimat rezerve față de conținutul menționat, în special prin sesizarea lacunelor acestuia. Ținem totuși să observăm că prevederile TCE relevante nu constituie singurul corp normativ al dreptului comunitar primar a cărui utilizare ar fi suficientă pentru interpretarea regimului juridic al cetățeniei Uniunii. Comisia Europeană, de pildă, consideră că prohibirea discriminării pe baza cetățeniei¹⁷ face parte dintre drepturile care intră în conținutul juridic al cetățeniei Uniunii. Mai mult, în rapoartele care trebuiesc înaintate în mod obligatoriu la un interval de 3 în 3 ani de Comisia Europeană Parlamentului European referitor la cetățenia Uniunii, Comisia include¹⁸ și analiza situațiilor în legătură cu celelalte forme de discriminare enumerate la art. 13 TCE¹⁹. Baza textuală pentru coroborarea și co-interpretarea prevederilor menționate se regăsește²⁰ în art. 17 alin. (2) TCE referitoare la cetățenia Uniunii: „Cetățenii Uniunii se bucură de drepturile și au obligațiile prevăzute (...)”. Această referire creează în același timp și legătura între cetățenia Uniunii și sistemul drepturilor fundamentale comunitare²¹, chiar dacă în mod indirect, astfel cum vom descrie mai târziu la tratarea practicii Curții Europene de Justiție.

Capitolul V al Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene²² – documentul cu o soartă juridică mult timp incertă – poartă titlul „Drepturile cetățenilor” și adaugă noi drepturi subiective celor prevăzute în TCE, modificând regimul juridic al cetățeniei Uniunii prin introducerea dreptului la bună administrare și a dreptului de acces la documente, respectiv prin interpretarea mai extensivă a întregii instituții²³.

3. De la ignorare la interpretare dinamică – etapele cronologice ale jurisprudenței CEJ relevante în materie

Având în vedere fondul normativ sărac și lacunar, i-a revenit Curții Europene de Justiție sarcina de a conferi conținut prevederilor referitoare la cetățenia Uniunii, precum și a drepturilor conferite prin aceasta, ținând în mod special seama de libertatea de circulație și de ședere (art. 18 TCE). Cu accente acute a apărut necesitatea rezolvării chestiunii dacă dreptul de liberă circulație și de ședere are sau nu în conținutul său și un drept la unele beneficii sociale.

CEJ a avansat destul de prudent, ajungând de la o stare de ignorare totală a instituției cetățeniei Uniunii la interpretarea dinamică și extensivă actuală. Deși au trecut numai 16 ani de la consacrarea prin tratat a instituției cetățeniei Uniunii, mutațiile jurisprudenței Curții de la Luxemburg pot fi deja organizate într-o cronologie aproximativă după cum urmează (vom menționa nominal doar cauzele de bază):

1. Între 1993 și 1997 – perioada respingerii complete a instituției ca bază legală de sine stătătoare²⁴;
2. În jurul anului 1998 – perioada căutării punctelor de reper juridice²⁵;

3. Între 1998 și 2003 - perioada dezvoltării și acceptării ca bază legală independentă/perioada desăvârșirii acestei concepții²⁶;
4. Începând din 2003 – perioada interpretării legale dinamice²⁷.

Cetățenia Uniunii s-a transformat în timp relativ scurt, prin efectul interpretării extensive a CEJ, din rolul secundar al unui factor eminent psihologic într-o instituție fundamentală a dreptului comunitar, care în mod deloc neglijabil va influența în mod durabil și fondul altor arii și instituții ale dreptului, precum libertățile fundamentale economice existente în cadrul dreptului comunitar și principiul interdicției discriminării pe baza cetățeniei.

„Prin faptul că se atribuie cetățeniei Uniunii un caracter fundamental de către Curte...” - scrie avocatul general Geelhoed în concluziile scrise²⁸ prezentate în cauza *Bidar* - „...se afirmă în mod neechivoc că nu este vorba despre o noțiune pe dinăuntru goală sau simbolică, ci că cetățenia Uniunii este o stare de drept fundamentală a fiecărui cetățean al statelor membre, din care pot fi deduse drepturi și privilegii pentru ei pe teritoriul statului membru al Uniunii unde s-ar găsi.”

Se pot trage următoarele concluzii, după cum ies în evidență din practica judecătorească a Curții Europene:

Drepturile stipulate în art. 18 TCE de liberă circulație și de liberă ședere sunt drepturi fundamentale de care beneficiază fiecare cetățean al statelor membre și în cazul cărora restrângerea este permisă numai cu titlu extraordinar²⁹. Deși se acceptă că invocarea grevării peste măsură a bugetului de asigurări sociale de care dispune statul membru poate determina exonerarea acestuia, astfel că în consecință statul în cauză va putea să restricționeze dreptul de ședere pe teritoriul său a cetățenilor Uniunii proveniți din alte state membre, măsura va fi supusă testului proporționalității (necesitate și conformitate cu scopul propus).

CEJ interpretează în mod similar dreptul de acces la beneficiile cu caracter social, pe care îl deduce din dreptul de liberă circulație și de ședere. Curtea conferă statelor membre posibilitatea de a se exonera, condiționând din nou această posibilitate de respectarea principiului proporționalității³⁰.

Curtea Europeană nu a desființat, dar în schimb a redus din ce în ce mai accentuat discrepanța acumulată pe parcursul a mai multor decenii între libertățile fundamentale economice și libera circulație a persoanelor, cu sau fără scop economic. Este o evoluție evidentă a concepțiilor: obiectivul inițial al liberalizării forței de muncă (respectiv al pieței de muncă), luat ca factor de producție, este transformat în esența lui în dreptul de liberă circulație și ședere al cetățenilor Uniunii. Diferențele care mai persistă pot fi explicate printr-un considerent de ordin practic: s-au menținut cu scopul descurajării³¹ „turismului ajutoarelor sociale”.

În fine, din instituția cetățeniei Uniunii se pot deduce³² și un set de „drepturi prin ricoșeu”: cetățenii statelor terțe pot ajunge în mod indirect în cercul beneficiarilor acesteia. Aceasta deoarece Curtea dispune interpretarea în sens larg al dreptului de liberă circulație și de ședere, astfel, ca un exemplu clasic al argumentației bazată pe

principiul efectului util, se supune protecției conferite de dreptul primar comunitar mama cetățeană a unui stat terț în întreținerea căreia se află un minor cetățean al Uniunii, în pofida faptului că mama nu ar putea invoca normele din dreptul secundar comunitar în favoarea sa³³.

4. Cauze privitoare la dreptul la nume în fața Curții Europene de Justiție

Argumentele mai sus expuse pot fi bine ilustrate prin utilizarea unui exemplu concret: al dreptului la nume. Curtea de astăzi ar rezolva cauza Konstantinidis hotărâtă în 1993 într-o manieră complet diferită. Numele grecesc al lui Christos Konstantinides a fost transliterat la un oficiu de stare civilă din Germania – de altfel în conformitate cu standardele internaționale în materie. Împotriva acestui fapt a protestat partea interesată considerând că, în opinia sa, transliterarea a camuflat identitatea sa religioasă și etnică. În 1993 Curtea Europeană nu a adoptat hotărârea sa pe baza cetățeniei Uniunii ci a avut în vedere drept motivare în locul acesteia libertatea fundamentală economică, constatând încălcarea acestei libertăți.

Afirmațiile făcute mai înainte pot fi dovedite și prin comparația cu cazul Garcia Avello³⁴, care era din nou legată de chestiunea dreptului la nume. Copii soților Carlos Garcia Avello (cetățean spaniol) și Isabelle Weber (cetățeană belgiană) au purtat numele de familie de „Garcia Avello”. Părinții lor însă au dorit ca aceștia să poarte – conform tradiției iberice – numele de Garcia Weber. Căci, conform tradiției spaniole numele de familie a copilului este format din prima parte a numelui de familie al tatălui și numele de familie al mamei în această ordine. Autoritățile belgiene au respins înscrierea în registrul de stare civilă a numelor copiilor în această compoziție. Curtea Europeană de Justiție a hotărât în favoarea părinților, în mod deloc surprinzător, deși copii dețineau cetățenia ambelor state.

Mai neobișnuită a fost motivarea hotărârii: Curtea s-a referit la interdicția discriminării și la o serie de cauze anterioare (d'Hoop, Grzelczyk, Sala)³⁵ - lucru care în sine nici nu ar fi fost chiar așa de ieșit din comun. Ceea ce în schimb era mai interesant se regăsea la punctul 25 al hotărârii: „Deși conform stării prezente a dreptului comunitar reglementarea dreptului la nume ține de competența exclusivă a statelor membre, totuși statele membre sunt obligate să exercite această competență cu luarea în considerare a dreptului comunitar, ținând cont în mod special de prevederile din tratat privitoare la dreptul de liberă circulație și ședere în favoarea cetățenilor Uniunii”. După acestea Curtea a adăugat că nu dorește să extindă efectul material al Tratatului la raporturile juridice pur interne – deci lasă neatins principiul discriminării inverse.

De fapt, dreptul comunitar cunoștea deja tehnica argumentativă de mai sus, în special în cauzele legate de interzicerea discriminării. Sfera de aplicare a TCE, efectul lui material în mai multe cauze a fost extinsă de CEJ și la materii care – conform poziției Curții – au avut o tangență cu dreptul comunitar, deși nu aparțineau respectiv nici acum nu aparțin sferei reglementării comunitare (astfel că legiferarea

în aceste materii revine în continuare în competența statelor). Un astfel de domeniu a fost învățământul, respectiv politica educațională în cazul Gravier³⁶.

Curtea consideră deci că și exercitarea acestor competențe poate avea efecte semnificative asupra realizării libertăților economice fundamentale, și din acest motiv între acestea – deci între libertatea fundamentală economică și domeniul aflat în competența statelor membre – poate exista o legătură directă. Sintagma „conform stadiului actual al dreptului comunitar” combinată cu formula de mai sus conferă posibilitatea ignorării noțiunii inflexibile a sferei de aplicabilitate (materială) a dreptului comunitar de către Curte și astfel deschide calea extinderii sensului noțiunii interdicției discriminării, iar prin aceasta a întregii sfere de aplicabilitate a dreptului comunitar, întotdeauna ținând cont de circumstanțele cauzei concrete. Astfel s-a întâmplat și în cauza Bickel și Franz³⁷ relativ la o ipoteză penală sau în cauzele Phil Collins³⁸ în materia drepturilor de autor.

Între domeniile care au rămas în competența statelor membre și valorificarea instituției cetățeniei Uniunii există o suprafață de contact excepțional de largă, în special datorită extinderii sferei aplicabilității personale a celei din urmă. Din caracterul de bază al statutului de cetățean al Uniunii rezultă în cele mai multe cazuri o corelație directă între cele două. Singura limită indiscutabilă a acestei corelații ar putea fi constituită de raporturile juridice cu caracter pur intern, dacă CEJ nu ar cerceta din ce în ce mai des normele evident pur naționale (deoarece privesc exclusiv raporturile dintre stat și cetățean) care pot fi apte să restrângă libera circulație a cetățenilor europeni. Bunăoară, posibilitatea justificării unor asemenea măsuri din partea statelor membre este o chestiune de interpretare prin analizarea scopului real.

Hotărârea din cauza Grunkin și Paul³⁹ din toamna anului 2008 privea recunoașterea numelui de familie a unui minor cu cetățenie germană (Leonard Mattias Grunkin-Paul) născut și rezident în Danemarca, înscris în registrul de stare civilă cu un nume de familie constituit din numele de familie ale tatălui (Grunkin) și ale mamei (Paul) reunite. Părinții de cetățenie germană ai minorului au solicitat înscrierea fiului lor în registrul de stare civilă din Germania cu acest nume de familie reunit, cerere respinsă de autoritatea de stare civilă germană cu motivarea că purtarea numelui de către cetățenii germani este reglementată de dreptul german, iar aceasta nu permite purtarea unei nume compuse din nume de familie reunite. Curtea a considerat relativ rapid că ipoteza intră sub incidența dreptului comunitar, mai exact a art. 18 TCE, ținând cont de faptul că minorul are cetățenia unui stat membru care se află în mod legal pe teritoriul altui stat. După acestea, Curtea a constatat că dreptul de a reglementa, în ceea ce privește numele de familie, intră în competența statelor membre, însă aceste state trebuie să respecte dreptul comunitar în cursul exercitării competenței ce le revine. Poziția Curții reiese clar din hotărâre: faptul că cineva este obligat să poarte în statul membru al cărui cetățean este un alt nume decât cel înscris în registrul de stare civilă de la locul nașterii și rezidenței actuale este apt să împiedice exercitarea dreptului la liberă circulație al cetățenilor Uniunii. Diferența dintre numele de familie arătate în diferitele acte germane și

daneze poate pricinui dezavantaje serioase profesionale și personale persoanei afectate. Deoarece – după considerentele Curții – măsurile restrictive germane în materie nu sunt suficient de rigurose motivate, reglementarea în cauză este contrară dreptului de liberă circulație și ședere a cetățenilor Uniunii.

Posibilele consecințe ale practicii jurisdicționale a Curții Europene de Justiție în materia dreptului la nume și posibilele soluții aflate la dispoziția legiuitorilor și jurisdicțiilor naționale a statelor membre sau eventuala nevoie de acțiune în această materie merită a fi analizate într-un studiu separat⁴⁰.

IV. În loc de concluzii

Statele membre nu primesc neapărat cu bucurie interpretarea dinamică schematic punctată mai sus. Drept cauză a neliniștii lor stau în special creșterea vertiginoasă a numărului statelor membre și, în paralel, recesiunea. Statele membre cu capacitate economică mai semnificativă ar prefera dacă Curtea ar rezolva cu mai multă rețineră și cu mai multă disciplină a dogmaticii juridice litigiile legate de cetățenia Uniunii. Ceea ce neliniștește poate cel mai mult statele membre în legătură cu jurisprudența instanței de la Luxemburg este extinderea interdicției discriminării pe bază de cetățenie, subînțeleasă deja pe lângă instituția cetățeniei Uniunii, limitare impusă de art. 12 TCE. Iar efectul material al interzicerii generale a discriminării, valorificat prin cetățenia Uniunii, este pe atât de neclar pe cât este de vast: depinde de unde privim lucrurile.

La prima vedere, dogmatica dezvoltată de CEJ ar fi putut părea eclectică, în special în primul deceniu de după introducerea cetățeniei Uniunii. În realitate însă, instanța de la Luxemburg a parcurs în mod consecvent etapele schemei logice clădite de aceasta⁴¹. După unele aprecieri din literatura de specialitate, am ajuns la capătul jurisprudenței raționale⁴² – deși ne îndoim de această afirmație. Este mai de grabă vorba de faptul că instanța, pornind de la elementele stării de fapt, caută în continuare explicații, formulează efecte și trage concluzii, în timp ce întotdeauna are în vedere obiectivele în sens larg ale Comunității, respectiv mai recent cele ale Uniunii.

Concepția cetățeniei Uniunii – se pare – este parte integrantă a dilemei care preocupă în prezent Uniunea: trebuie clarificate corelațiile între identitate și legitimitate normativă. Curtea Europeană, se pare, și-a afirmat poziția: dorește să interpreteze extensiv drepturile conexe cetățeniei Uniunii, cu puține posibilități de exonerare pentru statele membre și acestea doar între limitele proporționalității – iar toate acestea deduse pe baza unor norme comunitare lacunare.

* **Dr. Erzsébet SÁNDOR-SZALAY**, Conferențiar, Universitatea din Pécs, Facultatea de Drept, Departamentul de Drept Internațional și European, director al Centrului pentru Studii Europene și Educație. zsoka@ajk.pte.hu. Traducerea în limba română a materialului a fost asigurată de către Székely János, licențiat în drept și absolvent al studiilor masterale din cadrul Facultății de Drept a UBB Cluj-Napoca, în prezent doctorand la Facultatea de Drept a Universității din Pécs.

- ¹ Despre cauzele acestui fenomen se pot studia numeroase puncte de vedere, printre altele: Paul W. KAHN, *Speaking Law to Power: Popular Sovereignty, Human Rights and the New International Order*, Chicago Journal of International Law, nr. 1/2000, articol ce poate fi accesat la <http://www.allbusiness.com/legal/international-law/1170175-1.html>, ultima accesare: 30 august 2009.
- ² Este totuși adevărat că, după patru decenii, statele membre ale Uniunii Europene au considerat la începutul anilor '90 că ar trebui consacrată posibilitatea sancționării statelor cu amenzi pentru conduita lor de neconformare cu dreptul comunitar. Articolul 228 al Tratatului de instituire a Comunității Europene (în continuare TCE) – rezultat ca urmare a modificărilor aduse prin Tratatul de la Maastricht – creează posibilitatea ca statele membre care nu execută benevol hotărârile Curții de la Luxemburg să fie constrânse la conformare prin obligare la plata unor sume forfetare sau amenzi cominatorii. A se vedea Comentariul art. 228 în András OSZTOVITS (editor) - *Az Európai Unió alapító szerződéseinek magyarázata* – Vol. I., Editura CompLex, Budapesta, 2008, p. 1455 și urm.; VÁRNAY/PAPP/VARJÚ/BARTHA – *EU jog a tárgyalóteremben. A tagállamokkal szembeni kötelezettségzegési eljárások*, Editura CompLex, Budapesta, p. 169 și urm.
- ³ Socotim ca necesară sublinierea faptului că nu considerăm noțiunile, fenomenele, calificările, antitezele pentru accentuarea sau pentru depictarea grafică a acestora respectiv formulările mai categorice utilizate de noi ca niște categorii absolute, incontestabile or statice sau închise. Chiar din contră: suntem convinși că toate fenomenele tratate țin de categorii relative, deschise dezbaterii, dinamice și deci aflate într-o schimbare continuă.
- ⁴ Jo SHAW, *Citizenship of the Union*, în Academy of European Law (editor) *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. VI. Cartea 1, Den Haag, 1998, p. 237, 251.
- ⁵ Conform art. 18 al TCE: „Orice cetățean al Uniunii are dreptul de liberă circulație și sedere pe teritoriul statelor membre, sub rezerva limitărilor și condițiilor prevăzute de prezentul tratat și de dispozițiile adoptate în vederea aplicării sale.”
- ⁶ În legătură cu această materie, pentru detalii, din literatura de specialitate de limbă maghiară a se vedea: Miklós KIRÁLY, *Egység és sokféleség. Az Európai Unió jogának hatása a kultúrára*, Budapesta, Editura Új Ember 2007; Zoltán CSEHI, *Új humanizmus a nemzetközi magánjogban – a kulturális identitás*, Magyar Jog, 2005, p. 8, 502; J.J WEILER – *Keresztény Európa* Budapesta, Editura Szent István Társulat, 2006 (traducerea în limbă maghiară a operei autorului *Ein christliches Europa. Erkundungsgänge*, Salzburg/München 2004). Literatura de specialitate în limbă străină în această materie este vastă, dintre contributorii cei mai semnificativi numele lui J.J. Weiler și U. Haltern fiind demne de mențiune, deși nu neapărat în susținerea aceluiași părerii.
- ⁷ A se vedea *infra*, pct. III. 3. al prezentului studiu.
- ⁸ Cu prilejul ultimelor extinderi, Uniunea Europeană a „importat” numeroase conflicte care au făcut să apară ca necesară definirea politică din ce în ce mai accentuată a procesului de integrare. Animizitatea între Cipru și Turcia în legătură cu granița lor comună, neînțelegerile între Slovenia și Croația privind accesul la mare al celei dintâi, conflictul între Uniune și Bulgaria pe fondul corupției răspândite și a abuzurilor legate de sursele de finanțare comunitare. Printre situațiile conflictuale se arată o corelație specifică între instituția cetățeniei Uniunii și interdicția generală a discriminării (art. 12 TCE) bazată pe aceasta, respectiv principiul tratamentului egal (art. 13 TCE) care se interpretează împreună cu ea, pe de o parte și între protecția insuficientă acordată drepturilor minorităților naționale de către statele membre pe de altă parte.

- ⁹ A se vedea, de exemplu: Balázs MAJTÉNYI, András László PAP: *A szlovákiai nyelvtörvény és a diszkrimináció tilalma*, MTA Jogtudományi Intézet, 2009, http://www.mta-jti.hu/allamnyelv_majtenyipap.pdf, ultima accesare: 25 august 2009 sau Gábor KARDOS, Balázs MAJTÉNYI, Balázs VIZI, *A szlovákiai államnyelv-törvény módosításának elemzése*, MTA Etnikai-nemzeti Kisebbségkutató Intézet, 2009, ultima accesare: 30. 08 2009.
- ¹⁰ Al treilea raport comprehensiv despre activitatea Comunității Europene, 1969, p. 527. și urm., citat de: Stefan KADELBACH: *Unionsbürgerschaft*, în: Armin von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2003, p. 542.
- ¹¹ Sintagma de „cetățean comunitar” s-a referit la regimul juridic al cetățenilor statelor membre reglementat de dreptul comunitar în perioada precedentă Tratatului de la Maastricht. Limba germană folosește expresia de „Marktbürger”, în limbajul francez de specialitate s-a răspândi denumirea de „ressortissant” respectiv „citoyenneté communautaire”, pentru aceasta a se vedea, de ex., din literatura germană de specialitate: Christian CALLIES, *Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik*, Europarecht Beiheft 1, 2007, p. 9. și urm.; în literatura de specialitate maghiară se citează denumirea franceză de ex. în: Judit FAZEKAS, Zsófia ASZTALOS, *Uniós polgárok: hogyan tovább? Az uniós polgársághoz kapcsolódó jogok fejlődése a Maastrichti Szerződéstől az Alkotmányos Szerződésig*, Acta Humana, anul 16, nr. 2/2005, p. 81 și urm.
- ¹² Buletin al CE, 7/1985 anexă, citat de: Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, *Grundfreiheit ohne Markt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 96- 97.
- ¹³ În limbajul de specialitate maghiar se folosește alternativ expresia de „deficit democratic” și de „deficit-democratic”. Fără să întreprinderea unor cercetări și analize mai aprofundate, încercăm să utilizăm în mod consecvent expresia de „deficit-democratic”. Considerăm că „deficit” ca și cuvânt sugerează un conținut negativ și deci poate fi utilizat ca și sufix/prefix, iar în versiunea substantivală pare să se refere la natura democratică a acestui deficit sau a acestei lipse, ceea ce pentru noi pare a fi neinteligibil.
- ¹⁴ Cu titlu exemplificativ enumerăm câteva surse în limbă maghiară: Judit FAZEKAS, Zsófia ASZTALOS, *op. cit.*, p. 83 și urm.; Ernő VÁRNAY, Mónika PAPP, *Az Európai Unió joga*, Budapesta, Editura KJK-Kerszöv, 2005, p. 58 - 63; Sándor Erzsébet SZALAYNÉ, *Az Európai Unió közjogi alapjai*, Budapesta-Pécs, Editura Dialóg Campus, 2003, p. 255 - 266; András OSZTOVITS (editor), *Az Európai Unió alapító szerződéseinek magyarázata I*, Editura CompLex, Budapesta, 2008, p. 63 și urm.
- ¹⁵ A se vedea: Judit TÓTH, *Választójog, népképviselő és állampolgárság az EU-ban és Magyarországon*, în: László BODNÁR (editor): *EU-csatlakozás és alkotmányozás*, Szeged, Universitatea Științifică de la Szeged, Facultatea de Științe Juridice și ale Statului, Catedra de Drept Internațional, 2001, p. 22; Tamás GYULAVÁRI, *Uniós polgárság: vágyak és valóság*, Európai Tükör, anul VIII, nr. 7/2003, p. 21 și urm., cu referințe la alte lucrări în literatura de specialitate; Ulrich HALTERN, *Das Janusgesicht der Unionsbürgerschaft*, Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft, 2005, p. 87; Simone STAEGELICH, *Rechte und Pflichten aus der Unionsbürgerschaft*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, anul 6, nr. 4/2003, p. 520 - 521.
- ¹⁶ A se vedea Tamás GYULAVÁRI *op. cit.*, p. 42 - 43.

- ¹⁷ Art. 12 TCE: „În domeniul de aplicare a prezentului tratat și fără a aduce atingere dispozițiilor speciale pe care le prevede, se interzice orice discriminare exercitată pe motiv de cetățenie sau naționalitate”.
- ¹⁸ A se vedea, de exemplu, al treilea raport al Comisiei Europene despre cetățenia Uniunii - COM (2001) p. 506.
- ¹⁹ Art. 13 TCE: „Fără a aduce atingere celorlalte dispoziții din prezentul tratat (...) Consiliul (...) poate lua măsurile necesare în vederea combaterii oricărei discriminări bazate pe sex, rasă sau origine etnică, pe religie sau convingeri, pe handicap, vârstă sau orientare sexuală.”
- ²⁰ Art. 17 alin. (2) TCE: „Cetățenii Uniunii se bucură de drepturile și au obligațiile prevăzute de prezentul tratat.”
- ²¹ Shiofra O’LEARY, *The Relationship Between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law*, *Common Market Law Review*, 32, 1995, p. 519.
- ²² A se vedea documentul intitulat „Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene”, publicat cu solemnitate de Parlamentul European, Consiliu și Comisie – JO 2007 C 303/01, 12.14.2007. Conform noului text al art. 6 din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE), modificat prin Tratatul (de Reformă) de la Lisabona, Carta - în mare parte în forma adoptată în data de 7 decembrie 2000 (cu rectificările adoptate în data de 12 decembrie 2007) - a fost ridicată la nivelul unei norme primare, la rang egal cu tratatele fondatoare. Deci Carta nu a dobândit puterea obligatorie ca parte a unui tratat, cum a fi fost cazul dacă ar fi fost adoptată proiectul Tratatului de Reformă, desigur după intrarea în vigoare a acestuia. A se vedea, de exemplu, Klemens H. FISCHER, *Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag*, Baden-Baden, Wien, Bern, Nomos Verlag, 2008, p. 115-116.
- ²³ Carta conține următoarele drepturi: dreptul electoral activ și pasiv la alegerea Parlamentului European și a autorităților publice locale ale statelor membre (art. 39 și 40); dreptul la bună administrare (art. 41), dreptul de acces la documente (art. 42), dreptul de a sesiza Ombudsmanul European (art. 43), dreptul de a adresa petiții Parlamentului European (art. 44), libertatea de circulație și de ședere (art. 45), și în fine dreptul la protecție diplomatică și consulară (art. 46).
- ²⁴ C-168/91 Konstantinidis, Rep. 1993, 1191.
- ²⁵ C-274/96 Bickel și Franz, Rep. 1998, I-7637; C-378/97 Wijsenbeek, Rep. 1999, I-6207.
- ²⁶ C-85/96 Martinez Sala, Rep. 1998, I-2691; C-184/99 Grzelcyk, Rep. 2001, I-6193; C-224/98 d’Hoop, Rep. 2002, I-1691.
- ²⁷ C-138/02 Collins, Rep. 2004, I-2703; C-456/02 Trojani, Rep. 2004, I-7573; C-200/02 Zhu și Chen, Rep. 2004, I-9925; C-192/05 Tas-Hagen, Rep. 2006, I-451; C-11, 12/06 Morgan și Bucher, Rep. 2008, I-9761; C-499/06 Nerkowska, Rep. 2008, I-3993. Cauze rezolvate definitiv, dar nepublicate încă în Repertoriu: C-33/07 Jipa (2008), C-127/08 Metock (2008), C-353/06 Grunkin și Paul (2008), C-158/07 Förster (2008), C-524/06 Huber (2008), C-221/07 Zablocka-Weyhermüller, C-22,23/08 Vatsouras și Koupatantze (2009). Cauze aflate încă pe rol: C-135/08 Rottmann, C-310/08 Ibrahim, C-535 Pignataro, C-480/08 Teixeira etc.

- ²⁸ C-209/03 Dany Bidar, Rep. 2005, I-2119, punctul 28.
- ²⁹ A se vedea concluziile finale ale avocatului general Geelhoed publicate la 19 februarie 2004 (punctul 10) în cauza Troiani, C-456/02, Rep. 2004, I-7573.
- ³⁰ A se vedea concluziile finale ale avocatului general Geelhoed publicate la 11 noiembrie 2004 (punctul 28) în cauza Bidar, C-209/03, Rep. 2005, I-2119.
- ³¹ A se vedea cauza Troiani, *supra* sau *inter alia*, cauza C-138/02 Collins, Rep. 2004, I-2703.
- ³² În literatura de specialitate există un autor care denumește dreptul rezultat din logica și argumentația de mai sus a Curții „Reflexrecht”: Ulrich HALTERN, *Europarecht. Dogmatik im Kontext*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 503.
- ³³ A se vedea cauza C-200/02 Zhu și Chen, Rep. 2004, I-9925. Pentru detalii despre cauză, a se vedea Bernhard HOFSTÖTTER, *A Cascade of Rights, or Who Shall Care for Little Catherine?* ELRev. 30 (2005), p. 548. și urm.
- ³⁴ C-148/02, Rep. 2003, I-11613.
- ³⁵ A se vedea *supra*, nota 26.
- ³⁶ C-293/83, Gravier, Rep. 1985, 593.
- ³⁷ C-274/96, Bickel și Franz, Rep. 1998, I-7637.
- ³⁸ C-92/92 și C-326/92, Phil Collins, Rep. 1993, I-5145.
- ³⁹ C-353/06 Grunkin și Paul, decisă în data de 14 octombrie 2008 (Nepublicată încă în Repertoriu).
- ⁴⁰ În pregătire: Sándor Erzsébet SZALAYNÉ, studiul *Az „európai polgár” névviselési jogáról – avagy a közösségi jog alkalmazási körének rugalmas határai*, în curs de apariție la începutul anului 2010.
- ⁴¹ În această privință, pentru o analiză amănunțită, a se vedea: Zsófia ASZTALOS, *Unió polgárság és diszkrimináció tilalma*, lucrare de doctorat în manuscris, Miskolc 2009, p. 134 și urm.
- ⁴² Kay HAILBRONNER, *Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 2185 - 2188.

**ACȚIUNILE ÎMPOTRIVA ORDONANȚELOR GUVERNULUI.
POSSIBILITATEA INTENTĂRII ACȚIUNII, ÎN TEMEIUL ART. 9,
ALIN. (1) DIN LEGEA CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV,
ULTERIOR APROBĂRII ORDONANȚEI
PRIN LEGE DE CĂTRE PARLAMENT**

Sergiu GHERDAN*

Rezumat: *Posibilitatea particularilor de a se adresa instanței, în măsura în care au fost vătămați prin ordonanțe sau dispoziții din acestea declarate neconstituționale este garantată de însăși legea fundamentală, astfel că legiuitorul a fost obligat de acest mandat constituțional explicit de legiferare să reglementeze condițiile exercitării acestei acțiuni.*

În prezent, reglementată prin dispozițiile Legii contenciosului administrativ, acțiunea ar avea aparent un domeniu foarte larg de aplicare. Totuși, situația este departe de a se prezenta astfel. O ordonanță, odată aprobată prin lege de către Parlament, își pierde specificitatea și individualitatea, aprobarea echivalând cu absorbția ordonanței de către lege. Drept urmare, prin aprobare, ordonanța încetează să existe ca act juridic normativ distinct.

În practica judiciară internă există o cutumă terminologică bine încetățenită, în sensul folosirii termenului de „ordonanță” și după aprobarea acesteia prin lege, deși corect ar fi folosirea termenului de „lege”, izvorul de drept fiind legea de aprobare, nicidecum ordonanța.

Astfel, cum Legea contenciosului administrativ se referă la acțiunile împotriva ordonanțelor sau a dispozițiilor din ordonanțe considerate a fi neconstituționale, trebuie să admitem că această acțiune nu se va putea exercita ulterior aprobării ordonanței prin lege de către Parlament. Tocmai datorită intervalului de timp – care, cel puțin în teorie, ar trebui să fie scurt – dintre momentul intrării în vigoare a ordonanței și momentul aprobării ei prin lege, acțiunea reglementată în art. 9, alineatul 1 din Legea contenciosului administrativ, are o aplicabilitate temporală limitată.

Abstract: Legal Actions Against Governmental Ordinances. The Possibility of Taking the Action, According to Art. 9, Paragraph 1 of the Administrative Court Law after Parliament Approval by Law. *The possibility of individuals to address the court since they consider themselves harmed by an ordinance or by a provision of the ordinance declared unconstitutional is guaranteed by the fundamental law itself, the Parliament being thus compelled by its explicit constitutional power to stipulate such conditions in exercising this right.*

At present, though such actions are trialled by the Administrative Court Law and would theoretically have a broad area of application, such practices seem not rooted in reality. Once an ordinance is ratified by the Parliament it apparently loses its specificity and uniqueness, as it is absorbed and assimilated by the law. Therefore, when an ordinance is ratified, it immediately ceases to exist as a distinctive normative juridical act.

In the Romanian legal practice it is customary to maintain the term 'ordinance' even after such an act is ratified, and thus becomes a law – though it would be more accurate to consider its mere ratification the original law, and not the ordinance as such.

Though the Administrative Court Law stipulates how an ordinance can be challenged in court if an individual considers the ordinance to be unconstitutional, one has to observe that such an action is quite impossible after Parliament ratification precisely because of the time - which, at least in theory, should be short - between the entry into force of the ordinance and timing of adoption by law. Therefore, the action covered by Article. 9, paragraph 1 of the Administrative Court Law, has a limited temporal scope.

Cuvinte cheie : ordonanță, lege de aprobare, neconstituționalitate, absorbție

Keywords: ordinance, approval law, unconstitutionality, absorption

Capitolul I.

CADRUL CONSTITUȚIONAL ȘI IMPLICAȚIILE ACESTUIA

Constituția României, în art. 126, alin. (4), ultima teză, dispune: „*Instanțele de contencios administrativ sunt competente să soluționeze cererile persoanelor vătămate prin ordonanțe sau, după caz, prin dispoziții din ordonanțe declarate neconstituționale.*”

Câteva observații pe marginea acestui text trebuiesc făcute.

Astfel, *în primul rând*, textul constituțional impune o obligație expresă legiuitorului de a introduce în dreptul pozitiv o astfel de acțiune, garantându-le particularilor posibilitatea de a valorifica textul constituțional prin intermediul unei acțiuni specifice și speciale în fața instanțelor de judecată. Drept urmare, este evident că textul constituțional consacră un mandat explicit de legiferare în materia contenciosului administrativ.

De remarcat că această prevedere a fost un element de noutate adus prin revizuirea Constituției din 2003, doctrina apreciind oportunitatea prevederii nou introduse¹.

Dat fiind că modificarea cadrului constituțional, ca urmare a revizuirii Constituției, a afectat mai multe instituții juridice, printre care și cea a contenciosului administrativ, se impunea cu stringență modificarea și adaptarea acesteia din urmă cu prevederile revizuite ale legii fundamentale. Ca atare, la scurt timp, Legea 554/2004² – Legea contenciosului administrativ în vigoare și în prezent - a abrogat și înlocuit vechea reglementare în materie – Legea 29/1990³ – aceasta din urmă aflându-se într-o disonanță vădită cu legea fundamentală revizuită⁴. Totodată, prin adoptarea Legii 554/2004, legiuitorul și-a îndeplinit din punct de vedere formal obligația pozitivă de a transpune în dreptul intern acțiunea despre care art. 126, alin. (4) din Constituția revizuită face referire⁵.

Geneza acestei prevederi constituționale a pornit, după cum se precizează și în doctrină⁶, de la o întrebare de bun simț: dacă ordonanțele guvernamentale sunt, în parte, și acte administrative, atunci de ce o persoană vătămată într-un drept al său de o autoritate publică (Guvernul) printr-un act administrativ (ordonanța) nu s-ar putea îndrepta împotriva acesteia din urmă printr-o acțiune în contenciosul administrativ⁷?

În *al doilea rând*, textul constituțional se referă la competența instanțelor de contencios administrativ. Prezintă o deosebită importanță, trebuie remarcat faptul că stabilirea competenței materiale a acestor instanțe de a judeca cererile persoanelor vătămate prin ordonanțe sau dispoziții din acestea este una **exclusivă**. Cu alte cuvinte, textul constituțional, fiind imperativ, interzice deturnarea competenței instanțelor de contencios administrativ, orice prevedere care ar institui o competență obligatorie în favoarea altor instanțe fiind neconstituțională. Textul nu conferă însă instanțelor de contencios administrativ dreptul de a examina constituționalitatea ordonanțelor, ci doar stabilește competența materială a acestora în ipoteza vizată de textul constituțional⁸.

O altă remarcă vizează inaplicabilitatea **totală** a art. 5, alin. (2) din Legea contenciosului administrativ în raport de acțiunea intentată de persoana vătămată de starea de neconstituționalitate datorată unor dispoziții din ordonanțe, art. 5 din Legea 554/2004, în primele sale două alineate, consacrand excepțiile absolute de la admisibilitatea acțiunilor în contencios administrativ. Situația vizată de al doilea alineat este incidentă atunci când *prin lege organică se prevede o altă procedură judiciară pentru atacarea actelor administrative*⁹. Este evident că această excepție absolută¹⁰ este inopozabilă particularului care invocă dispozițiile art. 9 din aceeași lege, după cum precizam și mai sus, orice act care ar deturna competența instanțelor de contencios administrativ de la judecarea acțiunii garantate de art. 126, alin. (4) din Constituția revizuită, fiind **neconstituțional**¹¹.

În *al treilea rând*, legiuitorului îi revine obligația de a reglementa, într-un mod previzibil, accesibil și comprehensibil, condițiile de admisibilitate și de exercitare a acțiunii respective. Cum Constituția în sine este, în mare parte, un act care conține norme cu caracter general, condițiile pentru intentarea acțiunii garantate de art. 126, alin. (4) din Constituția revizuită au fost pasate în sarcina legiuitorului, care, odată cu adoptarea Legii 554/2004, a reluat fidel textul constituțional în art. 1, alin. (7) al acestei legi, reglementând totodată în conținutul art. 9 condițiile exercitării **acțiunilor împotriva ordonanțelor Guvernului**¹².

În *al patrulea rând*, având în vedere că textul Constituției nu distinge, prevederile constituționale vizează atât ordonanțele simple, cât și cele de urgență. O altă interpretare nu poate fi reținută, pentru că acolo unde legea nu distinge, nici interpretul nu o poate face.

În *al cincilea rând*, din text reiese indubitabil că instanțele de contencios administrativ vor putea soluționa aceste cereri doar *a posteriori*, după și în măsura în care starea de neconstituționalitate a fost constatată de Curtea Constituțională.

Capitolul II. CADRUL CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV

1. Ipoteza prevăzută în art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004 și aplicațiile dispozițiilor art. 9, alin. (2) și (3) în materie

În primă fază, trebuie să remarcăm că textul art. 9 din Legea contenciosului administrativ, în alineatul său prim, adaugă la legea fundamentală, într-un mod care avantajează particularii vizați de starea de neconstituționalitate a ordonanțelor guvernamentale. Cum Constituția protejează doar *posibilitatea persoanelor vătămate prin dispoziții din ordonanțe declarate neconstituționale (s.n. – S.G.) de a se adresa instanței [...]*, art. 9 din Legea 554/2004, pe lângă aceasta, oferă în plus posibilitatea particularilor să se adreseze instanței de contencios administrativ cu o acțiune însoțită de excepția de neconstituționalitate. Astfel, interesele particularilor sunt protejate chiar **înainte** ca instanța de contencios constituțional să se pronunțe asupra neconstituționalității unei ordonanțe sau dispoziții din aceasta, cu toate că la momentul intentării acțiunii, particularul nu era *vătămat* de starea de neconstituționalitate, pentru simplul fapt că aceasta nu fusese încă constatată¹³, ordonanța care face obiectul excepției de neconstituționalitate beneficiind de prezumția de constituționalitate.

Este adevărat, instanța de contencios administrativ va suspenda judecarea acțiunii în măsura în care excepția de neconstituționalitate este admisibilă și va putea pronunța o hotărâre de admitere a acțiunii dacă starea de neconstituționalitate este confirmată, ajungând să soluționeze cauza după constatarea neconstituționalității, însă trebuie să remarcăm că reglementarea din textul art. 9 a Legii contenciosului administrativ aduce un plus de eficiență față de textul constituțional, fiind oportună protejarea particularilor vătămăți printr-o stare de neconstituționalitate aflată la momentul intentării acțiunii doar într-un stadiu virtual.

În această situație, se aplică regulile dreptului comun în materia excepțiilor de neconstituționalitate¹⁴, însă se precizează expres în textul art. 9, alin. (1), că *acțiunea este admisibilă numai în măsura în care obiectul principal (s.n. – S.G.) nu este constatarea neconstituționalității ordonanței sau a dispoziției din ordonanță*.

Trebuie însă să identificăm ce utilitate practică prezintă acest text de lege și care este situația în care instanța de contencios administrativ ar putea respinge acțiunea pe motiv că *obiectul principal* ar fi constatarea neconstituționalității ordonanței sau a unei dispoziții a acesteia.

Înainte de a trece la analiza prevederii respective, trebuie să menționăm că textul art. 9 din Legea 554/2004 a fost modificat printr-o serie de acte normative¹⁵, doctrina identificând rațiunea principală a acestor modificări ca fiind punerea în deplină concordanță a textului de lege cu decizia Curții Constituționale nr. 660/2007, prin care s-a statuat că art. 9 din Legea 554/2004 este neconstituțional, *în măsura în care permite ca acțiunea introdusă la instanța de contencios administrativ să aibă ca obiect principal constatarea neconstituționalității unei ordonanțe sau a unei dispoziții dintr-o ordonanță*¹⁶.

Astfel, în măsura în care particularul nu invocă nicio pretenție sau nicio despăgubire în petitul cererii sale, am putea concluziona că aceasta va fi respinsă pe motivul caracterului principal al constatării neconstituționalității, fiind aparent evident că singurul scop urmărit este asanarea actului care face obiectul excepției de neconstituționalitate. Într-o asemenea măsură s-ar putea spune că acțiunea în contencios administrativ se transformă într-o veritabilă acțiune în contencios constituțional, ceea ce este inadmisibil și în neconcordanță cu textul art. 146, alin. (1), lit. d) din Constituție, pentru că excepția de neconstituționalitate s-ar transforma într-o acțiune de neconstituționalitate.

Însă ne întrebăm, de ce este obligatoriu ca particularul să invoce o anumită măsură reparatorie pentru a putea înlătura vătămarea dreptului sau interesului legitim produsă prin starea de neconstituționalitate? În măsura în care particularul nu dorește să obțină măsuri reparatorii, ci doar constatarea încălcării dreptului sau interesului său subiectiv, de ce ar fi inadmisibilă acțiunea sa?

Orice răspuns am putea găsi nu s-ar putea explica de ce un particular poate obține mai mult (constatarea neconstituționalității plus eventualele despăgubiri sau alte măsuri reparatorii), dar nu poate obține mai puțin (doar constatarea neconstituționalității), această ipoteză fiind într-o disonanță crasă cu principiul de sorginte juridică *qui potest plus potest minus*.

În opinia noastră, într-o atare ipoteză, când particularul nu invocă măsuri reparatorii în acțiunea sa întemeiată pe dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004, instanțele trebuie să procedeze cu o deosebită prudență, fiindu-le interzisă să ofere o calificare *de plano* a acțiunii respective ca având ca *obiect principal* constatarea neconstituționalității. Într-un asemenea caz, instanțele trebuie să cerceteze dacă, în concret, particularul nu dorește cu primordialitate¹⁷ să obțină recunoașterea dreptului sau interesului legitim încălcat¹⁸.

Pe lângă această ipoteză, credem că trebuie să mergem cu analiza puțin mai departe în descifrarea sensului expresiei *obiect principal* cuprinsă în textul art. 9 din Legea 554/2004.

Într-o primă interpretare, în măsura în care reclamantul formulează un capăt de cerere referitor la măsurile reparatorii solicitate, pornind de la **premise** că instanța verifică mai întâi admisibilitatea excepției, fără a cerceta criteriile de admisibilitate a acțiunii în contencios administrativ, am putea constata că, aparent, acțiunea ar putea fi respinsă pe temeiul existenței obiectului principal al constatării neconstituționalității ordonanței **atunci când excepția nu are nici o legătură cu fondul cauzei**.

Pornind de la premisa enunțată, de fapt, într-o astfel de situație, acțiunea ar fi într-adevăr inadmisibilă, însă nu datorită caracterului principal al constatării neconstituționalității, ci datorită lipsei unei condiții referitoare la admisibilitatea excepției de neconstituționalitate. Astfel, una din condițiile pe care trebuie să le îndeplinească excepția de neconstituționalitate este ca aceasta să aibă legătură cu soluționarea cauzei¹⁹, adică cu fondul cauzei. Or, în măsura în care această condiție nu este îndeplinită, este evident că acțiunea va fi repudiată de către instanța sesizată, nu însă pentru existența

obiectului principal al constatării stării de neconstituționalitate, ci pentru neîndeplinirea unei condiții referitoare la admisibilitatea excepției de neconstituționalitate; văduvirea acțiunii de excepția care o însoțește făcând însăși acțiunea inadmisibilă, datorită neînscrierii în tiparul art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ.

Într-o secundă și total opusă interpretare, am putea argumenta că raționamentul acestei prevederi este acela de a nu permite persoanelor care sunt lipsite de interes procesual²⁰ de a ridica excepții de neconstituționalitate alături de acțiunea introdusă la instanța de contencios administrativ. Această concluzie pare să fie însușită și de instanța de contencios constituțional, aceasta precizând în motivarea deciziei precitate²¹ că „[...] ordonanțele Guvernului nu pot fi atacate pe cale principală, ci numai pe cale de excepție, **în valorificarea** (s.n. – S.G.) unui drept subiectiv sau a unui interes legitim”.

Urmând raționamentul sugerat de Curtea Constituțională, într-o asemenea ipoteză, excepția va fi analizată sub prisma condițiilor de admisibilitate doar **după** ce instanța va constata existența unui drept sau interes legitim în patrimoniul reclamantului și existența unei virtuale vătămări aduse acestora, iar doar dacă acest fapt este confirmat, instanța va aduce sub lupă și excepția de neconstituționalitate. Cu alte cuvinte, pentru ca particularul să se poată prevala de dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004, trebuie să promoveze un examen constând în două etape:

În prima dintre ele se verifică condițiile de admisibilitate a acțiunii directe în contencios administrativ, iar dacă se constată lipsa unui drept subiectiv sau interes legitim sau inexistența unei vătămări aduse acestuia, acțiunea va fi respinsă fără a se mai cerceta condițiile de admisibilitate a excepției de neconstituționalitate; acțiunea este lipsită de interes. Tot astfel, răsturnând premisa exemplului anterior, va fi respinsă și acțiunea în care excepția de neconstituționalitate nu are legătură cu fondul dedus judecării, pentru că, într-o atare situație, virtuală vătămare adusă unui drept sau interes legitim, fără ca excepția să aibă legătură cu soluționarea cauzei nu poate fi imaginată²². Neexistând o vătămare a unui drept sau interes legitim în această ultimă ipoteză, în fapt nici măcar nu se mai constată inadmisibilitatea excepției de neconstituționalitate, deoarece prima fază a examenului nu a fost promovată de către acțiunea în contencios administrativ. Soluția este logică, pentru că în situația lipsei vătămării dreptului subiectiv sau a interesului legitim, acțiunea este lipsită de interes.

În a doua etapă se verifică dacă condițiile de admisibilitate a excepției de neconstituționalitate sunt îndeplinite, cu excepția caracterului relevant al acesteia – care se verifică în prima etapă – iar dacă condițiile sunt respectate, se va sesiza Curtea Constituțională.

În opinia noastră, aceasta este interpretarea corectă a ultimei fraze a art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ, și anume, că instanțele **sunt obligate să verifice mai întâi admisibilitatea acțiunii în contencios administrativ**, abia apoi și numai dacă acțiunea este admisibilă urmând a se verifica admisibilitatea excepției de neconstituționalitate. Printr-o altă interpretare s-ar ajunge la posibilitatea de a

eluda litera și rațiunea legii. Spre exemplu, un particular ar putea utiliza acțiunea reglementată în articolul sus menționat numai pentru a obține constatarea stării de neconstituționalitate, mascând acest caracter principal al excepției prin formularea unui capăt de cerere referitor la despăgubirile solicitate, deși este evident că reclamantul nu este titularul unui drept subiectiv sau interes legitim, astfel ajungându-se la ceea ce Curtea Constituțională a calificat ca fiind inadmisibil : o acțiune directă în contenciosul constituțional.

Curtea Constituțională a statuat că ordonanțele sau dispozițiile din ordonanțe nu pot fi atacate pe cale directă, ci doar pe calea indirectă a excepției de neconstituționalitate. Astfel, mai întâi Curtea Constituțională, iar apoi legiuitorul – e adevărat, într-o formulare cel puțin discutabilă - au considerat că are natura unei acțiuni directe în contencios constituțional situația în care un particular se prevalează de dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ fără a **valorifica** un drept subiectiv sau interes legitim²³.

Într-o atare ipoteză, acțiunea în contencios administrativ va fi sortită eșecului chiar dacă Curtea Constituțională ar constata neconstituționalitatea prevederii atacate, pentru că, în lipsa unui drept subiectiv sau interes legitim, acțiunea în contencios administrativ va fi respinsă ca fiind lipsită de interes. De aceea, suntem de părere că instanța de contencios constituțional, iar mai apoi legiuitorul, au dorit să creeze un ‘filtru’, dispunând obligativitatea judecătorului *a quo* de a cerceta prealabil dacă cererea particularului respectă întru totul criteriile de admisibilitate a acțiunii în contencios administrativ și abia apoi să cerceteze admisibilitatea excepției de neconstituționalitate. Această opinie este susținută și întărită de motivarea Curții Constituționale într-o decizie²⁴ în care instanța de contencios constituțional a respins excepția de neconstituționalitate ridicată de către un particular în temeiul art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004, statuând ca respectiva excepție are natura unei acțiuni directe în contenciosul constituțional, **deși autorul excepției solicitase, în petitul cererii introduse la instanța de contencios administrativ, acordarea de despăgubiri.**

Drept urmare, pentru a preciza expres obligativitatea analizării fondului acțiunii în contencios administrativ, legiuitorul a introdus în cuprinsul art. 9, alin. (1) prevederea potrivit căreia este inadmisibilă o acțiune în contenciosul administrativ care are ca **obiect principal** constatarea neconstituționalității unei ordonanțe sau dispoziții din aceasta.

Fără a formula rezerve cu privire la caracterul judicios și logic al raționamentului introducerii acestei prevederi, nu putem să nu remarcăm redactarea total nefericită a textului. Interpretarea care, *în opinia noastră*, se vrea a fi dată – și cea corectă de altfel – acestei prevederi se află într-o disonanță gravă cu sensul literal al termenilor.

În primul rând, interpretând **strict gramatical** textul, ne putem imagina situații – nu puține - în care constatarea neconstituționalității nu constituie ‘*obiectul principal*’ al acțiunii, dar cu toate acestea, reclamantul nu este titularul unui drept sau interes legitim sau nu este obiectiv vătămat în acestea²⁵. Într-o astfel de situație și interpretare, acțiunea ar fi o acțiune directă în contenciosul constituțional, dar ar

respecta condiția inexistenței obiectului principal al constatării neconstituționalității; drept urmare, aplicând mecanic textul legii, instanța de contencios administrativ va trebui să sesizeze Curtea Constituțională în măsura în care excepția de neconstituționalitate îndeplinește criteriile legale, urmând ca, indiferent de decizia Curții, să respingă ulterior acțiunea în contencios administrativ ca inadmisibilă.

Evident, o astfel de interpretare contravine rațiunii textului art. 9, alin. (1), ultima teză, precum și deciziei nr. 660/2007 a Curții Constituționale. De aceea se impune ca instanțele, fiind puse în fața unei astfel de situații, să procedeze la interpretarea **teleologică** a textului de lege sus menționat, procedând la analiza prezentată – în cele două etape ale sale - făcând abstracție de sensul literal al termenilor folosiți în ultima frază a art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ. Și aceasta datorită faptului că, în măsura în care reclamantul nu își valorifică un drept sau interes legitim, sesizarea Curții Constituționale de către instanța de judecată ar echivala cu acțiune directă intentată de reclamant în contenciosul constituțional, ceea ce este inadmisibil.

Tocmai de aceea, trebuie să admitem că textul art. 9, alin. (1) consacră o ficțiune juridică²⁶, în sensul că acțiunea întemeiată pe acest temei legal are ca „obiect principal” constatarea stării de neconstituționalitate, dacă acțiunea în contencios administrativ este inadmisibilă. Această formulare referitoare la „obiectul principal” al acțiunii ar trebui să fie înlăturată *de lege ferenda*. Cum termenii folosiți de legiuitor se află într-o incongruență logică cu scopul urmărit, este de preferat ca într-o reglementare ulterioară să se revizuiască formularea existentă actualmente în ultima teză a art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004.

În al doilea rând, același text de lege ar putea fi interpretat într-o altă manieră, extrem de injustă. Având în vedere că particularul va putea obține, în contencios administrativ, o hotărâre de admitere a cererii sale numai în măsura în care Curtea Constituțională constată existența stării de neconstituționalitate invocată, această decizie fiind o condiție *sine qua non* a pronunțării hotărârii de admitere a cererii reclamantului²⁷, judecătorul *a quo* ar putea să califice practic orice acțiune ce se întemeiază pe dispozițiile art. 9 din Legea 554/2004 ca **având ca obiect principal** constatarea stării de neconstituționalitate. Aceasta datorită faptului că, fără decizia de neconstituționalitate, nu se va putea pronunța o hotărâre de admitere a cererii reclamantului, și, deci, *in abstracto*, orice acțiune întemeiată pe dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ vizează **în principal** constatarea neconstituționalității, abia apoi și numai dacă această stare este confirmată putându-se examina pretențiile reclamantului²⁸.

În ceea ce ne privește, considerăm că o asemenea posibilă interpretare trebuie imperios repudiată, datorită faptului că ar face din art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004 o literă moartă, lipsindu-l total de aplicabilitate. Tiparul acțiunii întemeiate pe dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004 presupune existența unei excepții de neconstituționalitate pe lângă acțiunea introdusă la instanța de contencios administrativ. În măsura în care o instanța ar respinge acțiunea unui particular pe baza raționamentului

și interpretării detaliate mai sus, s-ar comite un abuz de putere, instanța depășindu-și limitele; judecătorul este chemat să interpreteze dreptul, nu să-l creeze, iar respingerea unei acțiuni, pe criteriul caracterului principal *in abstracto* al constatării stării de neconstituționalitate excede limitele și prerogativele instanței sesizate.

De aceea, reiterăm soluția și interpretarea corectă *de lege lata*, a cărei susținători suntem, potrivit căreia textul ultimei fraze al art. 9, alin. (1) trebuie interpretat în sensul că obligă instanțele a cerceta mai întâi dacă acțiunea directă în contenciosul administrativ respectă criteriile de admisibilitate specifice ei.

De lege ferenda, se impune modificarea textului de lege spre a respecta caracterul previzibil necesar normelor juridice, actuala reglementare putând duce la interpretări neunitare și uneori injuste. Menționarea expresă că *instanța va respinge acțiunea, fără sesizarea Curții Constituționale, în măsura în care acțiunea reclamantului nu îndeplinește criteriile de admisibilitate a acțiunii în contencios administrativ* sau, într-o formulare mai simplificată, că *instanța va respinge acțiunea, fără sesizarea Curții Constituționale, în măsura în care acțiunea reclamantului este lipsită de interes (s.n. – S.G.)* ar pune capăt oricăror controverse iscate în jurul acestei probleme, eliminând totodată necesitatea justificării soluției *de lege lata* prin admiterea existenței unor ficțiuni juridice în textul legal.

În fine, în măsura în care acțiunea a trecut de filtrul criteriilor admisibilității acțiunii în contencios administrativ, iar excepția a trecut la rândul ei de filtrul criteriilor specifice de admisibilitate, instanța de contencios administrativ va proceda la sesizarea Curții Constituționale și la suspendarea cauzei până la pronunțarea instanței constituționale. După pronunțarea instanței de contencios constituțional, instanța de contencios administrativ va repune cauza pe rol și va cita părțile la următorul termen. În măsura în care starea de neconstituționalitate a fost infirmată, instanța de contencios administrativ va respinge acțiunea ca fiind inadmisibilă, datorită inexistenței stării de neconstituționalitate și, în consecință, a neînscrierii acțiunii în tiparul art. 9 din Legea 554/2004. În măsura în care această stare a fost confirmată de Curtea Constituțională, instanța va soluționa fondul cauzei.

În această ultimă ipoteză, instanța de contencios administrativ se va pronunța asupra întinderii vătămării suportate de reclamant. Practic, instanța nu are alt rol decât să se pronunțe asupra întinderii sau/și naturii despăgubirilor stabilite în favoarea reclamantului, o parte bună din fondul pricinii fiind deja tranșat parțial odată cu etapa premergătoare analizării admisibilității acțiunii în contencios administrativ – când se analizează existența dreptului subiectiv sau interesului legitim, precum și virtuala vătămare adusă acestora.

2. Ipoteza prevăzută în art. 9, alin. (4) din Legea 554/2004

Ipoteza prevăzută în art. 126, alin. (4), ultima teză este reluată atât în art. 1, alin. (7) a Legii contenciosului administrativ, cât și în alin. (4) al art. 9 din aceeași lege. Ambele texte sunt o reproducere fidelă a ipotezei vizată de către legea fundamentală, ultimul dintre acestea stabilind condițiile exercitării acțiunii de către particularul vătămat

prin starea de neconstituționalitate a unei ordonanțe sau dispoziții din aceasta. Reiterând prevederile constituționale, textul vizează situația în care particularul este deja *vătămat* la data introducerii acțiunii, *starea de neconstituționalitate* fiind constatată *ex ante*.

Singura limitare adusă particularilor vătămați, în această ipoteză, este intentarea acțiunii într-un termen de un an, termenul fiind calificat expres de legiuitor ca fiind unul de decădere, curgerea sa începând din momentul publicării deciziei de neconstituționalitate în Monitorul Oficial.

Într-o atare ipoteză, instanța sesizată cu o cerere întemeiată pe art. 9, alin. (4) din Legea 554/2004 va proceda la verificarea condițiilor de admisibilitate a acțiunii în contencios administrativ, iar dacă acestea sunt îndeplinite, va pronunța o hotărâre prin care va soluționa fondul cauzei.

3. Pretențiile care pot fi invocate de particularul vătămat prin starea de neconstituționalitate. Art. 9, alin. (5) al Legii 554/2004

Până în momentul pronunțării Curții Constituționale prin decizia nr. 660/2007, textul art. 9 din Legea 554/2004 oferea o dovadă de tăcere sublimă în ceea ce privește pretențiile care pot fi formulate de particularul vătămat de starea de neconstituționalitate. Legiuitorul s-a conformat rapid deciziei Curții Constituționale și a introdus²⁹ un nou alineat la art. 9. Astfel, se precizează în prezent *expressis verbis* că acțiunea prevăzută în acest articol poate avea ca obiect acordarea de despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin ordonanțe ale Guvernului, anularea actelor emise în baza acestora, precum și obligarea unei autorități publice la emiterea unui act administrativ sau la realizarea unei anumite operațiuni material tehnice.

În opinia noastră, enumerarea acestor posibile pretenții formulate de reclamant are un caracter **exemplificativ**, dispozițiile acestui alineat având un caracter permisiv, particularul putând solicita și alte măsuri reparatorii, nefiind ținut să respecte cu strictețe dispozițiile art. 9, alin. (5) din Legea 554/2004.

4. Condițiile speciale de admisibilitate ale acțiunii în contencios administrativ, în comparație cu condițiile generale

Doctrina, pornind de la textul art. 1, al art. 7 și al art. 11 din Legea contenciosului administrativ a identificat condițiile generale de admisibilitate a acțiunilor în contenciosul administrativ. Menționăm că acest condiții sunt **cumulative** :

- Calitatea procesuală activă a reclamantului
- Existența vătămării unui drept subiectiv sau a unui interes legitim³⁰
- Acțiunea să privească un act administrativ, nesoluționarea în termenul legal a unei cereri ori refuzul nejustificat de a soluționa o cerere (tăcerea administrației).
- Proveniența actului administrativ de la o autoritate publică
- Îndeplinirea procedurii administrative prealabile
- Introducerea acțiunii în termenul prevăzut de lege

În lumina acestor condiții generale, menționăm că acțiunea reglementată în art. 9 din Legea contenciosului administrativ comportă unele condiții speciale, precum și anumite derogări.

Astfel, în raport de *calitatea procesuală activă*, textul art. 9 din Legea 554/2004 nu derogă de la regulile dreptului comun în materie, putând avea calitate procesuală activă orice persoană.

În raport de *existența vătămării unui drept subiectiv sau interes legitim* trebuie să distingem între două noțiuni.

Astfel, în ceea ce privește *existența dreptului sau interesului legitim*, art. 9 din Legea 554/2004 nu derogă de la prevederile generale în materie, putând fi protejat prin articolul sus menționat orice drept sau interes legitim.

Însă în ceea ce privește *vătămarea* dreptului sau interesului legitim, pentru a fi soluționată favorabil cererea reclamantului ce se întemeiază pe dispozițiile art. 9 din Legea 554/2004, este eminentamente esențial ca *vătămarea* să se datoreze existenței stării de neconstituționalitate. Fără ca starea de neconstituționalitate să existe sau să fie constatată, *vătămarea* nu îmbracă forma tipică art. 9 din Legea 554/2004 și, drept urmare, acțiunea intentată pe acest temei legal nu are sorți de izbândă.

În măsura în care starea de neconstituționalitate a fost confirmată de Curtea Constituțională, pentru ca particularul să poată obține o soluție de admitere a cererii sale, este absolut necesar ca între vătămarea dreptului sau a interesului legitim, pe de o parte, și starea de neconstituționalitate, pe de altă parte, să existe un **raport de cauzalitate**. Cu alte cuvinte, starea de neconstituționalitate să fie **cauza** vătămării dreptului sau interesului legitim al particularului. În această ipoteză, trebuie să distingem, încă o dată, între două situații.

- 1) Starea de neconstituționalitate a fost confirmată de Curtea Constituțională, ca urmare a admiterii excepției depuse împreună cu acțiunea intentată – în temeiul art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004 – la instanța de contencios administrativ.

Într-o asemenea ipoteză, după cum am mai menționat, existența virtuală a vătămării este cercetată de instanța de contencios administrativ *a priori*, înainte de examinarea admisibilității excepției de neconstituționalitate. Drept urmare, atunci când acțiunea în contenciosul administrativ respectă condițiile de admisibilitate, dublată de decizia de constatare a neconstituționalității, raportul de cauzalitate va exista.

- 2) Starea de neconstituționalitate a fost confirmată de Curtea Constituțională ca urmare a admiterii excepției ridicate într-o altă cauză, particularul invocând în acțiunea sa dispozițiile art. 9, alin. (4) din Legea 554/2004

În acest caz, situația se schimbă, datorită faptului că instanța nu a avut ocazia, așa cum se întâmplă în situația prevăzută de alin. (1) al aceluiași articol, de a verifica acțiunea în legătură cu existența virtuală a vătămării. De aceea, în ipoteza reglementată în alin. (4), instanțele vor trebui să cerceteze dacă în concret starea de neconstituționalitate a vătămat

particularul în drepturile sau interesele sale legitime. De aceea, existența raportului de cauzalitate va varia de la caz la caz.

În ceea ce privește condiția ca *acțiunea să vizeze un act administrativ, nesoluționarea în termenul legal a unei cereri ori refuzul nejustificat de a soluționa o cerere*, în ipoteza de la art. 9 din Legea 554/2004, acțiunea va viza întotdeauna un act administrativ, invariabil, ordonanța guvernamentală. Ordonanța guvernamentală poate fi simplă sau de urgență, nici textul legii fundamentale și nici textul legii cadru a contenciosului administrativ nefăcând diferențe³¹.

Cum acțiunea va viza întotdeauna o ordonanță, condiția ca *actul să provină de la o autoritate publică* este superfluă, fiindcă emitentul unei ordonanțe este întotdeauna Guvernul, o autoritate publică prin esență.

În raport de condiția *indeplinirii plângerii prealabile*, se derogă de la condițiile dreptului comun, precizându-se *expressis verbis* în textul art. 7, alin. (5) că „*în cazul acțiunilor [...] care privesc cererile persoanelor vătămate prin ordonanțe sau dispoziții din ordonanțe [...] nu este obligatorie plângerea prealabilă*”.

În fine, în ceea ce privește *termenul intentării acțiunii*, nu se derogă de la prevederile dreptului comun în materie, precizându-se în textul art. 11, alin. (4) din Legea contenciosului administrativ că actele cu caracter normativ pot fi atacate oricând. Cu toate acestea, textul mai adaugă, superfluu, că „*ordonanțele sau dispozițiile din ordonanțe care se consideră a fi neconstituționale pot fi atacate oricând*”. Această ipoteză vizează doar situația prevăzută la art. 9, alin. (1), când starea de neconstituționalitate există doar la nivel virtual, pentru că, în situația specială expusă în alin. (4) al aceluiași art. 9 - când starea de neconstituționalitate a fost confirmată ca urmare a admiterii excepției de neconstituționalitate ridicate într-o altă cauză - acțiunea va putea fi introdusă într-un termen de decădere de un an, care va curge de la data publicării deciziei de neconstituționalitate.

Din aceste condiții specifice enumerate, ne vom opri cu analiza asupra a două dintre ele. Vom analiza natura juridică a ordonanțelor guvernamentale, iar în această analiză vom reflecta asupra unei teme ce face obiectul unor aprige dispute doctrinare și jurisprudențiale : „*posibilitatea ordonanțelor guvernului de a fi atacate oricând*”, în temeiul art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004.

Capitolul III. NATURA JURIDICĂ A ORDONANTELOR GUVERNAMENTALE

Marea majoritate a doctrinei, precum și practica judiciară, în unanimitate, admite caracterul de act administrativ al ordonanțelor guvernamentale³². Detaliind acest aspect, s-a concluzionat just că ordonanțele guvernamentale sunt acte administrative în raport de autoritatea care le adoptă și acte cu putere de lege, în raport de forța lor juridică³³. De altfel, ordonanțele se înscriu în tiparul definiției actului administrativ ca fiind „*manifestări unilaterale și exprese de voință ale autorităților publice în scopul de a produce efecte juridice, în temeiul puterii publice*”³⁴. În raport de caracterul

acestor acte, marea majoritate a doctrinei admite faptul că ordonanțele pot avea doar caracter normativ³⁵.

O problemă de o deosebită importanță, atât teoretică, dar mai ales practică și care reprezintă un punct fierbinte de conflict doctrinar este următoarea :

Din moment ce, de regulă, ordonanțele se supun Parlamentului spre a fi aprobate, ce se întâmplă cu ordonanța după ce aceasta este aprobată de Parlament ? Supraviețuiește acest act ulterior aprobării sau aprobarea marchează decesul acesteia ? Cu alte cuvinte, legea absoarbe prevederile ordonanței, transformând-o în lege sau, dimpotrivă, efectele actului guvernamental continuă să se producă, aprobarea fiind doar o încuviințare necesară acesteia ?

Într-o opinie, o parte a doctrinei³⁶ este de părere că „*prin aprobare, Parlamentul verifică în ce mod a fost respectată legea de abilitare de către Guvern, își însușește dispozițiile ordonanței și le aprobă printr-o lege, fără ca ordonanța să devină propriu-zis lege*”. În continuare, se apreciază că ordonanța și-ar păstra caracterul de act administrativ normativ, putând fi încadrată în sfera de aplicabilitate a art. 126 din Constituție și a art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004 și după aprobarea ei prin lege de către Parlament.

Apreciem că opinia este criticabilă, din mai multe puncte de vedere.

În primul rând, dacă avem în vedere ipoteza în care Parlamentul, cu ocazia aprobării ordonanței, o modifică sau o completează, este inimaginabil ca legea de aprobare și modificare să fie considerată un act administrativ normativ. Pe lângă aceasta, este absurd să susținem că vor exista doua acte juridice distincte : o ordonanță care cuprinde dispozițiile inițiale – în cazul completării – sau dispozițiile inițiale din care se exclud cele modificate – în cazul modificării – și, totodată, o lege care va cuprinde doar dispozițiile adăugate sau modificate. Ba mai mult, în ipoteza în care Parlamentul aprobă ordonanța prin lege, însă cu această ocazie aduce modificări la absolut toate prevederile ordonanței, este imposibil de susținut că ordonanța încă mai există, deși în mod material, este golită de conținut, fiecare prevedere a acesteia fiind modificată și integrată în cuprinsul legii de aprobare.

În al doilea rând, potrivit art. 61, alin. (1) din Constituție, Parlamentul este unica autoritate legiuitoare a țării, iar anumite competențe legislative au fost delegate Guvernului – de către însăși Constituția în cazul competenței de a emite ordonanțe de urgență sau prin legea de abilitare în cazul ordonanțelor simple – Parlamentul exercitându-și controlul asupra ordonanțelor prin lege, ulterior adoptării ordonanței de către Guvern. Efectul aprobării, modificării sau respingerii ordonanței este integrarea prevederilor din aceasta, precum și a ordonanței înseși, în legea respectivă, pentru că, în cazul contrar, dacă legea de aprobare nu ar absorbi și dispozițiile ordonanței, aceasta din urmă ar continua să producă efecte juridice ca act administrativ adoptat de Guvern, dar cu efecte și conținut legislativ, ceea ce ar fi în contradicție atât cu scopul, cât și cu textul art. 61, alin. (1) din Constituție.

Pentru toate acestea, *opinăm că*, în mod evident, soluția propusă nu poate fi acceptată.

*Opinia majoritară a doctrinei*³⁷, la care ne raliem și noi fără rezerve, este aceea potrivit căreia, după aprobarea ordonanței prin lege, aceasta din urmă absoarbe prevederile actului guvernamental, ordonanța încetând *ex nunc* să mai existe ca act juridic normativ distinct. Drept urmare, ordonanța nu mai poate fi încadrată în dispozițiile art. 126 din Constituției, iar art. 9, alin. (1), din Legea 554/2004 nu va mai putea fi aplicabil. Mai trebuie adăugat că atât practica judiciară³⁸ cât și cea constituțională³⁹ și-au însușit acest punct de vedere.

Parlamentul este unica autoritate legiuitoare a țării, iar actele emise în temeiul delegării legislative de către Guvern sunt supuse controlului Parlamentului. Un astfel de control are ca efect aprobarea, modificarea sau respingerea ordonanței printr-o lege. Odată cu aprobarea sau modificarea ordonanței, aceasta încetează a mai avea o ființă juridică proprie, iar pe de altă parte, sub aspectul conținutului – adică în sens material – prevederile ordonanței sunt încorporate în legea de aprobare. Astfel, ca urmare a aprobării, conținutul normativ al ordonanței, în forma în care a fost acceptată de autoritatea legiuitoare, **devine lege**, reglementarea inițială instituită prin ordonanță transformându-se exclusiv în actul legiuitorului, expresia voinței sale⁴⁰. Acest sistem de legiferare prezintă particularități sub aspectul mecanismului de transformare a ordonanței în lege⁴¹.

Astfel, ordonanța dispăre ca act autonom prin încorporarea sa în legea de aprobare⁴², însă dispozițiile pe care le conține ordonanța, fiind preluate de legea de aprobare, continuă să își producă efectele. Cu alte cuvinte, dispariția ordonanței se înfăptuiește doar în sens formal⁴³ - ca act normativ distinct – prevederile din ordonanță existând în sens material – fiind cuprinse în legea de aprobare, parțial⁴⁴ sau total.

Totodată, absorbția ordonanței de către legea de aprobare rezultă din înseși formele diferite de control constituțional al legii de aprobare, respectiv al ordonanței încă neaprobate. Din lectura art. 146, alin. (1), lit. d) din Constituția României, revizuită, reiese foarte clar că singura cale de control care se poate exercita asupra unei ordonanțe aflate în vigoare este **excepția de neconstituționalitate**, în esență un control *a posteriori*, concret și juridic. Însă, atunci când Parlamentul adoptă o lege care aprobă, modifică sau abrogă ordonanța respectivă, controlul de constituționalitate se va putea exercita *a priori*, în temeiul art. 146, alin. (1), lit. a) din Constituție, pentru că acest articol se referă la constituționalitatea „legilor”, fără a face distincție⁴⁵. Or, legea de aprobare, de modificare sau de respingere a unei ordonanțe este tot o „lege”, astfel că va putea face obiectul unui control de constituționalitate *a priori*, în temeiul art. 146, alin. (1), lit. a) din Constituție - control politic, abstract și preventiv. O altă soluție ar deroga de la textul constituțional, ceea ce este inadmisibil, pentru că norma constituțională incidentă în cauză – art. 146, alin. (1), lit. d) – este de aplicabilitate generală, neconsacrând excepții⁴⁶. Prin urmare, în măsura în care o lege de aprobare poate fi controlată din punct de vedere constituțional *a priori*, este evident că aceasta absoarbe prevederile ordonanței aprobate⁴⁷.

De aceea, trebuie să recunoaștem că, odată cu aprobarea unei ordonanțe de urgență, **art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ nu va mai fi aplicabil**, datorită faptului că ordonanța nu mai există.

Capitolul IV.
APLICABILITATEA ART. 9, ALIN. (1), DIN LEGEA CONTENCIOSULUI
ADMINISTRATIV ULTERIOR APROBĂRII ORDONANȚEI
PRIN LEGE DE CĂTRE PARLAMENT

Odată stabilit faptul că ordonanța își pierde individualitatea și specificitatea ca urmare a aprobării prin lege de către Parlament, încetând a mai exista *ex nunc* ca act juridic distinct, trebuie să admitem că art. 9, alin. (1), din Legea contenciosului administrativ va fi lipsit de aplicabilitate, acțiunea intentată în temeiul acestui articol fiind inadmisibilă ulterior aprobării ordonanței prin lege⁴⁸.

Argumentarea juridică a soluției este simplă. Constituția, în art. 126, alin. (4), se referă la „*persoanele vătămate prin ordonanțe sau dispoziții din ordonanțe declarate neconstituționale* (s.n. – S.G.)”, în timp ce Legea contenciosului administrativ, în art. 1, alin. (7) face referire la „*persoana vătămată [...] prin ordonanțe sau dispoziții din ordonanțe ale Guvernului neconstituționale* (s.n. – S.G.)” în timp ce art. 9, alin. (1) din aceeași lege vorbește despre „*vătămarea ... prin ordonanțe sau dispoziții din ordonanțe*”. Astfel, din acest ultim text legal nu rezultă că acțiunea va deveni inadmisibilă ulterior aprobării ordonanței prin lege, textul putându-se interpreta în favoarea admisibilității acțiunii în contencios administrativ, datorită faptului că vătămarea a fost produsă pe timpul cât ordonanța a fost încă în vigoare și și-a produs efectele. Însă, ultima parte a acestui alineat prim al art. 9 zdruncină din temelii acest raționament : „*persoana vătămată [...] poate introduce acțiune [...] însoțită de excepția de neconstituționalitate, în măsura în care obiectul principal nu este constatarea neconstituționalității ordonanței sau dispoziției din ordonanță* (s.n. – S.G.)”. Este evident că toate textele enumerate mai sus se referă la ordonanțele guvernamentale; ordonanțe care au fost constatate ca fiind neconstituționale sau care sunt susceptibile a face obiectul unei excepții de neconstituționalitate. Cum tiparul acțiunii din art. 9 a Legii 554/2004 impune, în mod obligatoriu, ca vătămarea să fi fost produsă de starea de neconstituționalitate a unei **ordonanțe guvernamentale sau a unor dispoziții din aceasta**, cât timp timp aceste condiții nu vor fi întrunite, particularii nu se vor putea întemeia pe prevederile art. 9 din Legea contenciosului administrativ. Cum acest articol se referă strict și limitativ doar la ordonanțele guvernamentale, este absolut evident că în sfera sa de aplicabilitate nu vor putea intra și legile.

Ulterior aprobării ordonanței prin lege, o excepție de neconstituționalitate care însoțește acțiunea având ca obiect prevederile ordonanței aprobate este inadmisibilă, datorită faptului că legea de aprobare absoarbe ordonanța, aceasta din urmă nemaexistând ca act normativ distinct; ca urmare a aprobării, izvorul de drept devenind legea⁴⁹. Totodată, ca efect al aprobării și absorbirii ordonanței de către lege și, implicit, al dispariției actului guvernamental, Curtea Constituțională nu mai poate constata neconstituționalitatea ordonanței pentru că aceasta **nu mai există**⁵⁰, ci se va putea pronunța, eventual, doar asupra neconstituționalității legii de

aprobare – ceea ce excede sfera de aplicabilitate a art. 9 a Legii 554/2004, neputându-se valorifica acest text legal prin ridicarea unei excepții de neconstituționalitate ce are ca obiect o lege; potrivit textului legal, excepția de neconstituționalitate poate viza doar ordonanțele.

Drept urmare, art. 9, alin. (1), din Legea 554/2004 va fi văduvit de aplicabilitate, datorită faptului că legea de aprobare distruge tiparul mecanismului acestei acțiuni⁵¹, ne mai existând posibilitatea de a ridica o excepție de neconstituționalitate a prevederilor ordonanței aprobate – repetăm, fiindcă aceasta nu mai există – și, ca efect al imposibilității ridicării excepției, nu se va putea obține o decizie de neconstituționalitate a **ordonanței** (s.n. – S.G.) respective din partea instanței de contencios constituțional, și implicit, particularul nu se va putea prevala de dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004. Toate aceste constatări evidențiază faptul că această acțiune specifică este, din păcate, un instrument ineficace în raport cu rațiunea elaborării sale – de a permite particularilor să se apere în fața abuzurilor contrare Constituției săvârșite de către Guvern.

De aceea, în practică, prevederile din art. 11, alin. (4) din Legea contenciosului administrativ – potrivit căreia *ordonanțele sau dispozițiile din ordonanțe care se consideră a fi neconstituționale [...] pot fi atacate oricând* – trebuie să îi aducem o precizare care să clarifice valabilitatea practică a acestei instituții : ordonanțele și dispozițiile din ordonanțe pot fi atacate **cât timp nu își pierd calitatea de act administrativ normativ distinct**, cu alte cuvinte, ele pot fi atacate **până la momentul aprobării sau respingerii de către Parlament prin lege**.

Cu toate acestea, o întrebare trebuie ridicată : ce se va întâmpla în situația în care particularul a sesizat instanța de contencios administrativ, întemeiându-se în drept pe art. 9, alin. (1), din Legea contenciosului administrativ, iar instanța a sesizat Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate, însă înainte de soluționarea excepției, ordonanța este aprobată sau respinsă de către Parlament, ori actul normativ a ieșit din vigoare – de exemplu, a fost abrogat – sau prevederile acestuia au fost modificate ?

În situația în care ordonanța a ieșit din vigoare anterior soluționării excepției de către Curtea Constituțională - este respinsă prin lege de către Parlament, este abrogată sau, dacă este cazul, a ajuns la termen - soluționarea excepției devine imposibilă. Pentru ca instanța de contencios constituțional să poată soluționa o excepție de neconstituționalitate, este necesar ca actul normativ sau dispozițiile din acesta supuse controlului **să fie în vigoare**, practica constituțională în materie relevându-ne că, în măsura în care această condiție nu este îndeplinită, excepția de neconstituționalitate devine inadmisibilă⁵², ori Curtea Constituțională refuză să analizeze excepția, declarându-se necompetentă⁵³. În cazul nerespectării acestei condiții – cea care impune ca actul supus controlului să fie în vigoare - s-a considerat că aprecierea constituționalității unor norme juridice abrogate este incompatibilă nu numai cu scopul și funcționalitatea contenciosului constituțional, dar și cu principiul neretroactivității legii⁵⁴ - consacrat în art. 15 din Constituție.

Ca și concluzie, în ipoteza descrisă, particularul nu va putea obține o hotărâre a instanței de contencios administrativ în această ipoteză, datorită faptului că acțiunea sa nu se va mai înscrie în tiparul art. 9 din Legea 554/2004, care cere, ca o condiție *sine qua non* pentru admiterea acțiunii, să existe o vătămare datorată stării de neconstituționalitate a unei ordonanțe sau dispoziții din aceasta. Cum această stare nu va putea fi constatată niciodată în ipoteza analizată – căci Curtea Constituțională nu se poate pronunța asupra actelor normative care nu mai sunt în vigoare – particularul nu va putea sub nici o formă să obțină măsuri reparatorii – în temeiul art. 9 din Legea 554/2004 – pentru vătămarea suferită, ordonanței respective nefiindu-i răsturnată prezumția de constituționalitate.

Aceasta este soluția *de lege lata*, care poate deveni – sau mai corect spus, este – o sursă de flagrante inechități, neasigurând nicio garanție împotriva arbitrariului. Astfel, ne putem imagina situații de abrogare deliberată a unei ordonanțe sau dispoziții din aceasta, tocmai pentru a evita controlul constituțional al acesteia și de a se evita acordarea de măsuri reparatorii autorului excepției. Ipoteza nu excede doar domeniul teoretic, putându-se imagina situații în care starea de neconstituționalitate afectează mulți particulari, aceștia fiind susceptibili de a promova o acțiune, în cazul admiterii excepției de neconstituționalitate, în temeiul art. 9, alin. (4) din Legea 554/2004. Cu atât mai periculoasă este soluția *de lege lata* cu cât abrogarea ordonanței poate fi dispusă chiar de Guvern⁵⁵. Într-o atare situație, particularii vătămăți de o stare de neconstituționalitate vădită, dar rămasă într-un stadiu virtual datorită inadmisibilității excepției, nu vor putea obține măsuri reparatorii pentru vătămarea suferită, tocmai datorită faptului că actul respectiv a beneficiat de prezumția de constituționalitate, prezumție ce poate fi înlăturată doar de către Curtea Constituțională, „*unica autoritate de jurisdicție constituțională în România*”⁵⁶. Cum înlăturarea a devenit imposibilă⁵⁷, cei vătămăți nu vor obține măsuri reparatorii, ceea ce contravine flagrant echității⁵⁸. Mai mult, chiar dacă respingerea ordonanței a fost dispusă prin lege de către Parlament, cu motivarea neconstituționalității ordonanței, cei vătămăți tot nu vor putea obține măsuri reparatorii în temeiul art. 9 din Legea 554/2004, pentru că singura abilitată să decidă asupra conformității legilor sau ordonanțelor cu Constituția este instanța de contencios constituțional, unica autoritate competentă a înlătura prezumția de constituționalitate a acestor acte normative.

Drept urmare, *de lege lata*, trebuie să admitem, din păcate, că o acțiune întemeiată pe dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului devine inadmisibilă nu doar atunci când ordonanța este respinsă de către Parlament, ci și atunci când aceasta iese din vigoare într-un alt mod.

Situația trebuie nuanțată dacă *anterior pronunțării Curții Constituționale, ordonanța a fost aprobată prin lege de către Parlament sau a fost modificată*.

Conform practicii Curții Constituționale, în cazul în care, după invocarea unei excepții de neconstituționalitate în fața instanțelor judecătorești, prevederea legală supusă controlului a fost modificată, Curtea Constituțională se pronunță

asupra constituționalității prevederilor legale, în noua redactare, numai dacă soluția legislativă din legea sau ordonanța modificată este, în principiu, aceeași cu cea de dinaintea modificării⁵⁹.

Astfel, în măsura în care modificarea ordonanței nu intră în contradicție cu afirmația enunțată anterior, iar actul care modifică ordonanța inițială este **tot o ordonanță**, controlul de constituționalitate și posibilitatea admiterii cererii de către instanța de contencios administrativ nu vor avea de suferit.

Situația se complică dacă analizăm ipoteza în care *anterior analizării excepției de către Curtea Constituțională, ordonanța este aprobată sau modificată prin lege de către Parlament*.

Într-o atare ipoteză, suntem în prezența unui conflict referitor la admisibilitatea excepției. Pe de o parte, din interpretarea art. 146, alin. (1), lit. d) din Constituție, o excepție de neconstituționalitate poate viza orice lege sau ordonanță, cât timp există un litigiu *pendente* și sub rezerva îndeplinirii celorlalte criterii de admisibilitate ale excepției. Astfel, în baza jurisprudenței anterioare a Curții, am putea susține că aceasta ar putea să examineze legea de aprobare a ordonanței, în măsura în care, după modificare, soluția legislativă este aceeași cu cea de dinaintea modificării⁶⁰. Drept urmare, Curtea Constituțională ar putea examina excepția de neconstituționalitate și ulterior aprobării ei prin lege.

O singură lacună prezintă raționamentul expus. Astfel, instanța sesizată cu o cerere a unui particular care se întemeiază pe dispozițiile art. 9, alin. (1), din Legea 554/2004 va sesiza instanța de contencios constituțional cu excepția de neconstituționalitate ridicată în cauză de către particularul care se consideră vătămat. În măsura în care, după introducerea acțiunii și sesizarea Curții Constituționale, dar înainte de soluționarea excepției de către aceasta, ordonanța este aprobată – cu sau fără modificări – prin lege de către Parlament, excepția devine inadmisibilă. Raționamentul e simplu. Una din condițiile pe care trebuie să le îndeplinească excepția este ca aceasta să *aibă legătură cu soluționarea cauzei*, adică cu fondul cauzei. Deși la momentul sesizării Curții Constituționale de către instanța de contencios administrativ, excepția respecta această condiție, din momentul aprobării ordonanței, excepția nu va mai avea legătură cu soluționarea cauzei, fiind inadmisibilă, deoarece tiparul art. 9, alin. (1), din Legea 554/2004 presupune ca starea de neconstituționalitate să vizeze o ordonanță sau o dispoziție din aceasta. Or, după aprobarea ordonanței, excepția de neconstituționalitate nu va mai viza actul guvernamental – care încetează să existe – ci legea de aprobare. Cum art. 9 din Legea 554/2004 nu este aplicabil atunci când starea de neconstituționalitate vizează legile, este evident că excepția ridicată va fi inadmisibilă, pentru că nu are legătură cu soluționarea cauzei⁶¹; ca efect al aprobării ordonanței și transformarea acesteia în lege însăși acțiunea în contenciosul administrativ devine inadmisibilă.

Capitolul V. IMPLICAȚII TEORETICE ȘI PRACTICE. CONCLUZII

În cele de mai sus, sperăm că am subliniat ineficacitatea mecanismului art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ. Deși la prima vedere se pare că această acțiune are un domeniu foarte vast de aplicabilitate, la o analiza mai atentă lucrurile sunt departe de a se prezenta astfel.

Rezumând, posibilitatea intentării unei acțiuni în temeiul art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004 subzistă atât timp cât ordonanța există ca act normativ distinct, adică până la aprobarea sau respingerea ei prin lege de către Parlament, abrogarea ei de către Guvern ori, după caz, ajungerea la termen. Deși în practică, o lege care aprobă o ordonanță neconstituțională nu poate să îi acopere viciile de neconstituționalitate⁶², legea de aprobare fiind afectată de o neconstituționalitate intrinsecă⁶³, particularii tot nu se vor putea întemeia pe dispozițiile art. 9 din Legea contenciosului administrativ nici în această ipoteză, pentru că starea de neconstituționalitate vizează *legea*, chiar dacă neconstituționalitate intrinsecă se datorează prevederilor ordonanței absorbite.

Pe de altă parte, cel puțin în teorie, ordonanțele sunt supuse controlului parlamentar⁶⁴, într-o procedură caracterizată de o celeritate accentuată⁶⁵, derogatorie de la procedura de drept comun. De aceea, dacă „*unica autoritate legiuitoare a țării*” ar purcede la respectarea caracterului urgent al controlului parlamentar asupra ordonanțelor de urgență, art. 9, alin. (1) ar suferi o inaplicabilitate practică severă, pentru că între momentul intrării în vigoare al ordonanței și momentul adoptării legii de aprobare/respingere a ordonanței de către Parlament, ar trece un interval de timp relativ scurt. Ba mai mult, cum Curtea Constituțională este sufocată de numărul uriaș de excepții cu care a fost sesizată, până la momentul analizării excepției va trece un mult mai îndelungat față de perioada de timp „relativ scurtă” care ar trebui să caracterizeze exercitarea controlului parlamentar asupra ordonanțelor. Astfel, dacă Parlamentul și-ar exercita cu conștiinciozitate prerogativele de control asupra actelor executivului, **întotdeauna** o ordonanță va fi aprobată sau respinsă prin lege de către Parlament mai înainte ca instanța de contencios constituțional să se pronunțe asupra unei excepții de neconstituționalitate ce vizează prevederile unei ordonanțe⁶⁶. Într-o atare ipoteză, inaplicabilitatea art. 9 din Legea 554/2004 este vădită și tinde a fi absolută; analizarea excepției de neconstituționalitate va fi fie imposibilă – când ordonanța nu mai este în vigoare – fie inadmisibilă, datorită faptului că nu mai are legătură cu soluționarea cauzei – când ordonanța a fost aprobată prin lege de Parlament.

De aceea, apreciem că reglementarea existentă actualmente în art. 9 se află în contradicție cu scopul urmarit de legea fundamentală, care urmărește a proteja particularii vătămați prin acte neconstituționale emise de către Guvernul României. În măsura în care particularii nu pot obține măsuri reparatorii, din unul din variile motive exemplificative prezentate în cuprinsul acestei lucrări, statul este responsabil pentru încălcarea obligațiilor sale pozitive de legiferare în acest domeniu.

În fapt, situația celor care, deși evident vătămăți, printr-o stare de neconstituționalitate vădită, nu au reușit să obțină măsuri reparatorii, datorită inadmisibilității acțiunii intentate în temeiul art. 9 din Legea 554/2004, inadmisibilitate determinată de nerăsturnarea prezumției de constituționalitate a actului respectiv, pune deosebite probleme și în raport de dreptul fundamental al persoanei – garantat în art. 6, alin. (1) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului – de a se adresa în mod efectiv unei instanțe⁶⁷.

* **Sergiu GHERDAN**, student în anul II la Facultatea de Drept din cadrul UBB Cluj-Napoca. gherdansergiu@yahoo.com.

¹ Pentru detalii a se vedea M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru E.S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită – comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 270; A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, ediția a IV-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 515; R.N. Petrescu, *Drept administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 426-427.

² Publicată în M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004.

³ Publicată în M. Of. nr. 122 din 8 noiembrie 1990.

⁴ Cum Constituția din 1991 nu făcea nici o referire la posibilitatea persoanelor vătămăte prin dispoziții din ordonanțe sau ordonanțe declarate neconstituționale de a se adresa instanțelor, este evident că nici vechea lege a contenciosului administrativ nu reglementa această posibilitate. Pentru detalii, a se vedea R.N. Petrescu, *op. cit.*, p. 427.

⁵ Deși existența unui mandat constituțional explicit de legiferare ar trebui să fie în orice situație respectat de către legiuitor, situația nu întotdeauna se prezintă astfel în practică, disprețul și indolența crasă a Parlamentului față de dispozițiile legii fundamentale ducând la situații imposibile de acceptat. Cu atât mai gravă se prezintă situația întrucât legiuitorul a fost sesizat și criticat intens de către doctrina pentru omisiunile sale deliberate. Cu toate acestea, replica Parlamentului a fost și este inexistentă. Cu titlu de exemplu, art. 96 din Constituție reglementează punerea sub acuzare a Președintelui pentru infracțiunea de <<înaltă trădare>>, dispoziția constituțională constituind tot un mandat explicit de legiferare – de data aceasta în materie penală – legiuitorul fiind obligat să incrimineze această faptă pentru a respecta principiul legalității incriminării și pedepsei. Cu toate sublinierile și atenționările doctrinei, Parlamentul nu a incriminat nici până în prezent această infracțiune, cu toate că prevederea actualului art. 96 din Constituție se regăsea și în Constituția din 1991. Adică, Parlamentul doarme de 19 (!!!) ani. Drept urmare, în lipsa unei incriminări exprese, Președintele beneficiază, în timpul mandatului, de o imunitate procedurală absolută, ceea ce contravine atât textului, cât și rațiunii art. 96 din Constituție.

⁶ T. Oniga, *Delegarea legislativă*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 310.

⁷ De altfel, în sistemul de drept francez – similar din punctul de vedere al delegării legislative cu cel român – ordonanțele guvernamentale pot fi cenzurate de către instanțele de contencios administrativ pentru exces de putere. Pentru detalii, a se vedea J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, 20e éd, Dalloz, Paris, 2004, p. 257.

- ⁸ V.M. Ciobanu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 1238-1239; T. Oniga, *op. cit.*, p. 312.
- ⁹ Acest text de lege instituie teoria recursului paralel. După cum s-a remarcat și în doctrină (a se vedea R.N. Petrescu, *op. cit.*, p. 481) această teorie nu urmărește sustragerea definitivă de la controlul judecătoresc a actelor administrative, ci doar nu permite instanțelor de contencios administrativ a își valorifica competența (generală) în materie. Pentru detalii, a se vedea și D.C. Dragoș, *Legea contenciosului administrativ, comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 155-166.
- ¹⁰ Pentru opinia potrivit căreia această excepție ar fi relativă, a se vedea A. Iorgovan, *Noua lege a contenciosului administrativ*, Ed. Kullusys, București, 2006, p. 169. În sensul contrar, corect în opinia noastră, a se vedea V. Vedinaș, *Drept administrativ*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 157; R.N. Petrescu, *op. cit.*, p. 476-477.
- ¹¹ Bineînțeles, nu art. 5, alin. (2) din Legea 554/2004 ar fi neconstituțional, ci un eventual act normativ care instituie competența – obligatorie - altor instanțe de a judeca acțiunea respectivă.
- ¹² *Acțiunile împotriva ordonanțelor Guvernului - (1) Persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim prin ordonanțe sau dispoziții din ordonanțe introduce acțiune la instanța de contencios administrativ, însoțită de excepția de neconstituționalitate, în măsura în care obiectul principal nu este constatarea neconstituționalității ordonanței sau a dispoziției din ordonanță.*
- (2) *Instanța de contencios administrativ, dacă apreciază că excepția îndeplinește condițiile prevăzute de art. 29 alin. (1) și (3) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată, sesizează, prin încheiere motivată, Curtea Constituțională și suspendă soluționarea cauzei pe fond.*
- (3) *După pronunțarea Curții Constituționale, instanța de contencios administrativ repune cauza pe rol și dă termen, cu citarea părților. Dacă ordonanța sau o dispoziție a acesteia a fost declarată neconstituțională, instanța soluționează fondul cauzei; în caz contrar, acțiunea se respinge ca inadmisibilă.*
- (4) *În situația în care decizia de declarare a neconstituționalității este urmarea unei excepții ridicate în altă cauză, acțiunea poate fi introdusă direct la instanța de contencios administrativ competentă, în limitele unui termen de decădere de un an, calculat de la data publicării deciziei Curții Constituționale în Monitorul Oficial al României, Partea I.*
- (5) *Acțiunea prevăzută de prezentul articol poate avea ca obiect acordarea de despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin ordonanțe ale Guvernului, anularea actelor administrative emise în baza acestora, precum și, după caz, obligarea unei autorități publice la emiterea unui act administrativ sau la realizarea unei anumite operațiuni administrative.*
- ¹³ A se vedea și V.M. Ciobanu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *op. cit.*, p. 1239
- ¹⁴ Instanța sesizată cu excepția va verifica dacă sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate a acesteia, prevăzute de art. 29, alin. (1) și (3), din Legea 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată în M. Of. nr. 643 din 16 iulie 2004.
- ¹⁵ Legea nr. 262/2007 (publicată în M. Of. nr. 510 din 30 iulie 2007) și Legea nr. 100/2008 (publicată în M. Of. nr. 375 din 16 mai 2008).
- ¹⁶ Curtea Constituțională, dec. nr. 660/2007, publicată în M. Of. nr. 525 din 2 august 2007.

- ¹⁷ Pentru a ilustra această ipoteză să ne imaginăm situația în care, printr-o ordonanță de guvern, s-ar încălca dreptul la liberă exprimare unui grup (determinat sau nu) de persoane. Într-o asemenea situație, persoana care are interes procesual și este vătămată de această dispoziție virtual neconstituțională, dacă va introduce acțiune la instanța de contencios administrativ - întemeindu-se pe dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004 – însoțită de excepția de neconstituționalitate, însă nu formulează și alte pretenții exprese, nesolicitând alte măsuri reparatorii – despăgubiri bănești, anularea actelor emise în temeiul ordonanței neconstituționale etc. – nu există nici un impediment legal în a sesiza Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate ridicată – în măsura în care, bineînțeles, aceasta respectă condițiile de admisibilitate. În această ipoteză, <<obiectul principal>> al acțiunii este recunoașterea dreptului la liberă exprimare, și nu obținerea constatării neconstituționalității ordonanței respective. De aceea, ținem să precizăm cu riscul a ne repeta, că în măsura în care particularul nu solicită măsuri reparatorii în cererea sa, instanțele trebuie să analizeze *in concreto*, cu deosebită prudență dacă obiectul principal al acțiunii nu este recunoașterea dreptului sau interesului legitim încălcat prin virtuala stare de neconstituționalitate, fără a respinge automat acțiunea ca având ca obiect principal constatarea stării de neconstituționalitate. Pentru a interpreta întru totul corect soluția din ipoteza prezentată, de fapt, particularul solicită măsuri reparatorii, solicitarea fiind însă implicită – recunoașterea dreptului încălcat.
- ¹⁸ De altfel, această ipoteză este reglementată în însăși *sedes materiae* a acțiunii în contencios administrativ – art. 1, alin. (1) al Legii 554/2004, care prevede că particularul „*se poate adresa instanței pentru [...] recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim [...]*”.
- ¹⁹ Art. 29, alin. (1) din Legea 47/1992.
- ²⁰ Adică nu sunt în fapt vătămăți de starea virtuală de neconstituționalitate sau nu sunt titularii unui drept sau interes legitim.
- ²¹ Curtea Constituțională, dec. nr. 660/2007, *precit.*
- ²² Tiparul art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004 presupune, printre altele, ca vătămarea particularului să se datoreze stării de neconstituționalitate a prevederii unei ordonanțe, prevedere care face obiectul excepției de neconstituționalitate. Cum instanța de contencios administrativ verifică în prima etapă virtuala vătămare a dreptului sau interesului legitim, în măsura în care excepția de neconstituționalitate nu are legătură cu fondul cauzei, implicit, înseamnă că reclamantul fie nu are în patrimoniu dreptul subiectiv sau interesul legitim invocat, fie, dacă dreptul sau interesul legitim există, acestea nu sunt vătămăte de virtuala stare de neconstituționalitate și, deci, însăși acțiunea în contencios administrativ este inadmisibilă. La aceeași concluzie ajungem dacă privim problema din unghiul opus - în măsura în care reclamantul nu este titularul dreptului sau interesului legitim invocat, precum și în situația când deși reclamantul este titularul acestora, dar virtuala stare de neconstituționalitate nu le afectează - excepția de neconstituționalitate respectivă nu are legătură cu fondul cauzei. Lipsa interesului procesual al reclamantului în raport de acțiunea în contencios administrativ face inadmisibilă sesizarea Curții Constituționale, datorită faptului că și în ipoteza în care starea de neconstituționalitate ar fi confirmată, instanța de contencios administrativ tot nu ar putea să soluționeze favorabil acțiunea reclamantului, și, deci, excepția de neconstituționalitate nu are legătură cu soluționarea (s.n. – S.G.) cauzei.
- ²³ Curtea Constituțională, dec. nr. 660/2007, *precit.*

- ²⁴ Curtea Constituțională, dec. nr. 764/2006 (publicată în M. Of. nr. 8 din 5 ianuarie 2007). Excepția avea natura unei acțiuni directe datorită faptului că instanța sesizată cu o acțiune, în temeiul art. 9 din Legea 554/2004, însoțită de excepția de neconstituționalitate, nu verifica condițiile de admisibilitate a acțiunii, ci analiza mai întâi admisibilitatea excepției de neconstituționalitate. Dacă condițiile acestea din urmă erau îndeplinite, se seziza direct instanța de contencios constituțional. Tocmai datorită faptului că nu se 'palpa' admisibilitatea acțiunii în contenciosul administrativ, excepția de neconstituționalitate se transforma într-o acțiune de neconstituționalitate.
- ²⁵ De exemplu, un particular vătămat de o ordonanță de urgență care crează o discriminare între funcționari publici, discriminare raportată la sexul funcționarului, reglementarea dezavantajându-i pe cei de sex masculin. În măsura în care un particular – de sex masculin – introduce acțiunea la instanța de contencios administrativ, întemeiată pe dispozițiile art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ, solicitând acordarea de despăgubiri pentru prejudiciul moral suferit, evident, într-o interpretare strict gramaticală, <<obiectul principal>> al acțiunii în reprezintă acordarea de despăgubiri. În ipoteza în care particularul nu este funcționar public, interpretarea gramaticală își dovedește limitele, pentru că, deși acțiunea este evident lipsită de interes deoarece particularul nu este titularul unui drept în acest sens, acțiunea în continuare are ca <<obiect principal>> acordarea de despăgubiri.
- ²⁶ Ficțiunile juridice constituie o reprezentare care, de regulă, nu corespunde realității sau care nu are corespondent în realitate, însă sunt folosite pentru că prezintă un real interes practic. Pentru detalii, a se vedea I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 18 și urm.
- ²⁷ Art. 1, alin. (7) se referă la *persoana vătămată în drepturile sau interesele sale legitime prin ordonanțe sau dispoziții din ordonanțe neconstituționale* (s.n. – S.G.).
- ²⁸ Acesta este motivul pentru care în doctrină se precizează, corect de altfel, că admiterea excepției de neconstituționalitate este condiția prealabilă și inevitabilă a admiterii acțiunii în contencios administrativ întemeiată pe dispozițiile art. 9 din Legea 554/2004. A se vedea I. Deleanu, *Modificări și completări, implicite sau explicite, ale Codului de procedură civilă* în Curierul Judiciar, nr. 9/2005, p. 99-100.
- ²⁹ Prin art. I pct. 14 din Legea 262/2007 (publicată în M. Of. nr. 510 din 30 iulie 2007).
- ³⁰ Se precizează expres în cuprinsul Legii 554/2004 ce se înțelege prin drept subiectiv sau interes legitim. Astfel, art. 2, alin. (1), lit. o) explică noțiunea de <drept vătămat> ca fiind *orice drept prevăzut de Constituție, de lege sau de alt act normativ, căruia i se aduce o atingere printr-un act administrativ*; lit. p) a aceluiași text de lege definește noțiunea de <interes legitim privat> ca fiind *posibilitatea de a pretinde o anumită conduită în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurată*.
- ³¹ De altfel, legea contenciosului administrativ nici nu ar putea să facă această distincție, dispunând posibilitatea de a ataca doar un anumit tip de ordonanță (de exemplu, să se precizeze că se pot ataca doar ordonanțele simple, nu și cele de urgență, ori viceversa) pentru că în cazul în care legea ar face distincție, acel text de lege ar fi neconstituțional, fiind în contradicție cu ultima teză a art. 126, alin. (6) din Constituție.
- ³² A se vedea pentru detalii T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. Tipomur, Târgu-Mureș, 1993, p. 155; I. Vida, *Procedura legislativă*, Ed. Crater, București, 1999, p. 139; I. Muraru, M. Constantinescu, *Ordonanța guvernamentală. Doctrină și jurisprudență*, Ediția a

- II-a, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 193-196; L. Chiriac, *Controlul constituționalității ordonanțelor Guvernului*, Ed. Accent, Cluj-Napoca, 2004, p. 51-52; I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 713; D. Apostol Tofan, *Drept administrativ*, Ediția a II-a, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 202; D. Apostol Tofan, E.S. Tănăsescu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *op. cit.*, p. 1086-1087; R.N. Petrescu, *op. cit.*, p. 102; T. Oniga, *op. cit.*, p. 93. *Contra*, a se vedea Ov. Podaru, *Drept administrativ*, vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 11; Ov. Podaru, *Drept administrativ. Practică judiciară comentată*, vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2010, comentariul de la p. 68.
- ³³ D. Apostol Tofan, *Despre natura juridică și regimul juridic aplicabil ordonanțelor Guvernului* în Revista de drept public, nr. 1/1995, p. 97; A. Iorgovan, D. Apostol Tofan, *Delegarea legislativă în România*, în Revista de Drept Public nr. 1/2001, p. 70 și urm; D. Apostol Tofan, E.S. Tănăsescu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *op. cit.*, p. 1086. De altfel, aceasta a fost concluzia la care a ajuns un autor din doctrina franceză – reamintim că sub aspectul delegării legislative nu există diferențe majore între sistemul român și cel francez – constatând că ordonanțele sunt „*acte organice executive și materiale legislative*” [P. Pactet, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Armand Colin, Paris, 1998, p. 560].
- ³⁴ R.N. Petrescu, *op. cit.*, p. 307. Pentru alte definiții ale actului administrativ, a se vedea autorii citați acolo. Pentru o definiție a actului administrativ potrivit căreia o ordonanță nu ar putea fi caracterizată ca fiind un act administrativ, datorită neînscrisurii în tiparul definiției date de legea contenciosului administrativ, a se vedea Ov. Podaru, *Drept administrativ*, vol. I, p. 9-11.
- ³⁵ A se vedea I. Deleanu, *op. cit.*, p. 671; T. Oniga, *op. cit.*, p. 311. O parte a doctrinei a constatat faptul că, în practică, Guvernul a emis ordonanțe cu caracter individual [a se vedea, de pildă, D. Apostol Tofan, E.S. Tănăsescu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *op. cit.*, p. 1095; D. Apostol Tofan, *Drept administrativ...*, p. 207; R.N. Petrescu, *op. cit.*, p. 102]. Din interpretarea unor opinii exprimate în doctrină, acest procedeu este extrem de discutabil din punct de vedere al constituționalității [I. Deleanu, *op. cit.*, p. 671; T. Oniga, *op. cit.*, p. 311]. Ordonanțele sunt acte cu putere de lege, iar legea este întotdeauna un act cu caracter normativ; admiterea acestei excepții de la regulă, potrivit căreia ordonanțele pot avea uneori caracter individual ar pune serioase probleme atât în raport de constituționalitatea acestor „*ordonanțe*”, cât și în raport de posibilitatea atacării acestui act în contenciosul administrativ [pentru detalii referitoare la această problemă a se vedea A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. a III-a, Ed. All Beck, București, 2001, p. 403-409; D. Apostol Tofan, *op. cit.*, p. 208; D. Apostol Tofan, E.S. Tănăsescu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *op. cit.*, p. 1095; T. Oniga, *op. cit.*, p. 311]. Astfel în măsura în care admitem opinia potrivit căreia legile pot avea doar caracter normativ [I. Deleanu, *op. cit.*, p. 671, nota 1], ordonanțele – indiferent dacă sunt simple sau de urgență – fiind emise în temeiul delegării legislative – nu pot avea caracter individual niciodată, deoarece nici legea nu poate avea un astfel de caracter, și, drept urmare, Guvernul nu poate avea prerogative – delegate – mai numeroase decât însăși Parlamentul. În legătură cu această problematică a se vedea și T. Drăganu, *Câteva reflecții pe marginea recentului Proiect de lege a contenciosului administrativ*, în Revista de drept public, nr. 3/2004, p. 63 – autorul precizând că o astfel de ordonanță cu caracter individual „*nu poate fi asimilată actelor legislative*”. Pentru opinia contrară, potrivit căreia legea poate avea caracter individual a se vedea M. Preda, *Actele juridice ale Parlamentului*, în Revista de Drept Public nr. 2/1998, p. 11; Curtea Constituțională,

dec. nr. 600/2005 (publicată în M. Of. nr. 1060 din 26 noiembrie 2005). Referitor la decizia Curții Constituționale, în motivarea deciziei s-a statuat că „*este de principiu că legea are, de regulă (s.n. – S.G.) caracter normativ*”; printr-un raționament *per a contrario* am putea conchide că instanța de contencios constituțional și-a însușit raționamentul conform căreia o lege ar putea avea caracter individual. Însă, pe de altă parte, în dispozitivul aceleiași decizii, se precizează că „*legiuitorul poate reglementa anumite domenii particulare*” însă dacă reglementarea specială „*are caracter individual, fiind adoptată intuitu personae, ea încetează de a mai avea legitimitate, dobândind caracter discriminatoriu, și, prin aceasta, neconstituțional*”.

În ceea ce ne privește, nu excludem *de plano* posibilitatea ca legea să aibă caracter individual (e.g. legea prin care se înființează o universitate) însă, de principiu, nu putem fi de acord cu emiterea ordonanțelor de urgență cu caracter individual dintr-un motiv foarte simplu : ce situație extraordinară, a cărei reglementare nu suportă amânare, poate exista pentru a necesita adoptarea unei ordonanțe de urgență (s.n. – S.G.) ?

³⁶ D.C. Dragoș, *op. cit.*, p. 234.

³⁷ T. Drăganu, *Câteva considerații asupra ordonanțelor guvernamentale în lumina Constituției din 1991* în Revista Pro Iure, nr. 1/1995, p. 15; T. Drăganu, *Drept constituțional și institutii politice - Tratat Elementar*, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 143-144; I. Muraru, M. Constantinescu, *op. cit.*, p. 194; L. Chiriac, *op. cit.*, p. 52; A. Iorgovan, *Noua lege ...*, p. 320; A. Iorgovan, L. Vișan, A.S. Ciobanu, D. Pasăre, *Legea contenciosului administrativ – comentariu și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 203; D. Apostol Tofan, E.S. Tănăsescu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *op. cit.*, p. 1092-1093; R. Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații*, ediția a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 399, nota 2; R.N. Petrescu, *op. cit.*, p. 495; T. Oniga, *op. cit.*, p. 295-296.

³⁸ I.C.C.J., Secția de contencios administrativ și fiscal, dec. nr. 3377 din 14 august 2007 în G.V. Bîrsan, L. Sârbu, B. Georgescu, *Jurisprudența Secției de contencios administrativ și fiscal pe anul 2007*, semestrul II, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 110.

³⁹ Curtea Constituțională, dec. nr. 124/1995 (publicată în M. Of. nr. 293 din 19 decembrie 1995); Curtea Constituțională, dec. nr. 1/1996 (publicată în M. Of. nr. 141 din 8 iulie 1996); Curtea Constituțională, dec. nr. 9/1996 (publicată în M. Of. nr. 108 din 28 mai 1996); Curtea Constituțională, dec. nr. 46/1996 (publicată în M. Of. nr. 108 din 28 mai 1996).

⁴⁰ Curtea Constituțională, dec. nr. 9/1996, *precit.*

⁴¹ I. Muraru, M. Constantinescu, *op. cit.*, p. 194-195.

⁴² Curtea Constituțională, dec. nr. 124/1995, *precit.*; Curtea Constituțională, dec. nr. 1/1996, *precit.*

⁴³ I. Muraru, M. Constantinescu, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁴ Ne referim la ipoteza când Parlamentul aprobă și modifică o ordonanță prin lege. În acest caz, dispozițiile cuprinse în ordonanță supraviețuiesc doar parțial.

⁴⁵ Referitor la controlul de constituționalitate al actelor de abrogare a unei norme juridice, trebuie să precizăm că acest control este limitat la situațiile în care, existând un mandat constituțional explicit (s.n. – S.G.) de legiferare, legiuitorul abrogă textul respectiv, fără a îl înlocui cu o altă reglementare; creându-se astfel un vid legislativ. O problemă extrem de delicată în această materie este posibilitatea Curții Constituționale de a controla actele de abrogare a unei norme juridice, normă față de care există un mandat constituțional implicit de legiferare. În ciuda opiniei și

practicii constituționale majoritare existente actualmente la nivel european – unde se pune problema a însăși existenței așa zisului „mandat implicit” - *suntem de părere că Curtea Constituțională este îndrituită a se pronunța asupra acestor acte de abrogare față de care există un mandat constituțional implicit de legiferare, dacă și numai în măsura în care, prin abrogarea textului în cauza s-ar crea un vid legislativ în aceea materie (e.g. legiuitorul ar dezincrimina omorul).*

⁴⁶ În sensul contrar, potrivit căruia legile de aprobare – cu excepția celor care modifică sau completează textul unei ordonanțe, unde se justifică necesitatea unui control prealabil – nu pot fi incluse în tiparul art. 146, alin. (1), lit. a) din Constituție, a se vedea I. Deleanu, *op. cit.*, p. 714. Nu putem împărtăși această opinie datorită motivelor expuse mai sus, și anume, dacă am accepta că doar legile de aprobare cu modificări sau completări pot face obiectul controlului *a priori* de neconstituționalitate, am modifica implicit reglementarea constituțională, ajungându-se la a restrânge sfera de aplicabilitate a articolului sus menționat. Cum Constituția prevede că instanța de contencios constituțional are atribuția de a se „*pronunța asupra constituționalității legilor*” și nu de a se pronunța *asupra constituționalității legilor, cu excepția legilor de aprobare a ordonanțelor de Guvern* – așa cum deducem din interpretarea autorului citat – trebuie să admitem că acest control *a priori* vizează toate legile, inclusiv cele de aprobare a ordonanțelor de Guvern.

⁴⁷ Pentru opinia contrară, potrivit căreia ordonanța nu este absorbită de către legea de aprobare, a se vedea I. Deleanu, *op. cit.*, p. 714. Autorul susține că *aprobarea ordonanței nu semnifică absorția ei de către legea de aprobare, fiind de principiu recunoscut că actul de aprobare nu face să dispară actul aprobat; aprobarea semnificând confirmarea actului, integral sau cu modificări.*

În ceea ce ne privește, admiterea teoriei potrivit căreia legea nu absoarbe ordonanța ar fi în contradicție cu textul constituțional care dispune că „*Parlamentul este unica autoritate legiuitoare a țării*”. Dacă controlul parlamentar asupra ordonanțelor guvernamentale nu ar avea ca efect absorbirea prevederilor acestor acte, am nega abilitatea legislativă a Parlamentului. Controlul îndeplinit asupra ordonanțelor guvernamentale, concretizat în aprobarea acestora, are ca efect însușirea în sens material de către acesta a prevederilor ordonanței, transformându-le pe acestea din urmă în lege, în conformitate cu art. 61, alin. (1) din Constituție. De altfel, dacă legea nu ar absorbi prevederile ordonanței, ce se va întâmpla în situația în care ordonanța este aprobată cu modificări sau completări? Vom avea două acte juridice distincte – o lege și o ordonanță? Evident că răspunsul este negativ. Mai mult, dacă legea modifică absolut total ordonanța respectivă – de exemplu, aduce modificări la fiecare articol al actului guvernamental – vom mai putea susține că legea de aprobare, împreună cu modificări aduse, nu absoarbe conținutul ordonanței, aceasta din urmă continuând să existe ca act normativ, deși din punct de vedere al conținutului, nu mai are prevederi aplicabile, acestea fiind modificate prin lege de către Parlament? Evident, și în această situație, răspunsul este tot negativ.

⁴⁸ În același sens, I.C.C.J., Secția de contencios administrativ și fiscal, dec. nr. 3377/2007, *precit.*

⁴⁹ În același sens, R. Chiriță, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁰ Curtea Constituțională, dec. nr. 124/1995, *precit.*; Curtea Constituțională, dec. nr. 1/1996, *precit.*

⁵¹ I.C.C.J., Secția de contencios administrativ și fiscal, dec. nr. 3377/2007, *precit.*

⁵² Curtea Constituțională, dec. nr. 32/1999 (publicată în M. Of. nr. 178 din 26 aprilie 1999); Curtea Constituțională, dec. nr. 135/1998 (publicată în M. Of. nr. 51 din 4 februarie 1999); Curtea Constituțională, dec. nr. 51/1999 (publicată în M. Of. nr. 178 din 26 aprilie 1999);

Curtea Constituțională, dec. nr. 169/1998 (publicată în M. Of. nr. 65 din 16 februarie 1999) ; Curtea Constituțională, dec. nr. 259/2004 (publicată în M. Of. nr. 857 din 20 septembrie 2004); Curtea Constituțională, dec. nr. 702/2009 (publicată în M. Of. nr. 466 din 7 iulie 2009)

⁵³ Curtea Constituțională, dec. nr. 74/1998 (publicată în M. Of. nr. 209 din 3 iunie 1998); Curtea Constituțională, dec. nr. 131/1998 (publicată în M. Of. nr. 489 din 18 decembrie 1998).

⁵⁴ Curtea Constituțională, dec. nr. 130/1997, publicată în M. Of. nr. 33 din 29 ianuarie 1998

⁵⁵ Referitor la abrogarea ordonanțelor guvernamentale, potrivit unei opinii exprimate în doctrină [a se vedea C. Costaș, *Procedura modificării și completării Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală*, în *Dreptul* nr. 11/2005] Parlamentul nu va putea abroga o ordonanță decât după ce exercită controlul asupra acesteia și o aprobă. Altfel spus, controlul special asupra ordonanțelor de urgență are prioritate față de dreptul comun, iar concluzia la care ajunge acest autor își extrage raționamentul din opinia potrivit căreia prevederile art. 115, alin. (7) din Constituție sunt de strictă interpretare, respingerea ordonanței în cadrul procedurii controlului parlamentar asupra acesteia trebuind să primeze, nefiind admis, spre exemplu, ca o ordonanță să fie abrogată printr-o lege de aprobare a alteia. În susținerea acestei opinii, se precizează că astfel, pe calea controlului parlamentar asupra ordonanțelor, legiuitorul este obligat să facă o aplicație corespunzătoare a art. 115, alin. (8) din Constituției [Curtea Constituțională a statuat că Parlamentul este obligat (s.n. – S.G.) a preciza în legea de respingere, măsurile necesare cu privire la efectele juridice produse pe perioada de aplicare a ordonanței – Curtea Constituțională, dec. nr. 971/2007, publicată în M. Of. nr. 828 din 31 octombrie 2007] spre deosebire de procedura abrogatoare de drept comun, unde o astfel de obligație nu subzistă. Drept urmare, dacă admitem opinia autorului citat, singura instituție care poate abroga (ne referim la abrogare *stricto sensu* și nu la respingere) o ordonanță este Guvernul – însă înainte ca aceasta să fie aprobată prin lege de către Parlament. Ulterior aprobării ordonanței prin lege, ordonanța respectivă nu mai poate fi abrogată, căci nu mai există ca act juridic normativ distinct.

În ceea ce ne privește, deși în principiu la aceeași soluție s-ar ajunge și în cazul în care Parlamentul, înainte a se pronunța asupra aprobării sau respingerii unei ordonanțe [în temeiul art. 115, alin. (7) din Constituție] ar abroga o ordonanță, de exemplu, prin legea de aprobare a alteia, pronunțându-se totodată cu această ocazie asupra efectelor produse de actul guvernamental până în momentul abrogării [în temeiul art. 115, alin. (8) din Constituție], *ne raliăm* la opinia susținută de acest autor. Acceptăm opinia propusă datorită faptului că legiuitorul constituant a dorit ca procedura controlului parlamentar să se desfășoare separat pentru fiecare ordonanță în parte, în sensul că fiecare ordonanță trebuie dezbătută și aprobată ori respinsă prin lege [în același sens, a se vedea M.Șt. Minea, C. Costaș, *Dreptul finanțelor publice*, vol. II – *Drept fiscal*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 88, nota 185] acest fapt constituind o garanție care vizează realizarea unui control cât mai eficient al Parlamentului asupra ordonanțelor guvernamentale.

⁵⁶ Art. 1, alin. (2) al Legii 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale.

⁵⁷ În același sens, a se vedea I. Vida, *Legistică formală. Introducere în tehnică și procedura legislativă*, ediția a III-a, Ed. Lumina Lex, București, 2006; D. Apostol Tofan, E.S. Tănăsescu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *op. cit.*, p. 1101-1102. Autorii susțin just că Parlamentul este competent a aproba sau a respinge doar o ordonanță care se află în vigoare, Parlamentul neputând respinge neantul.

⁵⁸ Maniera dolosivă a Guvernului de a își exercita prerogativele – oferindu-ne și un exemplu practic al ipotezei prezentate – este uneori incalificabilă. Cu ocazia legii de aprobare a unei ordonanțe de Guvern, lege a cărei constituționalitate a fost contestată pe calea obiecției de neconstituționalitate, Guvernul a încercat să asaneze admisibilitatea obiecției respective. Încercând să sustragă actul normativ de la controlul Curții Constituționale, Guvernul a abrogat ordonanța precedentă – care făcea obiectul legii de aprobare – și, prin aceeași ordonanță abrogatoare, a reluat fidel dispozițiile ordonanței abrogate. Scopul a fost clar : asanarea admisibilității obiecției de neconstituționalitate, pe considerentul că, astfel, ordonanța care a făcut obiectul legii de aprobare nu mai este în vigoare. Curtea Constituțională a respins excepția de inadmisibilitate, confirmând jurisprudența sa anterioară, arătând că, în situația în care, prin legea supusă controlului înainte de promulgare se aprobă o ordonanță abrogată, nu se poate reține existența unui caz de inadmisibilitate pe motivul că s-ar exercita controlul de constituționalitate al unei legi ieșite din vigoare [Curtea Constituțională, dec. nr. 1257/2009, publicată în M. Of. nr. 758 din 6 noiembrie 2009]. Ipoteza a fost prezentată în special pentru a ilustra consecințele practice care pot apărea ca urmare a acționării cu rea credință a organelor cu competențe legislative. Deși, în speța prezentată, soluția a fost pe deplin corectă și echitabilă – respingerea aparentei inadmisibilități și, drept urmare, constatarea neconstituționalității - pot exista și situații – precum cele descrise mai sus, când Curtea Constituțională nu își va mai putea exercita prerogativele de control, căci actul respectiv nu se va afla în vigoare – când particularii vor rămâne efectiv cu buza umflată.

⁵⁹ Curtea Constituțională, dec. nr. 215/2009, publicată în M. Of. nr. 242 din 10 aprilie 2009.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Din faptul că, indiferent de decizia Curții Constituționale, instanța nu va putea soluționa favorabil cererea reclamantului, datorită neînscrisii în tiparul art. 9, alin. (1) din Legea 554/2004, neînscrisiere datorată faptului că starea de neconstituționalitate vizează legea (s.n. – S.G.), este absolut evident că interesul excepției nu mai subzistă; excepția nu mai are legătură cu fondul cauzei; acțiunea reclamantului va fi oricum inadmisibilă.

⁶² I. Deleanu, *op. cit.*, p. 715; Curtea Constituțională, dec. nr. 300/2003 (publicată în M. Of. nr. 520 din 18 iulie 2003); Curtea Constituțională, dec. nr. 91/1995 (publicată în M. Of. nr. 272 din 23 noiembrie 2005)

⁶³ T. Oniga, *op. cit.*, p. 267-268

⁶⁴ Singura excepție este aceea a ordonanțelor simple, emise în baza unei legi de care nu cere expres supunerea acestora spre aprobare Parlamentului.

⁶⁵ A se vedea art. 115, alineatele (3) și (5) din Constituția României

⁶⁶ De multe ori, această conștiințiozitate a Parlamentului rămâne un deziderat. Cu titlu de exemplu, amintim situația OUG 1/1999 (publicată în M. Of. nr. 22 din 21 ianuarie 1999), adoptată cu modificări și completări prin Legea 453/2004 (publicată în M. Of. nr. 1052 din 12 noiembrie 2004). Adică peste aproape 6 ani (!!!)

⁶⁷ Pentru o abordare detaliată a problemei accesului efectiv la un tribunal a se vedea R. Chiriță, *op. cit.*, p. 226 și urm.

REMARKS ON THE RELATION BETWEEN
THE BREVES NOTITIAE AND THE NOTITIA ARNONIS*

Dr. habil. Tamás NÓTÁRI**

Summary. Acting perhaps also as prosecutor in the lawsuit against Tasilo, and thus considered the winner of the Frankish *Machtergreifung*, Arn had the *Notitia Arnonis* written by Deacon Benedictus. It is possible that the *Notitia Arnonis* had been recorded as early as in 788; however, a point of time somewhat later cannot be ruled out either; the text left to us by Rotulus gives the year 790 (*anno dcc lxxx*) as title, and only insertions from the 15th century added the entry on 788 to it (*anno dcc lxxxviii congestum*), accordingly, the dating from the 12th century, the earliest known to us, allows to make the year 790 probable. Based on that, in summary, it can be declared that the statement demanded by Charlemagne at the end of 788 (*eodem anno, quo ipse Baioariam regionem ad opus suum recepit*), and readily presented by Salzburg, partly relying on and borrowing from earlier records and partly containing new information, was created during the occupation of Bavaria by the Franks, i.e., between 788 and—as it can be deduced from the text left to us—790. Heinrich Wanderwitz dated the creation of the *Breves Notitiae* to the years between 798 and 814; we can narrow this interval by presuming—as it is justified by historical circumstances taken into consideration—that the immunity granted to Salzburg was connected and in time coincided with making Salzburg Archbishopric. It can be declared that Charlemagne issued the immunities granted by him mostly between 787 and 800. Based on that, we can specify 798 as the *terminus post quem* and 800 as *terminus ante quem* of the immunity granted to Salzburg; thus, again the period between 798 and 800 can be given as the time of the creation of the *Breves Notitiae*. The *Breves Notitiae* can be by no means qualified as a later revision of the *Notitia Arnonis*, because their structural composition is independent, and linguistically—in terms of grammar and style—they show more proper solutions than the *Notitia Arnonis*, which manifests the linguistic deterioration of the age of the Merowings. The highly Carolingian supporting form of presentation used at certain points in the *Breves Notitiae* is acknowledged and accepted among researches, to various extents though. This tendency is indicated by the occurrence of Pippin and his mother, Hiltrud in the text, who are not mentioned by the *Notitia Arnonis* at all, and beside whom Duke Tasilo is reduced to a kind of supporting character by the narrative. The *Breves Notitiae* refer to Tasilo on five occasions in total compared to the nine *loci* in the *Notitia Arnonis*—the shorter source in volume; and grammatically he is included in the text as the subject on one occasion only. In relation to the *Notitia Arnonis* Herwig Wolfram uses the qualification “(eindeutig) prokarolingisch”; whereas regarding the *Notitia Arnonis* Heinrich Wanderwitz speaks about the unambiguous sympathy for the Agilolfings shown in the source, except for the introduction and the closing chapter. We can agree with Fritz Lošek on the point, that neither in relation to the *Notitia Arnonis* nor to the *Breves Notitiae* is it righteous to make such unambiguous and lapidary statements: each Bavarian Duke is adjudged differently, the absolutely positive image of Theodo and Theodbert is followed by portraits depicted of Odilo and Tasilo far from being flattering, which is supported by the conflict outlined in the *Libellus Virgilii* too.

Keywords: early medieval charters, legal history of Bavaria, Bavarian historiography.

As the reason for creating the *Notitia Arnonis* we could specify Charlemagne having seized power over Bavaria, which took place through the dethronement of Tasilo III, the last Duke of the Agilolfing dynasty. Up to the 780's, we cannot speak about resolute anti-Carolingian attitude engaged by the Agilolfings in the Frankish/Bavarian relations; these relations were determined by the current political constellation, in several cases the members of the Agilolfing dynasty, such as Odilo and Tasilo, were able to take the throne of Bavaria and strengthen their power only with the help of the Franks. The Carolingian/Agilolfing relation, as a matter of fact, did not lack rivalry but it became fatal for the Bavarian Duke only in 788, after Tasilo III had been dethroned by Charlemagne. At the end of our research, in spite of being incomplete and tendentious the sources clearly revealed what processes had led to this final result and the development of this picture. The Frank ruler's power politics did not necessarily require military clashes; after he had defeated his opponents and enemies in order to absorb also Bavaria—which had preserved its independence as the only entity on the territory under the former Meroving rule—in its empire, it was sufficient for him to isolate the Dukedom by cunning diplomatic tools and win over a group of the Bavarians who would support him in the future lawsuit. In the lawsuit not only his former sins, specifically *harisliz* alleged to have been committed in 763, i.e., arbitrarily leaving the king's armies, were cast in Tasilo's teeth because *de iure* this would not have been enough for announcing the death sentence, he was also charged with grave infidelity—breach of the oath of allegiance he made in 757 and 781, and of the vassal's oath he made in 787—and with entering into an alliance with the Avars, which was considered the most serious manifestation of *infidelitas*. The execution of the death sentence, however, would not have brought the result desired by Charlemagne because through Tasilo's execution he could not have annexed Bavaria *eo ipso*; closing Tasilo—and his family members—into a monastery enabled the Frankish ruler to dispose freely over the Dukedom now having no ruler. The creation of the *Breves Notitiae* is closely linked to raising Salzburg to Archbishopric in 798, and it was this register by which Charlemagne's fiduciary, Arn tried to prove his primacy to the rest of Bavarian bishops. Arn all the more earned Charlemagne's trust because he had willingly implemented his instructions in the critical situation evolved around Pope Leo III in Rome. In our view, this hostility was incited by Charlemagne's people, Paschalis and Campulus—and an attempt was made at throwing the Pope off his throne—primarily in order to enable the Frankish ruler to act subsequently as the Pope's savior, and to cause the Pope, seeing his reputation left in tatters, being politically defenceless, to crown him emperor. As an active player Arn could follow up these events—as it can be clearly established from the correspondence maintained with Alcuin.

I. The problems of dating of the both *notitiae*

After throwing Tasilo III off his throne in 788 in the lawsuit held at the assembly at Ingelheim, Charlemagne integrated the until then independent Bavarian Dukedom into his empire. Several of the Bavarian (secular and church) dignitaries,

including Arn, Bishop of Salzburg and later a good friend of Alcuin,¹ most probably took sides with the Frank ruler as early as during the reign of Tasilo, and helped him to legitimate the dethronement of the prince. In the years directly following the dethronement, between 788 and 790, it was at the instruction of Charlemagne that the great winner of the Carolingian takeover, Bishop Arn (785–821), who used to enjoy Tasilo’s confidence for a long time, caused to write the notice on the donations to the Bishopric of Salzburg, the *Notitia Arnonis*, which was approved by the Frankish ruler, to ensure the benefices of his diocese. The Bishopric of Salzburg was raised to archbishopric in 798, and it was at that time that Arn received the *pallium* from Pope Leo III; however, the bishops now subjected to him apparently felt aversion to this decision adopted by Charlemagne and implemented by the Pope.² So the Archbishop had to prove the origin and legality of the estates obtained, which resulted in the work entitled *Breves Notitiae* drafted between 798 and 800. It can be established that in spite of the *Breves Notitiae* and the *Notitia Arnonis* overlapping each other in certain points, none of the records served as the prefiguration of the other, so both documents add specific data to our knowledge on the economic and estate conditions of the age.

The text itself helps us to determine the date and aim of the creation of the *Notitia Arnonis* since the text contains a very important reference to the time of recording.³ Before looking at this sentence closely, it is worth surveying the sources related to the creation of the *Notitia Arnonis*. In the item numbered 168 from among Charlemagne’s charters we can read about donations of kings and queens, dukes and other pious people.⁴ In addition to donations granted by dukes and other people, this charter dated to 791 by Herwig Wolfram⁵ mentions donations by kings and queens that the *Notitia Arnonis* does not refer to,⁶ and it can do so because—Pippin being Tasilo’s guardian—Bavaria had established close relations with the Franks and Frankish kings qualified even retroactively benefactors of the Bishopric.⁷ Based on that this charter does not seem to be connected with the *Notitia Arnonis*, especially because the parallel point of text in the *Breves Notitiae expressis verbis* indicates the assistance of Pippin and his elder sister, Hiltrud.⁸ So if the charter number 168 referred expressly to the *Notitia Arnonis*, then quite peculiarly the document to be confirmed, that is, the *Notitia Arnonis* would not contain the facts enumerated in the charter.⁹ This charter, as a matter of fact, can be compared to several charters with similar content.

Charter number 162 from 788 also deals with current events in Bavaria,¹⁰ and this is confirmed also by the *Traditio Frisingensis*, according to which “*anno secundo, quod dominus rex Carolus Baiuariam adquisivit ad Tassilonem clericavit*”,¹¹ and “*in secundo anno quo translatus est Tassilo dux de regno suo*”.¹² Sources clearly date the *aquisitio* to 788, based on which we can with full certainty take the statement “*eodem anno, quo ipse Baiuariam regionem ad opus suum recepit*”¹³ in the *Notitia Arnonis* refer to the year 788.¹⁴ More profound analysis of the quoted sentence¹⁵ reveals that the time adverbial complement (*anno, quo ... recepit*) belongs to the first predicate

(*exquisivi*), and this should not be absolutely equal to what is denoted by the second predicate (*conscribere ad memoriam feci*), especially as the phrase standing behind and explaining the first predicate (*a monachis et laicis*) suggests the separation of the two predicates.¹⁶ On the other hand, this sentence does not necessarily have decisive significance in dating the *Notitia Arnonis* because Deacon Benedictus borrowed the idioms “*viris valde senibus et veracibus diligentissime exquisivi*” as well as “*ad memoriam conscribere*” from the *Libellus Virgili*¹⁷ word for word.¹⁸

So it is possible that the *Notitia Arnonis* was recorded as early as in 788; however, a somewhat later point of time cannot be ruled out either; the text left to us by Rotulus¹⁹ specifies the year 790 (*anno dcc lxxx*) as title, and only insertions from the 15th century added the reference to 788 (*anno dcc lxxxviii congestum*); consequently, the earliest dating from the 12th century known to us allows to make the year 790 probable.²⁰ Based on that, in summary it can be established that the report demanded by Charlemagne at the end of 788 (*eodem anno, quo ipse Baioariam regionem ad opus suum recepit*) and readily presented by Salzburg, which partly relies on and draws on older records, partly contains new supplementary data, was created sometime between the occupation of Bavaria by the Franks, i.e., 788 and—as it can be deduced from the texts left to us—790.²¹

The survey of the structure of *Notitia Arnonis* does not cause any special difficulties; Fritz Lošek outlines it as follows:²²

Praefatio

- A Donations made to the Ecclesia Sancti Petri of Salzburg (1–6.)
 - Donations by dukes (1–5.)
 - a Theodo (1.)
 - b Theodbert (2.)
 - c Hucbert (3.)
 - d Odilo (4.)
 - f Tasilo (5.)
 - Donations by nobles and semi-freemen (6, 1–25.)
 - a Donations (6, 1–21.)
 - b Cella Au (6, 22–23.)
 - c Cella Otting (6, 24–25.)
 - Ecclesiae parochiales (6, 26–28.)
- B Nonnberg (7.)
- C Cella Maximiliani (8, 1–7.)
- Eschatolcollon* (8, 8.)

Compared to the later record, the *Breves Notitiae*, the structure of *Notitia Arnonis* is more clearly arranged—although the topographical principle appears in addition to the chronological order naturally arising from donations by dukes, the author makes an effort to keep to the chronology within that.

The *Breves Notitiae* mention Arn as Archbishop on three occasions; however, it seems to be worth looking at “*archiepiscopus*” passages more closely. Regarding the first *locus*²³ Wilhelm Levison has already called the attention to the point that presumably what we have here is an early *glossa marginalis*.²⁴ The name “*archiepiscopus*” is fully righteous when it refers to Arn’s acts after 798; however, the phrase “*notum sit, quod*” appears to be a later insertion, which seems to be confirmed by the plural of the term “*pars*” that occurs only here in the *Breves Notitiae*²⁵—based on that it is probable that this sentence was completely put in the text as a later interpolation. Regarding the second *locus*²⁶ we can presume that it is not a later interpolation since it could not be logically explained why the copier would have wanted to stress Arn’s dignity as Archbishop specifically in this case and would have referred to him merely as Bishop in the rest.²⁷ We have no reason to doubt the originality of the third *locus*,²⁸ and from chapter fourteen of the *Breves Notitiae* it can be observed and based on the chronological arrangement within the topographical grouping it can be declared that Arn was granted the donations mentioned in the quoted paragraph and the paragraphs following it²⁹ as Archbishop, specifically after 798.³⁰ The *Breves Notitiae* mention Arn as Bishop on several occasions,³¹ he is reliably referred to as Archbishop on two places,³² one of the *loci* refers clearly to a point of time after 798, and the other one to times around 798, from all the above we can draw the following two contradicting conclusions. On the one hand, we could presume that after 798—and, if we date the time of creation of the *Breves Notitiae* after 798 and before 816, this means eighteen years—so few legal transactions were implemented that the source was able to name Arn as Archbishop maximum on two places. On the other hand, we could set out from the point that the *Breves Notitiae* were recorded such a short time after 798, i.e., after Salzburg had become Archbishopric, that no other than transactions executed directly after 798 could be integrated in the text; that is, most of the donations, exchanges and purchases were entered into before 798.³³

Herbert Haupt took a stand on dating the *Breves Notitiae* to a later point of time, at certain points to the mid 9th century; he based his arguments mainly on linguistic and stylistic considerations. Within the source he distinguished between a *Breves Notitiae I* text (approximately chapters 1–14) and a *Breves Notitiae II* (chapters 15–24) text; he presumed that the *Breves Notitiae I* was created after 798 in view of the fact that those chapters mention Arn as Archbishop³⁴—yet, he was able to demonstrate this in two *loci* only,³⁵ the first of which is certainly the result of a later interpolation.³⁶ As a linguistic argument he pointed out the substantivum use of “*fornax*”, stating that while the first part several times includes the phrase “*fornacium loca*”,³⁷ later on the formulation “*fornacium I*”³⁸ is applied,³⁹ however, this argument was refuted by Fritz Lošek by several quite apposite arguments. On the one hand, it is rather problematic to infer tendencies of linguistic development from a single *locus*; on the other hand, it is not absolutely necessary to see *singularis nominativus* in the structure “*fornacium I*”, use as *genitivus partitivus* can be imagined just as well; on the third part, if “*fornacium*” were nevertheless *singularis nominativus*,

then this would clearly fit in with the tendency of the shift from the more complicated third to the simpler second declinatio in the development of Middle Latin; on the fourth part, differences in meaning can be also discovered between “*fornax*” and “*fornacis locus*”; and, on the fifth part, it is hard to explain why the form “*fornacium*” further from Classical Latinity would stand in the later part, which was recorded after emendation in the Carolingian Age.⁴⁰ (The same applies to Haupt’s argumentation regarding the word “*fluuius*”.⁴¹) It is an indisputable fact that the second part of the *Breves Notitiae* follows the somewhat schematic “*David presbiter vir nobilis ad Salzpurch totum dedit, quod habuit ad Chirihheim*”⁴² pattern,⁴³ yet the reason for stylistic changes appearing there—which are really significant compared to the first part of a more narrative tone—should be looked for primarily in the differences in content.⁴⁴

These arguments, based on which we presume the year 798 as the date of the creation of the *Breves Notitiae* or accept a year a little later, are strengthened by the circumstances of the dispute over the church of (Michael)Beuern.⁴⁵ “*Ludowicus rex*” referred to must have been Louis the Pious, and the dispute might have been concluded during the reign of Charlemagne, the latest at the end of August, 799 as the above-mentioned Gerold died on 1st September in the same year⁴⁶—i.e., what is contained in chapter thirteen of the *Breves Notitiae* is about events that took place the latest in 799.⁴⁷ Dating to a point of time shortly after 798 is supported by the fact of Charlemagne providing Salzburg with immunity, which might have accounted for clarifying estate conditions; and although this charter of Charlemagne has been lost we can deduce its content from the confirming charters of Louis the Pious dated from 5th February, 816 and of Louis the German from 837.⁴⁸ Based on the above, Heinrich Wanderwitz claims that *Breves Notitiae* were created between 798 and 814;⁴⁹ however, this interval can be narrowed by presuming—and taking historical circumstances into consideration accounts for it—that the immunity granted to Salzburg is connected with, and for this reason in time almost coincides with making Salzburg an Archbishopric.⁵⁰ It can be established that the immunities granted by Charlemagne were issued mostly between 787 and 800.⁵¹ Based on that, we can determine 798 as *terminus post quem* and 800 as *terminus ante quem* of the immunity granted to Salzburg; thus, again we can define the period between 798 and 800 as the period of the creation of the *Breves Notitiae*.⁵²

Following Fritz Lošek’s division, the structure of the *Breves Notitiae*—which embraces both content and linguistic/stylistic aspects—can be outlined as follows.⁵³

Praefatio

1–13, 13.

- A Theodo and Rupert (1–3, 7.)
 - a the Rupert legend and the first donations (1–2, 11.)
 - b Libellus Virgilii I/1. (3, 1–3, 7.)
- B Rupert and Theodbert (3, 8–5, 5.)
 - a *Libellus Virgilii I/ 2.* (3, 8–3, 16.)
 - b Nonnberg (4.)
 - c Saint Peter Monastery (5.)

- C Hucbert (6–7, 4.)
 - a Donations (6.)
 - b Interpolation: hunting law and use of forests (7, 1–7, 2.)
 - c Donations (7, 3–7, 4.)
- D Odilo and Virgil (7, 5–10, 5.)
 - a Conditions of power and first donations (7, 5–7, 7.)
 - b *Libellus Virgilii* II. (8, 1–8, 15.)
 - c Odilo’s donations to the Monastery of Saint Maximilian (9.)
 - d Nobles’ donations to the Monastery of Saint Maximilian (10.)
- E Virgil (and Tasilo) (11–13, 13.)
 - a Conditions of power and first donations (11, 1–11, 3a)
 - b Interpolation: supplements to donations (11, 3b–12, 3.)
 - c *Libellus Virgilii* III. (13, 1–13, 7.)
 - d Donations to Otting (13, 8–13, 13.)

Donations of nobles and the commons to Salzburg (14, 1–24, 4.)

The first part (1–13) is dominated by a chronological, the second part (14–24) by a topographical principle of arrangement; however, these principles are not used consistently. In the first part, the protagonists of the ecclesiastical and secular sides, so the Bishops of Salzburg from Rupert to Virgil and the Dukes of Bavaria from Theodo to Tasilo III, usually appear in pairs; as from Hucbert, at the end of passages, after dukes’ donations, nobles’ donation follow.⁵⁴

II. Relation between the both notitiae

It is worth paying some attention to the relation between the *Breves Notitiae* and earlier texts from Salzburg, especially to the *Gesta Hrodberti* and the *Notitia Arnonis*. The hagiographic work on Rupert’s life produced significant effect on the text of the *Breves Notitiae*, contrary to the text of the *Notitia Arnonis*, in which Rupert appears as “*domnus Hrodbertus*” rather than a saint, confessor or bishop,⁵⁵ on whose acts and the charters drafted thereon the writer of the memorandum can safely rely on.⁵⁶ This difference between the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae* is made understandable by the fact that in the *Notitia Arnonis* it was not the legitimization of the primacy of Salzburg—which obtained primary importance later in the *Breves Notitiae*, and which could be highly advanced by reviving the Rupert tradition—that Bishop Arn and Deacon Benedictus kept in view.⁵⁷ There are differences in the portrayal of Rupert’s activity also in the *Breves Notitiae* emphasizing the apostolic function of the saint: chapter four of the *Gesta Hrodberti* asserts that the saint was working primarily on renewing the Christian faith;⁵⁸ the *Breves Notitiae* claim that Rupert baptized Duke Theodo together with his dignitaries;⁵⁹ chapter one of the *Conversio* extended this conversion to simple folks.⁶⁰ The *Breves Notitiae* emphatically mention Rupert’s activity covering the whole of Bavaria and its peoples⁶¹—quite

clearly, a tendency meant to support the primacy of Salzburg—yet, as a matter of fact, they are silent about his journey to Lorch referred to in the *Gesta Hrodberti*⁶² and his trip up to the frontiers of Pannonia described in the *Conversio*.⁶³ The data regarding Seekirchen am Wallersee are contained in the *Gesta Hrodberti* and the *Conversio*⁶⁴ as well as in the *Breves Notitiae*.⁶⁵ The *Gesta Hrodberti*—and the *Conversio*—assert that having arrived to Salzburg Rupert found old buildings there from the Roman age at that time already in ruined state,⁶⁶ and having received the permit asked from Duke Theodo he started construction works.⁶⁷ Contrary to that, the *Breves Notitiae* claim that Rupert came to Salzburg with the Duke's consent, he found old buildings there, built a church, equipped the bishop's seat, and only after that did Duke Theodo appear and gave him the place as a seat, and made other donations.⁶⁸

From all the above it is apparent that Salzburg plays a more significant role and Rupert is more intensely tied to the town in the presentation of *Breves Notitiae* than in the narrative of either the *Gesta Hrodberti* or the *Conversio*: from among the places visited by Rupert before Salzburg only Seekirchen is given account of in view of the fact that, contrary to the town of Lorch which the *Breves Notitiae* are silent about, Salzburg had estates there; Rupert acted independently in Salzburg; only later did Theodo give his consent to the results of his acts, which emphasises the activity and autonomy of the Bishops of Salzburg.⁶⁹ The prefiguration of the passage in the *Breves Notitiae* on founding the *cella Maximiliani*⁷⁰—a part of the *Libellus Virgilii*⁷¹—must have been a relevant paragraph⁷² in the *Gesta Hrodberti*.⁷³ The only sale and purchase, which is touched on also in the *Gesta Hrodberti*, the purchase of Piding⁷⁴ can be found in the *Breves Notitiae* too.⁷⁵ Regarding the nunnery founded by Rupert, the *Gesta Hrodberti* adds that the Bishop had brought his relative, Erintrudis from his own country, Worms and made her the head of the nunnery;⁷⁶ the *Breves Notitiae*, as a matter of fact, do not refer to Worms since they do not discuss the issue of the saint's origin,⁷⁷ On the one hand, and in accordance with the tendency of the source, the Bishop's *own country* could have been nothing else than Salzburg itself, on the other; similarly, the *Breves Notitiae* stress that Erintrudis was made Mother Superior in accordance with the Duke's permit and will,⁷⁸ which clearly indicates the image of the Bishop and Duke proceeding in agreement, which is present throughout the *Breves Notitiae*.⁷⁹

The form of presentation of the *Breves Notitiae*, highly Caroling based at certain points, is acknowledged and accepted, albeit, to various extent, among researchers.⁸⁰ This tendency is indicated by the occurrence of Pippin and his mother, Hiltrud in the text,⁸¹ who are not mentioned at all in the *Notitia Arnonis*, and beside whom Duke Tasilo is reduced by the narrative to a kind of supporting character.⁸² On no more than five occasions do the *Breves Notitiae* mention Tasilo,⁸³ compared to nine *loci* in the *Notitia Arnonis*, which is the shorter source,⁸⁴ and grammatically he functions as subject in the text only once.⁸⁵ (One of the most striking examples for different handling of sources in the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae* is

the *locus* dealing with the donations granted to Nonnberg—both in terms of its content⁸⁶ and its place in the text: whereas the *Breves Notitiae* rank them among the donations made in the age and through the assistance of Rupert and Theodbert,⁸⁷ the *Notitia Arnonis* covers this *donatio* in a completely separate chapter and independent *praefatio*.⁸⁸) Herwig Wolfram uses the qualification “(eindeutig) prokarolingisch” with regard to the *Notitia Arnonis*;⁸⁹ at variance, in relation to the *Notitia Arnonis* Heinrich Wanderwitz points out the unambiguous sympathy shown by the source towards the Agilolfings, except for the introduction and the closing chapter.⁹⁰ Fritz Lošek declares that it is not righteous to make such an unambiguous and lapidary statement regarding the *Breves Notitiae* just as with respect to the *Notitia Arnonis*, and he has pointed out that specific Bavarian dukes are adjudged differently on an individual basis; the absolutely positive image of Theodo and Theodbert is followed by far from flattering portrayals of Odilo and Tasilo, which is supported by the conflict outlined in the *Libellus Virgillii* too.⁹¹

Clearly, it can be established and declared that none of the two sources served as prefiguration for the other; that is, the *Breves Notitiae* cannot be considered an enlarged adaptation of the *Notitia Arnonis*; it was drafted completely independently of it.⁹² Both authors—Deacon Benedictus in the case of the *Notitia Arnonis* and the unknown author of the *Breves Notitiae*—had certain records at their disposal, which they could use as sources.⁹³ A further essential difference is indicated by the title of the two sources itself: singular in the *Notitia Arnonis* shows that in its case what we have is a subsequently made uniform record based on collecting information; and plural in the *Breves Notitiae* indicates that most probably it merges several records made earlier.⁹⁴ Furthermore, certain differences between the two texts can be demonstrated and proved by focusing on to what extent they updated, adjusted the sources they used—former *notitiae*—to their own age: such updating, which can be revealed by comparing *loci* with identical content in the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae*, is mostly indicated by the words “*nunc*” and “*tantummodo*”.⁹⁵ In modifications, quite often, Latin and Roman settlement names were replaced by German names; sometimes, efforts were made to make economic and topographical conditions correspond to the conditions of the period; the shorter text, i.e., *Notitia Arnonis* had suffered changes—on the other hand, updating tendencies can be specifically identified only in *loci* that were contained by both; yet, these modifications can never be found simultaneously in the *loci* with identical content of the two texts.⁹⁶ From these results two conclusions can be drawn: first, as we have already established, neither the *Notitia Arnonis*, nor the *Breves Notitiae* served as prefiguration or source for the other text; secondly, it is apparent that the later text, the *Breves Notitiae* preserve the older text layer closer to the original sources, the *notitiae*.⁹⁷

As in terms of genres both the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae* are a peculiar mixture of charters and historical narrative (*genus mixtum*) regarding the early period of Salzburg, in the investigation of the linguistic/stylistic characteristics

we have to take both usage of charters and the influence of Carolingian Latinity into account.⁹⁸ In our work we have examined the following aspects—primarily in the text of the above-mentioned estate registers of Salzburg, and, as a matter of fact, by making an overview of the (Bavarian) sources of the period. Written confirmation by witnesses of donations made for the benefit of the Church. The relation between *carta* and *notitia*; similarities and differences in form and content. Key linguistic characteristics of estate registers of Salzburg; their relation to usage of charters. In-depth analysis of a few linguistic characteristics that occur in the estate registers.

III. Stylistic remarks on the *notitiae*

To assert the fact of donation, the records use the verbs “*dare*”, “*donare*” and “*tradere*”, but the frequency of their occurrence is far from identical in the two lists: in the first part of the *Breves Notitiae* (chapters 1–13) the verb “*dare*” occurs approximately two hundred and forty times, while in the *Notitia Arnonis* only six times.⁹⁹ The use of the verb *tradere* is almost identical in the two sources, which means that the fact of donation is indicated in ninety-nine percent with this verb in the *Notitia Arnonis* whereas the first part of the *Breves Notitiae* (the aforesaid chapters 1–13) express the execution of the transaction in approximately seventy-five percent with the verb “*dare*”. Nevertheless, no difference can be discovered between the meaning of the two verbs in these sources when examining the character and legal fate of the estates indicated with various verbs that occur in *loci* identical in content in the two sources. Consequently, differences in the use of verbs can be attributed, instead of difference in content, to the simple fact that the *Notitia Arnonis* was addressed by the Bishop of Salzburg directly to the ruler, Charlemagne as it were as an official instrument, and in a quite critical period, and it was retaining the estates of Salzburg that was at stake. The verb “*trado*” better suited the official style of charters—in some sources (see the charters of donations from Mondee, Passau, Freising and Fulda) it was used in the pleonasm “*trado et transfundo*”.¹⁰⁰ Whereas, in the *Breves Notitiae*, which was to confirm the primacy of Salzburg within Bavaria, the outcome of the Carolingian language reform can be identified, and it is also due to the less formal nature of the record that the formal verb “*tradere*” was replaced by the compiler with the colloquial verb “*dare*”.¹⁰¹

Both records emphasized the necessity to identify donators unambiguously and clearly: to break the monotony of the text a little, instead of repeating the proper name, they often used the phrases known from charters “*suprascriptus*”, “*praenominatus*”, “*supradicus*” etc., which are typical items of the late antique and early medieval vocabulary of chancelleries and replaced the classical pronouns “*idem*” and “*ipse*”. The terminology of the period worked out several forms of these phrases such as “*iam dictus*”, “*iam factus*”, “*iam scriptus*”, “*memoratus*”, “*praedictus*”, “*praefatus*”, “*praescriptus*”, “*superscriptus*”, “*supradictus*”, “*suprascriptus*”.¹⁰² Striving to be absolutely precise, at certain points, the *Notitia Arnonis* elects to use

rather pleonastic formulations: it links the anaphoric *participium perfectum* to the classical, anaphoric pronoun, thus creating, among others, the structure “*ipseque dux iam scriptus*”¹⁰³ (quite frequent both in the vocabulary of the people and the Chancellery). Contrary to this, in two thirds of the relevant cases the *Breves Notitiae* use the pronoun “*idem*” instead of a paraphrase with *participium*, which again seems to show the impact of the Carolingian age, the felt need to get closer to literary language instead of the inveterate usage of the charters.¹⁰⁴

The language reform solicited by Charlemagne perfectly corresponds with the reform of writing also launched by him since these efforts were meant to advance a more efficient administration of a unified empire. As a matter of fact, reform efforts could not bring success unless built on the tradition of Latinity and the related culture of writing. The language reform, however, was in the first place to correct and eliminate phonetic/morphologic distortions (in this attempt the language of the Church Fathers was followed as a pattern); purification of word usage and syntax was attained only secondarily and accidentally.¹⁰⁵ The retention of almost unchanged word usage and syntax can be attributed to a simple and logical reason: any amendment/correction in them would have led to perceiving uncertainty in law. Although the improper spelling of several phrases (*habyre, pristetirunt, estipendiis*) were corrected to ensure proper forms (*habere, praestiterunt, stipendiis*), syntax was left unchanged, except for correcting suffixes (e.g., “*illut que*” was replaced by “*illud quod*”).¹⁰⁶ In the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae* this kind of tendency to improve the language can be also observed: dismissing the base of “*villa nuncupante*” in the *Notitia Arnonis*, in the relevant *locus* the *Breves Notitiae* use the phrases “*villa nuncupata*”, “*villa dicta*”, “*villa quae dicitur*”, or “*villa quae vocatur*”.¹⁰⁷

In the specification of the place of donation, the various forms of verbs “*nuncupare*” and “*vocare*” occur in a total of twenty-five times in the *Notitia Arnonis*, and far exceed the verb “*dicere*” preferred in the *Breves Notitiae*. On the other hand, the frequent use of the prepositions “*in*” and, more often, “*ad*” can be also noticed, which is linked to a more accurate specification of the place in a participle clause to shorten the sentence or in a relative clause.¹⁰⁸ In this respect the *Notitia Arnonis* uses *participium imperfectum* (mostly erroneously) more often, while the *Breves Notitiae* prefer *participium perfectum*. Comparison with former charters makes it possible to declare that the *participium imperfectum* “*nuncupante*” is an inveterate form quite recurrent in charters from the Meroving Age and the *Formulae Marculfi*.¹⁰⁹ It is reasonable to assume that 8th century Bavarian charters the *Notitia Arnonis* was based on also used this form, which was borrowed by the record drafted on the orders of Arn since the impact of the *Formulae Marculfi* can be demonstrated in several Bavarian charters of the period, e.g., in charters from the Monastery of Mondsee and Sankt Gallen.¹¹⁰

In the specifications of the donation the subject itself and the accessory that belongs to it are clearly separated. The actual subject, that is, the land is described in the *Notitia Arnonis*, on almost each occasion, more specifically, forty times with

the formula “*mansos inter vestitos et apsos*”, i.e., “*partly cultivated, partly uncultivated lands*”. This phrase is never used in the *Breves Notitiae*; “*mansus*” is replaced by “*manentes*”, clearly manifesting a paradigm shift both in language and content; and the adjectives “*vestitus*” and “*apsus*” are totally missing from later records. The adjectives “*vestitus*” and “*apsus*” are, accordingly, used as synonyms of “*cultus*” and “*incultus*”; the adjective “*apsus*” and its derivatives (*absitas*, *absitus*, *absare*) can be considered forms rooted in the vocabulary of Bavarian and Langobard charters.¹¹¹ Also, Langobard impact is implied by the use of pronouns in *Notitia Arnonis*; especially in view of the rare occurrence of the pronouns “*hic*” and “*iste*” and the frequent occurrence of the pronouns “*is*” and “*ipse*”, which manifests definite comparison with *Leges Langobardorum*. Similarly, it should be noted that “*inter*” is used as an adverb, in the sense “*tam ... quam*”, which reveals connection with the usage of the Bible and the *Formula Marculfi*.¹¹²

The system of listing accessories deserves special attention as the most representative *loci* in this respect in the *Notitia Arnonis*¹¹³ and the *Breves Notitiae*¹¹⁴ clearly demonstrate the differences and changes in the language of charters from the Agilolfing and Carolingian age. Beside corrections in morphology (“*castrum superiorem*” now is replaced by “*castrum superius*”), the lengthy listing of accessories, which is sometimes senseless and incomprehensible due to the rigid formula it follows, makes them more specific and comprehensible: so while the *Notitia Arnonis* applies “*confinia, aquis aquarumque decursibus*” and “*adiacentiis*”, the *Breves Notitiae* use “*finales loci, aquis circumquaque currentibus*” and “*adiacentibus*”. At the same time—just to ensure that the language of former charters, which both records drew on independently from one another, should not be totally changed in order to avoid uncertainty in law and endless disputes arising from that—the order of accessories is identical; subjection to the preposition “*cum*” and the sentence structure are the same in both records; and the various forms of the same words recur in both cases, which was knowingly meant to preserve close relation with original charters.¹¹⁵ In both cases, the list of accessories is introduced by the preposition “*cum*”, which is confirmed by an adverbial “*unā*” in the *Notitia Arnonis*; “*cum*” stands, in each case, in *ablativus*, except for the aforesaid formal phrase “*cum mansos*”, which implies Langobard roots¹¹⁶.

The parts of the list of accessories are interrelated asyndetically; and wherever this interrelation is polysyndetic, “*vel*” having a disjunctive sense in classical usage becomes the copulative element as a typical feature borrowed from folk language and adopted in the Latinity of charters.¹¹⁷ These features apparent in the earlier drafted, more archaic the *Notitiae Arnonis* influenced by folk language, manifesting both Bavarian and Langobard impacts—albeit, not more than ten years passed between the time of their drafting, and both of them were recorded on the orders of Arn—are no longer used in the *Breves Notitiae*, which demonstrates the traces of the Carolingian language reform. Comparing syntax, finally it should be added that the language of charters in the *Breves Notitiae* is quite often replaced by narrative style; especially in the sections where the author borrowed texts from the *Libellus Virgilii* that

thematized the dispute evolving on *cella Maximiliani*¹¹⁸ and Otting.¹¹⁹ in these two *loci* the author makes use of the instrument *oratio recta*,¹²⁰ which is absolutely not applied in the *Notitia Arnonis*.

What follows is an investigation of the use of the terms “*manus*” and “*manentes*”, and “*coloni*” and “*colonia*” in the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae*—primarily taking into account the statements made by Fritz Lošek, the researcher who has the most extensive knowledge of these texts.¹²¹ In the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae* the terms “*mansus*”, “*manentes*” and “*colonium*” occur quite differently: the noun “*manus*” and its derivatives occur eighty-five times in the *Notitia Arnonis*, and thirty-seven times in the *Breves Notitiae*; among them the occurrences in the *Breves Notitiae* can be identified in nineteen cases as the *pluralis accusativus* of “*mansus*”; consequently, they can be ranked among the fourth declination; the forms of “*mansum*” that can be identified as *singularis accusativus* allow ranking both among the second and the fourth declination; other occurrences (most frequently *pluralis ablativus*) usually allow ranking among the second declination. The forms “*mansos*”, “*manso*” and “*mansi*” are absolutely not used in the *Breves Notitiae*; contrary to that, in the *Notitia Arnonis* “*mansos*” they are used forty-nine times, “*manso*” nine times, and “*mansi*” twice. The *pluralis accusativus* form “*mansos*” often stands with the preposition “*cum*”; “*manso*” stands in the number “*I (uno)*”, on the one hand; and substitutes *singularis accusativus*, on the other; e.g., “*tradidit ... in loco ... manso I vestito*”.¹²² The case “*mansi*” occurs twice right after one another.¹²³ Furthermore, the *singularis accusativus* form (*mansum*) also appears,¹²⁴ just as *pluralis accusativus*, on twenty-six occasions in total. The phrases “*mansi tributales*” and “*tributarii apud mansos*” usually refer to “*Romani*”. “*Mansi*” might have been *serviles*, that is, servile souls too¹²⁵ but it is impossible to ascertain whether in these cases this peculiarity is attached to the owner of the land or the land itself.¹²⁶

The phrase “*mansus*” so often used in the *Notitia Arnonis* is quite often replaced in the *Breves Notitiae* by the noun “*manentes*”,¹²⁷ Wanderwitz has demonstrated that the reason that lies behind this linguistic change is related to content: this way the status of the persons to be donated could be more precisely determined.¹²⁸ “*Manentes*” as the participle, or a form having become the *participium substantivum* of the verb “*manere*” occurs, except for a single case, solely in the *Breves Notitiae*—the only “*manentes*” passage in the *Notitia Arnonis* does not carry any legal content; there “*manentes*” means simply *inhabitants*.¹²⁹ In the *Breves Notitiae* the transition from the participle usage to the substantive usage can be clearly followed up.¹³⁰ In some of these cases, the form “*manentes*” is a simple *participium coniunctum*, which is meant to determine the position of the *servi*, or *tributales (Romani)*; that is, to specify their capacity of *having a house* more accurately.¹³¹ Elsewhere the term “*manentes*” is used as a substantive,¹³² and so the relation of settlers and ploughmen (*coloni*) becomes closer with the land (*mansus*); that is, “*mansus*” and “*colonia*” most probably

become synonyms. Between the two options of occurrence, in Lošek's view, the phrase "*manentes in coloniis*" constitutes transition,¹³³ since "*manentes*" are handed over not only "*in coloniis*" but also "*cum coloniis*" in the text of the *Breves Notitiae*.¹³⁴ The phrase "*cum coloniis*" defines donated persons more exactly as "*colonia*" is also considered accessory. As a matter of fact, it might occur that the subject of donation is the *villa* itself; and *mansi* and *manentes* are only the accessories thereof.¹³⁵ In the *Breves Notitiae* there are also cases where the subjects of donation are *mansi*, or *manentes (servi)*; the *participium* in this case loses its substantive, and means the persons who reside on the *mansus*, or *colonium*.¹³⁶

The interpretation of "*colonium*" in the estate registers poses more difficulties than the interpretation of "*mansus*" and "*manentes*". Absolutely no traces of the phrase "*colonium*" can be found in the *Notitia Arnonis*, only in the *Breves Notitiae* does it appear; and here it is possible to witness a shift in the meaning from the thing towards the person.¹³⁷ The form *pluralis accusativus (colonia)* appears on several places;¹³⁸ but the author knows the word "*colonia*" too.¹³⁹ At the same time, the concept of the person related to the *colonium*, the "*colonus*" is not unknown to the author either.¹⁴⁰ The difficulty is caused by the *pluralis ablativus* forms but this can be solved—just like in the case of "*mansus*" and "*manentes*"—as follows: as the accessory of the thing that constitutes the subject of donation a person is indicated and as the accessory of the person a thing is indicated. However, a land can never be the accessory of a thing (land), and a person can never be the accessory of a person; that is, in this respect the author avoids tautology.¹⁴¹ The form "*coloni*" can be undoubtedly the *singularis genitivus* of either "*colonium*", or "*colonus*" but in the context of the three occurrences relevant in this respect persons constitute the subject of donation; therefore, it is reasonable to assume that in this case the specific item is the *genitivus* of "*colonus*".¹⁴²

From the comparable *loci* of the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae*—which sometimes contain the subject of donation and the accessories thereof in an identical structure, and sometimes exchange their interrelation—several conclusions can be drawn. The *Breves Notitiae* more often name persons as the subject of donation than the *Notitia Arnonis*; on the other hand, in several cases the *Breves Notitiae* mention only the land (*mansus*) as the subject of donation but says nothing of the persons that might belong to it. Following the tendency of separating persons from things, the *Breves Notitiae* more often use the phrases "*colonium*" and "*colonus*"; at variance with that, *loci* with identical content in the *Notitia Arnonis* expound on "*mansus*". On the grounds of the above, on the one hand, it can be assumed that the author's willful uniforming tendency lies behind the uniformity of the form of expression of the *Notitia Arnonis*, and contrary to that, the *Breves Notitiae* pass on a more varied formulation closer to the original charters; on the other hand, it cannot be excluded that it was the *Notitia Arnonis* that borrowed the uniform formulation from the original documents, and the *Breves Notitiae* adjusted it to the

current conditions of the period.¹⁴³ If, however, we assume that the donation procedure of Salzburg reflecting the several decades' long process was as colourful as the the documents on donations granted to Freising (*Traditiones Frisingenses*)—the original charters on such donations (contrary to those of Salzburg) have been left to us—then, in Lošek's opinion, it is the text of the *Breves Notitiae* that is closer to the original formulation. In this spirit, the condition of the lands specified cultivated or uncultivated in the *Notitia Arnonis* (*mansos vestitos et aposos*) reflects the general conditions typical of the period of the compilation of the record; furthermore, the term “*colonia*” goes back to a longer history in Bavaria than “*mansus*”. All these facts serve as further proofs of the correctness of the statement that the *Notitia Arnonis* could not serve as a prefiguration of the *Breves Notitiae*.¹⁴⁴

* This paper was supported by the following research fund program: OTKA K78537.

** **Tamás NÓTÁRI**, Associate Professor, Károli Gáspár University, Budapest.
tamasnotari@yahoo.de

¹ Cf. Diesenberger, M.–Wolfram, H.: *Arn und Alcuin 790 bis 804: zwei Freunde und ihre Schriften*. In: Erzbischof Arn von Salzburg. Hrsg. v. M. Niederkorn-Bruck– A. Scharer. Veröffentlichungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 40. Wien–München 2004. 86. sqq.

² See Demmelbauer, G.: *Arno, der erste Erzbischof von Salzburg 798–821*. (Dissertation) Wien 1950; Kerner, M.: *Der Reinigungseid Leos III. vom Dezember 800. Die Frage seiner Echtheit und frühen kanonistischen Überlieferung*. Zeitschrift des Aachener Gerichtvereins 84/85. 1977/78. 131. sqq.; Classen, P.: *Karl der Große, das Papsttum und Byzanz. Die Begründung des karolingischen Kaisertums*. Sigmaringen 1985. 42. sqq.; Wavra, B.: *Salzburg und Hamburg. Erzbistumsgründung und Missionspolitik in karolingischer Zeit*. Berlin 1991; Wolfram, H.: *Arn von Salzburg und Karl der Große*. In: 1200 Jahre Erzbistum Salzburg. Die älteste Metropole im deutschen Sprachraum. Hrsg. v. H. Dopsch– P. F. Kramml– A. S. Weiß. Salzburg 1999. 22. sqq.

³ *Notitia Arnonis* 8, 8.

⁴ MGH Dipl. Karol I. 226.

⁵ Wolfram, H.: *Die Geburt Mitteleuropas. Geschichte Österreichs vor seiner Entstehung. 378–907*. Wien 1987. 189.

⁶ Lošek, F.: *Notitia Arnonis und Breves Notitiae. Die Salzburger Güterverzeichnisse um 800*. Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde 130. 1990. 31.

⁷ Lošek 1990. 31; Wolfram 1987. 190.

⁸ *Breves Notitiae* 11, 1–2.

⁹ Lošek 1990. 32.

¹⁰ MGH D Karol. I. 219.

¹¹ *Traditio Frisingensis* Nr. 127a

- ¹² *Traditio Frisingensis* Nr. 127b
- ¹³ *Notitia Arnonis* 8, 8.
- ¹⁴ Lošek 1990. 32.
- ¹⁵ *Notitia Arnonis* 8, 8.
- ¹⁶ Lošek 1990. 33.
- ¹⁷ *Libellus Virgilii* 2. Cf. Wolfram, H.: *Libellus Virgilii. Ein Quellenkritisches Problem der ältesten Salzburger Güterverzeichnisse*. Vorträge und Forschungen 20. Sigmaringen 1974. 177. sqq.
- ¹⁸ Cf. *Breves Notitiae* 8, 12.
- ¹⁹ Lošek 1990. 11. sq.; Keinz, F.: *Indiculus Arnonis und Breves Notitiae Salzburgenses*. München 1869. 3. sqq.
- ²⁰ Lošek 1990. 34.
- ²¹ Lošek 1990. 34.
- ²² Lošek 1990. 51.
- ²³ *Breves Notitiae* 14, 33.
- ²⁴ Levison, W.: *Die älteste Lebensbeschreibung Ruperts von Salzburg*. Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde 28. 1903. 216; Lošek 1990. 35.
- ²⁵ *Breves Notitiae* 14, 19. 29. *portiones*
- ²⁶ *Breves Notitiae* 14, 54.
- ²⁷ Lošek 1990. 36.
- ²⁸ *Breves Notitiae* 15, 4.
- ²⁹ *Breves Notitiae* 15, 4–7.
- ³⁰ Lošek 1990. 36.
- ³¹ *Breves Notitiae* 14, 40; 16, 3; 18, 8; 19, 3. 4; 23, 1. 3. 5; 24, 2.
- ³² *Breves Notitiae* 14, 54; 15, 4–7.
- ³³ Lošek 1990. 37.
- ³⁴ Haupt, H.: *Zur Sprache frühmittelalterlicher Güterverzeichnisse*. Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung 83. 1975. 35.
- ³⁵ *Breves Notitiae* 14, 33. 54.
- ³⁶ Lošek 1990. 38.
- ³⁷ *Breves Notitiae* 2, 5; 4, 5; 9, 6.
- ³⁸ *Breves Notitiae* 14, 50.
- ³⁹ Haupt 1975. 47.
- ⁴⁰ Lošek 1990. 38. sq.
- ⁴¹ Lošek 1990. 39.
- ⁴² *Breves Notitiae* 16, 1.
- ⁴³ Haupt 1975. 46.
- ⁴⁴ Lošek 1990. 39.
- ⁴⁵ *Breves Notitiae* 13, 13.

- ⁴⁶ Wolfram 1987. 190.
⁴⁷ Lošek 1990. 40.
⁴⁸ SUB II. Nr. 5.
⁴⁹ Wanderwitz, H.: *Quellenkritische Studien zu den bayerischen Besitzlisten des 8. Jahrhunderts*. Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 39. 1983. 58.
⁵⁰ Lošek 1990. 41.
⁵¹ See Semmler, J.: *Traditio und Königsschutz. Studien zur Geschichte der königlichen monasteria*. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung 45. 1959. 1–33.
⁵² Lošek 1990. 42.
⁵³ Lošek 1990. 43.
⁵⁴ Lošek 1990. 44.
⁵⁵ Schmitt, F.: *Zur Vita Ruperti*. In: Frühes Mönchtum in Salzburg. Salzburger Diskussionen 4. Hrsg. v. E. Zwink. Salzburg 1983. 100.
⁵⁶ Wolfram, H.: *Vier Fragen zur Geschichte des hl. Rupert. Eine Nachlese*. In: Festschrift St. Peter zu Salzburg 582–1582. Studien und Mitteilungen zur Geschichte des Benediktinerordens 93. St. Ottilien 1982. 18.
⁵⁷ Lošek 1990. 26.
⁵⁸ *Gesta Hrodberti* 4.
⁵⁹ *Breves Notitiae* 1, 1.
⁶⁰ *Conversio* 1.
⁶¹ *Breves Notitiae* 1, 2.
⁶² *Gesta Hrodberti* 5.
⁶³ *Conversio* 1.
⁶⁴ *Gesta Hrodberti* 6; *Conversio* 1.
⁶⁵ *Breves Notitiae* 1, 3.
⁶⁶ *Gesta Hrodberti* 6.
⁶⁷ *Gesta Hrodberti* 7–8.
⁶⁸ *Breves Notitiae* 2, 1–3.
⁶⁹ Lošek 1990. 28.
⁷⁰ Cf. Koller, H.: *Zur Frühgeschichte der ältesten Klöster in der Umgebung von Salzburg*. Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde 117. 1977. 10.
⁷¹ *Breves Notitiae* 3, 7–8.
⁷² *Gesta Hrodberti* 7–8.
⁷³ Lošek 1990. 29.
⁷⁴ *Gesta Hrodberti* 8.
⁷⁵ *Breves Notitiae* 2, 4.
⁷⁶ *Gesta Hrodberti* 9.
⁷⁷ Cf. *Gesta Hrodberti* 1.

- ⁷⁸ *Breves Notitiae* 4, 1.
- ⁷⁹ Lošek 1990. 30.
- ⁸⁰ Wanderwitz 1983. 56; Wolfram 1974. 203.
- ⁸¹ *Breves Notitiae* 11, 1–2.
- ⁸² Lošek 1990. 47.
- ⁸³ *Breves Notitiae* 11, 1. 2; 13, 1. 10; 14, 4.
- ⁸⁴ *Notitia Arnonis* 5, 1. 7; 6, 1. 2. 13. 15. 22. 24.
- ⁸⁵ *Breves Notitiae* 11, 2.
- ⁸⁶ *Notitia Arnonis* 7, 9.– *Breves Notitiae* 4, 7; *Notitia Arnonis* 7, 3.– *Breves Notitiae* 4, 5; *Notitia Arnonis* 7, 12.– *Breves Notitiae* 4, 9.
- ⁸⁷ *Breves Notitiae* 4.
- ⁸⁸ *Notitia Arnonis Praef.*; 7.
- ⁸⁹ Wolfram 1974. 203.
- ⁹⁰ Wanderwitz 1983. 45.
- ⁹¹ Lošek 1990. 21.
- ⁹² Lošek 1990. 21.
- ⁹³ *Breves Notitiae* 18, 8; 16. 1; 16, 3; 18, 5.
- ⁹⁴ Lošek 1990. 22.
- ⁹⁵ *Breves Notitiae* 3, 1. = *Notitia Arnonis* 8, 1; *Breves Notitiae* 14, 1. = *Notitia Arnonis* 6, 2; *Notitia Arnonis* 1, 6. = *Breves Notitiae* 2, 7; *Notitia Arnonis* 5, 1. = *Breves Notitiae* 2, 10; *Notitia Arnonis* 7, 8. = *Breves Notitiae* 4, 10; *Notitia Arnonis* 7, 5. = *Breves Notitiae* 4, 4.
- ⁹⁶ Lošek 1990. 24. sq.
- ⁹⁷ Lošek 1990. 25.
- ⁹⁸ Haupt 1975. 36.
- ⁹⁹ Haupt 1975. 37.
- ¹⁰⁰ Cf. Fichtenau, H.: *Das Urkundenwesen in Österreich vom achten bis in das dreizehnte Jahrhundert*. Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 23. Graz–Wien–Köln 1971. 19. sqq.
- ¹⁰¹ Haupt 1975. 38.
- ¹⁰² Haupt 1975. 38³⁷.
- ¹⁰³ *Notitia Arnonis* 5, 7.
- ¹⁰⁴ Haupt 1975. 39.
- ¹⁰⁵ See Steinen, W. von den: *Der Neubeginn*. In: Karl der Große. Lebenswerk und Nachleben II. Hrsg. v. Braunsfels, W. Düsseldorf 1965. 19. sqq.
- ¹⁰⁶ Haupt 1975. 40.
- ¹⁰⁷ E.g. *Notitia Arnonis* 1, 2. = *Breves Notitiae* 2, 4; *Notitia Arnonis* 7, 2. = *Breves Notitiae* 4, 2; *Notitia Arnonis* 7, 10. = *Breves Notitiae* 4, 7; *Notitia Arnonis* 4, 2. = *Breves Notitiae* 5, 3; *Notitia Arnonis* 2, 6. = *Breves Notitiae* 5, 4; *Notitia Arnonis* 2, 6. = *Breves Notitiae* 5, 4; *Notitia Arnonis* 3, 1. = *Breves Notitiae* 6, 1; *Notitia Arnonis* 4, 1. = *Breves Notitiae* 7, 6; *Notitia Arnonis* 5, 3. = *Breves Notitiae* 11, 2.

- ¹⁰⁸ See Diepolder, G.: *Die Orts- und „in pago“-Nennungen im bayerischen Stammesherzogtum zur Zeit der Agilolfinger*. Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte 20. 1957. 364. sqq.
- ¹⁰⁹ John, W.: *Formale Beziehungen der privaten Schenkungsurkunden Italiens und des Frankenreichs und die Wirksamkeit der Formulare*. Archiv für Urkundenforschung 14. 1936. 79.
- ¹¹⁰ Haupt 1975. 17. sq.
- ¹¹¹ *Mittellateinisches Wörterbuch I*. 1967. 50. 66. Cf. Haupt 1975. 43; Löfstedt, B.: *Studien über die Sprache der langobardischen Gesetze. Beiträge zur frühmittelalterlichen Latinität*. Acta Universitatis Uppsaliensis, Studia Latina Uppsaliensia 1. 1961. 254. sqq.
- ¹¹² Haupt 1975. 44.
- ¹¹³ *Notitia Arnonis* 1, 1.
- ¹¹⁴ *Breves Notitiae* 2, 3.
- ¹¹⁵ Haupt 1975. 45.
- ¹¹⁶ Fichtenau, H.: *Arenga. Spätantike und Mittelalter im Spiegel von Urkundenformeln*. Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 18. Graz–Wien–Köln 1957. 24⁶⁰; Fichtenau 1971. 24.
- ¹¹⁷ Haupt 1975. 45.
- ¹¹⁸ *Breves Notitiae* 8, 1. sqq.
- ¹¹⁹ *Breves Notitiae* 13, 1. sqq.
- ¹²⁰ *Breves Notitiae* 8, 8; 13, 3.
- ¹²¹ Cf. Lošek 1990. 58. sqq.
- ¹²² *Notitia Arnonis* 6, 13.
- ¹²³ *Notitia Arnonis* 2, 4. 7.
- ¹²⁴ *Notitia Arnonis* 5, 4.
- ¹²⁵ Eg. *Notitia Arnonis* 6, 2.
- ¹²⁶ Cf. *Notitia Arnonis* 2, 7; 4, 8.
- ¹²⁷ Haupt 1975. 42.
- ¹²⁸ Wanderwitz 1983. 42.
- ¹²⁹ *Notitia Arnonis* 7, 6.
- ¹³⁰ Lošek 1990. 60.
- ¹³¹ *Breves Notitiae* 2, 8; 4, 2; 7, 6; 13, 10; 18, 4.
- ¹³² *Breves Notitiae* 1, 4; 2, 4; 21, 5.
- ¹³³ Lošek 1990. 61.
- ¹³⁴ *Breves Notitiae* 2, 9; 9, 4; 12, 3.
- ¹³⁵ *Breves Notitiae* 4, 7.
- ¹³⁶ *Breves Notitiae* 5, 2. 5; 9, 4. 5; 10, 4.
- ¹³⁷ Lošek 1990. 62.
- ¹³⁸ *Breves Notitiae* 14, 9. 23. 29. 45.
- ¹³⁹ *Breves Notitiae* 2, 7; 9, 4.

¹⁴⁰ *Breves Notitiae* 4, 3. 4; 14, 36. 51; 17, 1. 3; 18, 3.

¹⁴¹ Eg. *Breves Notitiae* 4. 9. Cf. Lošek 1990. 62.

¹⁴² *Breves Notitiae* 13, 12.

¹⁴³ Lošek 1990. 64. sq.

¹⁴⁴ Lošek 1990. 65.

EXPROPRIEREA DE FAPT. UN COMENTARIU
AL HOTĂRÂRII CEDO ÎN CAUZA BURGHELEA C. ROMÂNIA

Radu CHIRIȚĂ*

Abstract: *Factual Expropriation – Remarks on the ECHR Judgment in the Case Burghilea vs. Romania.* In January 2009, The European Court of Human Rights passed its judgement in the case of Burghilea v. Romania. In the judgement, the Court noted for the first time a case in which Romania violated a persons right to protection of property consequently to a factual expropriation. The term of “factual expropriation” is currently unknown to romanian law. However, the mere occurrence of a factual expropriation is not compatible with the internal Fundamental Law and the relevant provisions in the European Convention that grant the right to protection of property. Regarding this aspect, the Court clearly stated that it is absolutely necessary for the state to urgently modify the romanian law regarding the expropriation for public welfare. Namely, the law should clearly impose the state the obligation to buy the expropriated goods.

Keywords: *property, factual expropriation, European Court of Human Rights, privation of property, effects of ECHR judgements*

Cuvinte cheie: proprietate, expropriere de fapt, Curtea europeană a drepturilor omului, priver de proprietate, efectele deciziilor CEDO

La 29 ianuarie 2009, Curtea europeană a drepturilor omului¹ a pronunțat hotărârea în cauza *Burghilea c. România*. Hotărârea instanței europene aduce în discuție, pentru prima dată în cauzele împotriva României, noțiunea de expropriere de fapt și stabilește obligațiile statului în cazul ori de câte ori un bun este afectat unei utilități publice. În acest context, consider că se impune o discuție mai amplă cu privire la noțiunea de expropriere de fapt, utilizată de multe ori de Curte, precum și cu privire la obligațiile pe care aceasta le impune statelor în cazul apariției unor exproprieri de fapt.

I. Hotărârea Burghilea c. România (2009)

Înainte de asta însă, se impune o scurtă prezentare a hotărârii *Burghilea c. România*. În fapt, reclamantei i s-a reconstituit titlul de proprietate asupra unei suprafețe de teren forestier, aflat în zona unui lac de acumulare administrat de societatea Hidroelectrică. În vederea realizării unor lucrări de extindere a lacului în cauză, societatea a cerut autorităților locale să ceară un acord de principiu de la proprietarii

terenurilor ce urmau să fie inundate în vederea vânzării imobilelor către Hidroelectrică. Reclamanta și-a exprimat, inițial, un astfel de acord și, în baza lui, societatea electrică a despădurit și inundat terenul său. Ulterior, reclamanta și-a retras acordul inițial și a introdus o acțiune în instanță prin care solicita despăgubiri pentru utilizarea bunului său. Acțiunea a fost respinsă, în principal, pe motiv că a existat un acord al său în vederea unei viitoare vânzări, care nu era posibilă la acel moment din cauza interdicției temporare de înstrăinare a terenurilor obținute prin aplicarea dispozițiilor din Legea nr. 18/1991. Alte demersuri realizate, între care o plângere penală pentru tulburare de posesie și o acțiune în revendicare, au rămas fără rezultat. La data judecării cauzei de către Curte, reclamanta nu putea să își utilizeze terenul, al cărei proprietar era, acesta fiind inundat și utilizat de către Hidroelectrică.

Sesizată cu o plângere care viza încălcarea dreptului său de proprietate, Curtea europeană a admis plângerea și a constatat violarea de către statul român a dreptului de proprietate al reclamantei. Constatând că reclamanta nu își poate exercita niciunul dintre atributele dreptului său de proprietate, instanța europeană a decis că reclamanta a fost victima unei exproprieri de fapt, care nu poate fi justificată nici de acordul său de principiu la vânzarea terenului, câtă vreme oferta nu conținea un preț al vânzării, și nici de interdicția de vânzare stabilită prin prevederile legii Nr. 18/1991. În realitate, Curtea a constatat că, deși statul român putea să apeleze la aplicarea dispozițiilor din legislația cu privire la expropriere, acesta a preferat să intre în posesia terenului reclamantei fără a plăti vreo despăgubire acesteia. În aceste condiții, reclamantei i s-a impus o sarcină excesivă, aceea de a suporta de o manieră exclusivă utilitatea publică a funcționării unei hidrocentrale, astfel încât dreptul său de proprietate a fost încălcat.

II. Exproprierea de fapt

1. Noțiunea de expropriere de fapt

Hotărârea Burghilea aduce astfel în discuție noțiunea de „expropriere de fapt”. Invenție a Curții, aceasta desemnează acea situație în care o persoană, care este proprietar al unui bun din punct de vedere juridic, pierde toate atributele dreptului de proprietate în favoarea statului, fără ca această privare de atributele proprietății să facă obiect al unui act juridic², fiind o formă a privării de proprietate, la care face trimitere textul art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție. Efectele exproprierii de fapt sunt, de fapt, identice cu cele ale unei exproprieri formale³.

Privarea de proprietate implică, în esență, pierderea de către titular a atributelor dreptului de proprietate în mod definitiv, în urma unui act al puterii de stat. Exemplul clasic de privare de proprietate este exproprierea, înțelegând prin această noțiune orice pierdere a proprietății unui bun în favoarea statului în urma unui act juridic al statului, indiferent care este denumirea operațiunii în legislația internă. În afară de situația unor exproprieri de drept, privarea de proprietate intervine

în orice altă situație în care o persoană își pierde bunul, spre exemplu, prin distrugerea acestuia⁴ sau prin aplicarea unei amenzi contravenționale⁵.

Așa cum spuneam și mai sus, Curtea consideră că exproprierea poate să fie și una de fapt, atunci când, deși persoana rămâne formal proprietar al bunului, ea nu mai dispune de elementele esențiale ale dreptului de proprietate, pe care, deși îl are, nu îl poate exercita. Pentru a da un exemplu, Curtea a decis că imposibilitatea proprietarului de a se bucura de un bun din cauza unor interdicții statale constituie o formă a exproprierii de fapt⁶. În cauza citată, în urma ocupării Nordului insulei cipriote de către armata turcă, ciprioții de origine greacă au fost nevoiți să se refugieze în sudul insulei, abandonându-și bunurile în nordul insulei. În aceste condiții, deși persoanele în cauză au rămas proprietari ai imobilelor aflate în zona ocupată de armata turcă, acestea se aflau în imposibilitate de a-și exercita atribuțiile de proprietar datorită faptului că armata turcă nu le permitea să pătrundă pe teritoriul nou declaratei Republici turce a Ciprului de Nord. O astfel de situație este echivalentă cu o expropriere de fapt, proprietarul formal al imobilului neavând, în realitate, niciuna dintre atributele proprietății⁷.

La aceeași concluzie s-a ajuns și într-o altă ipoteză, judecată mai recent de către Curtea europeană⁸. În speță, o servitute de trecere de pe terenul unei persoane s-a transformat într-un drum public, deservind un magazin care se construise pe imobilul dominant. Constantând că proprietarul imobilului dominat este nevoit să accepte un drum public pe terenul său, Curtea a stabilit că acesta a fost victima unei exproprieri de fapt, întrucât deși a rămas formal proprietar al suprafeței de teren în discuție, și-a pierdut absolut toate atributele proprietății.

2. Admisibilitatea unei exproprieri de fapt

În general, Privarea de proprietate este admisibilă atunci când sunt respectate trei condiții: legalitatea măsurii, justificarea măsurii de o cauză de utilitate publică și proporționalitatea măsurii cu scopul vizat.

Exigența legalității măsurii impune obligația ca măsura să fie prevăzută de lege pentru a putea fi justificată. Spre exemplu, Curtea a considerat că exproprierea indirectă practică în Italia și care presupune că autoritățile pot ocupa un teren al unei persoane, pentru a realiza construcții de interes public, fără niciun fel de decizie anterioară formală de expropriere, urmând ca persoana în cauză să obțină despăgubiri în urma unei proceduri judiciare pe care trebuie să o declanșeze, contravine art. 1 din Protocolul nr. 1. Norma juridică care permitea exproprierea indirectă era o hotărâre a Curții de Casație, care nu îndeplinea condiția previzibilității, astfel încât practica statului a fost considerată ca fiind contrară principiului legalității în materie de privare de proprietate⁹.

Cu privire la justificarea privării de proprietate de o cauză de utilitate publică, aceasta este înțeleasă larg de către Curte, considerându-se că utilitatea publică poate să provină din orice politică legitimă de ordin social, economic sau de altă natură. Spre exemplu, sunt justificate de o cauză de utilitate publică exproprierile pentru

realizarea unor lucrări publice¹⁰, naționalizarea industriei aviatice¹¹, instituire unui drept de preemțiune al statului¹², o politică de comasare a terenurilor pentru administrarea agricolă mai bună¹³, restituirea unor bunuri confiscate în perioada comunistă din rațiuni de atenuare a unor măsuri nejuste¹⁴ etc. Curtea consideră că, grație unei cunoașteri directe a societății și a nevoilor sale, autoritățile naționale se află, în principiu, mai bine plasate decât un judecător internațional pentru a determina ce este de utilitate publică. În sistemul de protecție oferit prin Convenție este în primul rând sarcina lor de a se pronunța asupra existenței unei probleme de interes public ce poate să justifice o privare de proprietate, astfel încât Curtea trebuie să le recunoască o anumită marjă de apreciere. În plus, noțiunea de utilitate publică este amplă prin natura sa. Adoptarea unei măsuri privative de proprietate implică examinarea unor chestiuni complexe de ordin politic, economic și social asupra cărora este inevitabil să se nască opinii contradictorii într-un stat democratic. Astfel, Curtea poate cenzura astfel de măsuri doar atunci când lipsa utilității publice este vădită¹⁵.

În acest sens, Curtea a considerat că nu poate avea nicio justificare privarea de proprietate care a fost rezultatul ignorării unei hotărâri judecătorești definitive, întrucât nu se poate considera că există vreun interes public care să prevaleze asupra principiului securității raporturilor juridice și care să impună privarea de proprietate¹⁶. Existența unei utilități publice care grevează un bun privat dă naștere și unei obligații pozitive a statelor. Curtea a considerat că atunci când un bun este afectat unei utilități publice, prin natura sa, statul are obligația de a expropria bunul, prin oferirea unei compensații financiare proprietarului bunului. Altfel, ar însemna ca statul să își atingă anumite obiective de politică socială pe „spinarea” unei persoane private, ceea ce nu este acceptabil, întrucât costurile de politică socială trebuie suportate de întreaga colectivitate, nu doar de o persoană anume. În consecință, statul are obligația de a expropria orice bun aflat în proprietatea privată și care este afectat utilității publice, cum ar fi aleile, drumurile de acces sau spațiile verzi publice¹⁷.

Proportionalitatea se verifică după criteriile dezvoltate de Curte și în alte materii, despre care am discutat pe larg în special în contextul art. 8 și 10. În principiu, pentru a se putea păstra un just echilibru între interesele generale ale comunității și cele private, statele trebuie să aibă grijă să nu impună în sarcina persoanelor de drept privat sarcini excesive, ținând cont de faptul că costurile realizării utilității publice nu pot fi impuse unei persoane private, cât timp acesta este rolul statului. În principiu, proportionalitatea în materia privării de proprietate este legată de obligativitatea stabilirii unor despăgubiri pentru bunul pierdut, calculate în funcție de pierderea suferită de către fostul proprietar¹⁸. În stabilirea valorii de indemnizare, Curtea le recunoaște statelor o largă marjă de apreciere, apreciind cu destul de multă flexibilitate modalitățile de calcul alese de către acesta¹⁹.

Totuși, Curtea reține ca și condiție esențială de funcționare a clauzei derogatorii caracterul just al despăgubirii stabilite. În ciuda marjei de apreciere extrem de largă care este recunoscută în favoarea statelor, atunci când suma acordată ca și indemnizație este departe de a fi rezonabilă față de valoarea bunului expropriat, se va reține o

violare a art. 1 din Protocolul nr. 1. În primul rând, trebuie să spus că, în concepția Curții, valoarea bunului pierdut nu este echivalentă neapărat cu prejudiciul produs prin expropriere. Astfel, Curtea a sancționat statul atunci când, la stabilirea valorii indemnizației pentru exproprierea unui teren agricol nu a ținut cont de prejudiciul produs prin lipsirea persoanei în cauză de veniturile pe care aceasta le obținea de pe suprafața agricolă expropriată, ci doar de valoarea intrinsecă a terenului²⁰.

Pe de altă parte, Curtea admite și faptul că, uneori, urmare a lucrărilor ce se realizează pe terenul expropriat, este posibil ca valoarea terenurilor adiacente să crească, astfel încât, dacă exproprierea a avut ca obiect o parcelă dintr-o suprafață mai mare ce aparține aceleiași persoane, statul poate să acorde o despăgubire mai mică decât valoarea intrinsecă a bucății expropriate. Totuși, acest fenomen nu se petrece întotdeauna, astfel încât statul nu poate să utilizeze o prezumție absolută ori relativă după care terenul adiacent al unei lucrări de construcției câștigă în valoare, întrucât acest fapt nu impune o examinare separată a fiecărei situații²¹ și poate produce dezechilibre grave între valoarea acordată ca și indemnizație pentru expropriere și valoarea pierderii suferită²².

Reparația ce trebuie acordată pentru o privare de proprietate nu trebuie să fie neapărat pecuniară, ci poate consta în alte măsuri compensatorii²³. Spre exemplu, atunci când o comunitate a fost mutată de pe terenurile sale de vânătoare din Groenlanda pentru a se amplasa o bază militară, Curtea a considerat că este suficient faptul că reclamanții au primit unele indemnizații, li s-au construit alte case, teritoriul bazei militare a fost restrâns, s-a construit masiv în dezvoltarea zonei, astfel încât statul danez a acționat păstrând un just echilibru între interesele în joc²⁴. Totuși, situația diferă atunci când proprietatea asupra bunului a fost stabilită printr-o hotărâre judecătorească. Astfel, s-a decis, atunci când unei persoane i s-a recunoscut prin hotărâre irevocabilă dreptul de a-i fi retrocedat de către stat un teren, că oferirea către reclamant a unui alt teren echivalent celui pierdut nu constituie un element care să înlăture violarea dreptului său de proprietate stabilit prin hotărâre judecătorească, în condițiile în care ingerința statului în exercitarea acestui drept nu a fost în niciun fel justificată²⁵.

A doua condiție a proporționalității unei privări de proprietate este aceea ca indemnizarea să survină într-un interval de timp rezonabil de la momentul pierderii proprietății, întrucât proporționalitatea impune ca interesele divergente să sufere o satisfacere a lor concomitentă²⁶. În plus, o întârziere excesivă a plății indemnizației agravează pierderea financiară a persoane vizate, datorată efectelor devalorizării monetare, și poate fi privită la rândul său ca o atingere gravă a substanței dreptului de proprietate, afectând proporționalitatea între interesele colectivității și cele private²⁷.

Rezultă așadar din cel expuse mai sus că exproprierea de fapt este destul de greu compatibilă cu dispozițiile convenționale care protejează dreptul de proprietate. În măsura în care o privare de proprietate de fapt trebuie să fie prevăzută de lege, trebuie să vizeze un scop de utilitate publică și trebuie să fie însoțită de acordarea unor despăgubiri anterioare actului în sine, este greu de imaginat cum aceasta poate

să rămână la nivelul unei exproprierii de fapt, fără a se transforma într-o expropriere de drept²⁸. Practica instanțelor franceze este în acest sens, considerându-se că o privare de proprietate de fapt, fără ca o instanță de judecată să fi impus un astfel de transfer de drepturi asupra unui imobil nu poate fi decât un act nelegal²⁹.

III. Concluzii. Exproprierea de fapt în dreptul român

Dreptul român nu cunoaște această noțiune. Situațiile care pot fi calificate ca o formă de expropriere de fapt sunt ignorate în legislația și practica instanțelor române. Unicul remediu, în aceste condiții, rămâne o modificare a legislației cu privire la exproprierea pentru cauză de utilitate publică, astfel încât aceasta să permită o procedură prin care o persoană care se află în fața unei exproprieri de fapt să poată să obțină obligarea autorităților de a declanșa procedura de expropriere și de a cumpăra bunul ce este folosit în folosul comunității.

Altfel, se poate ajunge facil, precum în cauza Burghelea, la ipoteze în care persoane private suportă costul unei utilități publice, ceea ce este nefiresc și contravine tuturor prevederilor în materia protecției oferite dreptului de proprietate.

* **Radu CHIRIȚĂ**, Lector dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca, av.radu.chirita@gmail.com

¹ Numită, în cele ce urmează, Curtea sau CEDO.

² R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, ed. a II-a, Ed. CH Beck, București, 2009, p. 790.

³ L. Sermet, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, p. 24.

⁴ CEDO, hot. Öneriyildiz.

⁵ CEDO, dec. Valico.

⁶ CEDO, hot. Loizidou.

⁷ Pentru detalii, a se vedea, G. Dutertre, *Key case-law extracts: European Court of Human Rights*, Ed. du Coseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, p. 373-374.

⁸ CEDO, hot. Buganjny.

⁹ CEDO, hot. Belvedere Alberghia SRL. În plus, măsura este lipsită de proporționalitate dat fiind că persoanele în cauză sunt afectate de o sarcină excesivă, întrucât acestea sunt cele chemate să ceară în instanță și să obțină plata unei indemnizații, de regulă în urma unor procese lungi (CEDO, hot. Sciarrotta și alții).

¹⁰ CEDO, hot. James.

¹¹ CEDO, hot. Lithgow.

¹² CEDO, hot. Hentrich.

¹³ CEDO, hot. Híkansson și Sturesson.

- ¹⁴ CEDO, hot. Pincova și Pinc.
¹⁵ CEDO, hot. James și alții.
¹⁶ CEDO, hot. Kehaya și alții.
¹⁷ CEDO, hot. Bugajny.
¹⁸ CEDO, hot. James; hot. Sporong și Lonroth.
¹⁹ CEDO, hot. Sfintele mănăstiri grecești.
²⁰ CEDO, hot. Lallement.
²¹ CEDO, hot. Organochimika Lipasmata Makedonias A.E.
²² CEDO, hot. Katikaridis.
²³ Ch Delalleau, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Imprimerie de Ode li Wodon, Waterloo, 1855, p. 251.
²⁴ CEDO, dec. Hingitaq 53.
²⁵ CEDO, hot. Mihai-Iulian Popescu.
²⁶ CEDO, hot. Piron.
²⁷ CEDO, hot. Akkus.
²⁸ L. Waelkens, *L'expropriation*, în Recueil de la Societe Jean Bodin, *L'expropriation*, Ed. De Boeck, Bruxelles, 1999, p. 125.
²⁹ Cour de Cassation, *Rapport annuel 2008*, Ed. du Cour de cassation, Paris, 2009, p. 42.

**FREEDOM TO PROVIDE SERVICES AND
SPECIAL LOCAL TAXES IN ROMANIA**

Cosmin Flavius COSTAȘ*

Summary: *As pointed out by the European Court of Justice, the freedom to provide services mentioned by Article 49 and the following EC comes together with the freedom to receive services. The Treaty covers recipients, as a necessary corollary to the freedom to provide services and this is necessary in order to fulfil the objective of liberalising all gainful activity not covered by the other fundamental freedoms. From this starting point, the Romanian special local taxes are analysed, since they can hinder the freedom to receive services.*

Keywords: *Community Law - Internal Market - Freedom to Provide Services - Freedom to Receive Services - Romanian Special Local Taxes - Lack of Public Services - Discrimination*

I. Principle of Freedom to Provide Services

1. The principle of the freedom to provide services is central to the effective functioning of the European internal market. Because of its increasingly important role for the political economy of the Community, the freedom to provide services must be considered as one of the fundamental Community rights. The composition of the economy of the European Union has changed significantly over the past ten years. There has been an exceptional increase in the service sector, so that it now comprises a considerable percentage of the gross margin in the European Union. Consequently, the role of the freedom to provide services has changed from a catchall element to a right with significant autonomous legal meaning. The service sector of the European internal market has become at least twice as important as the industrial sector, and is three times larger than social services and other services in the public sector. The European service sector has an enormous commercial relevance and a great growth potential for the European Union and its 27 Member States. Thus, the proper functioning of the service sector within the internal market is crucial for an increase in wealth and competition¹.

2. The relevant EC Treaty provisions are those of Articles 49 - 55 EC:

Article 49. Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Community shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a State of the Community

other than that of the person for whom the services are intended. The Council may, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission, extend the provisions of the Chapter to nationals of a third country who provide services and who are established within the Community.

Article 50. Services shall be considered to be "services" within the meaning of this Treaty where they are normally provided for remuneration, in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons. "Services" shall in particular include:

- (a) activities of an industrial character;
- (b) activities of a commercial character;
- (c) activities of craftsmen;
- (d) activities of the professions.

Without prejudice to the provisions of the chapter relating to the right of establishment, the person providing a service may, in order to do so, temporarily pursue his activity in the State where the service is provided, under the same conditions as are imposed by that State on its own nationals.

Article 51. 1. Freedom to provide services in the field of transport shall be governed by the provisions of the title relating to transport.

2. The liberalisation of banking and insurance services connected with movements of capital shall be effected in step with the liberalisation of movement of capital.

Article 52. 1. In order to achieve the liberalisation of a specific service, the Council shall, on a proposal from the Commission and after consulting the Economic and Social Committee and the European Parliament, issue directives acting by a qualified majority.

2. As regards the directives referred to in paragraph 1, priority shall as a general rule be given to those services which directly affect production costs or the liberalisation of which helps to promote trade in goods.

Article 53. The Member States declare their readiness to undertake the liberalisation of services beyond the extent required by the directives issued pursuant to Article 52(1), if their general economic situation and the situation of the economic sector concerned so permit.

To this end, the Commission shall make recommendations to the Member States concerned.

Article 54. As long as restrictions on freedom to provide services have not been abolished, each Member State shall apply such restrictions without distinction on grounds of nationality or residence to all persons providing services within the meaning of the first paragraph of Article 49.

Article 55. The provisions of Articles 45 to 48 shall apply to the matters covered by this chapter.

3. The freedom to provide services can be distinguished from the free movement of goods in that services are intangible. As shown by Article 50 EC, the freedom to provide services is a subsidiary freedom to the free movement of goods, persons and capital: if one of the latter freedoms is applicable, the freedom to provide services is not.

For example, the criterion that the stay in another Member State has to be temporary is crucial for the differentiation between the freedom to provide services and the freedom of establishment. Basically, the temporary character of an activity depends on the duration, its frequency and its continuity. Anyone who carries out his activity in another Member State not temporarily, but in a stable and continuous way falls under the provisions of the freedom of establishment².

Regarding the differentiation between the freedom to provide services and the free movement of workers, the decisive factor is whether the activity has been carried out by an individual who is self-employed or not. At first glance, a conflict between these two fundamental freedoms is scarcely imaginable because the criteria are relatively distinct: an activity falls within the scope of Article 49 EC if it is proven that the service provider is not bound by instructions concerning the choice of the activity, the working conditions and the remuneration³. However, the determination about whether an activity falls under the scope of the freedom to provide services or the free movement of workers becomes more problematic only in situations in which an employee of a company located in one Member State goes to another Member State to provide services on behalf of his employer.

4. The freedom to provide services is needed as a separate category because cross-border provision of services may take place without (secondary) establishment across the border. This includes such services as banking and insurance, data transmission, tourism services, broadcasting services, mail order services via personal computer, telephone or television ("teleshopping", e-commerce) and the provision, via satellite or telephone, of digitalized "goods" or "services" like software, information, music and film. With Internet trade, the distinctions between goods, capital and services become blurred⁴.

5. Articles 49 through 55 EC set forth both general provisions on the right of freedom to provide services as well as more specific provisions, such as Article 51. Articles 49 and 50 EC contain the most important basic provisions. Article 49 forbids all restrictions on the freedom to provide services. Article 50 EC defines the term "service". Article 51(1) states that the freedom to provide services in the field of transport shall be governed by the provisions of the title relating to transport

and therefore confines the field of application of Article 49 EC. Article 51(2) creates an obligation to coordinate the Treaty provisions relating to the liberalisation of banking and insurance services connected with movements of capital with the secondary law of the free movement of capital. Article 52 EC authorises the Community institutions to issue directives in order to achieve the liberalisation of a specific service. In Article 53, the Member States declare their readiness to undertake the liberalisation of services beyond the extent required by directives. This rule has, however, lost its normative relevance altogether after the transitional period. Article 54 EC was meant as a temporary regulation. It obliges the Member States to treat all persons providing services equally without distinctions on grounds of nationality or residency until all limitations on freedom to provide services have been abolished. The chapter concerning the free movement of services ends with Article 55 EC, which refers to the provisions of the freedom of establishment⁵.

6. The freedom to provide services is directly effective. Its implementation is not dependant on the issue of specific directives by the EU legislature. The European Court of Justice explained the direct effect of Article 49 EC in the case *van Binsbergen*⁶. This means that the national courts and authorities are bound to the provisions of Articles 49 and the following EC and are required to allow nationals of Member States to provide services under the same conditions as those imposed on their own nationals. Article 49 provides a defensive right that enables an individual to combat any discriminatory rule or other non-discriminatory rules.

7. Fiscal examples of national measures falling foul of Article 49 are the *Bachmann*⁷, *Safir*⁸, *Danner*⁹, *Skandia* and *Ramstedt*¹⁰ cases, concerning the deductibility of contributions for, or the taxability of the later benefits of, cross-border life insurance or pension contracts. The national tax measures at issue disadvantaged cross-border insurance or pension contracts as compared to domestic contracts.

Other examples are the *Eurowings*¹¹ case (on unfavourable tax treatment of a domestic company leasing aircraft abroad as compared to domestic leasing) and the *Svensson and Gustavsson*¹² case (on unfavourable treatment of a cross-border mortgage contract).

II. Freedom to Receive Services

8. Article 49 EC primarily covers the "classic" case of providing cross-border services: the provider crosses a border temporarily to provide services in another Member State. A case in point is the architect, who travels to another Member State to inspect a site and to draw up a project, crossing the border for this purpose. For this case, Article 50(3) expressly allows the provider to temporarily pursue his activity in the state where the service is to be provided under the same conditions as are imposed by that state on its own nationals. This constellation of free movement of services is called the **freedom to provide services**¹³.

9. Although Article 49 EC does not expressly mention the recipient of the services, it also covers the **freedom to receive services**. In this case a recipient of services may temporarily go to another Member State in order to receive services. The European Court of Justice has decided that Article 49 and the following articles also cover the recipients of services, as shown below. A typical example of this constellation is touristic travelling: a tourist goes temporarily to another Member State in order to receive services (eg for a sightseeing tour).

It should be noted that the freedom to provide services does not guarantee the right of permanent residence in the other Member State¹⁴.

10. The European Court of Justice developed the concept of the freedom to receive services in its early case *Luisi and Carbone*¹⁵. The questions in the case of the Italian nationals Luisi and Carbone was whether the Italian provisions are applicable to Articles 49 and the following EC. First of all, the subject matter and the person affected fall within the scope of Articles 49 and the following EC. The transaction takes place in Germany and Italy and Mrs. Luisi was an Italian resident. Medical treatment constitutes a "service", because it is provided by a self-employed person and because the services are provided for remuneration. Mrs. Luisi did not go to Germany to provide services, but to receive them. Though Article 49 EC does not mention the recipient of a service, this position is supported by the Treaty. The European Court of Justice therefore held that the Treaty covered recipients, stating that this case was the necessary corollary to the freedom to provide services and was necessary to fulfil the objective of liberalising all gainful activity not covered by the other fundamental freedoms.

16. It follows that the freedom to provide services includes the freedom, for the recipients of services, to go to another member state in order to receive a service there, without being obstructed by restrictions, even in relation to payments and that tourists, persons receiving medical treatment and persons travelling for the purpose of education or business are to be regarded as recipients of services.

11. The *Luisi and Carbone* jurisprudence was confirmed by later judgments of the Court. A good example in this respect is the *Cowan* case¹⁶. The legal question arose in a dispute between the French Trésor public (Treasury) and a British citizen, Ian William Cowan, concerning compensation for injury resulting from a violent assault suffered by him at the exit of a metro station during a brief stay in Paris . Since his assailants could not be identified Mr Cowan applied to the Commission d'indemnisation des victimes d'infraction attached to the tribunal de grande instance, Paris, for compensation under Article 706-3 of the code de procédure pénale . That provision allows compensation to be obtained from the State inter alia when the victim of an assault which has caused physical injury with consequences of a certain severity is unable to obtain effective and adequate compensation for the harm from

any other source . Before the Commission d' indemnisation the Law Officer of the Treasury submitted that Mr. Cowan did not satisfy the conditions for obtaining the abovementioned compensation provided for in Article 706-15 of the code de procédure pénale. That article provides that only the following persons may receive the compensation in question :

"Persons who are of French nationality or foreign nationals who prove :

(i) that they are nationals of a State which has concluded a reciprocal agreement with France for the application of the said provisions and that they satisfy the conditions laid down in the agreement; or

(ii) that they are holders of a residence permit".

Mr. Cowan then relied on the prohibition of discrimination laid down, in particular, in Article 7 of the EEC Treaty. He argued that the conditions set out above were discriminatory and that such conditions prevented tourists from going freely to another Member State to receive services there. The representative of the Treasury and the ministère public replied that the rules in question treated resident foreigners in the same way as French nationals and that to distinguish their situation from that of tourists was compatible with Community law, which itself makes periods spent by nationals of one Member State in another Member State subject to different conditions according to the length of the stay.

The Court held as follows:

20. In the light of all the foregoing the answer to the question submitted must be that the prohibition of discrimination laid down in particular in Article 7 of the EEC Treaty must be interpreted as meaning that in respect of persons whose freedom to travel to a Member State, in particular as recipients of services, is guaranteed by Community law that State may not make the award of State compensation for harm caused in that State to the victim of an assault resulting in physical injury subject to the condition that he hold a residence permit or be a national of a country which has entered into a reciprocal agreement with that Member State.

12. Further on, the matter was analysed in the *Commission vs. Spain* case¹⁷. The Commission brought an action under Article 169 of the EEC Treaty for a declaration that, by applying a system whereby solely Spanish citizens, foreigners resident in Spain and nationals of other Member States of the EEC under 21 years benefit from free admission to national museums, while nationals of other Member States more than 21 years of age are required to pay an entrance fee, the Kingdom of Spain has failed to fulfil its obligations under Articles 7 and 59 of the EEC Treaty.

Article 22(1) of Real Decreto (Royal Decree) No 620/1987 of 10 April 1987 laying down the Reglamento de los Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos (Regulation on State-Owned Museums and the Spanish Museum System, hereinafter referred to as "the Regulation") provides that Spanish nationals

can visit State museums without charge subject to the conditions laid down by the Council of Ministers. Article 22(3) empowers the government, by decision of the Council of Ministers, to extend the conditions for public visits referred to in Article 22(1) to nationals of other Member States. By virtue of two decisions of the Council of Ministers of 7 December 1982 and 21 February 1986, apart from Spanish nationals, foreigners residing in Spain and persons under 21 years of age also enjoy free admission to State museums. The Commission considers that in so far as they discriminate between Spanish nationals and nationals of other Member States who are not resident in Spain and are over 21 years of age, those rules are in breach of Article 7 and 59 of the Treaty.

Referring to the judgment of the Court of Justice in Case 186/87 *Cowan v Trésor Publique* [1989] ECR 195, the Commission pointed out that the freedom to provide services recognized by Article 59 of the Treaty includes the freedom for the recipients of services, including tourists, to go to another Member State in order to enjoy those services under the same conditions as nationals. The Commission maintains that that right relates not only to access to services envisaged in the EEC Treaty but also to all the ancillary advantages which affect the conditions under which those services are provided or received. In that respect it pointed out that since visiting museums is one of the determining reasons for which tourists, as recipients of services, decide to go to another Member State, there is a close link between the freedom of movement which they enjoy under the Treaty and museum admission conditions. The Commission further considered that discrimination with regard to admission to museums may have an effect on the conditions under which services are provided, including the price thereof, and may therefore influence the decision of some persons to visit a country.

The Kingdom of Spain merely contended that the rules in question are not discriminatory in so far as Article 22(3) specifically allows for the treatment afforded to Spanish nationals to be extended to nationals of other Member States.

The European Court of Justice ruled:

10. It follows from the foregoing that the Spanish rules on admission to State museums entail discrimination affecting only foreign tourists over 21 years of age which, for Community nationals, is prohibited by Articles 7 and 59 of the EEC Treaty and the Kingdom of Spain has thereby failed to comply with its obligations under those articles.

III. Special Local Taxes in Romania

13. According to the relevant Romanian provisions - Article 30 of Law No. 273/2006 concerning Local Public Finances¹⁸ and Article 282 of the Romanian Fiscal Code (Law No. 571/2003)¹⁹ - the local councils may decide to levy special local taxes in order to finance the expenses of a local public service. Generally

speaking, the levy of the special local tax must follow the creation of a local public service. The tax is established by a decision of the local council and can be perceived only from the effective users (legal or natural persons) of the local public service in question and only as a counterpart of the actual services they have enjoyed.

Any decision of this type is subject to a direct control of the taxpayer, according to Article 30(5) of Law No. 273/2006 and the sums raised by means of a special tax can be used only for the needs of the established local public service²⁰.

14. It should be mentioned that since 2005 the Romanian local councils have established a variety of special local taxes. Unfortunately, most of these taxes are understood as a supplementary means of financing of a poor local budget (at the time being, the revenues of the local budgets account for only 12 - 15% of the total revenues, which makes local communities totally dependent on state transfers to local budgets) and not as a counterpart for the provision of a local public service.

IV. Relevant Case-Law of Romanian Courts

15. Observing the increasing number of special local taxes in Romania, over the last five or six years, the doctrine pointed out that these taxes would have to meet the criteria established by the European Court of Justice²¹. The matter was approached by Romanian courts in a few cases over the years.

16. For example, by its Decision no. 98/C of 5 May 2006, the Constanța Court of Appeal confirmed an earlier judgment of the Constanța Tribunal and maintained the annulment of 16 special local taxes instituted by the Constanța Local Council by Decision no. 230/2005. One of the taxes concerned was the special local tax for the access in the Mamaia resort, which had to be paid by the owners of the cars not registered in the Constanța county who wished to enter the Mamaia resort and enjoy the services provided there²².

Unexpectedly, this jurisprudence was reversed by the same Court of Appeal the following year, although the local regulation on the matter did not change at all. By a poorly motivated decision, the Constanța Court of Appeal decided that these taxes became legal and are consistent with national and Community law²³.

17. By Decision no. 1281/CA of 22 November 2006, the Alba Tribunal ruled against a special local tax introduced by the Alba-Iulia Local Council for the performance of wedding ceremonies on Saturdays and Sundays (the civil servants would perform the wedding ceremonies for free during the week and in exchange for a fee during the week-end). The court concluded an administrative public service was in question and that qualification required the performance of such a service free of charge²⁴.

18. The Cluj Court of Appeal ruled on some occasions on the matter of special local taxes. By Decision no. 212 of 24 January 2008, the Cluj Court of Appeal confirmed an earlier judgement of the Cluj Tribunal and quashed a special local tax perceived by the Cluj-Napoca Local Council. This tax, called the parking tax, was claimed as a pre-condition for granting a construction or functioning permit in the Cluj-Napoca city centre. More specifically, since the building of parking places in the city centre was virtually impossible, the Mayor would grant the necessary authorisations only to those who paid a tax of 7.322 euros. The tax was determined merely by dividing the costs of a parking built by the Municipality to the total number of parking places. Since the local authorities could not prove the existence of an associated local public service, this tax was annulled²⁵.

More recently, for the same reason - lack of a local public service - the Cluj Court of Appeal quashed a special sports, art and culture levy put in practice by the Zalău Local Council²⁶.

19. The special local tax perceived by the Constanța Local Council to vehicle owners who wish to enter the Mamaia Resort was recently revisited by the București Court of Appeal.

By Decision no. 799 of 23 March 2009, the Court ruled against the this tax, as instituted by Decision no. 500/2006 of the Constanța Local Council. The central line of argumentation concerned the *Commission vs. Spain* jurisprudence, as mentioned above. The Romanian court relied on this Community case-law in order to declare the Mamaia special tax as incompatible with the freedom to receive services²⁷.

More recently, by a decision of 27 January 2010 (not yet published, not yet final), the București Court of Appeal ruled against the National Council for Fight against Discrimination (CNCD) and obliged the Council to acknowledge that Decision no. 500/2006 of the Constanța Local Council is discriminatory.

V. Conclusion

20. In the light of the foregoing considerations, we conclude that at the time being some special local taxes perceived by the Romanian local communities are not consistent with the Community law - the freedom to receive services - and should be declared as such by national courts.

The Mamaia entrance tax for vehicles not registered in Constanța county, still in force at the time being, is the leading example in this respect. Although some of the earlier local regulations (2005, 2006) have been quashed, the Local Council continues to perceive the same tax. The Mamaia entrance tax is discriminatory, in the light of the Community case-law, since the payment of this tax is a pre-condition of access for the tourists who wish to enjoy the services offered to them in the Mamaia Resort, while the inhabitants of the Constanța county do not pay the same tax. The conclusion is not altered by the fact that only an internal border is crossed, since the restriction concerns a part of the Community territory (the *Carbonati Apuani* case-law).

There are of course other special local taxes that might come into light on the same grounds. In that respect, it is for the national courts to draw the necessary conclusions from the lecture of the EC Treaty provisions and the relevant case-law of the European Court, in order to decide properly on that matter. In this context, where needed, the seeking of a preliminary ruling according to Article 234 EC might also be considered.

* **Cosmin Flavius COSTAȘ**, Asistent univ. drd., Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca, Avocat, Baroul Arad, cosminfc@gmail.com

¹ For further details, see Dirk Ehlers (editor), *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, p. 309-310.

² European Court of Justice, 30 November 1995, case C-55/94, *Reinhard Gebhard vs. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECR I-4165, para. 27.

³ European Court of Justice, 20 November 2001, case C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany and Others and Staatssecretaris van Justitie*, ECR I-8615.

⁴ Ben J.M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Fourth Edition, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 46.

⁵ For a comprehensive approach of the subject, see Paul Craig, Gráinne de Búrca, *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ediția a IV-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 1011-1052.

⁶ European Court of Justice, 3 December 1974, case 33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, ECR p. 1299.

⁷ European Court of Justice, 28 January 1992, case C-204/90, *Hanns-Martin Bachmann vs. Belgian State*, ECR I-249.

⁸ European Court of Justice, 28 April 1998, case C-118/96, *Jessica Safir vs. Skattemyndigheten i Dalarnas Län, formerly Skattemyndigheten i Kopparbergs Län*, ECR I-1897.

⁹ European Court of Justice, 3 October 2002, case C-136/00, *Rolf Dieter Danner*, ECR I-8147.

¹⁰ European Court of Justice, 26 June 2003, case C-422/01, *Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ), Ola Ramstedt and Riksskatteverket*, ECR I-6817.

¹¹ European Court of Justice, 26 October 1999, case C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG vs. Finanzamt Dortmund-Unna*, ECR I-7447.

¹² European Court of Justice, 14 November 1995, case C-484/93, *Peter Svensson and Lena Gustavsson vs. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, ECR I-3955.

¹³ D. Ehlers, p. 317.

¹⁴ European Court of Justice, 5 October 1988, case 196/87, *Udo Steymann vs. Staatssecretaris van Justitie*, ECR p. 6159.

¹⁵ European Court of Justice, 31 January 1984, joined cases 286/82 and 26/83, *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone vs. Ministero del Tesoro*, ECR p. 377.

- ¹⁶ European Court of Justice, 2 February 1989, case 186/87, *Ian William Cowan vs. Trésor public*, ECR p. 195.
- ¹⁷ European Court of Justice, 15 March 1994, case C-45/93, *Commission of the European Communities vs. Kingdom of Spain*, ECR I-911.
- ¹⁸ Published in "Monitorul Oficial al României", Partea I, no. 618 of 18 July 2006, in force as of 1 January 2007. This law replaced the former Government Emergency Ordinance no. 45/2003, in force between 1 January 2004 and 31 December 2006 (published in "Monitorul Oficial al României", Partea I, no. 431 of 19 June 2003). Article 26 of the Ordinance was identical to Article 30 of Law No. 273/2006.
- ¹⁹ Published in "Monitorul Oficial al României", Partea I, no. 927 of 23 December 2003, in force as of 1 January 2004.
- ²⁰ For further details, see Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costaș, *Dreptul finanțelor publice*, volume I - *Drept Financiar*, Wolters Kluwer Romania, București, 2008, p. 244 - 248; Radu Bufan, Mircea Ștefan Minea (editors), *Codul fiscal comentat*, Wolters Kluwer Romania, București, 2008, commentary of Article 282 of the Romanian Fiscal Code.
- ²¹ Cosmin Flavius Costaș, *Fiscalitatea locală și dreptul comunitar*, comments on the decision of the European Court of Justice, 9 September 2004, case C-72/03, *Carbonati Apuani Srl vs. Comune di Carrara*, in "Revista Română de Drept al Afacerilor" no. 2/2007, p. 141-152.
- ²² For an extensive presentation of the case, see Cosmin Flavius Costaș, *Taxele speciale - o enigmă pentru autoritățile publice și pentru instanțele judecătorești*, comments on Curtea de Apel Constanța, Decision no. 98/C of 5 May 2006, in "Revista Română de Drept al Afacerilor" no. 6/2006, p. 97 and the following.
- ²³ Constanța Court of Appeal, Decision no. 242/CA of 18 July 2007 (not published).
- ²⁴ See also Cosmin Flavius Costaș, *Fiscalitatea locală - între nelegalitatea taxelor și insuficiența resurselor*, comments on Alba Tribunal, Decision no. 1281/CA of 22 November 2006, in "Revista Română de Drept al Afacerilor" no. 2/2007, p. 116-123.
- ²⁵ Cosmin Flavius Costaș, comments on Cluj Court of Appeal, Decision no. 212 of 24 January 2008, in "Revista Română de Drept al Afacerilor" no. 5/2008, p. 119-138.
- ²⁶ Cluj Court of Appeal, Decision no. 1049 of 19 March 2009, in "Revista Română de Drept al Afacerilor" no. 5/2009, p. 75 and the following.
- ²⁷ See Cosmin Flavius Costaș, comments on București Court of Appeal, Decision no. 799 of 23 March 2009, in "Revista Română de Drept al Afacerilor" no. 6/2009, p. 65-76.

ARTICOLE

DISPONIBILITATEA PĂRȚILOR ȘI ROLUL JUDECĂTORULUI ÎN PROCESUL CIVIL POTRIVIT NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Andreea TABACU*,
Andreea DRĂGHICI**

Résumé : *La disponibilité des parties et le rôle du juge dans le procès civil, conformément au nouveau code de procédure civile. Le principe qui regard le rôle du juge dans la procédure civile serra explicit présenté dans le Nouveau Code de Procédure Civile et aussi il serra réformé.*

Même si le “rôle actif du juge », comme il a été intitulée dans la doctrine, n’est pas prévue express dans le Nouveau Code, sauf des procédures spéciales, le législateur a accentue les attributions du juge pendant la procédure.

La qualification des faits, la qualification juridique de l’application et le chois de la norme incidente, différent de l’interprétation et l’application du droit, la détermination du cadre subjectif de la procédure, soulèvent beaucoup des questions dont les répons se trouvent dans l’analyse des textes, de la jurisprudence de Haute Cour de Cassation et Justice et des règlements étrangers qui sert comme source de notre droit.

Rezumat: *Rolul activ al judecătorului în procesul civil, astfel intitulat față de dispozițiile interne în vigoare, va fi așezat expres în rândul principiilor fundamentale ale procesului civil și totodată va fi reformat, în Noul Cod de Procedură Civilă.*

Deși sintagma „rol activ al instanței”, după cum a fost intitulat principiul pe cale doctrinară, nu se va regăsi ca atare în noul cod în regula generală, cu excepția unor proceduri speciale¹, se pare că s-a dorit accentuarea atribuțiilor judecătorului în raport cu desfășurarea procedurii.

Calificarea faptelor, calificarea juridică a cererii sau alegerea normei, distinctă de interpretarea și aplicarea dreptului, determinarea cadrului procesual subiectiv ridică o serie de întrebări asupra cărora se poate conferi un răspuns numai prin analiza coroborată a textelor, în vigoare cât și a celor aflate în fază de proiect, cu jurisprudența instanței supreme și prin observarea normelor similare din reglementările care au servit ca sursă de inspirație pentru legiuitorul român.

Mots clés : *Procédure civile, processus, juge, la qualification des faits, rôle du juge*

Cuvinte cheie: *procedură civilă, proces civil, judecător, rol activ*

1. Reglementarea principiilor procedurii civile

Spre deosebire de actualul Cod de procedură civilă, Proiectul Noului Cod de procedură civilă reglementează expres principiile după care se desfășoară procesul civil, redactorii acestuia conferind eficiență unor îndelungi dezbateri doctrinare² asupra modului de determinare a regulilor diriguitoare esențiale pentru protejarea drepturilor procesuale fundamentale ale părților și pentru derularea normală a procedurii.

Principiile consacrate direct: oralitatea³, publicitatea^{3,4}, rolul activ al judecătorului⁴ sau indirect: nemijlocirea⁵, continuitatea⁶, disponibilitatea părții⁷, contradictorialitatea, dreptul la apărare⁸ și celeritatea procedurii⁹, în actualul cod, sunt reglementate organizat în proiect, care afectează o secțiune aparte acestui aspect extrem de important.

Astfel, în Capitolul II din Titlul preliminar al codului sunt prevăzute de la art. 4 la 22, principiile: dreptului la un proces echitabil, în termen optim și previzibil, legalității, egalității, dreptului de dispoziție al părților, respectării obligațiilor părților în desfășurarea procesului, respectării obligațiilor terților în desfășurarea procesului, buneii credințe, dreptului la apărare, contradictorialității, oralității, nemijlocirii, publicității, continuității, desfășurării procesului în limba română, obligației judecătorului de a încerca împăcarea părților, rolului acestuia în aflarea adevărului etc.

Importanța principiilor este de netăgăduit în contextul formalismului procedurii civile, care trebuie coroborat cu interpretările jurisprudențiale ale instanțelor europene, de natură să atenueze rigiditatea unor instituții procesuale interne. Mai mult, atât la nivelul Curții Europene a Drepturilor Omului¹⁰ cât și la nivelul Curții Europene de Justiție¹¹, s-a statuat permanent că o lege internă contrară dispozițiilor internaționale și jurisprudenței aferente, trebuie lăsată neaplicată de către instanța națională, pentru a se evita încălcarea principiului supremației și priorității dreptului supranațional.

De altfel, chiar Noul Cod de procedură civilă prevede ca principiu că, în sfera dreptului substanțial civil, dreptul comunitar are aplicabilitate prioritară. Însă, în contextul jurisprudenței relevante a Curții Europene de Justiție, nu se poate reține că normele de procedură scapă acestei reguli, după cum s-a reținut în hotărârea Factortame I, în care s-a recomandat instanțelor statului pârât să lase neaplicată o normă de procedură¹².

2. Disponibilitatea părții și rolul judecătorului în procesul civil.

Conținut și temei juridic

Unul dintre principiile care se reflectă pe parcursul întregului proces, cu un conținut larg, delimitat de rolul judecătorului în proces, este disponibilitatea părților.

Intitulat dreptul de dispoziție al părților, actualul principiu al disponibilității părții în procesul civil presupune o serie de aspecte, care influențează cursul procesului și în final, soluția care se va pronunța.

În cuprinsul disponibilității părții intră, în acord cu actuala reglementare, așa cum este prezentată în doctrină¹³: posibilitatea părții de a porni sau nu procesul, de a determina limitele cererii de chemare în judecată și implicit ale investiției instanței, dreptul de a face acte de dispoziție, de a exercita căile de atac împotriva hotărârii sau de a solicita executarea silită a hotărârii.

Potrivit Noului Cod de procedură civilă disponibilitatea se păstrează ca și principiu și presupune: posibilitatea de a porni procesul civil numai la cererea celui interesat (iar în cazurile expres prevăzute de lege, la cererea altei persoane, organizații ori a unei autorități sau instituții publice ori de interes public¹⁴); stabilirea obiectului și limitelor procesului prin cererile și apărările părților; posibilitatea de a renunța la judecarea cererii de chemare în judecată sau la însuși dreptul pretins, de a recunoaște pretențiile părții adverse sau de a încheia o tranzacție, de a renunța la exercitarea căilor de atac ori la executarea unei hotărâri. Deși nu sunt menționate anume: exercitarea căilor de atac și solicitarea declanșării executării silite, sunt alte aspecte ale disponibilității părții, aceste faze procesuale nefiind declanșate din oficiu, în lipsa cererii părții interesate.

Concepută ca o limită a rolului judecătorului în procesul civil, disponibilitatea se regăsește și în art. 21 alin. 6 din Noul Cod de Procedură Civilă¹⁵, care arată că judecătorul trebuie să se pronunțe, fără a depăși limitele investiției.

Principiul disponibilității este reglementat și în dreptul francez, articolul 4 din Codul de procedură civilă franceză arătând că obiectul litigiului este determinat de pretențiile părților, care sunt determinate prin cerere și în apărare¹⁶.

Disponibilitatea este esențială pentru soarta procesului, deoarece acesta se poartă numai asupra aspectelor semnalate în cererea de chemare în judecată, practic piatra de temelie a procesului, de care sunt influențate toate actele procesuale ulterioare.

Tocmai de aceea, în sfera dreptului public, în materie penală, legiuitorul nu a lăsat la aprecierea părților interesate modul de sesizare a instanței, instituind un organ de stat, cu pregătire de specialitate pentru întocmirea actului de sesizare: procurorul. De asemenea, majoritatea actelor de procedură se efectuează din oficiu, disponibilitatea regăsindu-se numai în sfera laturii civile a procesului penal, și aceasta susceptibilă de excepții.

De asemenea în sfera dreptului public, în contencios administrativ, pe lângă instituirea unei faze prealabile obligatorii în care cadrul procesual viitor se lămurește în mare măsură (art. 7 din L. nr. 554/2004), în fața instanței, potrivit legii, judecătorul exercită un rol activ mult mai pronunțat decât în instanța civilă. Astfel, la primirea cererii, instanța dispune citarea părților și poate cere autorității al cărei act este atacat să îi comunice de urgență acel act, împreună cu întreaga documentație care a stat la baza emiterii lui iar dacă reclamant este un terț, instanța obligă autoritatea publică emitentă să comunice de urgență înscrisurile necesare¹⁷, în caz de refuz putând fi aplicate amenzi. Totodată, instanța poate pune în discuție, din oficiu, necesitatea introducerii în cauză a altor persoane, precum și a altor subiecte de drept.

În ambele reglementări, actuală și proiect, limitele disponibilității părții în procesul civil sunt date de principiul rolului judecătorului în cadrul procesului, în actualul cod articolul 129 C.proc.civ., analizat în doctrină¹⁸ ca temei al rolului activ al judecătorului și respectiv în proiect, articolul 21 din NCPC¹⁹, intitulat rolul judecătorului în aflarea adevărului.

Limitarea între cele două principii se relevă a fi reciprocă, partea putând face actele pe care i le permite legea, dar fiind ținută de dispozițiile instanței, iar aceasta din urmă are dreptul și obligația de a dispune întocmirea actelor de procedură astfel încât să se asigure aflarea adevărului.

Importanța acestei limitări este determinată de echilibrul care trebuie menținut între puterea pe care o deține partea și cea cu care este investită instanța prin lege. Față de obligația judecătorului de a soluționa orice cerere de competența instanțelor judecătorești, de a asigura respectarea principiilor fundamentale ale procesului civil, de a stăruii, prin toate mijloacele legale, pentru a preveni orice greșală privind aflarea adevărului în cauză, se pune problema de a ști care este rolul fiecărui participant la procesul civil. De aici și întrebările: unde se întâlnește responsabilitatea părții pentru modul în care conduce procesul cu cea a judecătorului, chemat să aplice normele de procedură astfel încât să asigure realizarea scopului final al acestuia, respectiv protecția dreptului subiectiv sau a interesului legitim? Are instanța atribuții în a salva soarta unui proces greșit pornit?

Regula fundamentală a rolului judecătorului în aflarea adevărului, așa cum este reglementată de articolul 21 din NCPC, presupune în primul rând că judecătorul soluționează litigiul conform regulilor de drept care îi sunt aplicabile, astfel că acesta va fi obligat să facă încadrarea juridică a cererii.

Un alt aspect al rolului judecătorului în procesul civil este dat de obligația de a aplica toate măsurile legale necesare pentru a preveni orice greșală privind aflarea adevărului în cauză, stabilirea faptelor și aplicarea corectă a legii, ținând de instanță iar nu de parte. Nu se poate concluziona aici că partea nu are nicio obligație în prezentarea adevărului, cu atât mai mult cu cât, dacă cererea este redactată de avocat, acesta are, potrivit legii sale de organizare, obligația de a stăruii pentru un proces echitabil – art. 2 alin. 5 din L. nr. 51/1995. Însă obligația determinării faptelor pentru aplicarea normelor, revine judecătorului, care va pronunța hotărârea numai pe temeiul probelor dosarului. Din acest motiv, el va putea cere părților să prezinte explicații, oral sau în scris, și va putea dispune administrarea unor probe chiar dacă părțile se împotrivesc, scopul fiind aflarea adevărului pentru pronunțarea unei hotărâri corecte.

Orice aspect care adaugă cadrului procesual stabilit prin cererile părților trebuie pus în discuția acestora, pentru că opunerea expresă a acestora, de comun acord, nu limitează puterea instanței de a decide. Instanța va analiza din oficiu excepțiile și motivele de ordine publică, după ce le-a pus în discuția părților.

Rolul activ se manifestă și prin aceea că instanța pune în vedere părților drepturile și obligațiile pe care le au în proces și încearcă, pe tot parcursul procesului soluționarea sa amiabilă.

Metritzând procesul, judecătorul este chemat să facă aplicarea dispozițiilor legale procedurale, astfel încât să evite aplicarea sancțiunilor procesuale, acolo unde este posibil, pentru a nu se ajunge la reluarea procesului și augumentarea cheltuielilor aferente. Astfel, legea conferă instanței posibilitatea de a încuviința probe și după momentul limită în care legea admite aceasta, în condițiile art. 138 C.proc.civ., sau poate dispune, în temeiul art. 1197, 1198 C.civ., efectuarea unor probatorii care în regulă generală nu sunt admise de text. De asemenea judecătorul apreciază aplicarea unei sancțiuni, acolo unde legea îi permite asemenea apreciere, cum este cazul art. 55 C.proc.civ. privitor la disjungerea cererii de intervenție, art. 120 alin. 2 C.proc.civ. relativ la judecarea separată a cererii reconvenționale sau poate dispune suspendarea executării unei hotărâri, apreciind asupra cazului justificat și asupra pagubei iminente și de nereparat pe care o riscă partea.²⁰

În acest context, văzând textele NCPC în materie, se constată că, față de actuala reglementare, cel puțin în aparență, sunt extinse puterile judecătorului al cărui rol se concentrează pe determinarea corectă a cadrului procesual subiectiv și a obiectului litigiului, în scopul eficientizării activității instanței, cu evitarea purtării unor procese noi, ulterior, pentru redresarea, în măsura în care mai este posibil, a situației juridice a părților.

3. Extinderea cadrului procesual subiectiv

Dreptul procesual civil comun, pozitiv, nu permite concluzia unei extinderi din oficiu a cadrului procesual subiectiv, introducerea în cauză a altor persoane fiind lăsată numai la latitudinea părților sau a terților care se regăsesc în ipotezele textelor ce permit extinderea – art. 49-66 C.proc.civ.²¹

S-ar putea susține că anumite ipoteze ale raportului juridic civil concret necesită promovarea raportului procesual cu pluralitate de părți²², care dacă nu se regăsește, ar determina respingerea cererii ca inadmisibilă, astfel că pentru salvarea situației, extinderea cadrului procesual subiectiv ar trebui să aparțină judecătorului.

În cazul particular al revendicării proprietății comune, preluată abuziv de către stat, o atare concluzie trebuie nuanțată, față de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în cazul Lupaș ș.a. împotriva României²³, în care s-a reținut că regula unanimității nu se justifică în cazul concret respectiv și că „aplicarea strictă a regulii unanimității le-a impus reclamantilor o sarcină disproporționată ce i-a privat de orice posibilitate clară și concretă de a obține examinarea de către instanțe a cererilor lor de restituire a terenurilor în litigiu, aducând astfel atingere substanței înseși a dreptului lor de acces la o instanță”. Ca atare, trebuia admis că cererea se formulează și numai de parte dintre coproprietari, pentru cotele lor, nefiind necesară și obligatorie sesizarea instanței de către toți coproprietarii, iar

aceasta nu e chemată să completeze cadrul procesual subiectiv dar nici nu poate respinge cererea ca inadmisibilă. Această dezlegare a instanței europene a determinat și adoptarea unor reguli noi în L. nr. 287/2009, art. 643²⁴ din Noul Cod civil prevăzând posibilitatea ca un singur coproprietar să stea în justiție în orice acțiune relativă la coproprietate, indiferent de calitatea acestuia.

De lege lata, nici în celelalte cazuri de pluralitate procesuală necesară nu se poate reține extinderea cadrului procesual subiectiv din oficiu, ci numai obligația instanței de a pune aspectul în discuția părților, pentru ca acestea să aleagă.

NCPC prevede în articolul 21 alineat 3 că judecătorul poate dispune introducerea în cauză a altor persoane, în condițiile legii. Persoanele astfel introduse în cauză vor avea posibilitatea, după caz, de a renunța la judecată sau la dreptul pretins, de a achiesa la pretențiile reclamantului ori de a pune capăt procesului printr-o tranzacție.

Textul are în vedere regula, care relevă posibilitatea judecătorului de a extinde, din oficiu, cadrul procesual subiectiv, ceea ce reflectă caracterul facultativ al acestei extinderi. De la această regulă generală NCPC consacră și excepția introducerii obligatorii în cauză, a altor persoane, forțat, din oficiu, anume art. 75-76²⁵, distingând și aici între două ipoteze. Astfel, sub titlul „Introducerea forțată în cauză, din oficiu, a altor persoane”, articolul 75 din NCPC prevede două cazuri distincte, în primul alineat, care obligă la extinderea cadrului procesual subiectiv în situația unei prevederi exprese a legii în procedura contencioasă și în cazul procedurii necontencioase și al doilea, în care judecătorul doar apreciază că raportul juridic dedus judecării impune introducerea în cauză a altor persoane, în lipsa unei prevederi exprese.

În prima ipoteză, caracterul obligatoriu al introducerii în cauză a terților, atât pentru judecător cât și pentru părți, rezultă din modul de formulare a textului - “judecătorul va dispune” - și din interesul de a soluționa un litigiu cu participarea tuturor părților implicate în raportul juridic de drept substanțial, cu consecințe și asupra efectelor hotărârii judecătorești²⁶, în special în privința opozabilității acesteia în ipoteza transmiterii dreptului litigios.

Per a contrario, acolo unde legea nu dispune expres, în procedura contencioasă, judecătorul nu e obligat să extindă din oficiu cadrul procesual subiectiv, aspectul fiind lăsat la latitudinea sa.²⁷

Nu trebuie înțeleasă referirea textului la prevederea expresă în lege, numai în sensul ca aceasta să menționeze expres coparticiparea necesară, ci, ca și până în prezent, este suficient ca prevederea legală să se raporteze la consecințele (sanctiunile) nerespectării coparticipării necesare, cum este cazul nulității partajului, fără participarea unuia dintre descendenți.²⁸

O altă situație supusă acestei reguli este prevăzută în Noul Cod civil, în privința raporturilor cu pluralitate de părți. Articolul 1.256 din Noul Cod civil²⁹ prevede că nulitatea contractului în privința uneia dintre părți atrage desființarea în întregime a contractului, în cazul în care participarea acesteia este esențială pentru existența contractului. Și într-un asemenea caz raportul procesual, întemeiat pe raportul cu

pluralitate de părți va trebui să se lege între toți participanții la raportul civil, coparticiparea fiind necesară, nefiind posibil ca actul să fie nul pentru anumite părți și valabil pentru altele, astfel că judecătorul va fi obligat să extindă cadrul procesual subiectiv.

În a doua ipoteză, în lipsa unei prevederi exprese, proiectul lasă la latitudinea judecătorului aprecierea asupra necesității extinderii cadrului procesual subiectiv, criteriul fiind acela că raportul juridic dedus judecății „impune” intrarea în proces a altor persoane. Bunăoară, dacă se cunoaște că pe parcursul procesului, la prima instanță, a operat transmiterea dreptului litigios, interesul obținerii unei hotărâri eficiente aparține părții, însă dacă nu se apelează la instituțiile procesuale puse la dispoziție părților sau terțului, instanța poate aprecia din oficiu că se impune extinderea cadrului procesual subiectiv și-l va pune în discuție părților. Textul arată însă că dacă niciuna dintre părți nu solicită introducerea în cauză, judecătorul poate respinge cererea (ca inadmisibilă – n.n.A.T.), dacă apreciază că pricina nu poate fi soluționată fără participarea acelor persoane.

Practic, modul de soluționare a extinderii cadrului procesual subiectiv din oficiu, în a doua situație, determină concluzia că nu se trece efectiv peste disponibilitatea părților, însă acestea își asumă consecințele grave ale respingerii cererii, dacă nu împărtășesc aceeași opinie cu instanța³⁰, astfel că până la eventuala cenzurare a acestui punct de vedere în instanța de control judiciar, părțile nu-și vor vedea soluționată cererea pe fond.

4. Calificarea în fapt și în drept a cererii

4.1. Normele interne în materie

Ceea ce are o relevanță deosebită asupra soluției procesului și se află în strânsă legătură cu principiile menționate, este obiectul litigiului, determinat inițial prin cerere de către parte, completat sau modificat de asemenea la cererea părții, și “corectat”, atunci când este cazul, de către instanță.

Obiectul litigiului este dat de dreptul subiectiv sau interesul legitim, invocat de reclamant, a cărui protecție se solicită prin intermediul justiției. Partea va investi instanța cu privire la un anumit drept sau drepturi, evaluate după prețuirea sa, menționând în cerere cuantumul material și valoric al obiectului respectiv (art.112 pct.3 C.proc.civ.).

Cererea trebuie să aibă temei de fapt și de drept, respectiv să cuprindă motivele pe care se sprijină și încadrarea în drept a faptelor deduse judecății, cel puțin în situația în care avocatul redactează actul de sesizare a instanței.

Obiectul se poate schimba sau extinde pe parcurs, reclamantul putând modifica cererea la prima zi de înfățișare în condițiile articolului 132 C.proc.civ., fiind posibilă formularea cererilor incidente (art. 49 și urm. C.proc.civ.), conexarea pricinilor, iar în apel fiind admisibilă formularea anumitor cereri care nu au fost făcute înaintea primei instanțe (art. 294 C.proc.civ. sau art. 52 C.proc.civ.)³¹.

De asemenea principiul sus menționat se manifestă și în raport cu judecătorul, care nu are posibilitatea de a schimba, modifica, adăuga obiectului determinat de parte.

Atât actualul cod, cât și proiectul NCPC, prevăd expres acest din urmă principiu, dispunând că judecătorul nu poate decide peste limitele investiției sale, în art. 129 alineat final C.proc.civ. și art. 21 alineat final NCPC.

Pe acest tărâm se întâlnesc în cel mai intens mod disponibilitatea părții și rolul judecătorului în procesul civil. Doctrina a fost preocupată de a determina dacă instanța are posibilitatea de a califica în fapt și în drept cererea, dată fiind o formulare defectuoasă ori o prezentare denaturată a situației, prin cererea părții. Sintagma *dați-mi faptele și vă voi da dreptul*, suferă o adaptare în noul val doctrinar³², de părere că rolul judecătorului se dezvoltă, obligațiile acestuia de a conduce procesul relevându-se și răsfrângându-se și asupra obiectului litigiului.

Trei aspecte sunt esențiale pentru determinarea cadrului procesual obiectiv: *faptele* prezentate de parte, *calificarea lor juridică*, anume invocarea unui temei juridic pentru pretenția formulată³³ și încadrarea în *norma de drept*, respectiv invocarea unui text de lege, în care se regăsește reflectată pretenția.

Judecătorul nu poate să schimbe faptele care reprezintă *cauza petendi*, a acțiunii, numai partea fiind în măsură să le cunoască și să le reclame. Orice schimbare a cauzei pretențiilor formulate determină depășirea rolului judecătorului, care este ținut de limitele cererii cu care a fost sesizat, ca limită a rolului său activ³⁴. Judecătorul va reține numai faptele care sunt dovedite și nu va putea adăuga la acestea, dar va putea pune în discuție orice aspect de fapt chiar nemenționat de părți, în raport de atitudinea acestora și de posibilitatea lărgirii cadrului procesual obiectiv, urmând să se pronunțe.

De lege lata, judecătorul, constatând că cererea poartă o denumire greșită, o va soluționa potrivit denumirii corecte. Articolul 84 C.proc.civ. nu are în vedere temeiul juridic al cererii, actul sau faptul pe care se întemeiază dreptul ales, care atrage încadrarea într-un anumit domeniu sau într-o instituție a dreptului, ci întețularea efectivă a cererii, revendicare, evacuare, restituirea bunului contractat, plata prețului, plata despăgubirii, care poate să nu fie susținută de faptele invocate și nici de temeiul normativ prezentat. Textul este frecvent utilizat în sprijinul reîncadrării în drept a cererii de către instanță, pentru a întemeia posibilitatea unei analizări a cererii pe baza textelor în care se regăsește situația dedusă judecății.

În principiu, judecătorul nu poate să schimbe nici *cauza debendi*, temeiul sau izvorul dreptului ales, actul sau faptul juridic din care acesta decurge, partea interesată fiind aceea care își justifică pretenția pe un anumit izvor³⁵. Mai mult, în calea de atac acesta nu poate fi schimbat de parte, potrivit dispozițiilor art. 294 alin. 1 și art.316 C.proc.civ. Judecătorul va putea numai să interpreteze actul dedus judecății³⁶, pentru a considera asupra încadrării juridice și implicit a soluției³⁷.

Încadrarea în drept a situației de fapt deduse judecății, respectiv calificarea cererii, se realizează de parte la momentul depunerii cererii de chemare în judecată și este distinctă de încadrarea în normă³⁸, care presupune invocarea unui anumit text de lege. Temeiul de drept derivând din *cauza debendi*³⁹ nu este la latitudinea judecătorului și nu se poate modifica decât la momentele și în condițiile prevăzute de lege, la prima zi de înfățișare, în condițiile art. 132 C.proc.civ. sau pe parcurs, cu acordul părâtului.⁴⁰

Deși judecătorul nu poate schimba temeiul cererii, în sensul de izvor al dreptului invocat (act sau fapt juridic) el nu este ținut de textul de lege invocat⁴¹. Atunci când faptele prezentate nu se încadrează în textul invocat⁴², instanța va putea pune în discuția părților acest aspect. Așadar, este posibil ca cererea să fie motivată în drept pe un text pozitiv, neaplicabil în cauză, sau în care nu se pot încadra faptele deduse judecății, din probele administrate rezultând că ipoteza textului nu se regăsește în speță. În această împrejurare, în literatura de specialitate și în jurisprudență⁴³ s-a reținut că judecătorul are posibilitatea de a face încadrarea corectă a cererii⁴⁴, în sensul analizării situației prin prisma altui text decât cel ales, faptele dovedite conducând la acesta. Când cererea nu este încadrată în drept prin invocarea unui anumit text, judecătorul va realiza el alegerea normei, ceea ce nu reprezintă recalificarea cererii, cel mult recalificarea juridică. Instanța este chiar obligată să aleagă textul corect și să-l aplice, dar nu poate să schimbe faptele sau să invoce altă *cauza debendi*. Temeiul de drept al acestei posibilități este dat de art. 129 alin. 4 C.proc.civ., potrivit căruia judecătorul este îndreptățit să ceară părților explicații și să pună în dezbateră lor orice împrejurări de fapt și de drept, chiar dacă nu sunt menționate în cerere sau întâmpinare.

Articolul 112 pct.4 C.proc.civ. român arată că în cerere se va menționa motivul (temeiul) de drept fără însă a se arăta o sancțiune a acestei lipse, incidența unei nulități virtuale fiind indicată numai după aplicarea sancțiunii suspendării cererii, în temeiul art. 114 alin. 3 C.proc.civ., după ce i se pune în vedere reclamantului obligația precizării temeiului de drept. Spre deosebire de legea franceză, cea română nu face distincție între situația cererii formulate prin avocat sau specialist al dreptului și cea elaborată de parte, sancțiunea urmând să se aplice în egală măsură pentru amândouă. Jurisprudența nu a confirmat o deosebire între cele două situații, justificat de pregătirea celui care a formulat cererea, încadrarea în normă fiind obligația judecătorului.⁴⁵

Rolul instanței este esențial în privința aplicării normei de drept, pe baza faptelor prezentate de către părți, în virtutea disponibilității, aspect diferit de calificarea cererii. Aplicarea normei se realizează după alegerea sa pe baza faptelor corect stabilite și încadrate juridic, și presupune mai întâi interpretarea dispoziției legale⁴⁶. Este cert că părțile, la momentul invocării anumitor motive și prezentării faptelor prin cererile pe care le formulează, influențează soluția juridică, pe care o va pronunța în final instanța. Părțile anticipează soluția prin pretențiile și apărările

lor, presupunându-se cel puțin că și ele cunosc norma aplicabilă. De aceea li se și cere încadrarea faptelor în drept la depunerea cererii. Numai că soluția nu este obligatoriu cea anticipată de părți, aplicarea legii și nu a echității, fiind exclusiv sarcina, atribuția și rolul judecătorului (art. 129 alin. 5 C.proc.civ. român).

“Legea”, ca noțiune avută în vedere de cod, releva la momentul adoptării sale numai legea scrisă, elaborată de forurile investite cu asemenea atribuții. Evident că se încadrau aici și cazurile în care jurisprudența este izvor de drept, în virtutea unei dispoziții legale.⁴⁷ În prezent noțiunea s-a extins considerabil, cuprinzând în conținutul său atât izvoarele dreptului, conform normelor interne, cât și pe cele internaționale și jurisprudența aferentă, devenite sau nu drept intern, în funcție de sistemul unitar sau dualist al statului, dispoziții care reflectă angajamentele pe care statele le-au luat în cadrul unor foruri internaționale. Mai mult, în cazul în care o normă internațională sau supranațională este contrazisă de o dispoziție internă, judecătorul este chemat să înțeleagă prin „lege” norma internațională, lăsând neaplicată prevederea dreptului intern.⁴⁸

NCPC, prevede expres posibilitatea judecătorului de a da sau restabili calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire – art. 21 alin. 1.

Tocmai în vederea extinderii rolul judecătorului în procesul civil, redactorii NCPC au considerat utilă menționarea expresă a acestei posibilități a instanței, care este ținută să califice cererea atunci când aceasta nu este întemeiată în drept sau care trebuie să analizeze calificarea juridică dată de parte, în sensul de încadrare în alt text, în raport cu faptele alegate și să o schimbe, dacă apreciază motivat acest lucru.

Părțile au posibilitatea ca, în virtutea disponibilității, în anumite condiții, să lege instanța în privința temeiului de drept și a denumirii cererii. Astfel, NCPC prevede că judecătorul nu poate schimba denumirea sau temeiul juridic, în cazul în care părțile au stabilit calificarea juridică și motivele de drept asupra cărora au înțeles să limiteze dezbaterile, încheind un acord expres asupra unor drepturi de care pot dispune.

Cerința legii este ca acordul menționat să nu încalce drepturile sau interesele legitime ale altora, judecătorul urmând să analizeze condițiile de încheiere a acestui act, în special cauza, care poate fi ilicită sau imorală, scopul actului fiind numai prejudicierea terților. S-ar putea încadra aici convenții prin care părțile tranzacționează în realitate asupra drepturilor minorilor, sau cererile în care părțile își dispută de conivență proprietatea unui bun, care aparține altuia, ori tind să scoată un bun de sub urmărirea creditorilor, sau cer protecția legii în materia unor proceduri speciale⁴⁹ pentru a beneficia de oprirea curgerii penalităților și altor accesorii, ascunzându-se sub temeiul de drept ales. În asemenea situații judecătorul nu va ține seama de limitele impuse prin acordul expres al părților și va proceda la calificarea corectă a cererii.

4.2. Reglementarea și doctrina franceză

În dreptul procesual francez⁵⁰ este recunoscut principiul *imutabilității obiectului* litigiului, înțelegând prin acesta imposibilitatea părții de a mai modifica obiectul menționat în cerere, afară de cazurile prevăzute de lege. De asemenea, regula funcționează și prin prisma instanței de judecată, principiul fiind intitulat: *indisponibilitatea obiectului litigiului*.

Judecătorul este chemat să verifice care este adevăratul obiect al litigiului, noțiunii recunoscându-i-se un caracter suplu, maleabil, în ciuda principiului indisponibilității obiectului litigiului.⁵¹ Regula de drept comun prevede că obiectul litigiului se definește de către părți, care arată faptele relevante și concludente, ce au determinat sesizarea instanței și trebuie să le dovedească. Noi motive (fapte) și dovezi vor putea fi formulate și în calea de atac devolutivă a apelului, situația fiind similară și în dreptul intern român.⁵²

Judecătorul nu poate pronunța hotărârea pe baza unor fapte care nu i-au fost prezentate sau dovedite, el va putea numai să ceară părților explicații asupra faptelor prezentate (art. 8 C.proc.civ. francez), dacă apreciază necesar pentru soluționarea cauzei. Dacă părțile se rezumă numai la faptele deja arătate, judecătorul nu poate trece peste disponibilitate. Articolele 10 și 11 C.proc.civ. francez⁵³, conferă posibilitatea judecătorului de a dispune măsuri specifice cu privire la probe, din oficiu, atunci când consideră necesar, chiar dacă părțile se opun, și de a înlătura probele, cerute de părți, dacă le apreciază ca inutile sau de prisos.

Dreptul francez a suferit și el consecințele unor interpretări diferite în jurisprudență, parte a acesteia recunoscând obligația judecătorului de a califica exact faptele, parte vorbind numai de o facultate a acestuia, conducerea greșită a procesului de către parte repercutându-se asupra acesteia. Jurisprudența Curții de Casație franceze distinge între situația în care judecătorul recalifică actele și faptele ce-i sunt prezentate, respectiv, schimbă denumirea cererii sau temeiul de drept ales de parte. În primul caz, instanța are chiar obligația de a califica în mod corect faptele și actele deduse judecării dar în al doilea caz judecătorul are numai o posibilitate recunoscută implicit de textul art. 12 alin. 2 C.proc.civ. francez. Criticată în literatura de specialitate pentru lipsă de claritate⁵⁴, această soluție ajunge să refuze aplicarea adevăratei reguli care se impune: judecătorul va recalifica în drept, dacă se raportează strict la faptele deduse judecării (invocă norme de drept și încadrează ipoteza exactă în text) și are facultatea de a recalifica, atunci când se invocă motive de drept pur combinate cu aspecte de fapt (fiind adăugate fapte noi, neinvocate de părți ci sesizate de judecător).

În reglementarea⁵⁵ și jurisprudența franceză⁵⁶ se recunoaște părților posibilitatea de a „lega” judecătorul într-o manieră negativă, în sensul că acesta nu va putea ridica din oficiu anumite dispoziții legale pe care părțile au omis să le invoce. În materia protecției consumatorilor, codul francez permite judecătorului să ridice din oficiu orice mijloc juridic, orice normă, care are legătură cu normele de drept comunitar.

De asemenea, prin convenție, părțile au posibilitatea să “lege” pozitiv instanța, indicându-i de exemplu după care lege să judece. Astfel, este necesar ca părțile să aibă posibilitatea de a dispune de drepturile în discuție și să-și manifeste expres voința în sensul de mai sus. În special în materia dreptului internațional privat este posibilă o asemenea alegere, părțile arătându-i judecătorului după care lege doresc să fie soluționat litigiul lor.

Totodată, judecătorul poate fi eliberat de obligația de a aplica normelor de drept, statuând aproximativ în echitate, atunci când părțile încheie o tranzacție, acesta fiind chemat numai să ia act de convenția lor⁵⁷.

În dreptul francez modern, vechea sintagmă “dați-mi faptele și vă voi da dreptul” – „da mihi facto dabo tibi jus”, tinde să suporte o transformare în favoarea „da mihi facto et da mihi jus”, deoarece potrivit unui Decret din anul 1998⁵⁸ specialistul în drept, juristul, este obligat să realizeze calificarea în drept a cererii, extinzându-se astfel domeniul obligației impuse de Codul de procedură civilă numai avocatului. Sancțiunea neprecizării temeiului de drept al cererii este anularea acesteia pentru viciu de formă.

O atare evoluție a normelor procesuale în Franța, prin impunerea obligației părților de a califica cererea în drept, în sensul de a prezenta temeiul și textul care susține pretenția invocată⁵⁹, a determinat o schimbare de jurisprudență, în sensul că judecătorul, care nu mai e chemat să recalifice cererea, nu mai invocă din oficiu dispoziții legale, chiar imperative, aceasta fiind considerată o posibilitate a acestuia iar nu o obligație. Părțile nu vor mai putea antrena un proces viitor, cu privire la același obiect, invocând schimbarea cauzei juridice, deoarece la prima sesizare a instanței au avut posibilitatea să-și aprecieze exact opțiunile, astfel că dacă nu au făcut-o corect, urmează să suporte consecințele. Li se opune astfel autoritatea de lucru judecat, o noțiune care primește noi valențe⁶⁰, în noțiunea de cauză⁶¹ intrând și temeiul de drept, pe care părțile l-au invocat în procesul anterior.

Aspectul pozitiv al unei asemenea schimbări este dat de responsabilizarea maximă a părților litigiului, care vor fi obligate să califice corect cererea, eventual prin intermediul unui specialist, în caz contrar, riscând să piardă, cu autoritate de lucru judecat, drepturi esențiale.

România nu este pregătită pentru o asemenea schimbare, pregătirea juridică restrânsă la nivelul cetățeanului obișnuit, aflul de legislație, care aglomerează paleta posibilităților părților în caz de litigiu dar și mentalitatea instanțelor, reprezentând tot atâtea piedici pentru o reală responsabilizare a cetățenilor asupra riscului pe care îl reprezintă un proces și asupra consecințelor unei eventuale atitudini în afara normei sau nevinovat greșite.

Lucrări de specialitate

- Bolard, G., *Les principes directeurs du proces civil*, Juris Classeur Periodique, edition Entreprise, 1993, I.3693
- Bolard, G., *L'office du juge et le role des parties: entre arbitraire et laxisme*, *Juris Classeur Periodique*, edition Generale, 2008, I. 156
- Ciobanu, V.M., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Editura Național, București, 1997
- Ciobanu, V.M., Boroi, G., *Drept procesual civil, Curs selectiv. Teste grilă*, Ediția 3, Editura All Beck, București, 2005
- Deleanu, I., *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil, Norme internaționale, norme convenționale și norme comunitare*, Editura Universul Juridic, București, 2008
- Deleanu, I., *Tratat de procedură civilă*, vol. I, ediția a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2007
- Guinchard, S., Ferrand, Fr., Chainais, C., *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 2009
- Herovanu, E., *Principiile procedurii judiciare*, București, 1932
- Leș, I., *Tratat de drept procesual civil*, Editura CHBeck, București, 2008
- Nicolae, A., *Relativitatea și opozabilitatea efectelor hotărârii judecătorești*, Editura Universul Juridic, București, 2008
- Stefan, T., Andreșan – Grigoriu, B., *Drept comunitar*, Editura C.H.Beck, București, 2007,
- Tabacu, A., *Drept procesual civil*, Editie revazuta si adaugita, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2009,

Jurisprudența Curții Europene de Justiție și a Curții Europene a Drepturilor Omului

- Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal, c 106/77;
- Factortame I, c. 213/89. R.c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd ș.a.
- Kühne & Heitz NV împotriva Produktschap voor Pluimvee en Eieren, c 453/00.
- Lupaș ș.a. împotriva României Hotărârea din 14 decembrie 2006, Publicată în Monitorul Oficial al României, Nr. 464 din 10 iulie 2007
- Dumitru Popescu împotriva României, paragraf 32 și 96, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 830 din 5 decembrie 2007
- Vermeire împotriva Belgiei, Hotărârea din 29 noiembrie 1991

Legislație

- Code de procedure civile 101e edition 2010, Dalloz, 2009
- Decretul nr. 98-1231 din 28 decembrie 1998
- Codul de procedură civilă român

Jurisprudență internă

- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, dec.civ. nr. 5727 din 20 octombrie 2004
- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr.5631 din 23 noiembrie 2005

- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 2066 din 18 aprilie 2007
- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3098 din 15 iunie 2007
- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, dec.civ. nr. 5210 din 27 iunie 2007
- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3318 din 29 iunie 2007
- Înalta Curte de Casație și Justiție Secția comercială decizia nr.923 din 6 martie 2008
- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia civilă nr. 4071 din 17 iunie 2008
- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 4092 din 18 iunie 2008
- Înalta Curte de Casație și Justiție Secția comercială decizia nr. 2351 din 26 iunie 2008
- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia civilă nr. 4714 din 8 iulie 2008
- Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 6360 din 4 iunie 2009
- Curtea de Casație Franceză, decizie din 09.11.1999
- Decizia Secțiilor Unite ale Curții de Casație, din 07 iulie 2006
- Curtea de Apel Cluj, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, în *Buletinul Jurisprudenței*, Repertoriu anual, 2007, Editura Universul Juridic, București, p. 293 și urm.

* ANDREEA TABACU, Lect.univ.dr., Universitatea din Pitești, andreea.tabacu@upit.ro

** ANDREEA DRĂGHICI, Lect.univ.dr., Universitatea din Pitești, andidraghici@yahoo.com

¹ Art. 937 din Noul Cod de Procedură Civilă în ce privește procedura partajului și art. 606 din Noul Cod de Procedură Civilă, relativ la rolul activ al executorului judecătoresc.

² Deleanu, I., *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil, Norme internaționale, norme convenționale și norme comunitare*, Editura Universul Juridic, București, 2008, p.62.

³ Art. 121 și 127 din Codul de procedură civilă.

⁴ Articolul 129 din Codul de procedură civilă.

⁵ Art. 112 raportat la art. 139 C.proc.civ.

⁶ Art. 304 pct. 2 C.proc.civ.

⁷ Articolele 109, 129, 246-247, 271-273, 282 etc. din Codul de procedură civilă.

⁸ Articolele 112, 115, 119, 128, 167 etc. din Codul de procedură civilă.

⁹ Articolul 169 din Codul de procedură civilă.

¹⁰ Dumitru Popescu împotriva României, paragraf 32 și 96, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 830 din 5 decembrie 2007.

- ¹¹ Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal, c 106/77; Kühne & Heitz NV împotriva Produktschap voor Pluimvee en Eieren, c 453/00. Deleanu, I., *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil. Norme internaționale, norme convenționale și norme comunitare*, Editura Universul Juridic, București, 2008, pp.72-79.
- ¹² Factortame I, c. 213/89. R.c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd ș.a. Ștefan, T., Andreșan – Grigoriu, B., *Drept comunitar*, Editura C.H.Beck, București, 2007, p. 197.
- ¹³ Ciobanu, V.M., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Editura Național, București, 1997, pp. 136-139; Leș, I., *Tratat de drept procesual civil*, Editura CH Beck, București, 2008, pp. 56-58.
- ¹⁴ Sunt avute în vedere cazurile în care cererea se formulează la sesizarea unei autorități, investite de lege cu legitimare procesuală, cum sunt cele din materia protecției copilului, în baza Legii nr. 272/2004.
- ¹⁵ Se va utiliza în continuare N.C.P.C.
- ¹⁶ Code de procedure civile 101e edition 2010, Dalloz, 2009, p. 8. « Obiectul litigiului este determinat de pretențiile părților. Aceste pretenții sunt fixate prin cererea introductivă și prin apărările părții adverse. Obiectul litigiului poate fi modificat prin cereri incidentale, care justifică o legătură suficientă cu cererea principală. »
- ¹⁷ A Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Ediția a IIIa, Editura ALLBECK, București, 2002, p. 594.
- ¹⁸ Herovanu, E., *Principiile procedurii judiciare*, București, 1932, pp.344 și urm.; Ciobanu, V.M., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Editura Național, București, 1997, pp. 130-136; Deleanu, I., *Tratat de procedură civilă*, vol. I, ediția a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2007, pp.24-25.
- ¹⁹ Art. 21. NCPD
- “(1) Judecătorul soluționează litigiul conform regulilor de drept care îi sunt aplicabile.
(2) El are îndatorirea să stăruie, prin toate mijloacele legale, pentru a preveni orice greșeală privind aflarea adevărului în cauză, pe baza stabilirii faptelor și prin aplicarea corectă a legii, în scopul pronunțării unei hotărâri temeinice și legale. În acest scop, cu privire la situația de fapt și motivarea în drept pe care părțile le invocă, judecătorul este în drept să le ceară să prezinte explicații, oral sau în scris, să pună în dezbateră acestora orice împrejurări de fapt sau de drept, chiar dacă nu sunt menționate în cerere sau în întâmpinare, să ordone administrarea probelor pe care le consideră necesare, precum și să dispună alte măsuri prevăzute de lege, chiar dacă părțile se împotrivesc.
(3) Judecătorul poate dispune introducerea în cauză a altor persoane, în condițiile legii. Persoanele astfel introduse în cauză vor avea posibilitatea, după caz, de a renunța la judecată sau la dreptul pretins, de a achiesă la pretențiile reclamantului ori de a pune capăt procesului printr-o tranzacție.
(4) Judecătorul poate da sau restabili calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecării, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire.
(5) Cu toate acestea, judecătorul nu poate schimba denumirea sau temeiul juridic în cazul în care părțile, în virtutea unui acord expres privind drepturi de care, potrivit legii, pot dispune, au stabilit calificarea juridică și motivele de drept asupra cărora au înțeles să limiteze dezbaterile, dacă astfel nu se încalcă drepturile sau interesele legitime ale altora.
(6) Judecătorul trebuie să se pronunțe asupra a tot ceea ce s-a cerut, fără însă a depăși limitele investirii, în afară de cazurile în care legea ar dispune altfel. » www.just.ro

²⁰ Ciobanu, V.M., Boroi, G., *Drept procesual civil, Curs selectiv. Teste grilă*, Ediția 3, Editura All Beck, București, 2005, p. 26-27.

²¹ Ciobanu, V.M., Boroi, G., op.cit., p. 28.

²² Partajul, nulitatea actului civil plurilateral, revendicarea proprietății comune.

²³ Hotărârea din 14 decembrie 2006, Publicată în Monitorul Oficial al României, Nr. 464 din 10 iulie 2007.

²⁴ Art. 643 - Acțiunile în justiție

(1) Fiecare coproprietar poate sta singur în justiție, indiferent de calitatea procesuală, în orice acțiune privitoare la coproprietate, inclusiv în cazul acțiunii în revendicare.

(2) Hotărârile judecătorești pronunțate în folosul coproprietății profită tuturor coproprietarilor. Hotărârile judecătorești potrivnice unui coproprietar nu sunt opozabile celorlalți coproprietari.

(3) Când acțiunea nu este introdusă de toți coproprietarii, pârâtul poate cere instanței de judecată introducerea în cauză a celorlalți coproprietari în calitate de reclamanți, în termenul și condițiile prevăzute în Codul de procedură civilă pentru chemarea în judecată a altor persoane.

²⁵ Art. 75. NCPC

„(1) În cazurile expres prevăzute de lege, precum și în procedura necontencioasă, judecătorul va dispune din oficiu introducerea în cauză a altor persoane, chiar dacă părțile se împotrivesc.

(2) În materie contencioasă, când raportul juridic dedus judecății o impune, judecătorul va pune în discuția părților necesitatea introducerii în cauză a altor persoane. Dacă niciuna dintre părți nu solicită introducerea în cauză a terțului, iar judecătorul apreciază că pricina nu poate fi soluționată fără participarea terțului, va respinge cererea, fără a se pronunța pe fond.

(3) Introducerea în cauză va fi dispusă, prin încheiere, până la terminarea cercetării procesului înaintea primei instanțe.

(4) Când necesitatea introducerii în cauză a altor persoane este constatată cu ocazia deliberării, instanța va repune cauza pe rol, dispunând citarea părților.

(5) Hotărârea prin care cererea a fost respinsă în condițiile alin. (2) este supusă numai apelului.”

Art. 76. NCPC

“(1) Cel introdus în proces va fi citat, odată cu citația comunicându-i-se, în copie, și încheierea prevăzută la art. 75 alin. (3), cererea de chemare în judecată, întâmpinarea, precum și înscrisurile anexate acestora. Prin citație i se va comunica și termenul până la care va putea să arate excepțiile, dovezile și celelalte mijloace de apărare de care înțelege să se folosească.

(2) El va lua procedura în starea în care se află în momentul introducerii în proces. Instanța, la cererea celui introdus în proces, va putea dispune readministrarea probelor sau administrarea de noi probe. Actele de procedură ulterioare vor fi îndeplinite și față de acesta.” www.just.ro

²⁶ Nicolae, A, *Relativitatea și opozabilitatea efectelor hotărârii judecătorești*, Editura Universul Juridic, București, 2008, p.345.

²⁷ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, dec.civ. nr. 5210 din 27 iunie 2007.

²⁸ Art. 684 alin. (2) din L. nr. 287/2009, Noul Cod civil “Partajul făcut fără participarea tuturor coproprietarilor este lovit de nulitate absolută.” Similar dispoziției din actualul Cod civil – art. 797 alin. 1- „Este nulă împărțeala în care nu s-au cuprins toți copiii în viață la deschiderea moștenirii și descendenții fiilor premuriți.”

- ²⁹ Art.1256 din L. nr. 287/2009, Nulitatea contractului plurilateral – “În cazul contractelor cu mai multe părți în care prestația fiecărei părți este făcută în considerarea unui scop comun, nulitatea contractului în privința uneia dintre părți nu atrage desființarea în întregime a contractului, afară de cazul în care participarea acesteia este esențială pentru existența contractului.”
- ³⁰ Cu privire la nulitatea actului juridic civil. Tabacu, A., *Drept procesual civil*, Editie revazuta si adaugita, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2009, p. 89. În același sens Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, dec.civ. nr. 5727 din 20 octombrie 2004.
- ³¹ Ciobanu, V.M., Boroi, G., op.cit., p. 359.
- ³² Guinchard, S., Ferrand, Fr., Chainais, C., op.cit., p. 295.
- ³³ Contractul, uzucapiunea, fapta ilicită, fapta civilă licită.
- ³⁴ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia civilă nr. 4071 din 17 iunie 2008.
- ³⁵ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 2066 din 18 aprilie 2007 – „Calificarea juridică dată actului de instanța de fond nu corespunde raporturilor juridice dintre părți, dat fiind că recurentul nu a îndeplinit o funcție publică și a desfășurat activitatea de conducător al unui agent economic în baza contractului individual de muncă și a contractului de performanță încheiate cu Societatea Națională „Aeroportul Internațional București Băneasa – Aurel Vlaicu” S.A., în regim de drept comun, ca acte de drept privat. Ordinul de eliberare din funcție a recurentului este sub aspect formal un act administrativ, pentru că a fost emis de o autoritate publică, dar prin conținutul său nu reprezintă un act de autoritate, nefiind emis de ministerul intimat în regim de putere publică.”
- ³⁶ Înalta Curte de Casație și Justiție Secția comercială decizia nr.923 din 6 martie 2008 – « Potrivit art.977 și urm. Cod civil, calificarea juridică se face după intenția comună a părților contractante, iar nu după sensul literal al termenilor folosiți.
De asemenea art.982 Cod civil consacră principiul interpretării sistematice stipulând că, clauzele convențiilor se interpretează unele prin altele, dându-se fiecăreia înțelesul ce rezultă prin actul întreg.
Din examinarea clauzelor contractului rezultă fără putință de tăgadă, că părțile au avut intenția de a încheia un contract de transport de mărfuri, iar împrejurarea că s-a dat contractului o altă denumire nu poate produce efecte juridice cu privire la natura acestuia.
Contractul de transport se încadrează, în raport cu dispozițiile art.1470 alin.2 în categoria locațiunii de lucrări, iar potrivit art.1474 Cod civil este o locațiune de servicii. »
- ³⁷ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 6360 din 4 iunie 2009.
- ³⁸ De exemplu, cererea de antrenare a răspunderii delictuale are ca temei juridic această instituție (răspunderea delictuală) dar poate să fie încadrată în art. 1002 C.civ. sau în art. 1000 alin. 1 C.civ., în situația în care ruina nu este determinată de viciu de construcție sau de lipsa de întreținere.
- ³⁹ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 4092 din 18 iunie 2008 – „Determinant în calificarea cererii deduse în justiție nu este titlatura atribuită de parte acesteia, ci obiectul și scopul pretențiilor, conținut al acesteia.”

⁴⁰ Ciobanu, V.M., Boroi, G., op.cit., p. 30.

⁴¹ Înalta Curte de Casație și Justiție Secția comercială decizia nr. 2351 din 26 iunie 2008.

⁴² Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr.5631 din 23 noiembrie 2005.

⁴³ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia civilă nr. 4714 din 8 iulie 2008.

“Este de principiu că procesul civil se particularizează prin disponibilitate, care constă în posibilitatea conferită de lege părților de a se adresa cu cereri instanțelor judecătorești și de a dispune de obiectul litigiului, iar cadrul în care se desfășoară activitatea în materie civilă este prevăzut de art.129 alin.(6) C.proc.civ., care dispune „În toate cazurile, judecătorii hotărăsc numai asupra obiectului cererii deduse judecății”.

Pentru caracterizarea corectă a acțiunii, instanța trebuie să se orienteze după motivele de fapt invocate de parte în susținerea ei și nu după temeiul de drept al cererii indicat de reclamant ori după sensul literal al termenilor folosiți de acesta.

Temeiul juridic al acțiunii nu leagă instanța, care trebuie să dea cererii calificarea juridică exactă în raport cu motivele de fapt invocate.

Or, în prezenta cauză, deși, în drept, reclamantul a invocat „art.35 din Legea nr.33/1994, art.480 C.civ., art.112 C.proc.civ.”, din motivele de fapt invocate în fața primei instanțe rezultă că scopul urmărit de acesta prin exercitarea acțiunii privește „retrocedarea” terenului trecut în proprietatea statului prin expropriere, în condițiile art.35 din Legea nr.33/1994.”

⁴⁴ Ciobanu, V.M., Boroi, G., op.cit., p. 29.

⁴⁵ Înalta Curte de Casație și Justiție Secția comercială decizia nr. 2351 din 26 iunie 2008.

⁴⁶ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3318 din 29 iunie 2007. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3098 din 15 iunie 2007 “o acțiune în constatarea dobândirii unui drept real poate fi încadrată din punctul de vedere al conținutului juridic în categoria acțiunilor în constituire de drepturi iar nu în cea a acțiunilor în constatare prevăzute de art. 111 Cod procedură civilă.”

⁴⁷ Leș, I, Tratat de drept procesual civil, op.cit., pp.22-26. Tabacu, A., *Drept procesual civil*, op.cit., pp. 18-20.

⁴⁸ La nivelul Curții Europene de Justiție, Kühne & Heitz NV împotriva Produktschap voor Pluimvee en Eieren, c 453/00. În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, Vermeire împotriva Belgiei, Hotărârea din 29 noiembrie 1991. Pentru aplicarea acestui principiu a se vedea Curtea de Apel Cluj, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, în *Buletinul Jurisprudenței*, Repertoriu anual, 2007, Editura Universul Juridic, București, p. 293 și urm.

⁴⁹ Legea insolvenței, potrivit căreia de la data deschiderii procedurii se oprește curgerea accesoriilor pentru creanțele născute anterior deschiderii procedurii - art. 41 din L. nr. 85/2006.

⁵⁰ Guinchard, S., Ferrand, Fr., Chainais, C., *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 2009, p.286-287.

⁵¹ Guinchard, S., Ferrand, Fr., Chainais, C. op.cit., p. 287 asupra posibilității judecătorului de a acorda o sumă de bani în locul rentei, după comentariile deciziei nr. 663/21.11.1973 în JCP 1974.

⁵² Art. 292 alin. 1 C.proc.civ.

⁵³ Art. 10 C.proc.civ. francez – „Judecătorul are posibilitatea de a dispune din oficiu toate măsurile admisibile și legale privitoare la probe”. Art. 11 alin. 1 C.proc.civ. francez „Părțile sunt obligate să-și dea concursul pentru realizarea măsurilor privitoare la probe, în caz contrar instanța putând prezuma anumite consecințe din refuzul acestora.”

⁵⁴ Guinchard, S., Ferrand, Fr., Chainais, C., op.cit., p. 296. Bolard, G., Les principes directeurs du proces civil, Juris Classeur Periodique, edition Entreprise, 1993, I.3693 și L’office du juge et le role des parties: entre arbitraire et laxisme, Juris Classeur Periodique, edition Generale, 2008, I. 156.

⁵⁵ Se poate renunța la prescripția extinctivă, art. 2248 C.civ.francez ; judecătorul nu are posibilitatea de a invoca anumite norme de competență materială, din oficiu.

⁵⁶ S-a considerat că dacă părțile sunt de accord ca judecătorul să nu intervină, acesta nu poate ridica din oficiu nulitatea contractului de asigurare pentru lipsa elementului alea Curtea de Casație, decizie din 09.11.1999.

⁵⁷ În dreptul nostru procesual, judecătorul nu are posibilitatea de a statua în echitate în tranzația judiciară, ci va analiza dacă aceasta este încheiată cu respectarea dispozițiilor imperative, pentru a nu lua act în hotărârea de expedient de o convenție încheiată cu fraudarea legii.

⁵⁸ Decretul nr. 98-1231 din 28 decembrie 1998.

⁵⁹ Decretul nr. 98-1231 din 28 decembrie 1998, sus menționat.

⁶⁰ Decizia Secțiilor Unite ale Curții de Casație, din 07 iulie 2006, în Guinchard, S., Ferrand, Fr., Chainais, C., op.cit., p. 300.

⁶¹ I. DELEANU, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, ediția a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 86-88.

OBIECTUL CREANȚEI DE DOBÂNDĂ MORATORIE

Maria DUMITRU*

Abstract: *Object of Moratory Interest Debt.* Usually assimilated by an almost mechanic reflex to the interest that the creditor might obtain from a profitable investment if he had received the money on time, moratory interest has in reality no other object than to compensate for the abstract and constant prejudice which results from a delay in performing the payment.

On the background behind the undoubted presumption, there is the idea related to the certitude of the prejudice. And only the delay itself may here be elevated to the level of secure prejudice.

What completes moratory interest is the delay itself making abstraction of any other element, which might be called pretium temporis. The delay in payment represents itself a prejudice which can be repaired.

Rezumat: *Asimilată uzual, printr-un reflex aproape mecanic, dobânzii pe care creditorul ar putea să o obțină dintr-un plasament avantajos dacă el ar fi primit punctual plata, dobânda moratorie nu are în realitate alt obiect decât de a compensa prejudiciul abstract și constant care rezultă dintr-o întârziere la plată.*

Pe fond, în spatele prezumției irefragabile de prejudiciu, există ideea de certitudine a prejudiciului. Și singura întârzierea, ea însăși, poate, aici, să fie ridicată la rang de prejudiciu cert.

Ceea ce compensează dobânda moratorie este însăși întârzierea, făcând abstracție de orice alt element, ceea ce este posibil de a se numi pretium temporis. Întârzierea la plată constituie ea însăși un prejudiciu reparabil.

Key words: *moratory interest, moratory prejudice, contractual liability.*

Cuvinte cheie: *dobândă moratorie, prejudiciu moratoriu, raspundere contractuală.*

Liminarii

Desuet, învechit și criticabil în ceea ce privește reparația limitată a prejudiciului cauzat prin întârziere, art. 1088 C.civ.¹ trebuie apreciat însă sub aspectul alocării automate a unei indemnități, sub forma dobânzii, creditorului - victimă a întârzierii. Dacă nu are meritul de a șterge întregul prejudiciu suferit de creditor el are meritul de a prezuma dincolo de circumstanțele concrete ale cauzei, un prejudiciu abstract și ireductibil². Legiuitorul a apelat pentru cuantificarea prejudiciului moratoriu abstract, pentru traducerea lui în expresie monetară, la tehnica dobânzii.

1. Creanța de capital - creanța de dobândă moratorie

Spre deosebire de răspunderea contractuală consecință a neexecutării totale sau a neexecutării necorespunzătoare a prestației promise, daunele-interese care vin să sancționeze întârzierea debitorului în executarea obligației asumate nu au scopul de a înlocui prestația așteptată. Ceea ce particularizează răspunderea contractuală pentru întârziere, nu numai în cazul obligațiilor bănești ci a oricărei obligații, este că sumele acordate nu se substituie prestației promise ci vine să se adauge acesteia. Debitorul va fi silit nu numai la executarea obligației principale ci și la acoperirea prejudiciului cauzat creditorului prin întârzierea în executarea obligației. În materia obligațiilor pecuniare existența prejudiciului este prezumată irefragabil de lege, care stabilește repararea lui într-o manieră forfetară utilizând tehnica dobânzii moratorii la nivelul ratei legale. Cum obligațiile pecuniare pot fi executate întotdeauna în natură, voluntar sau silit, obținându-se suma de bani ce constituie obiectul obligației principale și cum singurul motiv cauzator de prejudicii este întârzierea în executarea obligației înseamnă că avem de-a face cu adăugarea, la suma de bani care constituie obiectul obligației principale, a unei alte sume de bani, aceasta din urmă destinată să repare prejudiciul cauzat creditorului prin întârziere.

Este vorba deci de două obligații distincte, care de altminteri se regăsesc în cazul răspunderii pentru întârzierea în executarea oricărei obligații contractuale: obligația principală căreia i se adaugă obligația de a repara prejudiciul cauzat prin întârziere în executare, datoria de daune-interese. În cazul obligațiilor născute monetare, întinderea prejudiciului și implicit a daunelor-interese este stabilită de lege. În cazul celorlalte obligații contractuale întinderea obligației de reparare a prejudiciului este stabilită judiciar. Obligația de reparare a prejudiciului există dar stabilirea întinderii ei concrete, valoarea daunelor-interese va fi stabilită de către instanță. Quantumul sumei de bani astfel stabilite se adaugă obiectului creanței principale.

Cel mai adesea, jurisprudența și doctrina consideră, implicit sau explicit, că obligația de reparare a prejudiciului este accesorie obligației principale, altfel spus că dobânda moratorie este un accesoriu al sumei datorate cu titlu principal. Dacă în aparență și la o primă lectură mai puțin atentă am putea fi înclinați să calificăm relația dintre cele două ca de la principal la accesoriu, ca de la parte la întreg, vom observa totuși că cele două obligații sunt distincte și independente așa cum rezultă din identificarea obiectului celor două obligații, a caracteristicilor pe care le prezintă cele două obligații și a condițiilor lor de acordare diferite, dar mai ales a naturii juridice diferite.

2. Natura juridică a creanței de dobândă moratorie

Creanța de dobândă moratorie este o creanță de răspundere contractuală. Dobânda moratorie reprezintă forma pe care o iau daunele-interese la care este îndreptățit creditorul unei obligații monetare de la debitorul său culpabil. Ele concretizează răspunderea contractuală a celui din urmă și au o natură reparatorie.³ Afirmarea

anterioară este contestată de o parte a doctrinei care neagă existența răspunderii contractuale, susținând că daunele-interese nu reprezintă o formă de răspundere ci dimpotrivă o executare prin echivalent⁴. Aceasta conduce frecvent la confuzia între creanța de plată și creanța de daune.

Logica regimului obligațiilor monetare și istoria dobânzii moratorii constituie argumente importante în apărarea naturii ei indemnitate. Analiza naturii și obiectului răspunderii contractuale relevă distincția clară între reparație și executare, între răspunderea contractuală și executare. Dacă executarea permite creditorului să obțină chiar obiectul prestației care i-a fost promis, răspunderea contractuală are ca obiect repararea prejudiciului cauzat prin neexecutare, neputând procura creditorului decât o compensație, un echivalent.

Dobânda moratorie datorată în aplicarea art.1088 C.civ. se înscrie în răspunderea contractuală generată de neexecutarea unei obligații bănești și are ca singur obiect de a compensa prejudiciul moratoriu abstract și permanent care este consecința inevitabilă a unei întârzieri la plata

3. Condițiile de fond și formă pentru acordarea dobânzii moratorii – argumente pentru independența creanței de dobândă moratorie

Distincția dintre obligația de plată a sumei de bani și obligația de plată a daunelor-interese generate de întârzierea în executare poate fi argumentată și prin prisma condițiilor care trebuie întrunite pentru acordarea daunelor-interese moratorii. Tradițional se apreciază că datoria de dobândă este accesorie obligației de plată a capitalului. Pe motiv că întârzierea în executarea celei dintâi generează apariția celei din urmă și ajută la determinarea cuantumului acesteia nu se poate afirma că între ele nu există legătură, că sunt absolut independente. Dar, pe de altă parte, sunt datorii - creanțe distincte. Pe lângă faptul că au natură juridică distinctă, obligația de daune-interese având natură reparatorie, ele diferă și sub aspectul condițiilor de acordare, atât a condițiilor de fond, de drept substanțial cât și a condițiilor de formă, a condițiilor procedurale.

Astfel, dacă în ceea ce privește creanța principală, pentru a fi cerută la plată, ea trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă, pentru nașterea creanței de dobândă trebuie să existe și să fie probată întârzierea în executarea obligației principale ce întrunește caracteristicile anterioare iar debitorul contractual să fie pus în întârziere.

În afara condițiilor de fond și care relevă independența substanțială a celor două obligații există elemente care le particularizează și sub aspect procedural. Este vorba de solicitarea expresă în instanță a fiecăreia dintre creanțe, de formularea unor capete de cerere distincte, la fel cum în dispozitivul hotărârii trebuie să existe mențiuni separate referitoare la soarta fiecăreia dintre aceste datorii.

4. Obiectul creanței de dobândă moratorie

Am argumentat independența datoriei de dobândă moratorie față de datoria principală, independență care se relevă atât în privința naturii juridice cât și pe tărâmul condițiilor de fond și a celor procesuale necesar a fi întrunite pentru obținerea efectivă de către creditor a dobânzii moratorii.

Confirmarea naturii indemnitate și precizările aduse în ceea ce privește obiectul acestei indemnități permit a respecta ceea ce face specificitatea dobânzii moratorii: indemnizarea întârzierii și doar a întârzierii.

Numeroase imprecizii se explică printr-o analiză insuficientă a obiectului acestei indemnități care constituie dobânda moratorie astfel încât este stringentă identificarea cât mai precisă a obiectului creanței de dobândă moratorie.

Prejudiciul abstract și constant nu este suficient distins de prejudiciul variabil și concret care este consecința întârzierii la plată și peste care se suprapune.

Asimilată frecvent dobânzii pe care creditorul ar putea să o obțină dintr-un plasament avatajos dacă el ar fi primit punctual plata, dobânda moratorie nu are în realitate alt obiect decât de a compensa prejudiciul abstract și constant care rezultă dintr-o întârziere la plată.

În mod uzual, automatismul acordării dobânzii moratorii creditorului unei sume de bani este explicată prin faptul că art. 1088 C.civ. creează o prezumție de producere a prejudiciului legat de întârzierea debitorului în executarea obligației. Astfel, potrivit art. 1088 alin. 2 C.civ. „*aceste daune-interese se cuvin fără ca creditorul să fie ținut a justifica despre vreo pagubă*”. Prezumția este irefragabilă, debitorului nefiindu-i permis să dovedească că, în pofida întârzierii sale, totuși creditorul nu ar fi suferit un prejudiciu.⁵

Dacă nu există dezacorduri cu privire la existența prejudiciului în schimb foarte rar prejudiciul vizat de art. 1088 alin. 2 C.civ. este caracterizat; rar se fac precizări cu privire la ce acoperă, cui corespunde în mod concret dobânda moratorie; cu titlu general se apreciază că ea compensează întârzierea iar explicațiile care se dau de multe ori sunt contradictorii.

Chiar dacă demersul determinării precise și concrete a obiectului indemnizației, adică a stabilirii exacte a ceea ce este acoperit de dobânda moratorie poate părea doar o chestiune de interes teoretic de vreme ce ea se cuvine automat și fără necesitatea unei alte dovezi precum și fără posibilitatea de a înlătura acordarea ei, totuși această chestiune relevă o importanță practică deosebită. În primul rând, în situațiile de excepție din teza finală a art. 1088 C.civ. și anume în materie de comerț, societate și fidejusiune, dacă am îmbrățișa opinia că în aceste cazuri are loc repararea integrală a prejudiciului⁶.

Stabilirea exactă a obiectului indemnizației prezintă importanță și din perspectiva Noului Cod civil care, în art. 1535 alin. 3, prevede: „*Creditorul are dreptul, în plus, la daune-interese pentru orice prejudiciu suplimentar pe care l-a suferit din cauza neexecutării*”. Prin această dispoziție se conferă creditorului posibilitatea de a dobândi daune-interese suplimentare dobânzii moratorii până la repararea integrală a prejudiciului. În acest context apare imperativ a ști ce compensează dobânda moratorie.

Pornind de la ideea clară și necontestată că, în orice condiții, creditorul va obține suma de bani ce constituie obiectul obligației principale, prima reacție, este că dobânda moratorie acoperă câștigul de care a fost lipsit creditorul care nu a putut valorifica suma de bani cuvenită întrucât aceasta nu i-a fost remisă la termen.⁷ Afirmarea a fost criticată pe motiv că adaugă prezumției de prejudiciu o altă prezumție irefragabilă și anume că, în mod necesar, creditorul, dacă ar fi avut capitalul la timp l-ar fi valorificat sub forma unui plasament financiar⁸. Astfel cvasiinfinitatea posibilităților de a utiliza o sumă de bani este redusă la o singură destinație: investiția financiară. Afirmarea este surprinzătoare având în vedere că unul dintre argumentele instituirii sistemului forfetar de reparare a prejudiciului cauzat prin întârzierea în executarea obligației, dacă nu cel mai des invocat, este tocmai acela al imposibilității sau al dificultății exagerate de stabilire a întinderii prejudiciului motivat de faptul că nu se cunoaște, nu poate fi cunoscută destinația capitalului ce trebuia plătit de către debitor. Dacă în materia obligațiilor comerciale ideea ar putea fi mai ușor de înțeles ea apare mai puțin evidentă în materia obligațiilor civile. A considera că dobânda moratorie acoperă câștigul nerealizat ar echivala cu a înlocui standardul lui *bonus pater familias* cu cel al unui bun capitalist, incapabil să lase veniturile sale să doarmă și întotdeauna în căutarea unui bun plasament⁹.

Într-o altă opinie dobânda moratorie este asimilată pierderii suferite de creditor, mai precis dobânzii remuneratorii plătite de creditor pentru suma corespunzătoare celei pe care o avea de primit de la debitorul său. Există situații în care creditorul nu recurge la un împrumut pentru a plăca consecințele întârzierii la plată fie că are el disponibilități bănești suficiente fie pentru că nu are nevoie imediată de capitalul respectiv, ceea ce face ca explicația anterioară să pară artificială. Întrucât nu întotdeauna se realizează un câștig din utilizarea unei sume, a considera că dobânda moratorie ar reprezenta *damnum emergens* ar avea drept consecință înlăturarea caracterului irefragabil al prezumției de prejudiciu, ceea ce nu este admis în nici un sistem de drept. Cu privire la acest aspect, Noul Cod civil în art. 1535 alin. 1 prevede expres că „debitorul nu are dreptul să facă dovada că prejudiciul suferit de creditor ca urmare a întârzierii plății ar fi mai mic”.

Doctrina susține, de asemenea, că dobânda moratorie acoperă atât pierderea efectiv suferită cât și câștigul nerealizat.¹⁰

Alții autori consideră că dobânda moratorie ar constitui o aplicație a ideii de îmbogățire fără justă cauză. Punând mai mult accent pe îmbogățirea debitorului și nu pe sărăcirea creditorului, așa cum ar fi firesc, se resuscitează și se argumentează cu elemente din dreptul roman din perioada elaborării teoriei daunelor-interese, îmbogățirea fără justă cauză fiind la un moment dat în cadrul dreptului roman, fundamentul daunelor-interese moratorii. Un asemenea temei al dobânzii moratorii nu este în concordanță cu natura indemnitară a daunelor-interese moratorii, care presupune ca element de referință doar prejudiciul suferit de creditor¹¹. Îmbogățirea debitorului nu presupune în mod obligatoriu sărăcirea creditorului și cu atât mai mult nu există egalitate valorică între ele.

Obiectul datoriei de dobândă moratorie ni se pare că a dobândit un contur greșit din însăși modul în care a fost abordată această problemă. Se pornește de la conținutul art. 1084 C.civ. potrivit căruia daunele-interese ce se cuvin creditorului contractual vor cuprinde: pierderea efectiv suferită (*damnum emergens*) și câștigul nerealizat (*lucrum cessans*). În cadrul întârzierii în executarea unei obligații nepecuniare cele două elemente sunt stabilite judiciar, în lipsă de stipulație expresă a părților. Instanța va stabili de fiecare dată existența și întinderea concretă a celor două componente ale prejudiciului ținând seama de împrejurările concrete ale speței. Asimilarea dobânzii moratorii, care este stabilită forfetar, abstract, cu una din aceste două componente reprezintă o contradicție între caracterul concret al componentelor și cel abstract al dobânzii. De asemenea, a admite că dobânda moratorie acoperă o pierdere suferită, un câștig nerealizat sau șterge o îmbogățirea fără justă cauză, ar însemna că orice creditor care suferă o întârziere în executarea unei obligații bănești trebuie încadrat în mod obligatoriu în una din aceste trei situații, ceea ce nu este corect.

Se confundă prejudiciul „abstract și constant” care rezultă în mod necesar din întârzierea plății cu prejudiciul „concret și variabil” care nu este decât o consecință eventuală a întârzierii plății și care este în legătură cu destinația determinată a capitalului¹².

În timp ce primul este suferit de creditorul care trebuie să facă față unei întârzieri la plată, al doilea depinde, în esență, de circumstanțe factuale iar repararea sa presupune dovedirea lui. În această a doua categorie sunt incluse *lucrum cessans* și *damnum emergens*: ele nu sunt prejudiciul moratoriu abstract, ci doar o consecință posibilă a acestei întârzieri.

Prejudiciul abstract constă în privarea nejustificată de a te bucura de o sumă de bani și de varietatea aproape infinită de destinații pe care o poate primi, dintre care plasamentul productiv de dobândă remuneratorie nu este decât una.

De lege lata, în cazul obligațiilor bănești nu este posibilă dovedirea lor în afara situațiilor de excepție prevăzute de teza finală art. 1088. Când Noul Cod civil va intra în vigoare, va fi posibilă dovedirea celor două componente dacă debitorul va dori acest lucru, actul normativ indicat prevăzând posibilitatea reparării integrale a prejudiciului: „Creditorul are dreptul, în plus, la daune-interese pentru orice prejudiciu suplimentar pe care l-a suferit din cauza neexecutării”. Aceasta nu schimbă cu nimic afirmația că prejudiciul abstract și permanent corespunde întârzierii și nu consecințelor ei.¹³ În consecință, va exista dobânda legală moratorie corespunzătoare întârzierii, prejudiciului cauzat prin faptul întârzierii, căreia i se vor adăuga daune-interese suplimentare stabilite judiciar corespunzător consecințelor posibile ale întârzierii. Pentru dobândirea celor din urmă creditorul va trebui să facă dovada clară a destinației sumei respective, a pierderii efectiv suferite și a câștigului pe care ar fi putut să îl realizeze dacă debitorul ar fi efectuat plata la scadență. Cu alte cuvinte, pentru daunele-interese suplimentare va trebui să facă dovada îndeplinirii tuturor condițiilor răspunderii civile. Dacă nu va reuși, creditorul va trebui să se mulțumească doar cu repararea prejudiciului abstract care în mod indeniabil însoțește întârzierea și a cărei existență și valoare este certă, adică cu valoarea dobânzii legale. Pe fond, distincția

între cele două prejudicii - întârzierea și consecințele întârzierii - corespunde în mare parte celei realizate de anumiți autori¹⁴ între *daună*, care desemnează, doar leziunea suferită de victimă și *prejudiciu*, care ar fi consecința acestei leziuni.

Pentru a putea înțelege specificitatea prejudiciului moratoriu raportat la diversitatea ipotezelor în care creditorul percepe dobânzi moratorii trebuie să se facă abstracție de orice date concrete care ar permite doar să se facă dovada prejudiciului variabil apreciat *in concreto*; trebuie să se țină seama doar de elementul a cărui prezență este absolut incontestabilă în toate situațiile vizate de art. 1088 C.civ.. Și singura certitudine pe care putem să o avem este că creditorul suferă întotdeauna o întârziere nejustificată în plata creanței sale care îl privează de potențialitatea cvasinelimitată de utilizări pe care o oferă un capital. Prejudiciul reparat prin dobânda legală constă, în fond, în pierderea unei șanse ale cărei condiții ar fi putut fi împlinite: se prezumă irefragabil că titularul capitalului a pierdut șansele de care ar fi dispus, cu plata la termen, de a uza de suma respectivă după bunul său plac. Este deci lipsit ilegal de dreptul său de a se bucura de o sumă de bani, în general, fără vreo referire la o anumită destinație. Ceea ce compensează dobânda moratorie este însăși întârzierea, făcând abstracție de orice alt element, ceea ce este posibil de a se numi *pretium temporis*.¹⁵ Se precizează astfel particularitatea obligațiilor monetare, sub aspectul neexecutării: contrar dreptului comun, unde este necesară dovedirea unui prejudiciu pentru a obține reparația, întârzierea este aici ea însăși o valoare ce deschide dreptul la indemnizare.

În cazul neexecutării obligațiilor bănești există un prejudiciu care rezultă automat din neexecutare, fără ca prin aceasta să susținem că există o răspundere fără prejudiciu sau că neexecutarea este suficientă pentru a fonda acordarea unei indemnități.

Întârzierea la plată constituie ea însăși un prejudiciu reparabil.¹⁶ Chiar dacă creditorul nu a suferit nici o pierdere sau nu avea speranța vreunui câștig, creditorul se găsește împotriva voinței sale și împotriva dreptului care îi este recunoscut prin contract, în poziția de a aștepta, perioadă care uneori se relevă a fi foarte lungă.

Concluzii

Pe fond, în spatele prezumției irefragabile de prejudiciu, există ideea de certitudine a prejudiciului. Și singura întârzierea, ea însăși, poate, aici, să fie ridicată la rang de prejudiciu cert. Trebuie să se țină seama doar de elementul a cărui prezență este absolut incontestabilă în toate situațiile vizate de art. 1088 C.civ.: întârzierea nejustificată în plata creanței sale care îl privează de potențialitatea cvasinelimitată de utilizări pe care o oferă un capital. Întârzierea, ea însăși, este o valoare ce deschide dreptul la indemnizare.

* **MARIA DUMITRU**, lector universitar în cadrul Facultății de Drept a Universității „Petre Andrei” din Iași, doctorand în cadrul Facultății de Drept a Universității de Drept a Universității Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, dumitrumaria@yahoo.com

- ¹ Art. 1088 C.civ. are următorul conținut: „(1) *La obligațiile care au de obiect o sumă oarecare, daunele-interese pentru neexecutare nu pot cuprinde decât dobânda legală, afară de regulile speciale în materie de comerț, de fidejusiune și societate.*(2) *Aceste daune-interese se cuvin să facă ca creditorul să fie ținut a justifica despre vreo pagubă; nu sunt debite decât din ziua cererii în judecată, afară de cazurile în care, după lege, dobânda curge de drept.*”
- ² F. Gréau, *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrénois, Paris, 2006, nr. 98, p. 104
- ³ Pentru o admirabilă pledoarie în favoarea existenței răspunderii contractuale, a elementelor care o diferențiază de răspunderea extracontractuală dar și cu privire la viitorul acestei departajări a se vedea, G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, ediția a 3-a, L.G.D.J., Paris, 2008, nr. 161- nr. 245, p. 396- 669.
- ⁴ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2008-2009, ediția a 7-a, Dalloz, Paris, 2008, nr. 801- 812, p. 805-813 și bibliografia indicată; Ph. Rémy, *La „responsabilité contractuelle”: histoire d' un faux concept*, R.T.D. civ. 1997, p. 323., Ph. Rémy,- Corlay, *Exécution et réparation: deux concepts?*, Revue de contrats, 2005, p. 13 și urm., E. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle*, în R.T.D. civ., 1999, p. 121
- ⁵ G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, sous direction J. Ghestin, ediția a 2-a, L.G.D.J., Paris, 2001, nr. 335; V. David, *Les intérêts de sommes d'argent*, thèse, L.G.D.J., Paris, 2005, nr. 99; J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, thèse, Dalloz, Paris, 2001, nr. 497
- ⁶ În legătură cu excepția „materia comercială” că prin dispozițiile art. 3 alin. 2 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 119/2007, „*Creditorul poate să pretindă daune-interese suplimentare pentru toate cheltuielile făcute pentru recuperarea sumelor ca urmare a neexecutării la timp a obligațiilor de către debitor*”. Textul conferă creditorului unei sume de bani dreptul la obținerea unor daune-interese suplimentare față de dobânda legală moratorie. Dar nu conferă dreptul la repararea integrală a prejudiciului ci numai la acoperirea unei alte părți din prejudiciu și anume cel corespunzător „*cheltuielilor făcute pentru recuperarea sumelor*”.
- ⁷ G. Viney, P. Jourdain, *op.cit.*, nr. 334, p. 599
- ⁸ F. Gréau, *op. cit.*, nr. 134, p. 144.
- ⁹ *Ibidem*.
- ¹⁰ V. David, *op. cit.*, nr. 34, p. 61.
- ¹¹ J. Ortscheidt, *op. cit.*, nr. 511.
- ¹² F. Gréau, *op. cit.*, nr. 136, p. 147.
- ¹³ În acest sens, în legislația franceză este edificator art. 1153-4 C.civ. francez care prevede posibilitatea creditorului unei sume de bani de a obține în afară de dobânda legală și daune-interese pentru acoperirea prejudiciului suplimentar, „*independent de întârzierea la plată*”.
- ¹⁴ Ph. Le Tourneau , *op. cit.*, nr. 1304, 1305, p. 408.
- ¹⁵ F. Gréau, *op. cit.*, nr. 135, p. 146.
- ¹⁶ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, thèse, L.G.D.J, 1974, p. 70-71.

ARTICOLE

DREPTUL TRANSPORTURILOR ÎN REPUBLICA MOLDOVA - RAMURĂ DE DREPT SAU DISCIPLINĂ DE STUDIU ÎN CADRUL FACULTĂȚILOR DE DREPT?

Iurie MIHALACHE*

Résumé: *Le droit des transports dans la République de Moldavie - branche de droit ou discipline d'étude aux facultés de droit? Le droit des transports concerne le déplacement des personnes ou des marchandises. Le déplacement est fait sur la base d'un contrat de transport et les parties au contrat sont d'une part le transporteur et d'autre part l'utilisateur du moyen de transport. Le transport peut être un transport de personnes ou un transport de marchandises, il peut être terrestre, maritime, aérien ou fluvial.*

Nous suivons plusieurs objectifs dans cet article. Premièrement, de donner une réponse à la question si le droit de transport peut être considéré comme une branche distincte au sein du droit privé ou seulement une discipline d'étude dans les facultés de droit en République de Moldavie. Le second objectif consiste d'exposer quel est le niveau actuel du droit des transports dans notre république et quelle est la localisation de la discipline dans le système des disciplines juridiques. Un problème actuel est de répondre à la question si le droit de transport peut être considéré comme une branche de droit ou comme une institution juridique dans le cadre de droit civil. Pour répondre à toutes ces questions, nous avons caractérisé l'objet d'étude du droit des transports, la méthode de réglementation, les sources juridiques et autres traits spécifiques.

Le contenu de l'article est divisé en sept chapitres. Dans chaque chapitre ont été exposées l'essence et l'importance du droit de transport dans le système de droit de la République de Moldavie. On a fait une analyse comparative entre le droit de transport existant en plan international (en Roumanie, Russie et dans l'ex-Union Soviétique) avec celle nationale. Des importantes propositions faites par l'auteur veulent aider le développement normal du système de droit de transport en République de Moldova.

Mots clés: *droit des transports, transporteur, système du droit.*

Cuvinte cheie: *dreptul transporturilor, transportator, sistem de drept.*

În ultimul timp, relațiile economiei de piață reclamă tot mai mult cunoașterea raporturilor comerciale din transport, iar practica de zi cu zi și experiența altor state ne dovedește clar că acest obiectiv poate fi atins eficient numai odată cu predarea dreptului transporturilor în cadrul facultăților de drept. Însă aici apar și multe semne de întrebare, care se referă în primul rând la statutul dreptului transporturilor - poate fi considerată ramură de drept sau doar disciplină de studiu în programa de învățământ?

Actualitatea temei rezultă din considerentul că raporturile de transport în țara noastră sunt în continuă creștere, iar în cadrul relațiilor de transport un loc tot mai important revine acelor relații care sunt bazate pe contractul de transport. De aceea scopul propus la elaborarea articolului științific este de a realiza un studiu aprofundat al dreptului transporturilor și de a evidenția locul lui în rândul ramurilor de drept precum și a obiectelor de studiu de la facultățile de drept.

La scrierea prezentului articol au fost preconizate mai multe obiective. *În primul rând*, de a da un răspuns clar la întrebarea dacă poate fi considerată dreptul transporturilor ca ramură de drept aparte sau se reduce doar la un obiect de studiu. *În al doilea rând*, de a expune care este nivelul actual de predare a dreptului transporturilor în cadrul facultăților de drept, precum și localizarea disciplinei în sistemul celorlalte discipline juridice. *În al treilea rând*, efectuând o analiză a părerilor doctrinare la acest capitol, ne-am propus obiectivul de a da un răspuns clar la întrebarea dacă dreptul transporturilor poate fi privit ca ramură de drept distinctă sau ca instituție juridică ce face parte din componența ramurii dreptului civil. Având intenția de a atinge obiectivele propuse, ne-am ales sarcina de a caracteriza elementele caracteristice unei ramuri de drept, cum sunt obiectul și metoda de reglementare, pentru a putea în așa mod delimita dreptul transporturilor ca ramură de drept.

Spre final au fost formulate propuneri și recomandări eficiente privind perfecționarea și extinderea pe viitor a dreptului transporturilor atât ca ramură de drept, cât și ca obiect de studiu în cadrul instituțiilor superioare de învățământ din republică.

1. Definirea dreptului transporturilor

În literatura de specialitate fiecare autor propune o definiție a sa și care prin esență nu diferă de cele înaintate de alți doctrinari. Pentru mai multă claritate, vom enumera unele definiții selectate în acest scop:

- Profesorul rus *B.A. Ezuazarov* menționează că dreptul transporturilor reprezintă un ansamblu de norme juridice ce reglementează relațiile sociale care apar în legătură cu organizarea și activitatea întreprinderilor de transport, raporturile dintre întreprinderile de transport și clientele sa, precum și dintre întreprinderile de transport între ele însele [1].

- Un alt profesor din Federația Rusă, *И.В. Спириш*, susține că dreptul transporturilor este o ramură complexă a dreptului care reprezintă totalitatea regulilor juridice ce reglementează relațiile din sfera activității de transport. Aceste norme se cuprind atât în legislația cu referire la transport, cât și în structura actelor normative ce aparțin unor alte ramuri fundamentale de drept [2].

- În doctrina română, *A. Călin* menționează că dreptul transporturilor poate fi definit ca fiind acea activitate de prestări de servicii, în care contra unui preț, la cererea beneficiarului, cărașul efectuează deplasarea mărfurilor, bagajelor și călătorilor la destinația prevăzută în contract [3].

- După *Octavian Căpățînă* și *Gheorghe Stancu*, înțelegem că dreptul transporturilor ar fi ansamblul de reglementări privitoare la activitatea profesională organizată de cărași, cu vehicule corespunzătoare, pentru a deplasa pe baze contractuale și în condiții legale persoane și/sau bunuri [4].

- Într-o altă definiție, formulată de profesorul Universității „Petre Andrei” din Iași, *Gheorghe Filip*, dreptul transporturilor constituie ramura de drept formată din totalitatea normelor juridice care reglementează relațiile născute prin încheierea unui contract de transport de călători, mărfuri sau bagaje, între transportatorii organizați în acest scop și clientelă (beneficiari) [5].

Analizând esența acestor definiții și disociind componentele lor, distingem anumite trăsături:

În primul rând, dreptul transporturilor se referă la anumite *subiecte de drept*, care sunt pe de o parte cărașii (transportatorii), iar pe de altă parte sunt pasagerii (întotdeauna persoane fizice) în cazul contractelor de persoane, sau expeditorii de mărfuri (clienții) în cazul contractelor de bunuri (de cele mai multe ori societăți comerciale). Așadar, activitatea de transport poate fi realizată numai între subiecții menționați.

În al doilea rând, orice transport constă dintr-o *prestare de servicii* care se exprimă prin deplasarea de la punctul de pornire la cel de destinație a pasagerilor sau a bunurilor, cu vehicule corespunzătoare aceluși fel de transport și în condiții de siguranță deplină.

În al treilea rând, prestarea serviciilor de transport se face *doar în baza unui contract*. Contractul de transport poate fi încheiat în formă scrisă sau verbal. Biletul de călătorie (în cazul contractului de persoane) și scrisoarea de trăsură (pentru contractul de bunuri) nu constituie contract, ci confirmarea scrisă a faptului încheierii lui.

În al patrulea rând, transportul se efectuează *în scop de profit*, fiind pentru căraș o activitate profesională. Cu alte cuvinte, vom examina doar transportul înfăptuit de către cărași având calitatea de întreprinzători (antreprenori, comercianți), înregistrați conform legii într-o anumită formă de organizare juridică și posesori ai autorizației (licenței) de transport. Deși deplasarea poate fi și gratuită, această formă nu cade sub incidența normelor Codului civil al R.M. și nu va constitui obiectul nostru de

cercetare, decât cu o singură excepție prevăzută de lege: când transportarea gratuită este efectuată în activitatea de întreprinzător de cărașul care oferă public serviciile de transport (art.980 alin.(2)). Ca exemplu aducem cazul când șoferul își transportă cu autobuzul de rută gratuit prietenii la stația de sosire însă din nefericire aceștia se alege cu vătămarea sănătății. Aceste raporturi litigioase vor fi soluționate conform dispozițiilor Codului civil al R.M. cu privire la transport și intră în obiectul de studiu al dreptului transporturilor.

Generalizând cele expuse, dintr-o perspectivă proprie definim dreptul transporturilor ca fiind *acea ramură a dreptului alcătuită din totalitatea normelor juridice care reglementează acele relațiile sociale ce se stabilesc între cărași și beneficiarii serviciilor de transport, în legătură cu încheierea și executarea contractelor de transport de pasageri, bagaje și mărfuri.*

Însă nu putem fi de acord cu definiția potrivit căreia „dreptul transporturilor poate fi definită ca fiind activitatea de prestări de servicii (...)” [6], pe motiv că autorul confundă esența juridică a ramurii de drept cu o simplă activitate. Dreptul transporturilor cuprinde în primul rând norme juridice sistematizate în legi și alte acte normative, pe când activitatea de prestări de servicii nu este altceva decât o succesiune de acte materiale desfășurate în timp.

2. Probleme de localizare a dreptului transporturilor în sistemul științelor juridice din Republica Moldova

Localizarea dreptului transporturilor în sistemul științelor juridice din țara noastră are ca bază știința dreptului civil, dar și alte științe care pot exercita influență în măsură diferită la alcătuirea obiectului de studiu al dreptului transporturilor, cum ar fi dreptul economic, dreptul administrativ sau dreptul internațional.

Evident că nu putem vorbi de știința dreptului transporturilor, însă aportul ei la formarea unei baze teoretice în cadrul sistemului de învățământ juridic este incontestabil. Se crează posibilitatea de a studia o categorie largă de norme juridice din sfera transportului, se constată lacunele, se analizează ideile și soluțiile care au fost propuse de literatura de specialitate, iar acest lucru este oportun și contribuie la progresul științelor juridice privite în ansamblu.

În același timp nu par a fi fondate convingerile doctrinarului *B.B.Витрянский*, că: „trimiterile care se fac la lucrările de dreptul transporturilor publicate acum 40-50 de ani nu ar fi la fel de corecte, din motiv că atunci exista un alt circuit economic și o legislație sovietică, care acum nu mai există” [7]. Aducem argumente că legislația din domeniul transportului se dovedește cea mai stabilă. Regulile ce țin de contractul de transport continuă să rămână în mare parte neschimbate de decenii. Din aceste considerente, utilizarea comentariilor și ideilor expuse în literatura juridică de specialitate de până la anii '90, cu mici excepții, reprezintă valoare științifică și temelie importantă la elaborarea unor manuale noi.

O primă dificultate este că în sens larg, legislația națională din dreptul transporturilor cuprinde atât norme juridice de drept privat, cât și reguli de organizare, de administrare precum și de ordin tehnic, motiv pentru care ne apar două soluții: *Prima*, să distingem între dreptul privat al transporturilor și dreptul public al transporturilor. Deși indispensabilă, totuși considerăm prematură o asemenea divizare pentru sistemul de drept al Republicii Moldova deoarece suntem în faza incipientă de alcătuire a conceptului și suportului de curs la dreptul transporturilor. Divizarea dreptului transporturilor în public și privat rămâne însă o chestiune actuală și de perspectivă. *A doua*, de a realiza mai multe subramuri aparte care în totalitatea lor să reprezinte ramura dreptului transporturilor. Spre exemplu, din relațiile sociale reglementate de legislația transportului feroviar - subramura dreptului feroviar, cele din sfera transportului aerian - dreptul aerian, transportul auto - dreptul transportului auto, iar transportul maritim și naval - dreptul maritim. Ideea este justificată de modelul deja existent în alte state.

Optăm pentru dreptul transporturilor ca totalitate de reguli de drept privat care sunt axate în jurul contractului de transport de pasageri, bagaje și mărfuri. Mai întâi vom aborda contractul de transport în general (noțiunea, caracterele juridice, elementele, încheierea, conținutul și răspunderea părților) cu toate consecințele sale juridice, după care va urma analiza juridică a contractului de transport auto, feroviar, maritim, naval și aerian de pasageri, bagaje și mărfuri. Prioritate vom acorda legislației naționale, și anume: legilor organice (Codului civil al R.M. cu norme generale în domeniu și legilor speciale: Codului transportului auto, Codului transportului feroviar, Codului navigației maritime comerciale, Legii aviației civile a R.M. ș.a.) și regulamentelor, hotărârilor, instrucțiunilor și dispozițiilor emise de organele de stat și de organele de administrare a agențiilor de transport. Reieșind din faptul că legislația internațională este examinată la dreptul comerțului internațional, ea va trebui abordată doar tangențial, cu excepția relațiilor din transportul aerian al Republicii Moldova care este unul exclusiv internațional.

Sub aspect doctrinar, de importanță teoretică și practică în dreptul transporturilor este aportul Șefului Catedrei Drept civil a Universității de Stat din Moldova, profesorul *Gheorghe Chibac*, din Comentariul Codului civil al Republicii Moldova asupra Capitolului „Transportul” în comun cu lectorul universitar *Cornel Pascari*.

3. Dreptul transporturilor – ramură de drept.

Reieșind din progresul transporturilor din ultimii ani, aderarea Republicii Moldova la multiple convenții internaționale, încheierea acordurilor de colaborare, adoptarea unor legi și numeroase acte normative subordonate legii, devine necesară studierea, structurarea și corelarea lor cu ideile și recomandările expuse în doctrina juridică de specialitate.

Pentru formarea unei ramuri de drept noi sunt necesare și au importanță următoarele condiții: a) noile categorii de relații sociale să aibă caracter specific; b) să fie necesare și importante; c) relațiile nou-apărute și raporturile juridice pe care ele le-au generat să nu poată fi reglementate cu ajutorul normelor juridice ale altor ramuri de drept, și d) să necesite metode specifice de reglementare [8]. Așadar, înțelegem că pentru a putea fi considerată ramură de drept, dreptul transporturilor are nevoie de un obiect și o metodă de reglementare aparte.

Prezintă interes și opiniile expuse în doctrina de specialitate. Se susține că din punct de vedere juridic, conturarea dreptului transporturilor ca ramură de drept autonomă reprezintă un pas important pentru dezvoltarea acestei activități ca entitate distinctă, cu o puternică influență asupra dezvoltării economice și sociale [9]. Însă ramura dreptului transporturilor este abordată și dintr-o altă perspectivă, pe care nu o acceptăm și considerăm că este prea largă, fiind apropiată mai mult de economie și tehnică. În acest sens se propune de a lua în considerare diferențele de ordin economic, organizatoric și tehnic a fiecărui tip de transport [10].

Pe de altă parte, există și opinia că dreptul transporturilor nu ar fi o ramură de drept distinctă, ci doar o subramură (instituție) de drept [11]. Alți doctrinari în genere și-au expus părerea de a recunoaște ca ramuri distincte de drept numai anumite instituții din dreptul transporturilor și nu dreptul transporturilor în totalitatea sa. Spre exemplu, s-a ajuns la concluzia că este necesară recunoașterea dreptului aerian ca ramură aparte a dreptului [12]. La fel și juriștii din sfera transportului maritim s-au expus că dreptul maritim constituie o ramură separată a dreptului, conținutul căreia este determinat de relațiile care apar în transportul maritim și în navigația maritimă comercială [13].

Cu adevărat, în prezent putem vorbi de existența dreptului aerian, dreptului maritim, dreptul transportului auto, însă nu există dreptul transportului feroviar. Conform unor opinii, se aduc explicații că în legislația din transportul feroviar ar fi dominantă metoda imperativă de reglementare, iar aceasta este de acum dreptul administrativ. Dreptul transportului feroviar nu există pe motiv că el „se dizolvă” în ramura dreptului administrativ. Prin urmare, dreptul feroviar este numai un element al dreptului administrativ [14]. Însă aici nu suntem de acord și întrebăm: dar în dreptul maritim și dreptul aerian nu există norme imperative? Bineînțeles că există, chiar și mai multe decât în legislația feroviară. Problema o vedem prin aceea că nu prea a încercat nimeni să alcătuiască un manual de drept feroviar. Cu atât mai mult în sistemul juridic de învățământ din țara noastră, unde nu putem vorbi de așa domenii specifice ca dreptul maritim, aerian sau chiar feroviar, chestiunea respectivă cu adevărat nu a preocupat pe nimeni. Cel mai important este ca aceste instituții juridice să poată fi identificate și studiate ca componente de bază a ramurii dreptului transporturilor al Republicii Moldova.

Se menționează că dreptul transporturilor nu poate fi cercetat ca ramură distinctă de drept, așa cum este dreptul civil, dreptul penal sau dreptul constituțional, pe motiv că este alcătuit dintr-un ansamblu de norme ce aparțin la diferite ramuri de drept – civil, administrativ, muncii, funciar, internațional și altele [15]. În consecință,

autorul este de părerea că dreptul transporturilor ar fi doar un curs universitar, având scopul de a uni normele juridice din diferite ramuri de drept într-un complex unic și de a studia activitatea tuturor felurilor de transport într-un singur sistem.

O viziune similară în acest context are *M.A. Tapacov* care în manualul „Dreptul transporturilor” [16] menționează că deși multitudinea normelor și a instituțiilor juridice din diferite ramuri de drept (drept civil, drept administrativ, dreptul muncii) permit calificarea dreptului transporturilor ca „ramură interramurală” complexă de drept, totuși apare întrebarea: care ar fi principiile generale și speciale ale „ramurii” respective? În același timp faptul că definim dreptul transporturilor, nu înseamnă că ar fi și ramură de drept aparte, de rând cu dreptul civil, dreptul constituțional sau dreptul internațional. Aceasta doar ne dovedește că normele juridice ce reglementează activitatea din transport, ar trebuie doar selectate din cuprinsul diferitor acte normative, pentru a le sistematiza, ceea ce ar permite în final alcătuirea unui complex de norme orientate spre același scop [17].

Problema identificării locului pe care îl are dreptul transportului în sistemul de drept al statului a fost caracteristică perioadei de până la '90. Actualmente dreptul transporturilor este recunoscută ca ramură a dreptului și ca disciplină de studiu în toate statele lumii. Mai mult ca atât, au apărut deja și unele direcții specifice de cercetare, cum ar fi *dreptul internațional al transporturilor* sau *deputul internațional privat al transporturilor*,

Deși dreptul transporturilor cuprinde atât elemente din dreptul privat, cât și din dreptul public, preponderente sunt normele dreptului privat, astfel încât principiile generale și speciale sunt valabile cele din dreptul civil (dreptul civil servește ca *drept comun* pentru numeroase ramuri ale dreptului privat), la bază fiind *principiul libertății contractuale*. Dreptului civil și dreptului transporturilor le sunt caracteristice și *principiul egalității părților* deoarece căraușul și pasagerul se află între ei pe aceeași poziție de egalitate în procesul încheierii și executării contractului de transport. Deși aici pot fi aduse unele contraargumente, că în cazul transportului de pasageri ar exista mai mult o adeziune a călătorului la clauzele contractuale tipice, deja prestabilite de către cărauș pentru toți clienții, iar pasagerul doar achită prețul și primește biletul de călătorie. Însă chiar dacă contractul de transport de pasageri este unul de adeziune, părțile rămân pe aceeași poziție de egalitate juridică iar drepturile lor ca consumatori sunt protejate de *Legea privind protecția consumatorilor*.

4. Dreptul transporturilor ca disciplină de studiu în cadrul facultății de drept

Cunoștințele din sfera dreptului transporturilor sunt necesare de a fi exprimate într-un limbaj juridic cât se poate de accesibil, pentru a putea fi ușor asimilate de studenții și masteranzii facultăților de drept din republică. Până în prezent, cu excepția unui comentariu la Codul civil și a unor manuale de drept civil, legislația națională din transport nu a fost supusă unei analize științifico-didactice și nu a fost

corelată cu ideile savanților din străinătate care au mai scris în acest domeniu. Prin urmare cerințele programei universitare pe de o parte și practica de zi cu zi a activității de transport, care devine tot mai sporită în ultimii ani, determină de a acorda o atenție deosebită dreptului transporturilor ca obiectul de studiu.

Mai mult ca atât, studenții de la ciclul II masterat vin cu o pregătire mai profundă în problemele practice care apar, ei având posibilitatea să combine studiile cu activitatea practică, de aceea studierea dreptului transporturilor contribuie la lărgirea cunoștințelor și formarea lor ca buni specialiști.

În programele de învățământ a universităților din București, Iași, Moscova, Sankt-Petersburg ș.a. dreptul transporturilor este o disciplină obligatorie, așa cum este dreptul civil, penal, administrativ etc., fiind divizat în două compartimente: în partea generală și partea specială. Partea generală este consacrată obiectului de reglementare, sistemului de transport, izvoarelor dreptului transporturilor, administrării de stat în domeniul transportului, contractului de transport de mărfuri, pasageri și bagaje în general, examinarea pretențiilor și acțiunilor în judecată, în timp ce în partea specială se abordează regimul juridic al fiecărui tip de transport în parte: auto, feroviar, maritim, naval și aerian.

În ce ne privește, pentru început considerăm binevenit de a concentra materia de studiu într-un volum unic, făcând abstracție de parte generală și cea specială. În schimb se va încerca abordarea problematicii dreptului transporturilor reieșind din patru nivele: doctrină (autohtonă, română, rusă, franceză și sovietică), legislație (națională, dar și a altor state în plan comparativ), practica judiciară (colectată din arhiva instanțelor de fond, arhiva unor companii de transport și agenții turistice, precum și de portalul oficial al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova) și expunerea argumentată a opiniei proprii cu referire la aspectele problematice, cu recomandări și propuneri *de lege ferenda*.

În alte state, cum ar fi România, Federația Rusă, Franța, Italia, Canada ș.a., dreptul transporturilor este recunoscută ca ramură de drept, ca știință și ca disciplină de studiu, având o evoluție istorică de predare confirmată de decenii. În Republica Moldova dreptul transporturilor reprezintă o noutate, cu toate că la moment există numeroase acte normative precum și o practică judiciară care pot servi ca fundament științific și didactic al predării disciplinei date în cadrul facultăților de drept.

Ca disciplină de studiu la Facultatea de Drept a Universității de Stat din Moldova, dreptul transporturilor își are deja o mică experiență, însă atât programa de învățământ cât și suportul teoretic propus studenților se limitează la legislația în vigoare și la manualele de drept civil în care sunt abordate și aspecte ce țin de contractul de transport. Însă aceasta, așa cum bine înțelegem, este foarte puțin pentru a dobândi cunoștințe temeinice, cu atât mai mult pentru masteranzi care vin cu o pregătire mai înaltă, fiind cunoscuți deja cu problemele practice care apar. Cu alte cuvinte, până în prezent nimeni dintre profesori nu a încercat de a alcătui un manual de dreptul transporturilor, iar materialul care se predă la orele de curs sub

formă de conspect este insuficient. Soluția de a face trimitere la manualele de dreptul transporturilor din România nu are succes din motiv că legislația română este diferită de cea a Republicii Moldova. Mai utile se dovedesc a fi manualele și monografiile de dreptul transporturilor din Federația Rusă, însă ele nu prea sunt în vânzare în librăriile autohtone, iar unii studenți, masteranzi și doctoranzi mai întâmpină dificultăți în cunoașterea limbii ruse.

Așadar, scopul propus la elaborarea acestui manual este de a concepe în premieră un suport de curs care ar fi fundamentat pe o cercetare științifico-practică și consacrat predării la ciclul universitar I și II în cadrul facultăților de drept. Prin aceasta se urmărește și scopul de a ridicarea nivelul teoretic și practic de calificare al juriștilor în chestiunile ce țin de dreptul transporturilor din Republica Moldova, domeniu care a rămas încă puțin investigat în republică.

5. Obiectul și metoda de reglementare a dreptului transporturilor

Pentru a determina locul dreptului transporturilor în sistemul național de drept, vom apela la principalele criterii de delimitare a tuturor ramurilor de drept: obiectul și metoda de reglementare.

5.1. Obiectul de reglementare

Obiectul de reglementare juridică al dreptului transporturilor este necesar să fie precizat pentru că, în general, când se are în vedere problema constituirii unei ramuri de drept, obiectul este considerat ca fiind criteriul fundamental de departajare de alte ramuri de drept existente.

Prin obiectul de reglementare al dreptului transporturilor înțelegem totalitatea relațiilor sociale care sunt reglementate de normele din transport. Obiectul de reglementare al dreptului transporturilor se materializează prin **activitatea de transport**. Activitatea de transport ca obiect al dreptului transporturilor poate fi definită ca acea activitate care presupune deplasarea în spațiu a unor persoane sau bunuri cu ajutorul unui mijloc de transport și prin utilizarea unei căi de transport [18]. Într-o altă expunere, obiectul de reglementare al dreptului transporturilor îl constituie relațiile sociale care se stabilesc între agenții transportatori și beneficiari (pasageri, clienți, expeditori de mărfuri) în legătură cu prestarea serviciilor de transport, utilizând mijlocul de transport ca mijloc al realizării procesului de transport [19].

Transportul presupune în sine o serie de elemente, cum sunt: deplasarea în spațiu; persoanele sau bunurile ce fac obiectul acestei deplasări; folosirea unui mijloc de transport/vehicul; realizarea deplasării pe o cale de transport [20], preluarea și predarea mărfurilor de către cărauș; obligația de pază pe parcursul deplasării ș.a. De aceea nu toate deplasările în spațiu constituie obiect al activității de transport. Astfel, transportul în interes personal, transportul de petrol, apă sau gaze prin conducte, transportul de energie electrică, nu pot forma obiectul unui

contract comercial de transport. În aceste situații, transportul se realizează prin instalații proprii și activitatea de transport nu-și are justificarea, nerealizându-se operațiunile specifice transportului [21].

De asemenea, nu sunt considerate activități de transport și nu sunt incluse în obiectul dreptului transporturilor tehnologiile noi de deplasarea a unor mărfuri cu ajutorul fluxului de apă sau aer, transportul corespondenței, transmisiunile electronice, telefonice, fax, transmisiunile telegrafice, de radio și de televiziune. În aceeași situație se află și transportul poștal, deoarece este supus unor reglementări speciale (convenții speciale) în care se precizează că nu ne aflăm în prezența unei activități de transport [22]

Nu constituie obiect al dreptului transporturilor (respectiv nici a legislației cu privire la transport) unele activități de deplasare în spațiu asemănătoare celor de transport, însă care se referă la executarea lucrărilor și prestarea serviciilor într-un alt domeniu:

- deplasarea cu ajutorul mecanismelor speciale din interiorul fabricilor și uzinelor, secțiilor de lucru, laboratoarelor tehnologice, depozitelor ș.a.
- ridicarea și coborârea persoanelor și mărfurilor cu ascensorul în blocuri locative, centre de producție, în subterane, mine de cărbuni și piatră ș.a.
- deplasările distractive cu caracter sportiv, cum ar fi întrecerile de autovehicule sau plimbările cu barca.
- transportul cu autovehicule însă în afara circuitului rutier: în cariere, în arene sportive acoperite, pe stadioane, în grădini publice ș.a.
- practica de poligon a militarilor, polițiștilor, pompierilor, serviciilor cu destinație specială ș.a.

Criteriile conform cărora aceste activități se exclud din obiectul de studiu al dreptului transportului ar fi că: - sunt întrebuițate spații nepublice de deplasare, aflate în zone închise, cu destinații de altă natură și străină activității de transport; - este utilizat Cosmosul ca mediu de mișcare; - deplasarea se realizează prin instalații și tehnici speciale de suport ce constituie parte componentă a unor fabrici și uzine, având prin esență un alt scop decât cel de transportare propriu-zisă [23].

Nu poate fi acceptată nici ideea că dreptul transporturilor ar reglementa toate relațiile sociale care sunt în legătură cu transportul. O asemenea interpretare ar fi greșită. În primul rând, arătând care este obiectul de reglementare, se impune a concretiza ce se înțelege prin noțiunea de transport. Cel mai frecvent, transportul se asimilează cu deplasarea în spațiu a pasagerilor, bagajelor și mărfurilor care se efectuează cu una din cele 5 tipuri de transporturi - feroviar, maritim, fluvial, aerian și auto. Obiectul de reglementare a dreptului transporturilor nu cuprinde întreaga activitate de transport, ci așa cum s-a menționat, este cu mult mai restrâns.

Activitatea de transport are un înțeles general și variat, pe când obiectul de reglementare a dreptului transporturilor **se limitează doar la strămutarea mărfii, pasagerilor și a bagajelor de la punctul de pornire la punctul de destinație,**

adică transportarea propriu-zisă prevăzută în contractul de transport. Ca exemplu aducem *Codul navigației maritime comerciale a R.M.* care se aplică tuturor relațiilor ce țin de navigația maritimă comercială și din care fac parte: a) transportul de mărfuri, pasageri, bagaje și poștă; b) pescuitul; c) explorarea și exploatarea a zăcămintelor de minereuri de pe fundul mării; d) operațiunile de căutare, salvare, remoraj, pilotaj; e) ridicarea bunurilor scufundate; f) lucrările hidrotehnice, tehnice, subacvatice și alte lucrări pe mare; g) lucrările de gospodărire a apelor mării; h) controlul sanitar, control de carantină, alt fel de control; i) protecția și păstrarea mediului marin; j) efectuarea de cercetări științifice în mediul marin; k) activitățile de instruire; l) sportul și agrementul (art.1). *Însă toate aceste elemente nu interesează la studierea dreptului transporturilor, ci doar acelea dintre ele care referă la relațiile ce decurg din contractul de transport încheiat între călător pe de o parte, și călător sau expeditor de mărfuri pe de altă parte.*

Nu poate constitui obiectul de reglementare al disciplinei noastre **transportul prin conducte**. Acest fel de transportare își are un regim juridic aparte fiind consacrat printr-o lege organică specială – *Legea R.M. nr.592 din 26.09.1995 privind transportul prin conducte magistrale* [24] Prevederile legii date nu au nici o legătură cu deplasarea mărfurilor, persoanelor și a bagajelor. Sfera de reglementare a legii se limitează doar la conducte, și anume cele pentru transportul gazelor naturale, petroliere, hidrocarburilor gazoase artificiale și produselor petroliere.

Pentru a înțelege diferența majoră care există între cele 5 tipuri de transporturi (auto, feroviar, maritim, naval și aerian) pe de o parte, și transportul prin conducte, pe de alta, vom enumera ce se cuprinde în noțiunea de conducte. Așadar, din componența conductelor fac parte: mijloacele de conectare la stațiile de pompare și epurare; stațiile de compresare și distribuție a gazelor; ansamblurile de măsurare a debitului de gaze; stațiile auto de îmbuteliere-gaz; construcțiile pentru legăturile tehnologice; liniile de transport de energie electrică și dispozitivele de alimentare cu energie electrică; mijloacele antiincendiar, construcțiile antierozionale și cele de protecție; drumurile permanente, piste de decolare pentru elicoptere, aflate de-a lungul traseelor conductelor și căile de acces spre ele; obiectele cu destinație social-locativă și alte obiecte ce se referă la transportul prin conducte (art.2 din *Legea privind transportul prin conducte magistrale*). Construcția conductelor se efectuează de către organizații specializate în construcții și montaj, conform unor proiecte, cu respectarea normelor, standardelor și regulilor în construcție.

6. Metoda de reglementare în dreptul transporturilor

Prin metoda de reglementare se înțelege totalitatea de mijloace și procedee pe care le folosește statul pentru a influența o anumită categorie de relații sociale. Mijloacele și procedeele sunt de fiecare dată diferite deoarece fiecare ramură de drept își are obiectul ei de reglementare. Între obiectul și metoda de reglementare

există o strânsă corelație. Normele de drept pot interzice anumite acțiuni din partea participanților la raporturile juridice, le pot prescrie un anumit comportament ori lasă la discreția părților să aleagă caracterul relațiilor dintre ele [25]. Încălcarea normei de drept angajează constrângerea din partea statului. Deși această trăsătură este valabilă pentru orice ramură de drept, totuși fiecare ramură își are căile și mijloacele sale cu care influențează asupra relațiilor din sfera ei de reglementare.

În ce privește *metoda de reglementare în dreptul transporturilor*, prin ea înțelegem ansamblul de procedee și mijloace cu ajutorul cărora se realizează reglementarea juridică a relațiilor sociale ce constituie obiectul dreptului transporturilor. Într-un alt sens, ar fi mijloacele juridice prin care se acționează asupra raporturilor din transport [26] sau modul prin care statul, folosind normele de drept poate influența asupra comportamentului persoanelor participante la raporturile din transport.

Cu toate că dreptul transporturilor își are obiectul său de reglementare, el nu constituie o ramură de drept separată. Acest lucru poate fi explicat în felul următor. Așa cum se cunoaște, orice ramură a dreptului are obiect și metodă de reglementare aparte. Dreptul transporturilor cuprinde în sine relații sociale diferite după specificul și natura lor juridică: relații patrimoniale, relații de organizare și administrare, relații de muncă și funciare. Fiecare dintre aceste relații sociale își are propria sa metodă de reglementare și pe care a preluat-o de la ramura de drept căreia îi aparține această relație socială - dreptului civil, dreptului administrativ, dreptului muncii sau dreptului funciar. În așa mod relațiile de organizare și administrare aparțin ramurii *dreptului administrativ* și sunt influențate prin *metoda subordonării față de hotărârile pe care le emit organele de stat*. Această metoda a subordonării se aplică și pentru relațiile ce țin de sfera financiară și funciară din dreptul transporturilor. Relațiile patrimoniale din dreptul transporturilor își au originea lor în ramura *dreptului civil*, care are la bază *principiul egalității juridice a subiectelor* iar *metoda este cea dispozitivă*.

Dreptul transporturilor reprezintă, așadar, un complex de acte normative în care se includ atât elemente de drept public, cât și de drept privat, ceea ce implică întrebuințarea mai multor metode de reglementare însă principale le considerăm a fi metodele: *dispozitivă* (permisivă), *prohibitivă* (a interzicerii) și *onerativă* (a obligației pozitive). Aceste metode constituie mecanismul de reglementare în dreptul transporturilor. Ele se aplică cu referire la raporturi juridice concrete în care metoda de reglementare se deduce din felul în care legiuitorul s-a exprimat la formularea normei juridice.

În literatura de specialitate mai sunt menționate și două metode suplimentare: *coercitivă* și *de recompensă* [27]. Făcînd o analiză a tuturor actelor normative ce constituie obiectul dreptului transporturilor, înțelegem că preponderentă este metoda imperativă (prohibitivă și onerativă) pe motiv că majoritatea normelor țin de organizarea și administrarea în activitatea de transport, și doar un mic segment cuprinde reguli dispozitive de drept civil. În legislația națională din transportul

aerian, spre exemplu, nu găsim nici o normă dispozitivă. Aceasta deoarece legislație aeriană civilă în Republica Moldova în prezent nu există fiind aplicabile normele convențiilor internaționale și cele din Codul civil al R.M. [28].

Metoda dispozitivă acordă persoanelor dreptul de a-și alege singure conduita în cadrul raporturilor din transport. La baza metodei dispozitive se află *principiul libertății contractuale*. În conformitate cu acest principiu, subiectele pot să-și aleagă de sine stătător persoanele cu care să încheie acte juridice civile, să negocieze condiții contractuale [29]. În temeiul prevederilor art.667 alin.(1) din Codul civil, părțile pot încheia în mod liber, în limitele normelor imperative de drept, contracte și pot stabili conținutul lor.

Astfel că subiectele dreptului transporturilor pot să-și aleagă singure cealaltă parte cu care să încheie contractul de transport și să negocieze condițiile contractuale în cazul în care contractul nu este unul de adeziune. Toate contractele de transport de persoane sunt de adeziune, pasagerul urmează doar să accepte sau nu clauzele prestabilite ale contractului, inclusiv prețul care este unul tarifar. În schimb contractele de transport a mărfurilor, cu unele excepții, sunt negociabile.

Ca exemplu de metodă dispozitivă avem norma de la art.23 alin.(1) din *Codul transportului auto* potrivit căreia la predarea bagajelor la transport, călătorul este în drept să declare valoarea acestora, achitând taxa stabilită de Guvern. Așadar, rămâne la discreția călătorului dacă să declare sau nu contra unei taxe suplimentare bunurile din bagaj. O altă normă dispozitivă este aceea că mărirea plății pentru transporturile de mărfuri și serviciile de transport și expediție se determină prin înțelegerea părților care încheie aceste contracte (art.35 *Codul transportului auto*). Fiind pe poziție de egalitate juridică, cărașul și expeditorul pot liber să negocieze asupra mărimii costului de prestare a serviciilor de transport și expediție de mărfuri.

Metoda prohibitivă aduce interdicții și impune obligația de a se abține de la săvârșirea anumitor acțiuni. Metoda prohibitivă o deducem din art.23 alin.(2) a *Codului transportului auto* în care există o interdicție expresă, că nu sunt admise la transport în calitate de bagaje de mână: substanțe inflamabile, explozive, otrăvitoare, toxice, radioactive, corosive, nocive și rău mirositoare, precum și obiectele care ar putea murdări mijlocul de transport auto sau îmbrăcămintea și obiectele altor călători.

Un alt exemplu de normă prohibitivă servește cea de la art.149 a *Codului navigației maritime comerciale*. La alin.(1) se menționează că transportatorul este obligat să aducă nava, până la data plecării ei în cursă, în bună stare de navigabilitate, să asigure deplina ei conformitate cu normele tehnice de navigație, să o echipeze și să o aprovizioneze cu tot necesarul. În schimb la alin.(3) legiuitorul indică clar că acordul părților privind transportul de mărfuri care contravine alin.(1) este nul. Așadar, înțelegem că printr-o normă imperativ-prohibitivă, *Codul navigației maritime comerciale* a R.M. îi interzice cărașului orice transportare de mărfuri în cazul în care nava maritimă nu corespunde cerințelor legii.

Metoda onerativă cuprinde norme juridice care obligă călătorii, pasagerii și expeditorii de mărfuri să îndeplinească anumite acțiuni sau să respecte anumite reguli din transport. Metoda onerativă este frecventă în codurile transportului auto, feroviar și navigației maritime comerciale. Astfel, în temeiul art.21 din *Codul transportului auto* călătorul este obligat: a) să achite la timp și în întregime costul călătoriei, să păstreze biletul până la punctul său de destinație și să-l prezinte la cererea reprezentanților organelor de control; b) să respecte ordinea de urcare în și de coborâre din autobuz (microbuz); c) aflându-se în autobuz (microbuz), să respecte cerințele Regulamentului transporturilor auto de călători și bagaje.

Într-o altă normă se menționează expres că tarifele pentru transporturile de călători și bagaje în traficul urban se aprobă de autoritățile administrației publice locale, iar în traficul suburban, interurban și internațional - de organul de specialitate al autorității publice centrale (art.36 alin.(2) *Codul transportului auto*).

Călătorii sunt obligați să respecte ordinea publică, regulile de comportament în vagoane, în încăperile din gară și să nu producă daune bunurilor transportului feroviar (art.15 *Codul transportului feroviar*), norme care de altfel sunt prevăzute și în alte legi și regulamente din transportul feroviar, auto, maritim și aerian.

Norme cu caracter onerativ se conțin și în *Codul navigației maritime comerciale a R.M.* Un prim exemplu este art.27 conform căruia permisul de navigație se acordă doar după ce se stabilește că nava satisface exigențele de siguranță a navigației maritime, de ocrotire a vieții omenești pe mare și de protecție a mediului înconjurător. La art.64 alin.(1) se dispune că în caz de coliziune cu altă navă maritimă, comandantul fiecăreia dintre navele intrate în coliziune are obligația ca, fără un pericol serios pentru pasageri, echipaj și navă, să acorde toată asistența posibilă celeilalte nave, pasagerilor și echipajului ei. De asemenea, dacă o persoană la bord are nevoie de asistență medicală urgentă care nu i se poate acorda în larg, comandantul are obligația de a face escală în portul cel mai apropiat (art.25).

La apariția metodei onerative de reglementare în dreptul transporturilor are importanță faptul că transporturile sunt administrate de stat prin intermediul Ministerului Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor, Autorității Aeronautice Civile a R.M. și organelor administrației publice locale. De asemenea, în capitalul social al celor mai importante organizații de transport de pe piața Republicii Moldova anume statul este cel care deține cota parte majoritară, cum este Î.S. „Calea Ferată a Moldovei”, Î.S.C.A. „Air Moldova”, „Portul Internațional Giurgiu-lești” etc. Metoda onerativă este determinată și de sistemul tarifar prin care statul stabilește costuri unice a biletelor de călătorie pentru fiecare tip de transport.

Metoda coercitivă se aplică în scop de sancționare. În *Codul transportului feroviar* avem situația când expeditorul de mărfuri care s-a făcut vinovat de reținerea vagoanelor sau containerelor în stația de cale ferată peste termenele stabilite poartă răspunderea patrimonială în mărimea prevăzută la art.135 și 137. La fel, pentru neexecutarea comenzii de transport al mărfurilor, calea ferată și expeditorul de mărfuri se sancționează cu amendă în mărimile stabilite la art.125 a aceluiași cod.

În *Codul transportului auto* găsim că dacă în bagajele prezentate la transport se vor descoperi obiecte, a căror transportare în calitate de bagaje este interzisă, proprietarul bagajelor va fi sancționat cu o amendă în mărimea stabilită de legislație (art.46). Norma dată este valabilă și în transportul feroviar, maritim și aerian.

Metoda recompensei constă în acordarea unei indemnizații bănești sau unei aprecieri de ordin moral. În temeiul *Codului navigației maritime comerciale*, pentru terminarea încărcării navei maritime înainte de expirarea timpului convenit în contractul de navlosire (de charter), poate fi stabilită navlositorului, prin acord între părți, o indemnizație denumită *despatch*. În lipsa unui acord între părți, *despatch*-ul va fi egal cu jumătate din taxa de staționare a navei (art.154 alin.(4)).

7. Izvoarele dreptului transporturilor

Considerații introductive. Sistemul izvoarelor dreptului transporturilor reprezintă totalitatea actelor normative ce reglementează activitatea din transport și care sunt aranjate în dependența de forța lor juridică.

Principalele izvoare ale dreptului transporturilor din Republica Moldova sunt codurile pentru fiecare tip de transport în parte, legile speciale, precum și regulamentele, hotărârile, dispozițiile și instrucțiunile emise de Guvern, de Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor, organele administrației publice locale și de organele de conducere ale fiecărei organizații de transport în parte. Prezintă interes faptul că în perioada sovietică aproape toate actele normative din transport erau alcătuite după modelul legilor unionale valabile pe întreg teritoriul U.R.S.S. și chiar dacă țara noastră avea careva legi proprii, ele erau aproape similare cu legile elaborate la Moscova. Foarte mult timp transportul din legislația națională a fost reglementat prin normele Codului civil al R.S.S. Moldovenești din 1964 (Capitolul 31 „Transportul” art.383-397; Capitolul 32 „Expediția” art.398-401) [30], care a fost abrogat tocmai în anul 2002, odată cu adoptarea noului Cod civil al R.M.

O problemă era că prevederile vechiului cod erau consacrate în mare parte transportului auto, fără a putea fi aplicate pe deplin și altor categorii de transporturi. Mai mult ca atât, începând cu anul 1991, ritmurile dezvoltării economiei de piață și a libertății contractuale a demonstrat că aceste norme deveniseră insuficiente și chiar nepotrivite. Se crease o situație dificilă când Republica Moldova deși devenise stat independent și suveran, nu dispunea de o legislație adecvată cu privire la transport. O perioadă de timp a continuat a fi aplicată legislația fostei U.R.S.S. în măsura în care aceasta nu era în contradicție cu principiile suverane ale statului. Spre exemplu, Codul aerian al U.R.S.S. din 1983 a avut aplicare până în anul 1997 când a fost adoptată Legea aviației civile a Republicii Moldova și până în prezent încă nu cunoaște o abrogare expresă.

7.1. Izvoare de drept intern - legi și alte acte normative

La etapa actuală activitatea de transport în Republica Moldova este reglementată de coduri, legi speciale și alte acte normative subordonate legii. Normele caracter de comercialitate în legislația națională sunt prevăzute de Codul civil al R.M., de aceea spunem că reglementările **de ordin general** pentru raporturile de transport cu caracter de comercialitate sunt cuprinse în Codul civil al R.M., iar reglementările **de ordin special** - în legislația fiecărui tip de transport luat în parte, și anume:

- în **transportul auto**:

a) Codul transportului auto al R.M. [31]; b) Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje, aprobat prin Hotărârea Guvernului R.M. nr.854 din 2006 [32]; c) Regulamentul transporturilor auto de mărfuri din 09 decembrie 1999 [33];

- în **transportul feroviar**:

a) Codul transportului feroviar al R.M. [34]; b) Regulamentul privind prestările de servicii în traficul feroviar de călători, bagaje, mărfuri și mesagerii în interes propriu, aprobat prin Hotărârea Guvernului R.M. nr.238 din 2005 [35];

- în **transportul maritim**:

Codul navigației maritime comerciale al R.M. [36];

- în **transportul aerian** relațiile comerciale sunt reglementate în întregime de Convenția de la Montreal pentru unificarea unor reguli referitoare la transportul aerian internațional, adoptată la Montreal la 28.05.1999 [37], la care statul nostru a aderat la 05 decembrie 2008 [38].

Deși pentru fiecare categorie de transporturi pot fi enumerate și alte acte normative, ele interesează mai puțin domeniul de studiu al disciplinei noastre din motiv că cuprind în întregime norme de drept public, în timp ce dreptul transporturilor are ca obiect de studiu acele raporturi juridice care sunt bazate pe activitatea de întreprinzător și reies dintr-un contract de transport valabil încheiat.

Cu părere de rău până în prezent nu există un Cod aerian și un Cod al transportului naval al Republicii Moldova. În privința elaborării Codului aerian al R.M. se duc anumite discuții, totuși careva acțiuni concrete de elaborare a lui nu au început [39]. În schimb proiectul Codului transportului naval al R.M. a fost alcătuit deja, a trecut cu bine și procedura de expertizare, dar cauzele tergiversării examinării lui în Parlamentul R.M. nu sunt cunoscute.

7.2. Izvoare de drept internațional - convenții, acorduri, protocoale, uzanțele maritime și portuare

Legislația internațională la care Republica Moldova este parte are forță juridică superioară celei naționale. Conform art.2 alin.(2) din *Legea cu privire la transporturi*, dacă acordurile internaționale la care Republica Moldova este parte prevăd alte norme decât cele cuprinse în legislația națională cu privire la transporturi, se aplică normele acordurilor internaționale.

Așadar, izvoarele dreptului național trebuie aduse în concordanță cu convențiile la care statul nostru a aderat. Dacă în legile interne se constată contradicții sau greșeli, atunci legile se interpretează potrivit convenției. De regulă prevederile convențiilor au incidență numai asupra transporturilor care se efectuează din trafic internațional, pe când în cazul celor în trafic național se aplică legile interne.

Izvoarele de drept internațional nu pot acoperi toate raporturile de transport, de aceea apare întrebarea: dacă nu există convenție într-un anumit domeniu, cum procedăm? Răspunsul este redat la art.5 alin.(2) din *Codul transportului auto*, că în cazul în care nu există tratat sau acord, transporturile auto internaționale se efectuează în conformitate cu cerințele în vigoare ale statului pe al cărui teritoriu agentul transportator realizează transportul de călători, bagaje sau mărfuri.

Ținând cont că dreptul transporturilor are ca obiect doar acele raporturi care apar din contractul de transport, izvoarele internaționale ale dreptului transporturilor sunt:

- în **transportul auto**: a) Convenția cu privire la contractul de transport internațional auto de pasageri și bagaje (CVR), semnată la Geneva la 1 martie 1973 [40]; b) Convenția cu privire la transportul rutier internațional de pasageri și bagaje, semnată la Bișkek la 9 octombrie 1997 [41];

- în **transportul feroviar**: a) Acordul privind transportul internațional feroviar de mărfuri (SMGS) (în redacție nouă, cu modificări și completări până la 1 iulie 2008), întocmit la Moscova, în vigoare de la 1 noiembrie 1951; b) Acordul privind transportul internațional de călători (SMPS) (cu modificări și completări până la 1 mai 2007), întocmit la Moscova, în vigoare de la 1 noiembrie 1951 [42];

- în **transportul maritim** ca sursă principală servește Codul navigației maritime comerciale în care sunt incluse și dispoziții privitoare la raporturile comerciale internaționale.

Republica Moldova are încheiate numeroase acorduri bilaterale și multilaterale. *Acordurile bilaterale* vizează colaborarea reciprocă cu un anumit stat stabilindu-se și unele facilități în cadrul relațiilor comerciale cu acel stat, iar în acest sens Republica Moldova are deja încheiate peste 100 de acorduri pentru toate categoriile de transport. *Acordurile multilaterale* contribuie la accesul pe piața internațională și la dezvoltarea relațiilor economice, a comerțului și transportului între statele semnatare. Unul dintre cele mai importante acorduri multilaterale încheiate de statul nostru este *Acordul privind dezvoltarea coridorului de transport internațional Europa-Caucaz-Asia* [43] prin care țările au stabilit între ele un regim mai favorabil cu referire la transportul de mărfuri și controlul lor la frontieră, sprijinul transportului comercial aerian, maritim, auto și feroviar, reducerea staționărilor neproductive ș.a.

Uzanțele. În sfera transportului uzanțele își au aplicarea doar cu referire la transportul maritim comercial. Definiția uzanței în sens larg este realizată de Codul civil al R.M. Conform art.4, uzanța reprezintă o normă de conduită care, deși neconsfințită de legislație, este general recunoscută și aplicată pe parcursul unei perioade îndelungate într-un anumit domeniu al raporturilor civile. Uzanța se aplică numai dacă nu contravine legii, ordinii publice și bunelor moravuri.

Uzanțele mai sunt numite și obiceiuri juridice. Ele apar fără implicarea organelor de stat, însă ulterior sunt recunoscute de stat [44]. Administrația portului maritim cunoaște uzanțele care se aplică în regiunea respectivă. Cel mai frecvent obiceiurile juridice se întrebuițează cu participarea navelor maritime străine. În aceste cazuri se ține cont nu doar de regulamente și contracte, ci și de obiceiurile general recunoscute în porturi.

Uzanțele se aplică când nici în lege și nici în contract nu sunt reglementate raporturile juridice dintre părți, precum și în cazul trimerilor exprese în contractul de charter sau în conosament la obiceiurile portului [45].

Însă nu orice obicei devine și obicei juridic. În același timp obiceiul juridic nu trebuie confundat cu obiceiurile simple precum că timp îndelungat, în condiții similare, se proceda anume în așa fel. Simplele obiceiuri (tradițiile) reprezintă numai faza premergătoare. Pentru a fi numite uzanțe, ele urmează a fi recunoscute de stat, fapt ce le oferă calitatea de obiceiuri juridice (uzanțe). Spre exemplu, întâmpinarea de către o navă cu saluturi și claxonări a unei alte nave maritime care se apropie este un obicei fără importanță sub aspect juridic.

Există deosebire între cerințele unei uzanțe prevăzută la art.4 a Codului civil al R.M și cerințele uzanțelor din transportul maritim. Astfel că în transportul maritim nu este suficientă că „anumite reguli de conduită au fost respectate o perioadă de timp îndelungat și cei care le-au respectat le-au considerat obligatorii” [46], ci este necesar ca ele să fie sistematizate prin codificarea lor de organul administrației de stat competent. În acest context, conform *Codului navigației maritime comerciale*, printre funcțiile directorului de port maritim se numără și *editarea culegerii uzanțelor portuare* (art.82).

Uzanța suplinește dispozițiile legii în locurile prevăzute expres de lege. Conform art.11 din *Codul navigației maritime comerciale*, includerea în contracte a uzanțelor navigației maritime comerciale *se admite în cazul în care părțile sînt în drept să deroge de la dispozițiile prezentului cod*. În calitate de exemplu aducem toate prevederile din *Codul navigației maritime comerciale* care confirmă că uzanțele în raporturile comerciale din transportul maritim își au aplicarea numai cazurile stabilite de cod, și anume:

Art.152: „ (...) nici o marfă nu va fi stivuită pe punte fără consimțământul scris al expeditorului, cu excepția celor permise de a fi transportate pe punte în conformitate cu reglementările în vigoare și cu uzanțele de cutumă”.

Art.153: „În cazul transportului maritim în bază de charter, transportatorul trebuie să notifice în scris navlositorului sau expeditorului că nava este gata de încărcare sau va fi gata într-un anumit timp. Data și ora la care se face notificarea se stabilesc prin acordul părților, iar în lipsa unui astfel de acord, *prin uzanțele portului de încărcare*”.

Art.154: „Staliile, care înseamnă timpul acordat navlositorului de către transportator pentru încărcarea navei, se stabilesc prin acordul părților, iar în lipsa unui astfel de acord, *prin uzanțele portului de încărcare*”.

Art.155 alin.(3): „În lipsa unui acord între părți, contrastaliile și indemnitatea de întârziere se stabilesc *în funcție de uzanțele portului de încărcare*”.

Art.300 pct.(a): „Vor fi recunoscute ca avarie particulară pierderea mărfurilor transportate la bord cu încălcarea regulilor și *uzanțelor navigației maritime comerciale*”.

Așadar, în dreptul transporturilor uzanțele reprezintă izvor de drept, ele își au aplicare doar în transportul maritim, apar de pe urma obiceiurilor locale, dar care ulterior sunt recunoscute de administrația maritimă a Republicii Moldova care realizează sistematizarea și codificarea lor, le editează pentru informarea publică, conferindu-le în așa mod și forță juridică. Ele există pe motiv că statul însuși le recunoaște ca izvor al dreptului.

Generalizând cele expuse, ajungem la următoarele concluzii:

- la etapa de față Dreptul transporturilor în Republica Moldova este încă în faza de formare. După cum e și firesc pentru orice început, cele dintâi încercări au fost realizate prin instituirea disciplinei opționale în curriculumul universitar pentru studenții anului III. Se necesită o deschidere mult mai amplă, cu atât mai mult că se conturează deja o doctrină în domeniu și o practică judiciară bogată.

- deși în doctrina altor state pot fi întâlnite păreri pro și contra existenței Dreptului transporturilor ca ramură de drept aparte, în ce ne privește subliniem că faptul de a susține cu fermitate în prezent că Dreptul transporturilor constituie ramură distinctă de drept, ar însemna discuții contradictorii cu adepții dreptului civil din motiv că o parte dintre doctrinarii civilişti autohtoni privesc încă foarte rigid delimitarea ramurilor din cadrul sistemului de drept privat, focalizând totul în ramura dreptului civil, iar celelalte direcții de cercetare considerându-le ca instituții juridice, ceea ce nu este corect. Nimeni nu mai contestă în prezent importanța și valoarea științifico-practică a Dreptului transporturilor, de aceea perspectiva separării ei de Dreptul civil devine tot mai evidentă.

- a susține că Dreptul transporturilor este doar o disciplină de studiu este prea puțin. Se impune crearea unui curs special la ciclul II de Masterat. Mai mult ca atât, sunt necesare teze de doctor și doctor habilitat prin care s-ar oferi o bază științifică și o inițiere în problematica Dreptului transporturilor. Spre regret, au rămas necercetate problemele contractului de transport auto și ale contractului de transport feroviar în Republica Moldova, în timp ce în alte state există zeci de publicații științifice la aceste teme. Pentru consolidarea Dreptului transporturilor ca ramură de drept mai este necesară și o conlucrare cu Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor în vederea susținerii financiare a unor monografii și suporturi de curs. În același timp un aport considerabil poate aduce Curtea Supremă de Justiție a R.M., prin generalizarea practicii judiciare din domeniul dat.

* **Iurie MIHALACHE**, lector universitar, doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea de Stat din Moldova (Chișinău), e-mail: mihalacheiurie@mail.ru

1. Егизаров В.А. *Транспортное право*. Издательство Юридический Дом „Юстицинформ”, Москва, 2002, p.6.
2. Спирин И.В. *Транспортное право. Учебное пособие*. Издательство „Транспорт”. Москва, 2001, p.18-19.
3. Călin A. *Dreptul transporturilor. Partea generală*. Editura „PAX AURA MUNDI”, Galați, 1997, p.12.
4. Căpățină O., Stancu Gh. *Dreptul transporturilor. Partea generală*. Editura Lumina Lex, București, 2002, p.10.
5. Filip Gh., Badea C., Manoliu M., Paramon G. *Dreptul transporturilor*. Editura Junimea, Iași, 2002, p.13.
6. Călin A., *op.cit.*, p.12.
7. Витрянский В.В. *Договор перевозки*. Издательство СТАТУТ, Москва, 2001, p.278.
8. Avornic Gh. *Teoria generală a dreptului*. Editura Cartier, Chișinău, 2004, p.321-322.
9. Stanciu C. *Dreptul transporturilor*. Editura C.H.Beck, București, 2008, p.59.
10. Шварц Х.И. *О системе транспортного права и его источников*, publicat în Ученые записки Кишиневского университета, nr.67, 1964, p.34.
11. Piperea Gh. *Dreptul transporturilor*. Editura C.H.Beck, București, 2003, p.3.
12. *Вопросы воздушного транспорта*: Сборник. Часть 2. Москва, 1930, p.211.
13. Жудро А.К. *Правовое регулирование эксплуатации советского морского транспорта*. Автореф. канд. дисс. Москва, 1953, p.29.
14. Кроткова Н.Н. *Теоретические проблемы формирования транспортного права (Всероссийская научно-практическая конференция)*, publicat în Государство и право (Federația Rusă), 2004, nr.9, p.113-114.
15. Троегубов В.И. *Транспортное право*. Издательство „Транспорт”. Москва, 1975, p.9.
16. Тарасов М.А. *Транспортное право*. Издательство Ростовского Университета, Ростов-на-Дону, 1968, p.7-8.
17. Тарасов М.А. *Договор перевозки*. Издательство Ростовского Университета, Ростов-на-Дону, 1965, p.20-21.
18. Stanciu C., *op.cit.*, p.2.
19. Егизаров В.А., *op.cit.*, p.5.
20. Piperea Gh., *op.cit.*, p.3.
21. Stanciu C., *op.cit.*, p.3.
22. Filip Gh., Badea C., Manoliu M., Paramon G., *op.cit.*, p.6.
23. Спирин И.В., *op.cit.*, p.18-19.
24. Legea R.M. nr.592 din 26.09.1995 *privind transportul prin conducte magistrale*, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1996, nr.8.
25. Baieș S., Roșca N. *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*. Ediția a II-a. Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală”, Chișinău, 2005, p.42.
26. Стрельникова И.А. *К вопросу о методе транспортного права*, publicat în Современное право (Federația Rusă), nr.5, 2008, p.60.

27. Стрельникова И.А., *op.cit.*, p.60-61.
28. Mihalache I. *Evoluția izvoarelor juridice de reglementare a răspunderii civile în transportul aerian al Republicii Moldova*, publicat în Revista Națională de Drept, 2009, nr.6, p.23-29.
29. Baieș S., Roșca N., *op.cit.*, p.46-47.
30. *Codul civil al R.S.S.M.*, aprobat de Sovietul Suprem al R.S.S.M. la 26 decembrie 1964, publicat în Veștile Sovietului Suprem al R.S.S. Moldovenești nr.36 din 1964. În prezent este abrogat.
31. *Codul transportului auto al Republicii Moldova*, adoptat prin Legea Republicii Moldova nr.116-XIV din 29.07.98, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.90-91 din 01.10.1998.
32. *Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje, aprobat prin Hotărârea Guvernului R.M. nr.854 din 28.07.06*, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.124-125 din 08.08.2006.
33. *Regulamentul transporturilor auto de mărfuri din 09 decembrie 1999*, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.42-44/141 din 20.04.2000.
34. *Codul transportului feroviar al R.M.*, adoptat prin Legea Republicii Moldova nr.309-XV din 17.07.2003, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.226 din 14.11.2003.
35. *Regulamentul privind prestările de servicii în traficul feroviar de călători, bagaje, mărfuri și mesagerii în interes propriu*, anexa nr.2 la Hotărârea Guvernului nr.238 din 25 februarie 2005, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2005, nr.39.
36. *Codul navigației maritime comerciale al R.M.*, adoptat prin Legea Republicii Moldova nr.599-XIV din 30.09.1999, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.1-4/2 din 11.01.2001.
37. *Convenția de la Montreal din 1999 pentru unificarea unor reguli referitoare la transportul aerian internațional*, adoptată la Montreal la 28.05.1999, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L194, 2001, p.39-49.
38. Republica Moldova a aderat prin Legea nr.254-XVI din 05.12.2008, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.230-232 din 23.12.2008.
39. Mihalache I., *op.cit.*, p.49.
40. *Convenția cu privire la contractul de transport internațional auto de pasageri și bagaje (CVR)*, semnată la Geneva la 1 martie 1973, Republica Moldova a aderat prin Legea nr.308 din 26.10.2006, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.174-177 din 10.11.2006.
41. *Convenția cu privire la transportul rutier internațional de pasageri și bagaje*, semnată la Bișkek la 9 octombrie 1997, statul nostru a aderat prin Legea nr.192 din 08.05.2003, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.97 din 31.05.2003.
42. Hotărârea Guvernului R.M. nr.439 din 16.07.2009 pentru aprobarea Acordului privind transportul internațional feroviar de mărfuri, întocmit la Moscova, în vigoare de la 1 iulie 2008, și a Acordului privind transportul internațional de călători, întocmit la Moscova, în vigoare de la 1 mai 2007, în redacția nouă, ale Organizației de Colaborare a Căilor Ferate, publicate în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.115-117 din 24.07.2009.

43. Acord-cadrul multilateral nr.EUCAS din 08.09.98 *privind dezvoltarea coridorului de transport internațional Europa-Caucaz-Asia*, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1998, nr.000.
44. Самойлович П.Д. *Правовое оформление морских перевозок грузов*. Издательство Водтрансиздат, Москва, 1954, p.142-160.
45. Тарасов М.А. *Транспортное право*. Издательство Ростовского Университета, Ростов-на-Дону, 1968, p.25.
46. Eșanu N. *Comentariul Codului civil al Republicii Moldova*. Volumul I. Chișinău: Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală”, 2006, p.30-31.

**CONGRESUL ANUAL AL ASOCIAȚIEI “HENRI CAPITANT”
A PRIETENILOR CULTURII JURIDICE FRANCEZE
JOURNÉES ROUMAINES – “LES SUCCESSIONS”,**

București și Cluj-Napoca, 23-28 Iunie 2010

Anul 2010 este unul încărcat de semnificații pentru relațiile juridice franco-române, căci Asociația Capitant – în al șaptezeci și cincilea an de existență – a acceptat să organizeze congresul său anual internațional în România. Puțină istorie este necesară pentru înțelegerea momentului.

Jurist și profesor universitar, Henri Capitant a fost una dintre cele mai importante personalități ale dreptului civil și mediului universitar francez. Doctor în drept (1889), agregat al facultăților de drept și apoi profesor la Grenoble (1891-1908), a predat la Facultatea de Drept din Paris (1908-1937). A fost, alături de Louis Josserand și Georges Ripert, unul dintre marii prieteni juriști ai României. Imprimă o nouă direcție predării și studierii dreptului civil prin lucrarea „Introduction à l'étude du droit civil” (1897). Opera sa capitală este celebrul „Cours élémentaire de droit civil français”, realizat în colaborare cu Ambroise Colin (3 vol., prima ediție apărută în 1914). A scris un studiu complex asupra cauzei („La cause des obligations”, 1923) și a inițiat culegerea de practică comentată „Grands arrêts de la jurisprudence civile” (actualmente îngrijită de către François Terre și Yves Lequette) și „Vocabulaire juridique” (îngrijit de Gérard Cornu și continuat sub egida Asociației Capitant).

Preocupat de cultivarea și păstrarea influenței juridice franceze, ia în 1935 inițiativa fondării unei „Asociații a juriștilor de limbă franceză”, care i-a împrumutat numele după moarte. România, ca sora a Franței (și) în domeniul juridic, a fost vizitată pentru prima dată de către Henri Capitant în 1929: ca urmare, publică în același an „Les relations juridiques entre la Roumanie et la France”, în vol. „Quatre conférences sur la Roumanie”. Universitatea din București îi acordă titlul de *doctor honoris causa* în 1932, cea din Iași în 1937. Este primit în Academia Română.

Trei din foștii săi studenți: Victor Cădere (profesor de procedură civilă la Universitatea din Cluj), Alexandru Văllimărescu (conferențiar la Facultatea de Drept din București) și Ioan Miloae (doctor în drept la Paris, ajuns avocat la București), decid în 1936 traducerea și publicarea în România a cursului de drept civil al maestrului lor. Lucrarea a fost terminată în 1940, când a văzut lumina tiparului și primul volum. Depozitul de hârtie al Monitorului oficial, în a cărui editură apăruse lucrarea, este distrus de bombardamentul american, astfel că celelalte două volume nu au mai apărut.

Capitant încetează din viață pe 21 septembrie 1937 și dispariția sa a fost primită cu dureroasă surpriză în România. Facultatea de Drept din Cluj organizează în 29 februarie 1938 o sesiune comemorativă, ocazie cu care instituie premiul „Henri Capitant”, decernat anual celei mai bune compoziții sau teze de drept civil. Andrei Rădulescu, prim-președinte al Curții de Casație din București și vicepreședinte al Academiei Române, susține o comunicare la sesiunea comemorativă din 8 octombrie 1937 de la Academie. Mircea Djuvara (profesor de Enciclopedia dreptului și Filosofie juridică la București), Aurelian Ionașcu (profesor de drept civil la Cluj), Traian Ionașcu (profesor de drept civil la Iași), Constantin Stoeanovici (conferențiar la drept comercial la București) și Eugen Barasch (avocat la București) își pun semnăturile pe materiale cuprinse în volumul „Etudes de droit civil à la memoire de Henri Capitant” – LGDJ, Paris, 1938.

Grupul român al Asociației a fost fondat în România în anul 1936, la Cluj, la inițiativa profesorului Aurelian Ionașcu. Se pare că activitatea i-a încetat *de facto* după 1940; războiul, mai apoi instaurarea regimului comunist nu i-au mai favorizat funcționarea. Lista vechilor membri a continuat totuși să fie republicată în volumele anuale editate la Paris (*Travaux de l'Association Henri Capitant*) până în anul 1968. Pentru perioada 1981-1993, deși nu a fost restabilită propriu-zis Asociația, dl. Adrian Năstase apare în calitate de corespondent pentru România.

La inițiativa celor care, direct sau indirect, au onoarea de a-i urma la catedre lui Aurelian Ionașcu, s-a procedat la reconstituirea grupului român al Asociației. În acest sens, în perioada 13 iunie 2002 - 22 martie 2003, dl. Mircea-Dan Bob a purtat discuții cu dl. Michel Grimaldi - președintele Association Capitant în Franța și cu o serie de juriști interesați din România. În forma sa actuală, asociația se numește „Asociația Henri Capitant a prietenilor culturii juridice franceze”, schimbarea denumirii dorind să ilustreze lărgirea perspectivei acesteia și, implicit, a apartenenței naționale a celor care o compun. Grupul român are personalitate juridică și un site internet: <http://www.capitant.ro>.

Cea de-a șizeci și șaptea ediție a Congresului internațional al Asociației Henri Capitant a prietenilor culturii juridice franceze a avut loc în România. Propunerea de a-l organiza a fost făcută cu ocazia reuniunii similare din 2004, desfășurată în Québec. Lucrările și festivitățile au fost găzduite de Facultățile de drept din București (24 și 25 mai) și Cluj-Napoca (27 și 28 mai).

Ca tema generală a reuniunii a fost ales *Dreptul succesoral*, subiect de mare actualitate pentru recodificările naționale și pentru proiectele de reglementare europene în materie. Abordarea s-a împărțit pe patru rapoarte generale : *Sucesiune și familie* (raportor general: Paul Vasilescu, UBB Cluj-Napoca), *Sucesiune și contract* (Alain Levasseur, Louisiana State University, Baton Rouge), *Sucesiune și societăți* (Ercument Erdem, Universitatea Galatasaray, Istanbul), *Sucesiunile internaționale* (Marie Goré, Universitatea Paris II „Panthéon-Assas”).

Fidel misiunii asumate de către Asociație, Congresul a avut ca scop schimburile profesionale și interacțiunea amicală între juriștii atașați culturii juridice franceze și, în sens mai larg, celei de tradiție romanistă, indiferent de naționalitate. Peste o sută patruzeci de participanți – universitari, judecători, avocați, notari, cercetători – proveniți din douăzeci și trei de țări au participat. Tendințele actuale ale dreptului succesoral au fost analizate din perspectiva reformelor naționale recente sau relativ recente, precum cea olandeză din 1992, din Québec din 1994, franceză din 2001 și 2006, a noului cod civil român din 2009 etc. Nu a lipsit comparația cu sistemele musulmane. Temele au fost astfel formulate încât succesiunile să fie privite integrate în legăturile pe care le întrețin cu dreptul familiei, cel comercial și cu dreptul internațional privat. Tabloul astfel conturat s-a completat cu discuțiile născute pe marginea fiecărui raport general și a contribuțiilor raportorilor naționali, pentru a fi în final rotunjit de raportul de sinteză al președintelui Grimaldi. Toate acestea sunt publicate *in extenso* și pot fi descărcate gratuit la adresa <http://www.henricapitant.org/node/12>.

Profesorul Grimaldi și-a depus mandatul de președinte, ocazie cu care activitatea sa din ultimele aproape două decenii a fost elogiată de către participanți. Locul său a fost luat de către dl. Denis Mazeaud, funcția de secretar general fiind asumată de către dl. Philippe Dupichot, ambii de la Universitatea Paris II.

Reuniunile anuale următoare vor fi găzduite în Vietnam (13-17 iunie 2011) pe tema „Profesiilor juridice”, Chile (2012), Spania (2013), Polonia (2014) și Olanda (2015).

Mircea-Dan BOB,

Secretar general al Asociației Capitant - România