

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 2 / 2014
Aprilie – Iunie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

asist. Cosmin COSTAȘ

prof.dr. Mircea Ștefan MINEA

prof.dr. Paul VASILESCU

REFERENȚI:

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

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

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: asist.dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Oana GLIGAN, PIERDEREA UNEI ȘANSE PRIVITĂ PRIN PRISMA CONDIȚIILOR RĂSPUNDERII CIVILE	5
» Studii: Marius-Ioan FLOARE, OBSERVAȚII PRIVIND DAUNELE PUNITIVE ȘI OPORTUNITATEA INTRODUCERII LOR ÎN SISTEMELE DE DREPT CIVIL DE TIP CONTINENTAL	26
» Articole: Maria Claudia ANDRIEȘ, APLICAREA PRINCIPIULUI PRIORITĂȚII DREPTULUI EUROPEAN ÎN MATERIE FISCALĂ DE CĂTRE AUTORITĂȚILE NAȚIONALE	45
» Articole: Christophe CAMBY, « LEGITIMUM » AUT IMPERIALE IUDICIUM ?	85
» Articole: Juanita GOICOVICI, COMISIOANE BANCARE SOLICITATE CONSUMATORILOR – CÂT DE FRECVENTE SUNT CLAUZELE BANCARE ABUZIVE?.....	94
» Articole: Veaceslav PÎNZARI, OBSERVAȚII CU PRIVIRE LA REGLEMENTAREA DIFERENȚEI DE SEX - CONDIȚIE DE FOND POZITIVĂ LA CĂȘĂTORIE ÎN LEGISLAȚIA REPUBLICII MOLDOVA.....	108
» Articole: Cristina POP, UNELE ASPECTE ALE DESPRINDERII JURIDICULUI DE SUB TUTELA SACRULUI ÎN DREPTUL ROMAN	117
» Articole: Alexandru RÎȘNIȚĂ, TEORIA OBIECTULUI JURIDIC ÎN DREPTUL PENAL – ÎNTRE EXIGENȚĂ ȘI DERIZORIU.....	129
» Articole: Jakob Fortunat STAGL, VERTRAGSSTRAFE UND PAUSCHALIERTER SCHADENSERSATZ IM DEUTSCHEN RECHT	171
» Varia: Mircea Dan BOB, CONGRESUL ANUAL AL ASOCIAȚIEI “HENRI CAPITANT” A PRIETENILOR CULTURII JURIDICE FRANCEZE / JOURNÉES INTERNATIONALES DE L’ASSOCIATION „HENRI CAPITANT” DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE – BARCELONA ȘI MADRID, 19-23 MAI 2014	196

PIERDEREA UNEI ȘANSE PRIVITĂ PRIN PRISMA CONDIȚIILOR RĂSPUNDERII CIVILE

Oana GLIGAN*

Abstract: Loss of chance. *The texts of the New Civil Code offer a new approach to the civil liability institution, by turning to good account the doctrinal and jurisprudential analyses of the defining elements and conditions of the reparation of damage. Thus, among the innovative aspects is the introduction of regulation, for the first time in our law, of the compensation for a specific type of damage, which is the consequence of the loss of the opportunity to obtain an advantage.*

Consequently, this article aims to examine the loss of chance both as a theory of injury and as a theory of causation. The paper presents the source of the concept of loss of chance and its evolution in medical negligence law. Moreover, there are pointed out its main characteristics and conditions - the chance needs to be real and serious in order to be alleged. It is also pictured the way of evaluating the damage. The claim for the loss of a chance is based on the value of the gain that would have accrued or the loss avoided and the probability of the gain or loss arising.

Key words: *loss of chance, damage, causation, allowance, probability*

Cuvinte cheie: *pierderea unei șansei, prejudiciu, cauzalitate, indemnizație, probabilitate*

Concept

Posibilitatea indemnizării victimei pentru prejudiciului cauzat prin pierderea unei șanse a născut de-a lungul timpului ample controverse în doctrina și practica judiciară, considerându-se că o asemenea soluție conduce doar la dejucarea lipsei certitudinii prejudiciului final, ajungându-se la o răspundere bazată pe îndoială și pe un raport de cauzalitate artificial.

Remarcăm că prin adoptarea actualului Cod Civil legiuitorul a valorificat analizele doctrinare și jurisprudențiale în materie de răspundere civilă, oferind o nouă abordare acestei instituții. Este acordată o atenție deosebită pentru asigurarea unei reparări integrale a prejudiciului, de natură a realiza în mod efectiv restabilirea situației anterioare comiterii faptei ilicite. Astfel, pentru prima dată în dreptul nostru s-a reglementat în mod expres posibilitatea indemnizării unui tip de prejudiciu specific, respectiv „pierderea șansei

de a obține un avantaj.”¹ Pentru asemenea prejudiciu însă, indemnizația se va putea acorda doar „proporțional cu probabilitatea obținerii avantajului” (art. 1532 alin. 2 C.civ.), fiind indicat astfel modul de calcul în funcție de două repere: împrejurările producerii prejudiciului și situația concretă a victimei.

Totuși, principiul reparării integrale a prejudiciului este limitat la acele urmări păgubitoare de natură patrimonială sau nepatrimonială, care se află în legătură de cauzalitate directă cu fapta săvârșită. Poate fi oare considerată pierderea șansei de a obține un avantaj ca fiind o consecință directă a faptei prejudiciabile comise și, pe cale de consecință, pot fi acordate despăgubiri pe acest temei?

Șansa este definită de dicționarul explicativ al limbii române ca fiind o circumstanță favorabilă, o posibilitate de reușită, de succes². De cele mai multe ori, consecințele produse de acțiunile umane depind de anumite condiții externe. Șansa face parte din viața fiecăruia dintre noi, reprezentând un ansamblu de împrejurări propice producerii sau evitării unor evenimente care ne pot marca întreaga existență. Întâmplările care ne însoțesc de-a lungul vieții, chiar și cele aparent banale, ne desenează, de fiecare dată, un alt traseu al vieții, salvându-ne dintr-un accident ce putea fi mortal sau care ne putea afecta integritatea fizică, altele influențându-ne, în bine sau în rău, cariera profesională, evoluția familială sau socială³.

Pierderea unei șanse are relevanță juridică numai atunci când se produce ca urmare a unei conduite culpabile a altei persoane, prin care se intervine asupra cursului normal al evenimentelor și astfel duce la dispariția posibilității producerii unui eveniment favorabil așteptat de victimă, concretizat, fie într-un câștig, fie în evitarea unei pierderi.

Curtea de Casație franceză a definit pierderea șansei ca fiind „dispariția actuală și certă a unei eventualități favorabile”⁴. Mai recent, aceeași instanță a caracterizat pierderea șansei drept „un element al prejudiciului care poate prezenta el însuși caracter direct și cert (condiții ale indemnizării) de fiecare dată când se constată dispariția, ca efect al delictului, a probabilității unui eveniment favorabil, deși, prin definiție, realizarea unei șanse nu este niciodată certă.”⁵

În doctrina română, de-a lungul timpului, foarte puțini au fost autorii care au acordat noțiunii de pierdere a unei șanse importanța cuvenită. Totuși remarcăm faptul că în anul 1972 un autor clasic a tratat acest subiect, inspirat din doctrina franceză, folosind sintagma de „pierderea unor sortți”. Acesta a remarcat practica instanțelor judecătorești care nu se sfiau „să pipăie șansele de câștigare a procesului, pentru a admite dreptul la desdăunare și a stabili întinderea reparațiunii, dacă apreciază că procesul ar fi fost câștigat”⁶ prin exercitarea căii de atac pierdute ca urmare a faptei ilicite. El considera că această practică era justificată prin experiența judecătorilor în aprecierea temeiniciei și legalității hotărârii judecătorești. În afară însă de ipoteza aprecierii valorice a șanselor de câștig referitoare la un act judiciar, instanțele nu s-au arătat foarte dispuse să acorde daune interese pentru pierderea unor altfel de „sortți de câștig”.

În practica judiciară mai recentă au fost semnalate doar izolat asemenea situații, fiind recunoscut dreptul victimei de a fi despăgubită, fără însă a se invoca argumente privind „pierderea unei șanse”. Astfel, într-o cauză soluționată de instanța noastră supremă

În anul 1992⁷, s-a apreciat că este îndreptățită să obțină repararea prejudiciului persoana care, deși nu era încadrată în muncă la data evenimentului, din probele administrate a rezultat cu certitudine că urma să se angajeze, iar această întârziere s-a datorat neîndoielnic săvârșirii faptei ilicite a cărei victimă a fost.

Remarcăm însă că aplecarea instanțelor asupra prejudiciilor suferite ca urmare a pierderii unor șanse s-a făcut simțită în Franța, încă din secolul al XIX-lea. Noțiunea de pierdere a șansei a ieșit de sub tipar sub auspiciile Curții de Casație franceze la sfârșitul secolului al XIX-lea⁸. A fost admisă răspunderea unui oficial ministerial pentru faptul că, din culpa sa, reclamantul a fost privat de o procedură care i-ar fi dat posibilitatea să câștige un proces. La scurt timp, și Camera Civilă a Curții de Casație franceze a admis existența acestui tip de prejudiciu, printr-o hotărâre din 23 martie 1911, condamnând un avocat care a ratat termenul limită pentru apel și, astfel, l-a lipsit pe clientul său de șansa de a câștiga procesul.

Mai târziu, a fost indemnizată și văduva unui student în anul al șaselea la medicină, rănit mortal într-un accident, pentru că a fost lipsită de posibilitatea de a se bucura de situația financiară rezultată din veniturile preconizate pentru profesia pe care soțul ei urma să o desfășoare⁹.

Încetul cu încetul, noțiunea de pierdere a șansei a câștigat teren în majoritatea ramurilor de răspundere civilă. Se pare că instanțele judecătorești au acceptat fără prea mari dificultăți indemnizarea acestui tip de prejudiciu. Un alt exemplu, devenit la fel de clasic, este acela care privește neparticiparea unui cal de curse la o competiție din cauza întârzierii transportatorului, privând astfel pe proprietar de șansa obținerii unui premiu sau cazul unui pictor care nu și-a putut expune la timp pânzele pictate, pierzând în acest mod șansa de a fi laureat.

Caracteristici ale prejudiciului constând în pierderea unei șanse

Teoria pierderii unei șanse pare a fi un paradox – ea presupune coexistența unei probabilități de realizare a evenimentului favorabil dacă nu ar fi intervenit fapta culpabilă a autorului, care implică luarea în considerare a unui element aleatoriu, cu o certitudine, aceea că în lipsa acestei fapte, evenimentul favorabil s-ar fi putut realiza, element ce ține de legătura de cauzalitate. Provocarea este de a concilia cele două componente contradictorii ale certitudinii, fără însă a face excese într-o direcție sau alta¹⁰.

Prejudiciu virtual

Analiza prejudiciului în condițiile societății contemporane este o problemă de mare actualitate dacă avem în vedere, pe de o parte, diversitatea și amploarea fără precedent a daunelor cauzate și, pe de altă parte, necesitatea protejării persoanelor vătămate prin restabilirea echilibrului social distrus ca urmare a comiterii unor fapte dăunătoare¹¹.

Doctrina apreciază că pentru nașterea obligației de reparare, prejudiciul trebuie să fie cert. Această cerință pare evidentă *a priori*: cel care invocă un prejudiciu trebuie să îi

dovedească existența și întinderea, dubiul profitând pârâului. Într-o exprimare metaforică, prejudiciul a fost apreciat ca fiind „nu numai condiția răspunderii, dar și măsura ei, în sensul că autorul răspunde numai în limita prejudiciului cauzat”¹². Dar, în realitate, condiția ca prejudiciul să fie cert nu se percepe exact așa, ci mai degrabă în sensul că nu se poate repara un prejudiciu a cărui realizare este doar ipotetică.

Este de actualitate exemplul în care părinții unui copil ucis din culpă solicită daune pentru pierderea posibilității de a obține o pensie de întreținere, chiar dacă, la data decesului victimei, nu întruneau condițiile necesare pentru primirea acelei pensii. Prejudiciul este în acest caz, dacă putem spune așa, „plauzibil”, dar asta nu îl face mai puțin eventual și, cu excepția unor situații excepționale, instanțele vor refuza o asemenea cerere de despăgubire¹³. O speță asemănătoare a fost rezolvată și de Tribunalul Suprem din România, care a decis în același sens. Simpla împrejurare invocată de părinți că în viitor ar fi posibil să se afle, din cauza vârstei, în incapacitate de a munci, cu dreptul de a pretinde pensia de întreținere, reprezintă o simplă eventualitate, care nu poate justifica acordarea actuală a despăgubirilor¹⁴. Nu este, însă, eventual, prejudiciul încercat de copilul minor al cărui părinte a fost ucis, chiar dacă la data morții părintele nu presta efectiv întreținerea copilului său, dar acesta din urmă ar fi putut obține oricând obligarea părintelui la plata unei pensii de întreținere¹⁵. Aceste soluții sunt logice și, în plus, ne arată și faptul că există o graniță între prejudiciul cert, reparabil și cel eventual.

În doctrina noastră tradițională, prejudiciile sunt clasificate în prejudicii actuale și prejudicii viitoare. Este unanim admis faptul că prejudiciul actual este cert. În ceea ce privește prejudiciul viitor însă, multă vreme nu s-a admis repararea lui. Doctrina mai veche afirma că nu se pot cere despăgubiri pentru o daună necertă și eventuală, adică aceea care se poate produce numai în viitor. Curând, atât jurisprudența cât și doctrina au devenit mai flexibile, apreciind că un prejudiciu care nu s-a realizat poate justifica condamnarea actuală dacă realizarea lui în viitor este certă. Prin urmare, face parte din categoria prejudiciilor certe și prejudiciul viitor care, deși încă nu s-a produs, este sigur ca se va produce, iar cuantumul lui poate fi evaluat în prezent, existând elemente suficiente în acest scop¹⁶.

În cazul prejudiciului viitor se admite că este vorba de o certitudine „relativă”, dat fiind faptul că viitorul este întotdeauna afectat de un anumit *alea*¹⁷. De exemplu, cum putem stabili pentru ce perioadă de timp va fi indemnizată victima unui accident corporal în urma căruia și-a pierdut definitiv capacitatea de muncă? Putem să știm că ea nu ar fi murit la scurt timp după accident din cauza unei boli sau chiar din cauza unui alt accident ori că nu și-ar fi pierdut locul de muncă? Este clar ca nu există certitudine în acest sens, precum nu există nici în sens contrar: victima putea să aibă o carieră excepțională și să se îmbogățească. Este imposibilă determinarea exactă a prejudiciului în acest caz. Dar, dreptul nu are nevoie de certitudine, după cum bine știm; el se limitează la probabilitate¹⁸. Anumite limite ale reparării prejudiciului sunt stabilite de jurisprudență: nu se repară prejudiciile eventuale, pur ipotetice.

Prin însăși natura sa, șansa realizării unui anumit obiectiv este aleatorie, deoarece materializarea ei depinde, într-o măsură mai mare sau mai mică, de o serie de factori de natură obiectivă sau subiectivă. Astfel, ori de câte ori există șansa ca un eveniment

favorabil să se producă, corelativ există în mod inevitabil și riscul unui eșec, respectiv neproducerea evenimentului scontat. Aceasta ne duce la concluzia că nu în toate cazurile, dacă evenimentul care a privat victima de respectiva șansă nu s-ar fi produs, victima și-ar fi văzut șansa efectiv îndeplinită.

Distincția precedentă între prejudiciul viitor cert, reparabil în integralitatea lui și prejudiciul eventual, care nu este susceptibil de reparare apare destul de brutală în situațiile în care probabilitatea este prea serioasă pentru a fi neglijată, dar nu suficientă pentru a fi reținută ca o certitudine. Așadar, pentru a atenua acest sistem bazat pe principiul „totul sau nimic”, jurisprudența a introdus această noțiune a pierderii de șansă, care permite o soluție intermediară¹⁹.

Ca urmare a diversității tot mai mari a cauzelor în care se pretinde repararea prejudiciilor viitoare, s-a impus o nouă distincție între prejudiciile eventuale și prejudiciile virtuale²⁰. Cele două noțiuni însă nu sunt bine conturate și distincția dintre ele este supusă unor ample dezbateri. Se apreciază că prejudiciul eventual este lipsit de certitudine și prin urmare nu poate justifica acordarea de despăgubiri. În schimb, prejudiciul virtual sau potențial este indemnizabil în măsura certitudinii producerii lui. Deși nu s-a produs încă, prejudiciul virtual prezintă toate condițiile realizării sale, fiind prelungirea unei stări de lucruri actuale, directe, probabile și susceptibile de evaluare imediată.

Certitudinea prejudiciului ține mai mult de caracterul verosimil al acestuia, atât de verosimil încât merită să fie luat în considerare²¹. În consecință, prejudiciile viitoare și eventuale nu trebuie confundate cu prejudiciile constând în pierderea unei șanse. Prin pierderea unei șanse se înțelege pierderea posibilității unei persoane de a realiza un câștig sau de a evita o pierdere; de aici rezultă un prejudiciu pentru persoana în cauză²². Dauna rezultând din pierderea șansei se încadrează în categoria prejudiciului virtual, fiind situat la jumătatea drumului între prejudiciul pur eventual și prejudiciul cert. Tocmai de aceea se apreciază că natura ambiguă a acestuia face ca indemnizarea lui să fie mult mai delicată.

Coexistența a două prejudicii distincte

În practica instanțelor noastre judecătorești se constată încă o reticență explicabilă în acordarea daunelor-interese pentru prejudiciul constând în pierderea unei șanse. Respingerea acestei teorii vizează caracterul ipotetic al prejudiciului. În acest sens, se subliniază faptul că în cazul în care șansa nu s-ar fi realizat, victima nu ar fi suferit niciun prejudiciu. Prin urmare, autorul faptei ilicite nu poate fi obligat la repararea unui prejudiciu care nu s-a produs.

Această critică ar fi justificată doar dacă victima ar urmări obținerea avantajelor ce ar fi rezultat din valorificarea șansei respective. În realitate însă, deși are o configurație proprie, paguba suferită ca urmare a pierderii de șansă presupune existența a două prejudicii distincte: un prejudiciu inițial, abstract, reprezentat de „prețul” irosirii șansei de a accede la un eveniment favorabil și un prejudiciu final, concret, reprezentat de avantajul de care a fost lipsită victima sau de paguba de care aceasta putea fi ferită dacă evenimentul favorabil s-ar fi produs²³.

Cu toate că se vorbește unanim de „pierderea șansei”, ceea ce interesează de fapt din perspectiva dreptului civil este doar prejudiciul suferit ca urmare a acestui eveniment. El este astfel denumit pentru a nu fi confundat cu prejudiciul final.

Într-adevăr, prejudiciul cauzat de *nerealizarea șansei* este unul ipotetic și nesusceptibil de reparare din acest motiv. Victima nu poate invoca pierderea avantajelor pe care le-ar fi obținut din realizarea șansei respective, deoarece nu există o certitudine în această privință. Pe de altă parte, prejudiciul cauzat prin *pierderea acelei șanse* este cert. Până la momentul săvârșirii faptei ilicite, victima se bucura de un potențial avantaj care îi oferea posibilitatea de a-și crea o situație mai favorabilă. Or, această șansă dispăre definitiv ca efect al săvârșirii faptei ilicite²⁴. Între cele două prejudicii suferite de victimă există o simbioză, prejudiciul primar neputând exista decât în relație cu cel final, produs ca urmare a pierderii șansei.

Altfel spus, prejudiciul inițial este expresia probabilității prejudiciului final suferit de victimă, ca urmare a neproducerii evenimentului favorabil. De pildă, prejudiciul suferit prin pierderea șansei ca urmare a culpei profesionale a avocatului care nu a introdus calea de atac în termen nu se va putea situa la valoarea pe care o avea obiectul litigiului. Tot ce poate spera justițiabilul vătămat este o despăgubire parțială, reprezentând doar prețul lipsirii de șansa judecării pe fond a cauzei, preț care va fi calculat în raport de șansele obiective de câștig pe care le-ar fi avut cauza avansată de victimă. Legătura dintre cele două prejudicii este evidențiată prin aceea că judecătorul va cuantifica prejudiciul suferit prin pierderea șansei în raport de avantajul pe care l-ar fi avut victima sau pierderea pe care ar fi putut-o evita prin câștigarea procesului.

În mod incontestabil, prejudiciul cauzat prin pierderea șansei de a obține un avantaj trebuie abordat ca fiind o categorie distinctă a prejudiciului, aspect care se desprinde atât din modalitatea producerii lui, cât și din regulile speciale de indemnizare a acestuia.

Noțiunea de pierdere a șansei are două accepțiuni. După cum am văzut, atunci când avem în vedere existența prejudiciului, pierderea șansei are o natură duală. Însă, în momentul în care luăm în considerare indemnizarea prejudiciului, ceea ce ne interesează este doar pierderea șansei *stricto sensu* (prejudiciul inițial). Elementul definitoriu al acestui tip de prejudiciu îl constituie modalitatea concretă prin care este prejudiciată victima, diferită în raport de celelalte ipoteze. Ineditul rezidă în aceea că, prin săvârșirea faptei ilicite a fost împiedicată producerea unui eveniment viitor, de natură a crea un avantaj victimei. Imposibilitatea de a profita de pe urma acestuia reprezintă prejudiciul cauzat victimei²⁵.

Inițial, despăgubirea pentru prejudiciului constând în pierderea șansei a fost admisă de jurisprudență pentru a-i permite judecătorului să intervină în cazurile în care prejudiciul final nu putea fi reparat. Asta explică legătura dintre cele două prejudicii. Totuși, prejudiciul inițial este original, *sui generis* și independent în raport cu cel final, bucurându-se astfel de un grad de autonomie. Repararea prejudiciului final este imposibilă, întrucât nu se poate stabili că acesta a fost cauzat în mod direct de fapta ilicită. Sub semnul întrebării se află deci raportul de cauzalitate, această noțiune delicată și amplu dezbătută în literatura de specialitate.

Pierderea șansei – un substitut pentru incertitudinea raportului de cauzalitate?

În legătură cu acest aspect, în doctrină se afirmă că admiterea indemnizării prejudiciului constând în pierderea unei șanse este un compromis mult prea mare, ajungându-se ca o faptă să provoace răspunderea pentru o pagubă pe care n-a produs-o..., după răspunderea fără culpă, o răspundere fără cauzalitate?²⁶ Criticile enunțate în doctrină împotriva pierderii șansei sunt de două tipuri: pe de o parte, este contestată specificitatea prejudiciului în sensul că acesta nu ar fi original și pe de altă parte, se susține că nu ar putea exista un raport de cauzalitate propriu acestui tip de prejudiciu.

S-a afirmat că „pierderea șansei este un paliativ al dubiului care planează asupra raportului de cauzalitate privind prejudiciul final.”²⁷ Această formulare a fost preluată și de alți autori care au criticat ideea de indemnizare a prejudiciului constând în pierderea unei șanse. În aceeași notă, s-a arătat că există în mod clar o pervertire a noțiunii, care devine doar o soluție provizorie în cazul existenței unui dubiu cu privire la raportul de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu: spunând că o faptă a făcut ca victima să piardă șansa de a evita un prejudiciu, nu este oare doar o altă modalitate de a spune că fapta a contribuit într-o mică măsură la producerea aceluși prejudiciu? Dar putem oare afirma că prejudiciul constând în pierderea unei șanse este doar un truc creat de jurisprudență pentru a compensa imposibilitatea de indemnizare a pagubei pe care a suferit-o victima și care corespunde cu starea sa actuală?

Recunoscând că indemnizarea prejudiciului cauzat de pierderea șansei vine în întâmpinarea intereselor victimei inocente, unii autori s-au întrebat dacă, într-adevăr, această tehnică de indemnizare este menită să protejeze interesele legitime ale victimei. S-a susținut în acest sens că indemnizarea parțială, cea care are în vedere existența unei șanse, ar contraveni principiului reparației integrale a prejudiciului, interesele victimei fiind parțial neglijate și nici nu există un criteriu obiectiv de cuantificare a prejudiciului²⁸.

Noțiunea de pierdere a șansei este folosită în scopul de a despăgubi victima cu orice preț rezultând, spun ei, în scoaterea raportului de cauzalitate din sfera condițiilor de aplicare a răspunderii civile. Aceștia consideră că instanța, în temeiul echității, din compasiune pentru victimă, asimilează de multe ori o probabilitate mare cu certitudinea sau admite că nu este sigur că fapta ilicită a condus la realizarea prejudiciului, dar cu toate astea, acordă o indemnizație victimei. Se susține că lăsând judecătorului sarcina de a aprecia întinderea prejudiciului, practic se protejează propriile dubii ale acestuia privitoare la verosimilitatea raportului de cauzalitate. Unii autori critică folosirea abuzivă a conceptului de pierdere a șansei: „Nu este de dorit ca judecătorii să fie încurajați la lene și iresponsabilitate, prin utilizarea abuzivă a acestui concep convenabil.”²⁹

S-a dezvoltat și ideea conform căreia în cazul pierderii șansei ar fi vorba despre o cauzalitate parțială. Această formulă ține cont de neîncrederea dovedită de doctrină față de specificitatea prejudiciului constând în pierderea unei șanse. Conform acestei opinii, și atunci când vine vorba de raportul de cauzalitate, pierderea șansei este la fel de strâns legată de paguba finală ca și atunci când se pune problema stabilirii existenței prejudiciului.

În această opinie, legătura de cauzalitate este aceeași pentru ambele prejudicii. „Prejudiciul constând în pierderea șanse este un prejudiciu proporțional cu raportul de cauzalitate probabil, care unește fapta generatoare de răspundere cu prejudiciul final.”³⁰

Într-adevăr, conform susținătorilor acestui punct de vedere, relația cauzală dintre evenimentul nefericit și pierderea șanse este artificială, fiind luată în considerare doar pentru obținerea reparării unei părți din prejudiciul suferit. Un astfel de artificiu neagă practic importanța stabilirii raportului de cauzalitate și conduce la ignorarea uneia dintre condițiile fundamentale care, doar întrunite în mod cumulativ, generează angajarea răspunderii civile.

S-a pus și problema ridicării probabilității la nivelul unei prezumții judiciare și, prin urmare, persoana responsabilă să fie condamnată la repararea integrală a prejudiciului sau, în cazul în care prezumția este răsturnată, să fie exclusă orice fel de despăgubire, în absența unui prejudiciu cert³¹. Dar, asimilarea probabilității cu o prezumție de cauzalitate presupune luarea în considerare a pierderii de șansă nu ca un prejudiciu distinct, ci ca o probă a existenței prejudiciului final. O asemenea prezumție ar conduce la diminuarea exigențelor în stabilirea raportului de cauzalitate. Aceasta ar avea drept consecință condamnarea autorului faptei la repararea prejudiciului final, cu toate că raportul de cauzalitate nu este cert, ceea ce ar fi injust.

Pierderea șansei – veritabil prejudiciu indemnizabil

Acțiunea în despăgubire presupune un interes născut și actual, dar cel care din pricina unui fapt trecut va suferi cu certitudine o daună are un interes actual să obțină reparațiunea și pentru această pagubă de îndată ce există certitudinea producerii ei în viitor³².

Prejudiciul constând în pierderea unei șanse este un prejudiciu de sine stătător, original. Doar pierderea șansei poate fi indemnizată, deoarece ea constituie singurul prejudiciu cert. Contrar celor afirmate de unii autori, există un raport de cauzalitate specific, propriu acestui tip de prejudiciu, care justifică indemnizarea lui. Luarea în considerare a unui astfel de prejudiciu *sui generis* este în plus un beneficiu pentru victimele care astfel pot beneficia de despăgubiri pentru o parte din pierderea suferită.

Cu toate că raportul de cauzalitate nu se bucură de o definiție concretă, în doctrină este unanim admis că această legătură dintre cauză și efect reprezintă o exigență fundamentală în cazul răspunderii civile, doctrina consacrand numeroase teorii pentru stabilirea acestuia. Care putem însă să o aplicăm în cazul pierderii unei șanse? Teoria echivalenței condițiilor nu poate fi reținută întrucât această teorie atribuie valoare cauzală fiecărei condiții în lipsa căreia prejudiciul nu s-ar fi produs (*conditio sine qua non*), pe când șansa pierdută conține un element *alea* care ne împiedică să afirmăm cu certitudine că fapta ilicită este o condiție în lipsa căreia prejudiciul nu s-ar fi produs. În plus, teoria echivalenței condițiilor reține toate cauzele producerii prejudiciului, în timp ce în materia pierderii șansei doar fapta care a dus în concret la pierderea acesteia trebuie luată în considerare, iar nu pierderea șansei ca o condiție a producerii prejudiciului final.

Teoria cauzei adecvate pare a fi mai potrivită deoarece ia în considerare probabilitatea, reținând ca și cauză a prejudiciului fapta care în mod normal este susceptibilă să producă efectul respectiv. Dar, în cazul pierderii șanse, probabilitatea permite doar stabilirea existenței prejudiciului. Astfel, fiind reținută pierderea unei șanse, prejudiciul apare ca fiind unul cert, dar mai rămâne de stabilit raportul de cauzalitate care îl unește de faptul generator.

Un autor afirma că „justificarea indemnizării pierderii șansei este posibilă doar într-o concepție a cauzalității care, ținând cont de complexitatea realității, recunoaște în producerea fenomenelor, o combinație a legii cauzale cu legea aleatoare.”³³ În materia pierderii unei șanse elementele cauzale, factori cunoscuți, cum este de exemplu eficiența unui tratament medical *in abstracto*, se combină cu elemente aleatorii, precum efectele aceluși tratament utilizat pentru un anumit caz, *in concreto*. Judecătorul va trebui, prin urmare, să evalueze raportul de cauzalitate existent între fapta generatoare și prejudiciu prin raportare la cele două „legi”.

La prima vedere, teoria dezvoltată de autor pare a fi adecvată, în sensul că oferă un fundament și explică modul de abordare al judecătorului atunci când acesta este responsabil să stabilească relația de cauzalitate dintre eveniment, concept concret și pierderea unei șanse, concept abstract și subtil. Totuși, observăm că în acest mod se poate determina doar raportul dintre faptă și șansa pierdută. Or, după cum am arătat, există două raporturi de cauzalitate distincte, derivând din același fapt generator. Primul dintre ele poate fi stabilit între fapta ilicită și prejudiciul inițial, însă cel de-al doilea nu se poate determina, întrucât prejudiciul final nu este o consecință certă a acesteia. Fapta ilicită este singura cauză a pierderii șansei, prejudiciul fiind chiar măsura acestei șanse pierdute. Tocmai de aceea, șansa pierdută este un prejudiciu original, iar nu doar o fracțiune a prejudiciului final.

Astfel, în ipoteza pierderii unei șanse de reușită profesională, nu putem afirma că fapta care l-a împiedicat pe candidat să se prezinte la interviu este motivul pentru care acesta nu a obținut postul. Dar, cu siguranță putem afirma că fapta a dus la pierderea unei șanse concrete de a obține acel post. La fel, atunci când avem în vedere pierderea șansei de a câștiga un proces, nu putem certifica faptul că reclamantul ar fi câștigat procesul, dar este sigur că din cauza faptului că avocatul nu a introdus acțiunea în termen, a pierdut o șansă de a-l câștiga. Aceste exemple arată clar că doar pierderea șansei este consecința directă a faptei ilicite, iar nu prejudiciul final produs ca urmare a nerealizării șansei.

Condiții pentru indemnizarea prejudiciului creat prin pierderea unei șanse

Pentru a obține indemnizarea prejudiciului constând în pierderea unei șanse nu este suficient să se dovedească doar existența condițiilor generale ale răspunderii civile, fiind în plus necesară întrunirea a două cerințe suplimentare. Astfel, pierderea unei șanse are caracter cert și deci este indemnizabilă, doar dacă acea șansa pierdută era reală și serioasă. Perspectiva obținerii unui avantaj trebuie evaluată în concret, de la caz la caz, pentru a se stabili dacă ar fi fost sau nu realizabilă.

Șansa pierdută se raportează la prejudiciul final deoarece în lipsa acestuia, șansa de a-l fi evitat nu putea să existe în realitate, aflându-ne în ipoteza creării unui risc. Se consideră așadar că șansa a fost pierdută atunci când putea fi evitat prejudiciul final, când făptuitorul a întrerupt o evoluție a unor fapte sau împrejurări care puteau fi sursa unui avantaj sau a evitării unei pierderi.

Sarcina probei o are victima și ea privește, în principal, legătura de cauzalitate între faptul generator și prejudiciul suferit prin pierderea șansei. Pentru ca șansa să fie considerată reală, ea trebuie să fie susceptibilă de o apreciere obiectivă, ceea ce înseamnă că posibilitatea evenimentului favorabil trebuie să fie mai mult decât o simplă dorință a victimei. Prejudiciul creat prin pierderea unei șanse nu constituie o excepție de la principiul certitudinii prejudiciului și, mai mult, nu are vocația de a servi drept „jumătate de măsură” în cazul în care există dubiu cu privire la raportul de cauzalitate. În ceea ce privește probabilitatea de îndeplinire a evenimentului favorabil de care victima a fost lipsită, aceasta trebuie să fie destul de serioasă pentru a da naștere obligației de despăgubire³⁴.

Se poate vorbi de o șansă serioasă numai în măsura în care probabilitatea producerii unui eveniment favorabil este semnificativă. Pentru a aprecia seriozitatea șanselor, se face distincție între situațiile în care victima se află sau nu angrenată în realizarea evenimentului favorabil³⁵. Se disting astfel două situații:

a) fapta reproșabilă intervine în timp ce șansa era în curs de realizare

În aceste situații este clar că șansa există, ceea ce naște un drept de indemnizare, chiar și atunci când probabilitatea obiectivă de îndeplinire a șansei este scăzută. Totuși, unele discuții au apărut cu privire la pierderea șansei de a câștiga un proces de judecată. Unele instanțe au afirmat că pentru a se putea angaja responsabilitatea în aceste cazuri, este necesar ca fapta avocatului să atragă pierderea unei șanse serioase de succes. Astfel, instanța ar trebui să analizeze fondul cauzei, iar cererea ar trebui respinsă dacă s-ar aprecia că pretenția formulată de reclamant nu avea, în niciun caz, decât șanse foarte slabe de câștig³⁶. În alte cuvinte, faptul că șansa nu are un caracter suficient de serios constituie o piedică în dovedirea certitudinii prejudiciului.

În alte decizii însă, plecând de la principiul că un proces nu este niciodată pierdut din start, s-a admis că orice faptă care împiedică desfășurarea procesului în fața instanței îl privează pe justițiabil de șansa de a-și îmbunătăți situația actuală. Eventualitatea șansei nu înlătură deci posibilitatea de succes a acțiunii îndreptate împotriva avocatului. Aceasta influențează doar cuantumul indemnizării, care se evaluează proporțional cu șansele concrete de câștig.

Apreciez că într-adevăr, în situațiile în care victima este angrenată în realizarea șansei, se impune ca pierderea acesteia să fie indemnizată, chiar dacă probabilitatea de succes este mică, singurul caz în care s-ar impune respingerea acțiunii fiind cel în care eșecul procesului este indubitabil.

b) victima nu este încă implicată în realizarea șanseii

În această situație, lucrurile stau puțin diferit. Paguba constă în pierderea posibilității de a utiliza acea șansă în viitor, iar acest aspect implică, pentru o apreciere a seriozității șanseii, o verificare a proximității momentului la care speranța dispărută urma să se concretizeze.

Cu cât acest moment este mai apropiat, cu atât mai mult este posibil ca circumstanțele exterioare intervenite să-l fi împiedicat să se realizeze. De exemplu, în cazul pierderii șanseii de a obține un loc de muncă, aceasta nu poate fi luată în considerare decât dacă studiile victimei pentru a obține acel post erau deja avansate și au fost întrerupte³⁷. La fel, dacă se solicită indemnizarea pentru pierderea șanseii de a obține o pensie de întreținere, trebuie ca la momentul la care fapta a intervenit, să fi fost îndeplinite toate condițiile necesare pentru primirea respectivei pensii.

Evaluarea prejudiciului constând în pierderea unei șanse

Prejudiciul constând în pierderea unei șanse este distinct atât de beneficiul nerealizat de victimă, cât și de pierderea pe care aceasta a suferit-o. Atâta timp însă cât șansa pierdută era reală și serioasă, instanța trebuie să-l oblige pe autor la despăgubirea victimei.³⁸

Dacă indemnizarea unui astfel de prejudiciu este în principiu justificată, nu putem să pierdem din vedere dificultățile care apar când vine vorba de punerea sa în aplicare. Trăsăturile distinctive pe care le prezintă prejudiciul constând în pierderea șanseii impun o anumită modalitate de indemnizare a acestuia, diferită față de restul prejudiciilor, deoarece trebuie raportată proporțional la probabilitatea obținerii avantajului³⁹. Realizarea unei șanse nu este niciodată certă, deci indemnizația acordată victimei nu poate fi niciodată egală cu câștigul pe care l-ar fi obținut dacă acea șansă s-ar fi realizat.

Dreptul, aspirând spre certitudine, dar nedorind să lase un prejudiciu nereparat, încearcă să elimine obstacolul creat de elementul aleatoriu al șanseii prin apelarea la o altă știință exactă: matematica. Astfel, pentru a contracara dubiul inerent șanseii, acestei noțiuni i se atașează un element mai tehnic, respectiv probabilitatea. După cum spunea și renumitul filozof și matematician francez René Descartes „...este mai sigur ca, atunci când nu stă în puterea noastră să discernem păreri adevărate, să le urmăm pe cele mai probabile...⁴⁰”. Judecătorul trebuie, prin urmare, atunci când se confruntă cu un prejudiciu a cărui cauză pare a fi o faptă, fără a fi însă sigur că aceasta l-a provocat, să evalueze probabilitatea.

De exemplu, atunci când unei asociații sportive i se reproșează că nu l-a informat pe unul dintre membrii săi despre câștigul pe care îl putea obține dacă își făcea o asigurare de persoane, indemnizația acordată acelui membru în caz de accident nu poate fi egală cu suma totală a prejudiciului suferit, dat fiind faptul că, presupunând că respectiva informație i-ar fi fost dată, nu este sigur că acel membru ar fi contractat asigurarea.

S-a susținut că această soluție nu este în perfectă concordanță cu logica deoarece șansa nu este sortită să rămână la stadiul de șansă și prin urmare nici nu conservă valoarea determinată de gradul ei de probabilitate. Ea constă în întregime fie în eșecul ei, fie în reușită, deci o indemnizare parțială, prin ipoteză, nu se împacă cu realitatea. Unul din două lucruri: ori evenimentul favorabil s-ar fi produs și astfel victima nu a primit destul, ori evenimentul nu s-ar fi realizat, în acest caz victima primind prea mult⁴¹. Consider însă că soluția este una de bun simț și accentuează autonomia pe care o prezintă prejudiciul constând în pierderea unei șanse în raport cu prejudiciul final suferit de victimă. Iar dreptul nu este întotdeauna o aplicație strictă a logicii...⁴²

Caracterul probabil al șanseii, care atrage certitudinea prejudiciului inițial, condiționează evaluarea indemnizării și previne repararea prejudiciului final, care nu este cert. Principiul limitării indemnizației are ca și consecință necesitatea unei duble evaluări.

În primul rând, judecătorul va trebui să analizeze situația victimei în cazul în care șansa s-ar fi realizat, ceea ce presupune evaluarea prejudiciului final. În a doua etapă, se va stabili probabilitatea concretă pe care o avea șansa să se concretizeze, prin raportare la realitatea și seriozitatea sa. Astfel, pierderea șanseii va fi cuantificată într-un procent, reprezentând gradul de probabilitate. Pentru a identifica în mod corect procentajul, analiza trebuie să implice întotdeauna și examinarea situației personale a victimei.

De exemplu, o persoană, victimă a unui accident în urma căruia își pierde capacitatea de a desfășura o activitate intelectuală în proporție de 2/3, invocă pierderea șanseii de a urma o anumită carieră, întrucât nu mai poate susține concursul de admitere în profesie. În primă fază, judecătorul va ține cont de statisticile care stabilesc numărul de candidați înscriși la concursul respectiv și de rata de promovabilitate. Această evaluare nu este însă suficientă și se impune, ca în a doua fază, să se stabilească șansele efective ale persoanei în cauză. În această etapă judecătorul trebuie să ia în considerare vârsta persoanei, nivelul de pregătire, rezultatele anterioare, motivația, mediul familial, aptitudinile dovedite, precum și orice alte elemente care permit o evaluare cât mai precisă⁴³.

Sursa jurisprudențială a prejudiciului constând în pierderea unei șanse

Pierderea șanseii a apărut și s-a dezvoltat din ce în ce mai mult în ultimii ani în domeniul medical. Într-adevăr, în acest domeniu jurisprudența este cea mai prolifică, iar în doctrină se nasc cele mai virulente critici.

Punctul de pornire al extinderii noțiunii de pierdere a șanseii în domeniul medical îl constituie o hotărâre a Curții de Apel din Grenoble, Franța, pronunțată în 24 octombrie 1961⁴⁴. Unei persoane vătămate la încheietura mâinii i-a fost făcută o radiografie în urma căreia medicul nu a constatat nicio fractură, astfel că aceasta și-a reluat activitățile obișnuite. Câțiva ani mai târziu, ridicând un obiect mai greu, persoana în cauză a avut dureri, iar medicul care a consultat-o a constatat că pe radiografia făcută la momentul primului accident, se observa o fractură fără deplasare. Astfel, victima l-a acționat în judecată pe medicul care a interpretat greșit radiografia și instanța a stabilit că dacă

diagnosticul ar fi fost pus corect, s-ar fi evitat formarea unei pseudartroze cu fragilitate permanentă a încheieturii. Instanța a concluzionat că lipsa unui tratament adecvat a privat cu certitudine victima de *șansa de vindecare* de care era îndreptățită să se bucure. Dar este sigur că victima s-ar fi vindecat? Este oare raportul de cauzalitate cert? Prin această hotărâre, Curtea de Apel Grenoble a deschis cutia Pandorei...

Doi ani mai târziu, Camera Civilă a Curții de Casație Franceze a consacrat și ea noțiunea de *pierdere a șansei de vindecare* și a condamnat pe acestei teme un medic pentru eroarea de diagnostic care a dus la aplicarea unui tratament greșit⁴⁵. Această jurisprudență a fost continuată și a suscitată numeroase controverse.

S-au mai reținut de către instanțe și *pierderea șansei de a nu avea copii* și *cea de a nu fi născut*. În aceste situații, pentru ca prejudiciul să existe în ceea ce îi privește pe părinți, trebuie să se adauge la naștere o pagubă particulară, excedând efectele normale ale sarcinii. Însă, decizia din cazul „Perruche”⁴⁶ pare să fi acceptat că faptul de a se fi născut sau de a fi privat de posibilitatea de a nu se naște poate să constituie un prejudiciu constând în pierderea unei șanse, susceptibil de a fi componentă a prejudiciului final suferit de copil. Consider totuși că existența reală a acestui tip de prejudiciu este îndoielnică, această concepție fiind oarecum șocantă deoarece admite că viața poate să constituie un prejudiciu, ceea ce este inacceptabil. Jurisprudența, dacă extinde în acest mod câmpul prejudiciului indemnizabil, având o concepție din ce în ce mai largă asupra șanselor care pot fi pierdute, riscă să depășească limita etică.

Pe de altă parte, a fost admisă indemnizarea pagubei rezultate din privarea de *șansa de a alege în cunoștință de cauză*, ca urmare a neîndeplinirii obligației de informare de către medic. În acest caz, incertitudinea care planează asupra raportului de cauzalitate este la un nivel și mai ridicat, căci nu este niciodată sigur că victima, fiind corect informată, ar fi luat decizia susceptibilă să evite prejudiciul. Problema care apare aici este că șansele depind de alegerea făcută de victimă. Jurisprudența consideră totuși că dacă pacientul ar fi fost informat, ar fi putut să aleagă dacă să primească îngrijiri sau să renunțe la operația din care a rezultat o pagubă și, prin urmare, a pierdut într-adevăr șansa de a lua o decizie în deplină cunoștință de cauză⁴⁷.

După cum am văzut mai sus, pierderea șansei se divizează în pierderea speranței unui câștig viitor și pierderea posibilității de a evita producerea unei pagube. Constatăm că în domeniul medical, deși există și situații în care pacientul pierde șansa unui câștig, cele mai multe cazuri sunt totuși acelea în care victima pierde șansa de a evita agravarea situației sale actuale. În general, pacientul este privat de probabilitatea de a supraviețui, de a-și recupera sănătatea sau de a-și exercita dreptul de a face o alegere în deplină cunoștință de cauză cu privire la intervențiile medicale.

Pierderea șansei de vindecare sau de supraviețuire

În cazul pierderii unei șanse de vindecare sau de supraviețuire se evidențiază cel mai bine caracterul distinct al celor două prejudicii componente ale pierderii de șansă.

Astfel, prejudiciul final constă în existența unor sechele, într-o diminuare a capacităților fizice, într-o vindecare mai îndelungată sau chiar în decesul pacientului. Însă, la fel ca și în cazurile clasice de aplicare a teoriei pierderii de șansă, nu putem considera că este vorba despre rezultatul final ca fiind cauzat de greșeala comisă de medic, legătura de cauzalitate dintre acestea neputând fi stabilită. Prejudiciul nu este, în integralitatea lui, urmarea faptei medicului. De pildă, în cazul în care a survenit decesul pacientului, acest lucru se datorează atât bolii de care suferea anterior, cât și faptei medicului. Dacă fapta culpabilă este singura cauză a urmării nefericite, ne aflăm în ipoteza de răspundere clasică și nu mai are niciun sens să apelăm la teoria pierderii de șansă. Așadar, fapta medicului nu este luată în considerare ca fiind motivul generator al decesului, ci ca fiind cauza care a determinat pierderea șansei de supraviețuire (prejudiciul inițial).

Mai mult, trebuie stabilit dacă într-adevăr fapta medicului este cea care stă la baza pierderii respectivei șanse. Pacientul, când ajunge la medic, este deja bolnav. În unele cazuri, decesul într-un interval de timp scurt este inevitabil, în altele boala pacientului, deși nu este de natură să atragă moartea acestuia, este incurabilă. În astfel de împrejurări, medicul nu poate fi tras la răspundere pentru pierderea unei șanse de vindecare sau de supraviețuire, cu excepția situațiilor în care intervenția lui a grăbit moartea pacientului.

Așadar, problema pierderii șansei se pune doar în cazurile în care exista în concret probabilitatea vindecării pacientului. Dacă medicul nu a obținut rezultatul urmărit, el nu poate fi răspunzător pentru acest simplu fapt, întrucât el are față de pacient doar o obligație de mijloace. Trebuie ca fapta care a dus la agravarea stării pacientului sau la decesul acestuia să îi fie imputabilă.

Discuții cu privire la raportul de cauzalitate

Particularitatea prejudiciului rezultând din pierderea unei șanse de vindecare sau de supraviețuire constă în atenuarea exigențelor impuse cu privire la dovedirea condiției legăturii de cauzalitate. Altfel spus, acest prejudiciu se naște în situația în care se poate face dovada existenței unei culpe medicale, fără a se putea stabili o legătură de cauzalitate certă între culpa respectivă și prejudiciul cauzat de moartea sau agravarea stării de sănătate a persoanei în cauză.

Unii autori au aprobat fără rezerve acest demers, tocmai datorită faptului că face mai ușoară proba raportului de cauzalitate, într-un domeniu în care aceasta prezintă dificultăți, mai ales din cauza rapoartelor de expertiză care fac aprecieri dubitative asupra existenței legăturii cauzale dintre culpa medicului și rezultatul produs⁴⁸.

Alții, dimpotrivă, având o viziune mai critică, au reproșat acestei noțiuni faptul că introduce un element arbitrar în determinarea responsabilității medicale. Din perspectiva acestora, problema constă în a determina dacă greșeala a cauzat paguba în întregul său sau nu: „culpa medicului nu face să se piardă șansa de vindecare, ci ea cauzează sau nu moartea.”⁴⁹ Mai mult, acest autor susține că teoria pierderii unei șanse transformă obligația medicului într-o obligație de rezultat.

S-a mai afirmat că pierderea șanse, care constituie în mod normal un tip de prejudiciu specific, a fost deturnată de la scopul ei, prin extinderea aplicării în domeniul medical. Medicina se îngrijește de trupurile umane, cu tot hazardul pe care acestea îl presupun, astfel încât nu putem să fim niciodată siguri că tratamentul sau îngrijirile aplicate ar fi avut efectul salvator așteptat⁵⁰.

Alți autori au apreciat însă că trebuie făcută distincție după cum există sau nu un *alea* la momentul intervenției faptei culpabile a medicului⁵¹. În caz de *alea* sau risc preexistent, pacientul are doar *anumite* șanse de vindecare sau de supraviețuire, pe care le pierde din cauza medicului – această pierdere e indemnizabilă. Dimpotrivă, dacă starea de sănătate a victimei nu a fost expusă *a priori* unui risc (în afară de cele inerente intervenției medicale), pacientul avea *toate* șansele de a evita paguba – în această situație nu se mai pune problema indemnizării pierderii unei șanse, ci singura problemă este de a stabili dacă fapta medicului este sau nu cauza prejudiciului. Pentru a ne afla în prezența prejudiciului constând în pierderea unei șanse trebuie așadar ca paguba produsă să se afle în raport cu starea inițială a pacientului, respectiv să fie o agravare a acestei stări, care în mod normal nu ar fi trebuit să intervină.

Distincția făcută este totuși destul de greu de aplicat în practică. În majoritatea cazurilor situația nu este atât de evidentă cum pare în teorie, fiind dificilă diferențierea situațiilor în care avem de-a face cu un risc preexistent de cele în care riscul survine ulterior. În materie medicală, toate intervențiile prezintă prin ele însele un anumit *alea*. Astfel, prin excluderea *de plano* a posibilității de reținere a pierderii șansei atunci când aleatoriul nu există *a priori*, poate conduce la deosebiri arbitrare.

Pe bună dreptate, această teorie a născut întrebări: De ce ar trebui să distingem între intensificarea unui risc preexistent și crearea unei situații riscante pentru o persoană? Simplul fapt de a fi expus riscului producerii unei pagube, risc care nu exista anterior, este într-un fel o parte a prejudiciului final. Dacă fapta terțului nu este cauza sigură a acestuia, ea a jucat totuși un rol cert în acest sens, prin aceea că a favorizat producerea prejudiciului prin crearea unui risc. Nu putem spune, așadar, că această faptă a dus la pierderea șanse de a evita producerea respectivului prejudiciu?⁵² Se mai pune întrebarea dacă este just să se refuze anumitor victime orice fel de indemnizare doar pentru motivul că ele nu se aflau într-o situație riscantă în momentul intervenirii faptei prejudiciabile. Toate sunt victime ale unei fapte care le-a înrăutățit situația, iar rațiunile teoretice de diferențiere sunt subtilități care le-ar putea afecta nejustificat.

Așadar, atât intensificarea, cât și crearea unui nou risc trebuie să fie indemnizabile, atâta timp cât admitem existența prejudiciului creat prin pierderea unei șanse și în cazul dispariției posibilității de a evita producerea unei pagube.

Apariția unui curent favorabil reparării integrale a prejudiciului în cazul creării culpabile a unui risc

Jurisprudența se împarte azi în două curente care încearcă, și unul și altul, dar prin modalități diferite, să reducă povara probei raportului de cauzalitate din domeniul

medical. Unele instanțe au rămas fidele concepției de pierdere a șanse, pe când altele se manifestă în sensul unei aprecieri mai liberale a cauzalității, răspunzând favorabil la ideea de „creare culpabilă a unei situații periculoase”.

În multe cazuri de răspundere clasică în care s-a constatat existența unei fapte care a creat o situație riscantă și un prejudiciu produs în urma pericolului creat, instanțele au admis existența unei cauzalități între cele două, fără a administra alte probe și procedând, în acest mod, la repararea integrală a prejudiciului. Dacă facem o comparație între această ipoteză și cea a culpei medicale, putem observa foarte clar similitudinea: fapta culpabilă a medicului a creat un pericol pentru sănătatea și securitatea pacientului și dacă acel pericol s-a concretizat, cauzalitatea ar putea să fie prezumată⁵³.

Astfel, într-o speță, pacientul a fost supus unei anestezii parțiale, care nu se impunea în cauză. Prima Cameră Civilă a Curții de Casație franceze a respins recursul formulat de radiolog împotriva hotărârii care a admis responsabilitatea integrală a acestuia, pe motiv că a ordonat respectiva injecție care nu era necesară, supunându-l astfel pe pacient unui risc nejustificat⁵⁴. Asta înseamnă că, pentru medic, simplul fapt de a-l supune pe pacient unui risc anormal (care s-a și realizat) și de a-l face astfel să piardă șansa evitării pagubei, a fost suficient pentru a justifica o indemnizare integrală, raportul de cauzalitate fiind prezumat.

Hotărârile Camerei Penale susțin indirect această orientare. Ea este evidențiată într-o speță în care o femeie, victimă a unui accident obstetric, a decedat în timpul nașterii. Soțul acesteia a făcut plângere penală împotriva medicului pentru ucidere din culpă, iar Curtea de Apel, constatând faptele culpabile ale medicului, l-a condamnat pentru că „a irosit șansele de supraviețuire ale pacientei.” Sesizată cu un apel fondat pe violarea principiului care impune victimei sarcina probei raportului de cauzalitate, Camera Penală a reafirmat acest principiu, însă a apreciat că, în speță, prin faptele culpabile săvârșite, medicul „a creat un risc mortal pentru pacientă și a neglijat să-i înlăture efectele”, astfel „privând victima de toate șansele de supraviețuire și comițând o faptă care se încadrează la infracțiunea de ucidere din culpă.”⁵⁵

Pierderea șansei - o noțiune „deturnată” în cazul deficiențelor de informare din partea medicilor?

În 1974, Curtea de Casație Franceză a admis pentru prima dată aplicarea teoriei pierderii unei șanse în cazul unei deficiențe de informare din partea medicului⁵⁶. În speță, o persoană a fost îndemnată de către un medic să-și facă o operație la mână, însă nu a fost avertizată în legătură cu posibilele consecințe negative, care ulterior s-au și produs. Astfel, instanța a apreciat că „neinformându-l pe pacient cu privire la riscurile operației, medicul l-a privat pe acesta de șansa de a evita un prejudiciu”. Victima a fost, deci, indemnizată și asta în ciuda faptului că pacientul, chiar fiind corect informat, ar fi putut să își asume totuși riscul operației.

Soluția menționată a fost preluată și aplicată constant și în alte cazuri asemănătoare, apelând la o analiză mai relaxată a raportului de cauzalitate. Ilustrăm prin prezentarea

unor cauze în care anumite femei au considerat că au fost private de șansa de a nu avea un copil sau de a evita să dea naștere unui copil cu handicap sever.

De exemplu, într-o speță, o femeie a cerut să fie sterilizată deoarece născuse deja patru copii, cu toate că lua pilule anticoncepționale. Pentru ea, recursul la acest procedeu era inevitabil, întrucât medicamentele contraceptive clasice nu își făceau efectul. Cu toate că femeia, pe bună dreptate, a crezut că nu mai exista niciun risc să rămână însărcinată, după scurt timp de la operație a aflat că aștepta al cincilea copil. Ea a reproșat medicului faptul că nu a informat-o despre posibilitatea de a rămâne din nou însărcinată după o asemenea intervenție.

Simplul fapt că medicul nu a pus-o în gardă pe pacientă cu privire la acest aspect poate fi considerat ca fiind în raport de cauzalitate direct cu nașterea copilului, cu toate că practicianul nu a comis nicio eroare în timpul intervenției?⁵⁷ Problema constă în a stabili dacă femeia ar fi rămas însărcinată chiar dacă medicul ar fi avertizat-o asupra riscului. În acest caz, putem să fim siguri că ea ar fi apelat la alte metode contraceptive sau și-ar fi luat alte precauții? Mai mult, putem să ne întrebăm de ce femeia nu a apelat la întreruperea cursului sarcinii când a aflat că este gravidă, ci totuși a decis să păstreze copilul?

Această speță ilustrează foarte clar incertitudinea care apare în ceea ce privește raportul de cauzalitate, fiind și mai discutabil decât în cazul pierderii șansei de a face avort pentru motive terapeutice. Atunci când o femeie a fost privată de posibilitatea de a face avort și, drept urmare, a născut un copil cu handicap, se poate stabili, apelând la statistici, procentajul femeilor care ar fi renunțat la sarcină în deplină cunoștință de cauză. Dimpotrivă, în cazul sterilizării, este mult mai greu de determinat dacă ar fi existat o diferență de comportament a cuplului în situația în care ar fi fost încunoștințat despre acel risc.

Prezentăm câteva cazuri care marchează evoluția jurisprudenței referitoare la pierderea șansei de a face avort terapeutic, până la apariția bine-cunoscutei cauze „Perruche”.

Într-o primă speță din 1989⁵⁸, o femeie de 42 de ani a rămas însărcinată și a cerut medicului care supraveghea sarcina să realizeze o amniocenteză, întrucât îi era cunoscut faptul că femeile trecute de 40 de ani prezintă riscuri mai mari de a aduce pe lume un copil având sindromul Down (trisomie). În ciuda faptului că rezultatele testului efectuat de medic au fost mulțumitoare, femeia a născut totuși un copil afectat de trisomie. În speță, părinții au fost indemnizați pentru pierderea șansei de a alege dacă să facă un avort sau nu, instanța considerând că, dincolo de orice dubiu, maladia este inherentă patrimoniului genetic și că nu este absolut sigur că mama ar fi ales să renunțe la sarcină.

Într-o altă cauză⁵⁹, o femeie a adus pe lume un copil având un handicap format ca urmare a rubeolei contractate de mamă în timpul sarcinii. Judecătorii l-au condamnat pe medic, pe motiv că nu a realizat examenul de serologie a acestei maladii, pentru pierderea șansei de a alege suferite de mamă.

Mai târziu, cauza „Quarrez”⁶⁰ a adus o schimbare a acestei jurisprudențe. Doamna Quarrez, fiind însărcinată și având o vârstă de peste 40 de ani, decide să se supună unei amniocenteze. Cultura lichidului amniotic este dificilă și presupune anumite riscuri, printre care și avortul spontan. Fiind asigurată că nu existau probleme cu fătul, doamna Quarrez a

păstrat sarcina, dar a adus pe lume un băiat care suferea de sindromul Down. Problema s-a pus cu privire la stabilirea raportului de cauzalitate între fapta medicului și dauna suferită de părinți. De această dată, Curtea s-a raliat argumentelor expuse de părinți, care au explicat că femeia nu s-ar fi supus acestui examen care implică riscuri de avort spontan, dacă nu ar fi avut intenția de a recurge la întreruperea sarcinii din motive terapeutice în caz de rezultat alarmant în urma testului.

Instanța a acordat părinților o indemnizație, cu titlu de prejudiciu material, pentru toată durata vieții fiului lor, apreciind ca cert faptul că mama ar fi recurs la avort dacă ar fi fost corect informată. Cu toate acestea, nu este vorba aici despre indemnizarea prejudiciului final, în absența unui raport de cauzalitate. Curtea a respins existența raportului de cauzalitate dintre eroarea medicului și handicapul copilului (prejudiciul final) datorită faptului că handicapul este inerent patrimoniului său genetic și a indemnizat pierderea șanse de a face avort, iar nu doar pe cea de a lua o hotărâre în cunoștință de cauză.

Evident, acceptarea existenței unei legături de cauzalitate între lipsa de informare din partea medicului și pierderea șansei de a face un avort este singura modalitate care permite judecătorului să acorde o indemnizație părinților. Ar fi injust, atât din punct de vedere juridic, cât și moral, să considerăm că neglijența medicului este cauza directă a prejudiciului constând în nașterea unui copil afectat de un handicap.

Soluția dată în speță pare logică. Cu toate acestea, Curtea de Casație Franceză a acordat pentru un prejudiciu de același tip, dar în cadrul responsabilității clasice, iar nu pe baza pierderii de șansă, indemnizarea integrală a prejudiciului, cu toate că raportul de cauzalitate era incert.

În cauză, un cuplu l-a întrebat pe un profesor doctor dacă afecțiunea neurologică de care suferea bărbatul era susceptibilă de a fi transmisă pe cale genetică descendenților, învederând totodată faptul că în acest caz ar renunța la procreare. Fiind asigurați de medic ca maladia nu se transmite, ei au decis să aibă un copil. Copilul s-a dovedit însă a fi afectat de respectiva anomalie. Instanța, considerând că părinții nu ar fi luat această decizie dacă ar fi fost corect informați, a condamnat medicul la indemnizarea integrală a prejudiciului⁶¹. Judecătorii au considerat că fapta sa se află în relație directă nu cu pierderea șansei de a lua o decizie complet informată, ci cu hotărârea de a procrea.

Totuși, dubiul cu privire la raportul de cauzalitate subzistă și în această ipoteză. Să presupunem că medicul le-ar fi spus că există un risc de 50% ca fiul lor să fie afectat de probleme neurologice – putem să fim siguri că în această situație soții ar fi procedat în același mod și ar fi renunțat la proiectul parental?

În recurs, medicul a invocat faptul că obligarea lui la indemnizarea integrală a prejudiciului nu este justă, întrucât deficiența de informare a condus doar la pierderea șansei de a alege cunoscând toate riscurile posibile, însă Curtea de Casație nu a luat în considerare această apărare.

Una dintre cele mai cunoscute hotărâri este cea pronunțată în cauza „Perruche”, prin care s-a admis acordarea unei indemnizații atât în favoarea părinților, cât și în favoarea copilului născut cu handicap. În ceea ce privește prejudiciul suferit de părinți, nu

au apărut probleme insurmontabile. S-a constatat că lipsa de informare din partea medicului se află în raport de cauzalitate direct cu pierderea șansei de a face avort.

În ceea ce privește prejudiciul copilului însă, s-au născut discuții interesante. Instanța franceză a considerat că, în principiu, nașterea unui copil nu poate constitui un prejudiciu. Totuși, în situația din speță, fătul prezenta un handicap congenital despre a cărui existență medicul trebuia să știe și să îi informeze pe părinți, pentru a cunoaște posibilitatea unui avort terapeutic. Astfel, s-a apreciat că pierderea acestei șanse a reprezentat un prejudiciu pentru copil, fiind stabilit un raport de cauzalitate între încălcarea obligației de informare din partea medicului și faptul că el s-a născut astfel.

Criticile aduse acestei orientări s-au fundamentat pe denaturarea condițiilor răspunderii civile privind existența unui prejudiciu și a unui raport de cauzalitate între acesta și culpa medicului. Așadar, în speță, copilul a fost indemnizat în absența unui prejudiciu și, *a fortiori*, a unui raport de cauzalitate între lipsa de informare a părinților și handicapul său.

Concluzie

După cum am văzut, incertitudinea asupra caracterului direct al prejudiciului atinge cote maxime în ceea ce privește pierderea unei șanse. Tocmai din acest motiv, pentru a stabili raportul de cauzalitate, judecătorul face abstracție de prejudiciul final concret și ia în considerare doar un diminutiv abstract al acestui prejudiciu, care este, prin ipoteză, legat în mod cert de faptă. Paguba finală este folosită doar în etapa evaluării indemnizației.

Cu toate că anumite aspecte legate de indemnizarea prejudiciului creat prin pierderea unei șanse nu au fost clarificate încă, observăm că această teorie nouă vizează un prejudiciu care există în realitate, iar evaluarea lui este lăsată la lumina și înțelepciunea judecătorului. Jurisprudența nu a făcut decât să releve un prejudiciu pe care legea nu l-a evidențiat în mod expres anterior și care corespunde unei atingeri reale astfel încât caracterul său abstract nu trebuie să constituie un obstacol în indemnizarea lui.

* Auditor de justiție, Institutul Național al Magistraturii; oanagligan@yahoo.com,

¹ Art. 1385 al. 4, C. Civ.

² V. Breban, *Dicționar explicativ al limbii române*, Ed. Științifică și enciclopedică, 1987, p. 1024

³ S. Neculaescu, *Pierderea șansei – prejudiciu reparabil* în Revista Studii de Drept Românesc, nr. 4/2009, p. 323

⁴ Cass. Crim., Dec. 6 juin 1990

⁵ Philippe Brun sous Cass. Crim., Dec. 4 décembre 1996 dans *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 113

⁶ M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 92

⁷ C.S.J., Dec. 17/1992 în *Probleme de drept în deciziile C.S.J. 1990-1992*, Ed. Orizonturi, București, 1993, p. 417-419

⁸ Ch. Req., C.Cass., Dec. 17 juillet 1889

⁹ Cass. Crim., Dec. 24 fevrier 1970

- ¹⁰ S. Neculaescu, *Pierderea șansei – prejudiciu reparabil* în Revista Studii de Drept Românesc, nr. 4/2009, p. 325
- ¹¹ L.R. Boilă, *Discuții privind prejudiciul cauzat prin pierderea șansei de a obține un avantaj în cadrul răspunderii civile delictuale* în Dreptul nr. 7/2010, p.99
- ¹² L. Pop, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 199
- ¹³ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 113
- ¹⁴ Trib. Suprem, Colegiul civil, Dec. nr. 733/1957 în C.D. 1957, p. 159
- ¹⁵ Trib. Suprem, Secția penală, Dec. nr. 690/1989 în Dreptul nr. 4/1990, p.75
- ¹⁶ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 655
- ¹⁷ P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, Paris, 1998, p. 140
- ¹⁸ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 4^{ème} éd., Ed. Litec, Paris, 1991, p. 62
- ¹⁹ A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Ed. L.G.D.J., Paris, 2003, p. 456
- ²⁰ S. Neculaescu, *Pierderea șansei – prejudiciu reparabil* în Revista Studii de Drept Românesc, nr. 4/2009, p. 329
- ²¹ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 114
- ²² L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 656
- ²³ S. Neculaescu, *Pierderea șansei – prejudiciu reparabil* în Revista Studii de Drept Românesc, nr. 4/2009, p. 329
- ²⁴ L.Toma, *Prejudiciul cauzat prin pierderea unei șanse conform Noului Cod Civil* în Curierul Judiciar, nr. 10/2011, p. 499
- ²⁵ L.R. Boilă, *Discuții privind prejudiciul cauzat prin pierderea șansei de a obține un avantaj în cadrul răspunderii civile delictuale* în Dreptul nr. 7/2010, p.110
- ²⁶ J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCPG, 1974 I 2620
- ²⁷ G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Ed. L.G.D.J., Paris, 1998, p. 198
- ²⁸ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 4^{ème} éd., Ed. Litec, Paris, 1991, p. 66
- ²⁹ P. Jourdain, *Conditions de la responsabilité*, RTDCiv, 1989, p. 81
- ³⁰ J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCPG, 1974 I 2620
- ³¹ J. Bore, *Note sous l'arrêt Cass. Com 19 octobre 1999*, Répertoire Defrénois, 2000, p. 1278
- ³² M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 93
- ³³ J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCPG, 1974 I 2620
- ³⁴ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 114
- ³⁵ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 116
- ³⁶ Cass. Civ. 1^{re}, Dec. 10 juin 1986
- ³⁷ Cass. Crim., Dec. 24 fevrier 1970
- ³⁸ P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, Paris, 1998, p. 141
- ³⁹ L. R. Boilă, *Discuții privind prejudiciul cauzat prin pierderea șansei de a obține un avantaj în cadrul răspunderii civile delictuale* în Dreptul nr. 7/2010, p. 108

- ⁴⁰ R. Descartes, *Discurs despre metoda de a ne conduce bine rațiunea și a căuta adevărul în științe. Partea a III-a. Câteva reguli de morală deduse din această metodă*, Ed. Academiei Române, 1990, p. 126 (traducere de Daniela Roventța-Frumușani și Alexandru Boboc)
- ⁴¹ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 4^{ème} édition, Ed. Litec, Paris, 1991, p. 66
- ⁴² A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 9^e édition, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 456
- ⁴³ L. Toma, *Prejudiciul cauzat prin pierderea unei șanse conform Noului Cod Civil în Curierul Judiciar*, nr. 10/2011, p. 503
- ⁴⁴ A. Tunc, *Perte d'une chance suite à une erreur de diagnostic*, RTD civ, 1963, p. 334
- ⁴⁵ Cass. Civ., Dec. 14 décembre 1965
- ⁴⁶ C.Cass., Dec. 17 novembre 2000
- ⁴⁷ C.Cass., Dec. 6 décembre 2007
- ⁴⁸ G. Durry, *Faute médicale et perte de chances de survie*, RTD civ, 1972, p. 408
- ⁴⁹ F. Chabas, *Note sous Dec. 21 décembre 1970 Tribunal Montpellier*, Dalloz, 1971, p. 637
- ⁵⁰ J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCPG, 1974 I 2620
- ⁵¹ M. Chabas, *La perte d'une chance en droit français, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile*, Centre d'études européennes, Genève, 1991, p. 131
- ⁵² P. Jourdain, *Conditions de la responsabilité – Sur la perte d'une chance*, RTD civ, 1992, p. 111
- ⁵³ G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile*, 2^{ème} ed., Ed. L.G.D.J., Paris, 1998, p. 200
- ⁵⁴ Cass. Civ 1^{re}, Dec. 20 février 1979
- ⁵⁵ Cass. Crim., Dec. 9 juin 1977
- ⁵⁶ C. Cass., Dec. 5 novembre 1974
- ⁵⁷ M. Martinez, *Conclusions sur TA Strasbourg 21 avril 1994 - Madame M. c. Hospices civils de Colmar*, RDP 1994, p. 1837
- ⁵⁸ TGI Montpellier, 15 décembre 1989
- ⁵⁹ Cass. Civ. 1^{re}, Dec. 8 mars 1990
- ⁶⁰ Conseil d'État, 14 février 1997
- ⁶¹ Cass. Civ. 1^{re}, Dec. 26 mars 1996

OBSERVAȚII PRIVIND DAUNELE PUNITIVE ȘI OPORTUNITATEA INTRODUCERII LOR ÎN SISTEMELE DE DREPT CIVIL DE TIP CONTINENTAL

Marius-Ioan FLOARE*

Abstract: Remarks Regarding Punitive Damages and the Feasibility of Their Introduction in Contract in Continental Civil Law Systems. Punitive damages are a tool used mainly in Common Law countries to punish bad faith behaviour. This paper studies their historical origins, the developments concerning punitive damages in their native law systems and the feasibility of their introduction in continental civil law systems.

Civil liability had a punitive role in the past, when it was barely distinguishable from criminal liability. The modern belief, held in all continental civil law systems, that civil liability has only a compensatory role is quite recent on a historical scale and it fails to address the societal concerns that some types of bad faith behaviours fall through the cracks between these two main types of liability. This paper argues that punitive or exemplary damages fulfill the punitive and exemplary role which civil liability should have never lost. We also believe that a "legal transplant" is possible and punitive damages are not fundamentally incompatible with a continental civil law systems like ours. Furthermore, some types of exemplary damages are already stipulated by Romanian law in well-defined cases, even without acknowledging the concept as such.

Keywords: punitive damages, contracts, civil liability, civil (continental) law, legal transplant, common law

1. Prezentare generală și evoluție istorică

Atunci când se discută despre reaua credință în dreptul civil, fie ea în materie contractuală sau delictuală, una dintre problemele care apar privește natura sancțiunilor care pot fi aplicate celui care se comportă cu rea credință. Pe lângă posibilitățile răspunderii civile clasice sau ale cauzelor de ineficacitate ale actelor juridice, uneori există nevoia de a sancționa conduita de rea-credință chiar dincolo de prejudiciul cauzat, întrucât acesta nu există, este prea mic sau greu de dovedit și conduita făptuitorului este improbabilă în sine conform concepției societății.

Daunele punitive sau exemplare sunt un mijloc utilizat în *Common Law* de sancționare a relei-credințe. Acestea nu au un rol compensator, ci punitiv, obiectivul

punitiv-sanționator supraviețuind de o manieră „reziduală” și în dreptul civil, nefăcând exclusiv apanajul dreptului penal. Daunele punitive, datorită naturii lor, se aplică în general în cazul faptelor juridice ilicite intenționate și în cazurile de violare a unei obligații fiduciare, putând fi însă utilizate și în materie contractuală și în anumite cazuri de neglijență. Daunele punitive au ca scopuri generale pedepsirea, descurajarea autorului faptei ilicite (prevenția specială) și a altor persoane tentate de anumite conduite ilicite (prevenția generală); ele au un caracter de excepție, aplicându-se numai atunci când comportamentul debitorului poate fi caracterizat ca fiind abuziv, opresiv, răuvoitor și pot fi utilizate în acele situații unde acesta a obținut avantaje financiare prin comportamentul său reprehensibil (*torts for profit*), în toate situațiile însă trebuind păstrată raționalitatea și proporționalitatea acestor daune punitive¹.

Una din obiecțiunile majore aduse conceptului de daune-punitive chiar în țările de Common Law este aceea că obiectivele de pedepsire și disuasiune se consideră că aparțin exclusiv dreptului penal. Susținătorii (majoritari) ai daunelor punitive arată însă că represiunea constituie un scop legitim al dreptului civil din cele mai vechi timpuri, diverși autori menționând Codul lui Hammurabi din dreptul babilonian, unde se prevedea, de exemplu, plata unor despăgubiri reprezentând de 30 de ori valoarea unui animal domestic furat dintr-un templu sau palat², dreptul hitit (1400 î.e.n.), Legile lui Manu (200 î.e.n.), codificări vechi din Grecia, legea ptolemaică din Egipt, dreptul vechi ebraic reprodus în Vechiul Testament, în Cartea Exodului fiind menționat că „*De va fura cineva un bou sau o oaie și le va junghia sau le va vinde, să plătească cinci boi pentru un bou și patru oi pentru oaie*”³, dreptul roman (legea celor XII table) și vechi legiuri engleze din perioada 1275-1753⁴.

Chipul modern al daunelor punitive în Common Law s-a conturat în Anglia la sfârșitul secolului al XVIII-lea, primele cauze cu valoare de precedent care sunt constant menționate fiind cauzele conexe *Wilkes contra Wood* și *Huckle contra Money* din 1763, cauze în care s-au acordat daune punitive pentru percheziționarea domiciliului editorului și confiscarea de bunuri fără un mandat legal, respectiv pentru arestarea și deținerea ilegală a tipografului unui ziar (*The North Briton*) care îndrăznise să-l critice pe regele George al III-lea⁵.

Pentru a înțelege fenomenul daunelor punitive în țările de Common Law, trebuie reținut că vorbim de un sistem de drept de sorginte jurisprudențială, sistem unde situațiile concrete au creat reguli de drept, reguli care dobândesc gradual în timp vocație de generalitate. În aceste sisteme nu există un principiu general al răspunderii civile delictuale, ci există diverse delikte specifice consacrate jurisprudențial (numite *trespass, battery, assault, negligence, nuisance*)⁶, procesele penale nu permit alăturarea unor acțiuni civile, iar în procesele civile problemele de fapt, inclusiv acordarea și cuantumul daunelor compensatorii sau punitive, sunt de competența unui juriu compus din oameni obișnuiți, nu din profesioniști ai dreptului. Daunele-interese în Common Law sunt mult mai variate ca și în sistemele continentale, neexistând un text legal care să le definească și să le limiteze, putându-se trece relativ ușor peste prejudiciul efectiv și beneficiul nerealizat când se acordă diversele tipuri de compensații consacrate jurisprudențial: *nominal damages, substantial damages, contemptuous damages*.⁷

2. Daunele punitive în sistemele moderne de Common Law

În dreptul englez contemporan, acordarea daunelor punitive este extrem de restrictivă, Camera Lorzilor enunțând în cauzele *Rookes contra Barnard* din 1964 și *Cassell&Co. contra Broome* din 1972 cele trei categorii de situații în care se deschide calea obligării la acest tip de daune: actele de natură opresivă, arbitrară sau neconstituțională ale unui reprezentant al guvernului; cazul în care comportamentul pârâtului vizează obținerea unui avantaj financiar (*torts for profit* – delictes pentru profit); situațiile unde o lege specială prevede posibilitatea acordării de daune exemplare/punitive. În prima categorie au fost incluse daunele punitive acordate în cazul săvârșirii unor fapte ilicite de tipul represiunii nedrepte, arestării ilegale, lovirii și vătămării corporale săvârșite de reprezentanți ai autorităților, iar în a doua categorie intrau în general calomnia, încălcarea proprietății și concurența ilicită⁸. Abia în 2001, Camera Lorzilor a deschis calea unor noi categorii de situații în care se pot acorda daune punitive (cauza *Kuddus contra Șefului Poliției din Leicestershire*), afirmându-se că încadrarea în cele trei cazuri de admisibilitate trebuie să se facă în funcție de circumstanțele generale ale cauzei și nu doar în funcție de cauza propriu-zisă a acțiunii civile.⁹

În Anglia, acordarea daunelor punitive este posibilă dacă sunt îndeplinite șase condiții sau limitări: dacă și numai dacă daunele compensatorii sunt inadecvate pentru a pedepsi pârâtul, a-i descuraja pe alții și a exprima dezaprobarea instanței pentru conduita incriminată; dacă reclamantul este victima nemijlocită a conduitei reprobabile a pârâtului; dacă pârâtul nu a fost deja pedepsit pe altă cale pentru conduita ilicită, evitându-se o dublă pedeapsă; în cazul pluralității de reclamanți se poate limita acordarea daunelor punitive întrucât instanța poate fi incapabilă să repartizeze daunele când nu știe dacă toți potențialii reclamanți sunt cunoscuți sau se prezintă în fața instanței sau când nu toți au fost supuși aceleiași conduite ilicite; daunele punitive nu se justifică când pârâtul a acționat cu bună-credință sau când a cauzat sau contribuit la comportamentul ilicit alflat¹⁰.

Cuantumul concret al daunelor punitive stabilite în Anglia este extrem de limitat, Curțile de Apel fiind abilitate printr-o lege din 1990 să reaprecieze cuantumul daunelor punitive acordate de juri, atunci când acestea par excesive. Într-o serie de cauze cu valoare de precedent din anii 1997-1998, Curtea de Apel a stabilit că un cuantum minim al daunelor punitive ar fi de 5.000 de lire sterline; pentru acordarea unor daune punitive de 25.000 de lire, conduita pârâtului trebuie să fie deosebit de reprobabilă, iar 50.000 de lire sterline trebuie privit ca un maxim absolut al daunelor punitive, cu posibilitatea ajustării sale pe viitor la inflație. Cuantumul total al tuturor tipurilor de daune acordate nu trebuie să depășească însă triplul daunelor compensatorii¹¹. Daunele punitive nu se acordă deloc în Anglia în cazurile de neglijență sau de încălcare a contractelor.

În Anglia există însă și o categorie hibridă, cea a "daunelor agravate" (*aggravated damages*), oficial considerate o subcategorie a daunelor compensatorii, care se acordă ca și o compensație suplimentară acolo unde există atingeri nepatrimoniale aduse drepturilor reclamantului și unde această atingere este exacerbată de conduita neobișnuită a

pârâtului, care poate fi caracterizată ca fiind rău-voitoare, insolentă sau arogantă¹². Se apreciază însă că luarea în calcul, ca o condiție esențială pentru acordarea acestor daune agravate, a naturii conduitei pârâtului este în măsură să submineze natura lor compensatorie și să arate că acestea sunt acordate, cel puțin în parte, prin referire la „calitatea morală” a conduitei pârâtului, apărând astfel ca un concept hibrid între daunele compensatorii și cele punitive/exemplare, fiind folosite frecvent în Anglia pentru a prelua rolul diminuat al acestora din urmă¹³. Oricum, autonomia daunelor agravate a fost recunoscută doar începând din anul 1964 când, pe fondul severei restrângeri a sferei de aplicare a daunelor punitive din cauza cu valoare de precedent *Rookes contra Barnard*, s-au menținut totuși acele daune care puteau fi explicate și într-o optică compensatorie, până atunci termenii de daune "punitive", "exemplare", "agravate", "vindictive" sau "retributorii" fiind folosiți intersanjabil¹⁴.

Din examinarea literaturii de specialitate privind dreptul comparat al daunelor punitive se poate concluziona că, deși Anglia este patria lor de origine, Statele Unite ale Americii sunt terenul actual de dezvoltare și de referință al acestei categorii juridice¹⁵. Daunele-punitive sunt consacrate deplin în jurisdicțiile americane, fiind acordate pentru sancționarea unei conduite intenționate sau premeditate, scopul lor represiv fiind dublat de cel preventiv, urmărindu-se atât asigurarea prevenției speciale și cât și a celei generale¹⁶.

În Statele Unite s-au făcut eforturi pentru reducerea magnitudinii fenomenului daunelor-punitive prin măsuri legislative federale sau statale care merg de la abolirea lor completă pentru anumite tipuri de cauze, la stabilirea de plafoane valorice sau de coeficienți maximali de multiplicare prin raportare la daunele compensatorii acordate în aceeași cauză sau la „deturnarea” către fondurile statului a unei părți a daunelor-punitive acordate.¹⁷ Curtea Supremă a Statelor Unite a adoptat o viziune tot mai restrictivă a daunelor punitive, sub umbrela constituțională a garanției dreptului la un proces echitabil (*due proces guarantee*)¹⁸, stabilind în privința cuantumului daunelor-punitive că acesta trebuie să nu fie vădit disproporționat față de caracterul condamnat al comportamentului pârâtului, stabilindu-se că un coeficient de multiplicare (față de daunele compensatorii) compus dintr-o singură cifră, coeficient care poate fi arareori depășit fără a intra pe tărâmul neconstituționalității¹⁹.

Jurisprudența americană a acceptat în mod gradual tot mai multe excepții de la principiul acordării daunelor punitive exclusiv în materie delictuală, scopul urmărit fiind al încurajării loialității contractuale. Astfel, s-a recunoscut o excepție majoră de la principiul susmenționat în cazul încălcării de către debitorul obligației contractuale a obligației implicite de bună-credință inerente tuturor contractelor (*good faith and fair dealing*) sau pentru inducerea în eroare (*fraudulent misrepresentation*). Unele din statele federale americane au acceptat acordarea de daune punitive în cazurile de rupere a legăturii contractuale însoțită de o conduită frauduloasă sau de săvârșirea unui fapt juridic ilicit distinct, această tendință bazându-se pe articolul 355 din ghidul doctrinar de referință *Restatement (2nd) of Contracts* din 1981, care arată că daunele punitive se pot acorda în cazul încălcării unui contract numai dacă respectiva conduită este de asemenea un fapt

juridic ilicit (*tort*) pentru care s-ar putea obține daune punitive. Curtea Supremă a Statelor Unite a creat în cele din urmă un nou tip de fapt juridic ilicit, constând în încălcarea contractului cu rea credință (*bad faith breach*), atunci când o parte, pe lângă ruperea contractului, încearcă să evite orice responsabilitate, negând cu rea-credință și fără o cauză legitimă chiar existența contractului.²⁰

O categorie aparte de cauze în care se discută în S.U.A. despre admisibilitatea acordării daunelor punitive sunt cele derivând din răspunderea pentru produse defectuoase. Utilitatea acestor pedepse civile în astfel de cauze este greu de contestat, întrucât pot fi singurul factor de descurajare a unui producător care ar vinde un produs pe care îl știe defectuos și periculos, dar în privința căruia calculează că profitul obținut va fi mai mare decât daunele-interese compensatorii pe care riscă să le plătească. Această realitate este cu atât mai acută în cazul în care un produs cauzează multiple vătămări minore, pentru care reclamantii individuali nu ar fi tentați să acționeze în instanță, sau în cazurile în care ar fi mai ieftin pentru producător să plătească daune compensatorii pușinilor reclamânți care s-ar adresa totuși instanțelor decât să remedieze defecțiunile produsului²¹.

Curtea Supremă a Statelor Unite a intervenit frecvent în ultimele două decenii în sensul reducerii magnitudinii daunelor punitive, ținând cont de trei criterii în aprecierea cuantumului: gradul de reprehensibilitate al conduitei, coeficientul de multiplicare dintre daunele punitive și daunele compensatorii, celelalte sancțiuni disponibile pentru fapte ilicite similare²². În cauza BMW contra Gore din anii '90, o persoană fizică a cumpărat un automobil nou de 40.000 de dolari fără ca vânzătorul să-i fi comunicat că mașina fusese parțial revopsită, întrucât suferise avarii datorită ploii acide în timpul transportului de la fabrică la distribuitor. Juriul a apreciat că revopsirea a scăzut valoarea de revânzare a autoturismului cu 4.000 de dolari (prejudiciu efectiv) și a acordat daune punitive de 4 milioane de dolari, întrucât se dovedise că era o politică sistematică a societăților pârâte să nu dezvăluie niciodată consumatorilor că mașinile noi suferiseră anumite avarii și fuseseră reparate. Curtea Supremă din Alabama a redus în apel cuantumul daunelor punitive de la 4 milioane la 2 milioane de dolari, dar Curtea Supremă a Statelor Unite a dispus rejudecarea, apreciind că acest cuantum al daunelor punitive este excesiv, că s-au luat în calcul și prejudicii probabile suferite de alte persoane decât reclamantul, chiar din alte state, și că amenda maximă în Alabama pentru asemenea practici comerciale frauduloase era de 2.000 de dolari. La rejudecare, Curtea Supremă din Alabama a acordat daune punitive de doar 50.000 de dolari²³.

Curtea Supremă a Statelor Unite a luat în calcul în stabilirea cuantumului daunelor punitive și avera pârâtului, mai ales când această avere i-a permis pârâtului-debitor să forțeze reclamantul să promoveze o acțiune în justiție și în același timp i-a permis pârâtului să târăgăneze rezolvarea judiciară a litigiului sau să-și impună voința asupra reclamantului²⁴.

În Canada anglofonă s-a respins metoda stabilirii de coeficienți între daunele-interese punitive și cele compensatorii, stabilindu-se însă că întotdeauna cuantumul lor va fi proporțional cu caracterul condamnable al conduitei pârâtului. Factorii reținuți de jurisprudența canadiană ca influențând aprecierea gravității faptei ilicite sunt: natura

premeditată și deliberată a conduitei, motivul determinant al pârâtului, durata comportamentului ilicit, tentativa de disimulare a actului, obținerea de avantaje financiare de către pârât ca urmare a delictului său (*torts for profit*), atingerea adusă deliberat de pârât unui drept sau interes având o valoare deosebită pentru reclamant²⁵. Jurisdicțiile canadiene acceptă în mod excepțional acordarea de daune-punitive și în cazurile de neglijență, atunci când această este grefată pe o conduită intenționată extrem de reprobabilă a pârâtului, care îl expune astfel pe reclamant unui risc crescut fără un motiv întemeiat²⁶, ceea ce în terminologia juridică română s-ar numi *praeterintenție* sau intenție depășită.

În ceea ce privește cuantumul daunelor punitive sau exemplare, jurisprudența canadiană reține că acesta trebuie să fie proporțional cu prejudiciul real sau potențial suferit de reclamant în situația concretă dedusă judecării, pentru ca acesta să nu obțină un avantaj financiar *excesiv* din cauza conduitei reprobabile a pârâtului, trebuind să existe o proporționalitate între suma acordată și nevoia de disuasiune, ținându-se cont în anumite situații și de resursele financiare ale pârâtului, mai ales când acesta invocă dificultăți financiare, când resursele sale financiare au o legătură directă cu conduita reprobabilă (permițându-i, de exemplu, continuarea îndelungată a conduitei ilicite), când există circumstanțe care arată că o condamnare a unui pârât înstărit la daune punitive moderate nu ar avea efect disuasiv²⁷.

Și în Canada anglofonă, la fel ca și în alte jurisdicții de Common Law, în cazul obligării la daune punitive, raționalitatea și proporționalitatea cuantumului acestora trebuie să țină cont și de celelalte sancțiuni, civile sau penale, care au fost aplicate sau sunt susceptibile de a fi aplicate pârâtului pentru același comportament reprobabil. Chiar dacă nu împiedică acordarea de daune punitive, celelalte sancțiuni aplicate sau aplicabile sunt relevante în virtutea regulii (stabilite în Anglia în cauza *Rookes contra Barnard* și în Canada anglofonă în cauza *Hill contra Bisericii Scientologice*) că daunele punitive se acordă *dacă și numai dacă* daunele compensatorii civile sau sancțiunile penale nu sunt considerate suficiente pentru atingerea obiectivelor de represiune și disuasiune²⁸. În fine, cuantumul daunelor-punitive trebuie să fie proporțional și cu avantajele pe care pârâtul le-a obținut ca urmare a conduitei sale ilicite, una din funcțiile tradiționale ale acestora fiind să prevină ca pârâtul să-și asume daunele-interese compensatorii ca simple costuri inerente pentru a putea acționa după bunul plac, fără a ține cont de ordinea juridică și de drepturile reclamantului, daunele exemplare trebuind să reducă profitul obținut ca urmare a faptei ilicite și să descurajeze asemenea practici.²⁹

În Canada, deși s-a acceptat existența distincției între daune punitive/exemplare și daune agravate așa cum a fost exprimată de Camera Lorzilor din Marea Britanie, această din urmă categorie hibridă a fost criticată pentru că cerințele sale se apropie prea mult de cele care ar declanșa acordarea de daune punitive: existența unei conduite ilicite răuvoitoare sau ieșite din comun. S-au criticat și scopurile ambigue și incompatibile ale acestei categorii de daune: compensație, pedeapsă, prevenție³⁰. Comisia de reformă legislativă din Ontario a recomandat în raportul său din 1991 ca vătămrile aduse demnității, pentru care se acordau daune agravate, să fie abordate dintr-o perspectivă pur

compensatorie, ca daune pentru prejudicii nepatrimoniale, fără a fi necesară dovada vreunei conduite deosebite, răuvoitoare sau scandaloase, renunțându-se la categoria hibridă și artificială a daunelor agravate³¹.

3. Daunele punitive în sistemele de drept civil de tip continental sau mixt

Ceea ce lipsea și lipsește în continuare în dreptul nostru civil, la fel ca și în dreptul civil francez, după cum regretă unii autori și după cum ar dori 71% dintre francezi³², este o asemenea instituție de genul daunelor punitive sau exemplare, care să țină cont de gradul de vinovăție în cazul faptelor ilicite civile, pedepsind astfel suplimentar reaua-credință față de simpla neglijență.

Această instituție există în țările de Common Law, și chiar mai nou în sistemul de drept civil de natură mixtă, dar de puternică inspirație francofonă, din provincia canadiană Québec, unde art. 1621 din Codul civil din 1991, intrat în vigoare în 1994 (cod care a servit drept sursă de inspirație și redactorilor noului nostru Cod civil din 2009³³) conține o reglementare de trimitere privind acordarea daunelor punitive sau exemplare cu rol preventiv "*acolo unde sunt prevăzute de lege*", acestea fiind acordate în scop preventiv în funcție, printre altele, și de gravitatea vinovăției debitorului. Această gravitate a vinovăției este apreciată după natura premeditată și deliberată a conduitei, intenția și motivele făptuitorului, durata comportamentului ilicit, încercarea de ascundere a faptei ilicite, conștientizarea caracterului ilicit al conduitei, obținerea unui avantaj financiar din faptul ilicit, atingerea deliberată a unui interes cu o valoare deosebită pentru cealaltă parte³⁴.

Sistemele de drept civil continentale, incluzând aici în primul rând pe cele de inspirație francofonă cu care suntem mai familiarizați, sunt extrem de refractare la conceptul de daune punitive sau exemplare, încă din vremea lui Domat³⁵ și Pothier³⁶ respingându-se implicit ideea că răspunderea civilă ar putea avea alte obiective decât repararea prejudiciului, conform adagiului clasic *restitutio in integrum*, dreptul penal fiind cel căruia i-ar reveni în exclusivitate sarcina pedesirii și descurajării faptelor ilicite³⁷. Și dreptul civil din Québec, bazat pe un Cod civil al Canadei de Jos din 1866 de puternică inspirație francofonă-napoleoniană, respingea prin tradiție sugestia acordării de daune punitive sau exemplare, afirmândându-se că legea civilă nu pedepsește niciodată pe autorul unui delict sau cvasi-delict ci doar acordă o compensație victimei pentru răul care i-a fost cauzat, moral sau material, pedeapsa fiind monopolul dreptului penal³⁸.

În Québec, în pofida acestei rezerve principiale tradiționale, sub influența „poluatoare” a sistemelor de Common Law din Canada anglofonă și din Statele Unite, legislația specială a introdus totuși de mai multă vreme posibilitatea acordării de daune punitive în anumite situații legate de protecția consumatorului, accesul la informații de interes public și protecția datelor cu caracter personal, protecția arborilor, negocierile colective, serviciile funerare etc.³⁹ Codul civil din 1991, intrat în vigoare în 1994, păstrează principiul că daunele punitive sunt o măsură de excepție în Québec, putând fi acordate doar atunci când o lege specială le prevede expres și într-un quantum care nu trebuie să

depășească ceea ce este necesar pentru a asigura funcția lor preventivă, proiectul legislativ inițial de generalizare a daunelor punitive în cazurile în care există culpă gravă sau intenție nefiind reținut în forma finală a legii⁴⁰. Codul civil din Québec reglementează expres daunele punitive doar în materia contractului de locațiune, pentru cazurile în care locatorul abuzează de dreptul său de a recupera bunul închiriat (art. 1968), dacă hărțuiește locatarul (art. 1902) sau dacă se comportă discriminatoriu față de o persoană gravidă sau care are copii (art. 1899)⁴¹.

Legea civilă franco-canadiană stabilește criteriile de apreciere a daunelor punitive: gravitatea culpei debitorului, situația sa patrimonială, întinderea daunelor compensatorii la care e deja obligat față de creditor și, dacă e cazul, faptul că daunele-interese sunt asumate de un terț, de exemplu un asigurător de răspundere civilă⁴². Printr-o serie de decizii din 1996 ale Curții Supreme a Canadei privind daunele punitive sau exemplare⁴³, s-a stabilit că principalul instrument legislativ care autorizează acest tip de daune în Québec este legea cu valoare cvasi-constituțională din 1976, intitulată *Carta drepturilor și libertăților persoanei*, care prevede expres în art. 49 posibilitatea obligării la daune exemplare în cazul atingerilor ilicite și intenționate aduse unui drept sau unei libertăți recunoscute prin respectiva Cartă⁴⁴. Daunele punitive sau exemplare se acordă nu doar în cazul unor fapte ilicite *stricto sensu*, ci și în cazul încălcării Cartei antemenționate prin încălcarea unui contract. Instanța supremă canadiană a interpretat însă noțiunea de "atingeri ilicite și intenționate" ca implicând intenție directă sau indirectă raportată la consecințele produse, nefiind neapărat necesar un scop special, dar nefiind suficientă simpla neglijență sau nici chiar culpa (propriu-zisă) cu prevedere, fiind refuzate aproximările de genul *culpă gravă* sau *culpă excepțională*⁴⁵. Daunele punitive sau exemplare sunt văzute în prezent ca o parte integrantă a sistemului de răspundere civilă din Québec, fiind pe deplin aplicabile principiile răspunderii civile, chiar dacă aceste daune punitive nu depind de daunele compensatorii⁴⁶.

Obiectivul principal al daunelor punitive este de a adăuga forță caracterului preventiv intrinsec al răspunderii civile prin obligarea autorului unei fapte ilicite intenționate nu doar să repare prejudiciul cauzat, ci și să suporte suplimentar și plata unor daune exemplare, conform împrejurărilor. Această instituție își găsește utilitatea când daunele materiale sunt reduse sau dificil de evaluat, astfel încât victimele ezită să demareze o acțiune în justiție din cauza costurilor ridicate, iar făptuitorii profită de această împrejurare pentru a încălca drepturile altor persoane. Daunele exemplare încurajează victimele să formuleze pretenții în instanță și descurajează făptuitorii să săvârșească fapte care i-ar expune unor condamnări oneroase. Acest obiectiv al daunelor punitive în Québec se regăsește în cazul încălcărilor drepturilor persoanei la viață privată, la demnitate, în cazurile de violență, tăieri de arbori fără autorizație sau furt de electricitate⁴⁷. Efectul preventiv al daunelor punitive se mai regăsește și în cazul așa ziselor "fapte ilicite lucrative" din domeniul dreptului consumației, produselor defectuoase, dreptului mediului sau al abuzului de drept în materie bancară, de asigurări sau locațiune, domenii unde se apreciază că forța economică a uneia dintre părți îi permite să desconsidere plata unor daune compensatorii, care ar putea fi mult mai ușor cuantificate și cuprinse în costurile de producție⁴⁸.

În practica judiciară din Québec, daunele-punitiv efectiv acordate sunt relativ reduse, mergând de la 75 la 2.000 de dolari canadieni în materie de protecție a consumatorului și între 1.000 și 5.000 de dolari canadieni în cazurile de încălcare a drepturilor prevăzute de Carta drepturilor și libertăților persoanei. În anumite cazuri de fraudă se acordă între 10.000 și 20.000 de dolari canadieni și doar în mod excepțional, pentru atingeri grave ale drepturilor persoanei sau pentru abuz de drept, se acordă daune punitive între 100.000 și 250.000 de dolari canadieni, astfel de cazuri reținute în jurisprudență fiind retragerea nejustificată de către o bancă a unei facilități de creditare, relele tratamente aplicate bolnavilor luați ostateci de personalul medical în cazul unei greve ilegale, denunțul calomnios împotriva unui procuror sau defăimarea prin presă a unui fost prim-ministru și a soției acestuia⁴⁹.

4. Oportunitatea introducerii daunelor punitive într-un sistem de drept civil de tip continental

4.1. În Franța, sub influența contactelor strânse cu sistemele de Common Law, fie prin canalele colaborării științifice, fie prin legăturile generate de comerțul internațional, problema daunelor punitive a fost examinată doctrinar din mai multe perspective: existența și recuperarea unei funcții represiv-moralizatoare a răspunderii civile, compatibilitatea daunelor punitive cu ordinea de drept din Franța, problema faptelor ilicite lucrative (*faute lucrative*), acceptarea tacită a unor forme implicite de daune punitive sau de pedepse private în sens larg.

În ceea ce privește problema de principiu a funcției represiv-moralizatoare a daunelor punitive, funcție care ar fi incompatibilă cu funcția exclusiv indemnizatorie și compensatorie a răspunderii civile, credem alături de alți autori că „fundamentalismul” exclusivist *restitutio in integrum* este o idee destul de nouă⁵⁰, din epoca modernă, fără „patina” timpului, fiind rezultatul unei denaturări lente a funcțiilor răspunderii civile clasice, care și-a pierdut treptat în secolul trecut funcția moralizatoare prin concursul unor factori convergenți: scăderea importanței culpei, creșterea posibilităților pentru victimă de recuperare a întregului prejudiciu cauzat pe temeuri tot mai obiective și indiferente față de vinovăția persoanei responsabile, înmulțirea asigurărilor de răspundere civile cu efectul lor contraproductiv de „de-responsabilizare” a asiguraților prin socializarea pierderilor⁵¹. Un eminent autor român de drept civil, discutând despre răspunderea civilă preventivă, arăta într-o lucrare recentă că întreaga răspundere civilă se află în pragul unei reconstrucții, pornind de la fundamentele sale etico-filosofice, și având ca funcții sancțiunea, reparația și prevenția⁵².

Dacă privim istoricul răspunderii civile în sens larg, funcția ei represivă există de mii de ani, chiar pe fondul nediferențierii originare a răspunderii civile față de răspunderea penală, obligarea la plata unor despăgubiri care exced prejudiciului efectiv prin multiplicarea acestuia cu un coeficient prestabilit fiind destul de răspândită în primele legiuri scrise. Pe fondul diferențierii graduale a dreptului public de dreptul privat,

sanctiunile penale s-au înmulțit și diversificat, rămânând însă și pentru răspunderea civilă o funcție represivă complementară, exercitată de regulă printr-o constrângere patrimonială, constrângere ce se putea exercita destul de eficient și prin intermediul daunelor compensatorii, mai ales atunci când acestea afectau grav patrimoniul debitorului neprofesionist și neasigurat de răspundere civilă⁵³.

Daunele punitive, în forma lor modernă din secolul al XVIII-lea, au apărut ca reacție la disproporția de putere între creditorul-victimă și debitorul-făptuitor, tocmai pentru că simplele daune-interese compensatorii nu erau în măsură să-și mai îndeplinească vreo funcție coercitivă atunci când debitorul era statul, o persoană fizică foarte înstărită sau o corporație de tip monopolist. În sistemele continentale, această nevoie nu a fost resimțită atât de acut la nivel social, în secolul al XIX-lea fiind apreciate ca fiind suficiente daunele-interese compensatorii pentru a acoperi eficient atât scopul de indemnizare cât și pe cel represiv, într-un context de răspundere bazată pe culpă.

Legiuirile de sorginte savantă apărute într-o epocă de aur a răspunderii civile subiective, având ca repere anul 1804 al apariției Codului civil francez și anul 1896 al apariției Codului civil german – B.G.B., nu au avut flexibilitatea necesară pentru a se adapta, la fel ca și sistemele jurisprudențiale de Common Law, la modificarea tabloului socio-economic al răspunderii civile din secolul al XX-lea, pe fondul obiectivării ei accentuate și al hipertrofierii rolului compensator tot mai generos în detrimentul funcției preventiv-sanționatorii. Preocupările pentru această involuție a uneia dintre funcțiile majore ale răspunderii civile au apărut din prima jumătate a secolului trecut, dar exprimările lor cele mai articulate datează de la sfârșitul secolului al XX-lea și începutul secolului al XXI-lea, pe fondul unor noi provocări la adresa răspunderii civile și pe fundalul neputinței dreptului public, penal sau administrativ, de a acoperi și sancționa eficient întreaga gamă de comportamente antisociale. Indiferent câți procurori, polițiști sau agenți constatori are un stat, aceștia vor fi infinit mai puțini decât marea masă a cetățenilor și persoanelor juridice care pot acționa, când e cazul, pe baza regulilor mult mai flexibile ale răspunderii civile.

Dreptul civil francez, privit din perspectiva sistemelor de Common Law, permite acordarea de daune compensatorii pentru prejudicii morale într-o paletă foarte largă de situații, inclusiv când prejudiciul moral este singurul suferit, situații unde într-un sistem care ar permite daunele punitive s-ar justifica acordarea acestora și nu a unei compensații. Când se face aprecierea subiectivă a cuantumului daunelor morale din dreptul civil francez, apare uneori o deplasare insidioasă și nemărturisită a accentului de la gravitatea vătămării reclamantului la gravitatea culpei și a faptei ilicite a pârâtului, mai ales că aprecierea cuantumului compensației pentru daune morale este considerată o problemă de fapt, nu de drept, nesupusă cenzurii Curții de Casație, în fundal răsărind insidios un scop sancționator⁵⁴.

Principiul reparării integrale a prejudiciului, vegheat cu strășnicie de Curtea de Casație a Franței, poate să devină o simplă ficțiune în cazul vătămărilor corporale sau al pierderii unei șanse, unde judecătorul fondului este obligat să aproximeze suma pe care o acordă cu titlu compensatoriu, aprecierea sa suverană nefiind tulburată de instanța de control judiciar. Principiul reparării integrale a prejudiciului suferă o și mai mare atingere în

cazul daunelor morale, unde indemnizarea prejudiciului moral nu mai are în realitate o funcție reparatorie, ci are ca scop crearea unei satisfacții echivalente care să „panseze rănille”. Pe terenul daunelor morale, s-a apreciat că alunecarea dinspre reparare spre pedeapsă se produce mult mai ușor, scopul lor reparatoriu fiind o simplă fațadă, scopul real fiind manifestarea unei condamnări morale a autorului faptei prejudiciabile, condamnare care ține cont implicit și de gravitatea faptei ilicite și a vinovăției autorului acesteia⁵⁵. Principiul reparării integrale a prejudiciului nu este un principiu de ordine publică al răspunderii civile franceze, nefiind adaptat prejudiciilor nepatrimoniale și cunoscând numeroase derogări legislative exprese, cum sunt daunele-interese forfetare, daunele plafonate, clauzele penale sau clauzele limitative de răspundere. Prin introducerea expresă a daunelor punitive în legislație nu s-ar afecta astfel fundamentele răspunderii civile, ci doar s-ar consacra încă o excepție de la regula generală dar nu absolută *restitutio in integrum*.⁵⁶

Un alt obstacol care s-ar ivi în calea unei posibile introduceri a instituției daunelor punitive într-un sistem al răspunderii civile de tip continental este reticența instanțelor față de posibilitatea îmbogățirii fără justă cauză a victimei, care ar primi niște sume de bani care nu ar ține cont de amploarea prejudiciului suferit ci de gravitatea faptelor și vinovăției autorului, de resursele făptuitorului sau de starea materială a victimei, considerații care au fost până acum prohibite în aprecierea daunelor-interese. În cazul în care aceste daune-punitive s-ar vărsa în fonduri publice, rolul lor de pedeapsă privată ar fi compromis, devenind o sancțiune de ordin public, iar participarea victimelor prin inițierea unor procese civile care să ducă la acordarea acestui tip de daune ar fi compromisă prin lipsa cointeresării suplimentare pe care aceste sume o exercită. Susținătorii ideii de pedeapsă privată arată însă că justa cauză a îmbogățirii victimei se află în răspunderea sporită a autorului faptei ilicite, care derivă din caracterul intenționat al faptei sale și își găsește rațiunea juridică în funcția punitivă și preventivă a daunelor-punitive.⁵⁷

O obiecțiune majoră care se aduce existenței însăși a daunelor-punitive este caracterul lor eteroclit, semi-civil și semi-penal, care realizează o confuzie între funcția represivă proprie dreptului penal și funcția reparatorie care caracterizează dreptul civil, creând un fel de răspundere pseudo-penală, fără a avea însă și garanțiile procedurale ale dreptului penal. Principiul legalității incriminării și pedepsei ar impune prevederea expresă atât a cazurilor în care se pot acorda daune punitive cât și a limitelor între care acestea s-ar putea acorda, ceea ce le-ar submina coerența internă, care se bazează pe o anumită impredictibilitate a cuantumului și flexibilitate a acordării în cazul săvârșirii intenționate a unor fapte reprobabile a căror existență sau efecte poate nu au fost încă prevăzute de legiuitor⁵⁸. Acest argument poate fi însă relativizat în contextul în care distincția netă între răspunderea civilă și răspunderea penală nu este atât de categorică în sistemele de drept de tip continental, care permit alăturarea acțiunii civile în procesul penal sau participarea părții civile în procesul penal chiar când nu există prejudiciu (ceea ce este valabil și în sistemul nostru de drept, unde persoana vătămată poate susține acțiunea penală chiar dacă nu are pretenții civile), deschizându-se calea unei acțiuni civile cu dublă finalitate, compensatorie și represivă⁵⁹.

Un alt context în care s-a discutat în doctrina de drept civil franceză despre necesitatea unei instituții de genul daunelor punitive este acela al așa ziselor fapte ilicite lucrative (*faute lucrative*), unde câștigul obținut de făptuitor este mai mare decât daunele-interese compensatorii pe care ar putea fi obligat să le plătească victimei⁶⁰, astfel că este posibilă „bugetarea” despăgubirilor care urmează să fie plătite victimei și anticiparea unui profit, profit care urmează a fi păstrat de făptuitor în condițiile limitării despăgubirilor conform principiului *restitutio in integrum* sau al disipării prejudiciului între mai multe victime care sunt descurajate să acționeze pentru recuperarea sa. Exemple de astfel de delictive lucrative sunt cele legate de exploatarea notorietății altuia (persoană publică, marcă), concurență neloială, contrafacere sau poluarea mediului, exploatarea unei situații de dezechilibru de putere economică⁶¹, situații unde sancționarea faptei ilicite se face de cele mai multe ori exclusiv pe terenul răspunderii civile, iar prejudiciile sunt frecvent dificil de evaluat sau mult mai mici decât câștigul realizat de făptuitor. În astfel de cazuri, este nevoie de o sancțiune mai suplă decât sancțiunea penală, care este strâns încadrată de principiul legalității incriminării și al pedepsei, și mai descurajatoare decât simpla compensare a prejudiciului⁶².

Unii autori francezi⁶³ au criticat însă propunerea ca daunele punitive să fie introduse în legislație ca sancțiuni specifice ale faptelor ilicite lucrative, arătând că eficacitatea lor ar fi limitată tocmai datorită unor elemente ale regimului lor juridic. Și aceste daune punitive, datorită caracterului lor de pedeapsă privată, ar trebui supuse principiului legalității incriminării și pedepsei, ceea ce le-ar diminua impredictibilitatea și eficacitatea prin obligarea legiuitorului la inventarierea lor prealabilă, iar stabilirea daunelor punitive printr-un coeficient de multiplicare al daunelor-interese compensatorii ar lăsa făptuitorului acele profituri care depășesc totuși cuantumul daunelor punitive. Mai mult, fapta ilicită care a fost inițial profitabilă pentru autorul său ar deveni, prin mecanismul daunelor punitive, o sursă de îmbogățire pentru victimă, aspect deosebit de periculos în materie de concurență, unde daunele-punitive ar oferi creditorului-victimă un avantaj competitiv nemeritat față de terții care nu au legătură cu raportul de răspundere civilă. Un alt dezavantaj al daunelor punitive este stabilirea lor în cadrul unui proces civil, în care reclamantul nu are nici pe departe puterile de investigare și anchetă ale autorităților publice, astfel că eficacitatea antrenării răspunderii ar fi destul de limitată.

În ambianța dreptului civil francez s-au vehiculat și alternative la daunele punitive, mijloace de drept privat care ar putea să umple golul lăsat în cazul anumitor fapte ilicite. S-a avansat astfel ideea intermediară a unor „daune restitutorii”, prin care făptuitorul să fie obligat la restituirea întregului profit obținut în mod ilicit⁶⁴, sau al multiplicării amenzilor civile⁶⁵, acestea din urmă având însă dezavantajul major al plafonării, ce poate fi inferioară profitului obținut prin fapta ilicită. Ante-proiectul Catala de reformă a dreptului obligațiilor propunea introducerea într-un nou articol 1371 al Codului civil francez a daunelor punitive pentru fapte ilicite săvârșite deliberat sau pentru fapte ilicite lucrative, daune al căror cuantum era lăsat la aprecierea judecătorului, acesta putând dispune ca o parte a acestor sume să fie vărsată trezoreriei publice, prevăzându-se expres că aceste daune punitive nu sunt asigurabile⁶⁶.

În prezent, daunele-punitive nu sunt reglementate *de lege lata* în Franța și deși ele nu sunt privite de Curtea de Casație ca fiind în principiu contrare ordinii publice de drept internațional privat, printr-o decizie din 1 decembrie 2010 s-a menținut decizia Curții de Apel din Poitiers și s-a refuzat exequatur-ul pentru o hotărâre a justiției din California, care acorda și daune punitive, pe motiv că daunele punitive acordate sunt "disproporționate" prin raportare la prejudiciul suferit și la încălcarea obligațiilor contractuale ale debitorului, deși cuantumul lor era de 1,46 milioane dolari, comparabil cu daunele compensatorii de 1,39 milioane dolari și cheltuielile de judecată de 402.000 dolari⁶⁷.

4.2. În Germania, sistemul despăgubirilor are la baza același principiu compensator *restitutio in integrum* ca și în celelalte sisteme continentale, dar recunoaște în subsidiar și un „*principiu al satisfacției*”, de inspirație elvețiană și cu aplicabilitate în cauzele unde se discută compensațiile pentru prejudicii nepatrimoniale⁶⁸. Acest principiu este descris, fără a face referire la vreun scop punitiv în raport cu pârâtul, ca o reparare a prejudiciului nepatrimonial prin luarea în calcul a intereselor și a suferinței victimei, nu doar prin raportare la făptuitor ca și în cazul unei pedepse.

Curtea Supremă a Germaniei a arătat încă din anul 1955 că, în acele cazuri în care acordarea și cuantumul despăgubirilor nu pot fi pe deplin explicate, în cazul prejudiciilor nepatrimoniale, prin funcția lor compensatorie, ele pot fi justificate prin acordarea unei „satisfacții” victimei pentru răul care i-a fost pricinuit. Despăgubirile pentru durere și suferință au atât rolul de a compensa partea lezată cât și de a arăta făptuitorului că îi datorează „satisfacție” victimei pentru ceea ce i-a făcut. În stabilirea daunelor pentru prejudicii nepatrimoniale, trebuie luată în calcul atât severitatea suferinței victimei cât și, în subsidiar, gradul de reprehensibilitate a conduitei făptuitorului. Instanța supremă germană a considerat că *pretium doloris* ar trebui să fie mai mare în cazul unei fapte ilicite grave decât în cazul în care consecințele exterioare sunt aceleași, dar apar ca urmare a unei simple neglijențe. Îndepărtându-se de ortodoxia *restitutio in integrum*, instanța germană a considerat că se pot lua în calcul, ca și factori subsidiari de stabilire a compensației pentru prejudicii nepatrimoniale, starea materială a victimei și cea a făptuitorului. S-a apreciat și că daunele compensatorii actuale încă poartă amprenta unor origini primitive cu accente mult mai punitive, compensațiile pentru suferință având sorginea în dreptul penal, în străvechi amenzi de natură pur sancționatorie.⁶⁹

Conform jurisprudenței germane, pentru acordarea compensațiilor pentru prejudicii nepatrimoniale, este necesar să există o vătămare serioasă a reclamantului, o conduită reprobabilă a pârâtului și să nu existe o alternativă rezonabilă sau un alt remediu decât acordarea de despăgubiri, fiind negat doar caracterul lor punitiv direct.⁷⁰

4.3. În România nu există nici pe departe o mișcare doctrinară de amplexarea celei franceze, care să se preocupe de problematica necesității sau compatibilității acestei instituții a daunelor punitive cu sistemul nostru de drept. Preocupările unor autori români⁷¹ pe această temă vin exclusiv pe o filieră francofonă, deși preocupările și concluziile doctrinei franceze au aceeași greutate și în dreptul nostru civil.

În legislația specială din România, există cel puțin câteva cazuri recente de daune punitive prevăzute explicit de lege, fără consacrarea expresă însă a acestei noțiuni. Forma modificată în 2012 a alineatului 2 al art. 139⁷² din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe⁷³ prevede posibilitatea acordării de despăgubiri reprezentând *triplul sumelor care ar fi fost legal datorate* pentru tipul de utilizare ce a făcut obiectul faptei ilicite, în cazul în care nu se pot aplica de către instanța de judecată criteriile consecințelor economice negative, în special câștigul nerealizat, al beneficiilor realizate pe nedrept de făptuitor și, atunci când este cazul, al altor elemente în afară factorilor economici, cum ar fi daunele morale cauzate titularului dreptului.

Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante⁷⁴ prevede, în materie contractuală, în articolul 10 posibilitatea acordării, la cererea creditorului, de *daune-interese suplimentare minimale* de 40 de euro, dacă sunt întrunite condițiile întârzierii la plată, sumă care este suplimentară cheltuielilor aferente unei eventuale proceduri de executare silită. Această lege este o transpunere în legislația noastră a Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale și încearcă să răspundă unei dintre carențele sistemului clasic de răspundere civilă contractuală, anume descurajarea creditorului de a solicita daune-interese moratorii când cuantumul lor total este prea mic, descurajare care este de natură să stimuleze debitorii să întârzie deliberat executarea.

Titlul al VI-lea al Legii nr. 99/1999⁷⁵, privind regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare, în prezent abrogat de art. 230 lit. u din Legea nr. 71/2011 privind punerea în aplicare a noului Cod civil, prevedea *despăgubiri minimale* de 200 de euro pentru neînscirerea în arhivă de către creditor, în termen de 40 de zile de la stingerea garanției reale, a unei notificări sau pentru nerestituirea posesiei bunului afectat garanției (art. 27), sau pentru neînscirerea de către consignatar în arhivă a unui aviz de garanție reală privind bunul dat în consignație (art. 31) și despăgubiri de minimum 500 de euro în favoarea creditorului pentru neîndeplinirea de către debitor a obligației de a transmite cumpărătorului bunului grevat înscrisuri privind existența sarcinilor (art. 38), pentru înstrăinarea, distrugerea, degradarea sau deprecierea bunului obiect al garanției aflat în posesia debitorului datorită neglijenței sau lipsei de diligență (art. 41) sau în favoarea debitorului pentru nesolicitarea de către creditor a înscrierii în arhivă, în termen de 40 de zile de la încetarea obligației garantate, a mențiunii privind stingerea garanției (art. 61). Chiar dacă nici această lege de acum 15 ani nu era un produs organic al sistemului de drept civil românesc, fiind un transplant de inspirație nord-americană, existența în sistemul nostru de răspundere civilă a unor despăgubiri forfetare cu funcții asemănătoare daunelor-punitive (stimularea beneficiarului să le solicite, descurajarea făptuitorului, pedepsirea prin mijloace pur civile a comportamentului ilicit chiar dincolo de prejudiciul efectiv cauzat sau beneficiul nerealizat) pentru încălcarea unor obligații contractuale prevăzute de lege este o certitudine.

Observațiile care s-au făcut în doctrina franceză privind insuficiența răspunderii civile compensatorii și crevasa existentă, și resimțită negativ la nivelul corpului social, între

răspunderea civilă și răspunderea penală sau contravențională își mențin valabilitatea. Și în dreptul nostru există fapte ilicite al căror beneficiu depășește despăgubirile pe care persoana responsabilă este chemată să le plătească, fie pentru că victimele nu acționează când este vorba de prejudicii individuale moderate (vorbeam aici mai ales de consumatori prejudiciați de profesioniști) sau pentru că prejudiciul moral sau economic creat victimei este dificil cuantificabil și orice reparație presupune o mare aproximare (încălcarea dreptului la onoare, demnitate, viață privată prin intermediul presei cu largă difuzare, mai ales cea tabloidă, de scandal; încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală în variatele lor forme, acte de concurență neloială deosebit de profitabile etc.). Sistemul nostru de răspundere civilă ignoră de asemenea în întregime forma de vinovăție a persoanei responsabile sau gravitatea fetei ilicite prin care s-a cauzat prejudiciul, acestea urmând a fi sancționate doar pe tărâmul dreptului penal sau contravențional, atunci când sunt întrunite condițiile mai restrictive ale răspunderii de drept public și când organele statului, abilitate să aplice astfel de sancțiuni, se mobilizează pentru a o face. Răspunderea civilă rămâne la noi pur reparatorie, chiar dacă a apărut și posibilitatea compensării pierderii unei șanse de câștig sau de evitare a unei pierderi, atât timp cât șansa este una reală și serioasă și se ține cont de probabilitatea realizării ei⁷⁶, singura măsură a daunelor-interese fiind gravitatea prejudiciului.

Prevederea susmenționată din Legea nr. 8/1996, care permite stabilirea despăgubirilor în cazurile de încălcare a drepturilor de autor prin raportare la beneficiul realizat de făptuitor sau la triplul sumelor datorate pentru o utilizare licită, rămâne marginală în dreptul nostru, fiind probabil preluată *tale quale* din reglementări internaționale influențate de Common Law. Putem afirma că astfel de prevederi ar trebui generalizate în toate cazurile în care fapta ilicită presupune obținerea de către autor a unui beneficiu considerabil, care nu ar fi totdeauna aneantizat prin simple daune-interese compensatorii, iar multiplicarea daunelor compensatorii cu un coeficient prestabilit de lege ar fi indicată în acele cazuri în care fapta ilicită este săvârșită deliberat, iar prejudiciul efectiv cauzat și beneficiul nerealizat nu pot fi decât aproximativ stabilite sau sunt chiar derizorii, coroborat cu faptul că nu toate persoanele păgubite se vor adresa justiției. Multiplicarea daunelor compensatorii în cazul faptelor ilicite intenționate ar trebui să realizeze funcția preventivă generală și specială a răspunderii civile cu mijloace de drept civil, care sunt mult mai flexibile și mai ușor de aplicat decât sancțiunile penale sau contravenționale, a căror eficacitate depinde întotdeauna de mobilizarea organelor statului, ale căror resurse sunt intrinsec limitate și a căror disponibilitate de a acționa este de multe ori discutabilă.

Existența în dreptul nostru chiar și a unui singur tip de veritabile daune punitive arată că acestea nu contravin principial răspunderii civile din România, care este tolerantă cu reglementările speciale în măsura în care sfera de aplicare a acestora este suficient de bine definită. Așa cum în materie de îmbogățire fără justă cauză ca și fapt juridic licit se poate lua în calcul atât însărăcirea creditorului cât și îmbogățirea debitorului, restituirea fiind stabilită în limita celei mai mici dintre aceste sume (art. 1.345 NCC), credem că nu este deplasat ca și în cazurile de răspundere pentru fapte ilicite să se poată lua în calcul atât însărăcirea victimei (prejudiciu efectiv, beneficiu nerealizat, pierderea unei șanse) cât și îmbogățirea de esență ilicită a făptuitorului, urmând ca reparația să se stabilească în

acest caz la nivelul celei mai mari dintre aceste sume, tocmai pentru a se recupera funcția moralizatoare a răspunderii civile.

Răspunderea pentru fapte ilicite intenționate este oricum agravată în cazul răspunderii contractuale sau al plății nedatorate⁷⁷, unde debitorul de rea-credință se expune unor despăgubiri mai mari decât cel care a acționat dintr-o simplă neglijență sau cu bună credință. Dreptul comunitar este neutru în privința daunelor punitive, printr-o decizie din 13 iulie 2006 din cauza *Manfredi și alții* (cauzele conexe C-295/04 și C-298/04), Curtea Europeană de Justiție stabilind că nu există reguli comunitare în privința daunelor punitive și acordarea sau neacordarea acestora în cauze ce intră sub incidența dreptului comunitar țin de sistemul legislativ al fiecărui stat membru, atâ timp cât se respectă principiile echivalenței și efectivității prin raportare la situații similare bazate pe dreptul național.

5. Daunele punitive în materie contractuală

Și în țările unde instituția daunelor punitive cunoaște o răspândire apreciabilă, cum sunt Statele Unite ale Americii, impunerea acestora în materie contractuală constituie o raritate, în Anglia ele lipsind cu desăvârșire. Acest lucru se întâmplă, în pofida faptului că și încălcarea obligațiilor contractuale constituie o faptă ilicită, datorită atitudinii mai clemente a societății în ansamblu față de astfel de fapte, comparativ cu delictele civile (*torts*) sau cu faptele legate de încălcarea dreptului de proprietate. O cauză a acestei clemențe este aceea că, într-o relație voluntară de schimb, costurile încălcării obligațiilor și a plății despăgubirilor vor fi reflectate în prețul contractului, astfel că încălcările "eficiente" ale contractului ar trebui să profite ambelor părți.⁷⁸

Daunele punitive mai sunt justificate în general prin costurile pe care le suportă societatea din cauza faptelor ilicite, ceea ce nu constituie o preocupare majoră în contracte. Un alt motiv pentru care se impun de obicei daunele punitive și care nu este pertinent în contracte este probabilitatea mare a nedescoperirii faptelor ilicite, preocupare care este extrem de redusă pe tărâm contractual, acolo unde părțile se cunosc și se supraveghează reciproc. Daunele punitive sunt acordate în materie contractuală acolo unde încălcarea contractului implică simultan și săvârșirea unui delict civil, provocarea unui dezechilibru major între partenerii contractuali sau încălcarea ordinii publice.

Astfel, sunt acordate cu regularitate daune punitive în sarcina companiilor de asigurări care refuză fără justificare să achite pretențiile legitime ale asiguraților. Rațiunea acordării acestora este explicată prin disproporția între puterea economică a părților, situația precară în care refuzul indemnizării îl pune pe asigurat, probabilitatea ca victimele acestui comportament oportunist să nu se adreseze instanțelor, toate fiind motivele clasice ale acordării daunelor punitive.⁷⁹

6. Concluzii

"Transplantul"⁸⁰ unei instituții cum sunt daunele punitive într-un sistem de răspundere civilă de tip continental cum este cel din România nu este imposibil de realizat,

dificultățile de natură tehnico-juridică putând fi cu succes surmontate, așa cum s-a întâmplat de altfel în Québec în ultimele decenii sau cum s-a discutat în Franța prin proiectele de reformă ale dreptului civil din deceniul trecut.

Ceea ce lipsește însă este o mobilizare doctrinară în favoarea unui astfel de demers, aspect explicabil mai ales pe fondul intrării în vigoare a noului Cod Civil în 2011, toată această nouă legislație fiind de natură să paralizeze discuțiile despre inovații legislative civile vreme de cel puțin un deceniu de acum înainte, toată atenția și energiile doctrinei și jurisprudenței fiind concentrate pe corecta interpretare, aplicare și corelare a noutăților legislative. La câțiva ani după o reformă majoră a dreptului civil, este dificil să se inițieze cu succes dezbateri despre instituții noi și oarecum exotice, care să îmbunătățească eficacitatea răspunderii civile și să moralizeze suplimentar relațiile sociale reglementate juridic.

* Asist.univ, UBB Cluj-Napoca. Avocat, baroul Cluj; marius_floare@yahoo.com.

¹ S. Beaulac, *Les dommages-intérêts punitifs depuis l'affaire Whiten et les leçons à en tirer pour le droit civil québécois*, La Revue juridique Thémis (Québec), vol. 36, nr. 3/2002, pp. 646-650

² The Law Reform Commission of Ireland, *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, 1998, disponibil la www.lawreform.ie, p. 17

³ Cartea Exodului 22:1

⁴ S. Beaulac, loc. cit., p. 646; M. Rustad, T. Koenig, *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers*, The American University Law Review, vol. 42, nr. 4/1993, pp.1285-1286; J.Y. Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 42, nr. 2/2003, <http://ssrn.com>

⁵ A.J. Sebok, *Punitive Damages: From Myth to Theory*, Iowa Law Review, vol. 92, nr. 4/2007, p. 1008; The Law Reform Commission of Ireland, loc. cit. supra, p. 19

⁶ D. Calciu, *Les dommages et interets punitifs*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai - Iurisprudencia, nr. 1/2008, p. 139

⁷ S. De Luca, *Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif ? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain*, Magistère Juriste d'Affaires – DJCE, Master II Droit des affaires 2011 – 2012, Université Panthéon-Assas Paris II, pp. 17-19

⁸ J.Y. Gotanda, loc. cit., pp. 9-11

⁹ J.Y. Gotanda, loc. cit., pp. 11-12, S. Beaulac, loc. cit., p. 646

¹⁰ J.Y. Gotanda, loc. cit., pp. 12-13

¹¹ Idem, pp. 14-18

¹² The Law Reform Commission of Ireland, *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, loc. cit., pp. 5 și 26

¹³ Ibidem

¹⁴ The Law Commission (Great Britain), *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, 1997, disponibil la <http://lawcommission.justice.gov.uk/publications.htm>, p. 10

¹⁵ D. Calciu, loc. cit., pp. 140-141

¹⁶ The Law Reform Commission of Ireland, loc. cit., p. 36

¹⁷ S. Beaulac, loc. cit., p. 648

¹⁸ Ibidem

¹⁹ S. Shavell, *On the Proper Magnitude of Punitive Damages: Mathias V. Accor Economy Lodging, Inc*, Harvard Law Review, vol. 120, nr. 5/2007, p. 1225

- ²⁰ The Law Commission of Ireland, loc. cit., p. 42; S. De Luca, loc. cit., p. 21
- ²¹ The Law Reform Commission of Ireland, loc. cit., p. 41; a se vedea și cazul defecțiunilor nereparate cu potențial de incendiu la rezervorul Ford Pinto: *Grimshaw contra Ford Motor Co.* (1981, Curtea de Apel a Californiei, disponibil la <http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm>)
- ²² The Law Reform Commission of Ireland, loc. cit., p. 38
- ²³ P.S. Ryan, *Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth from Reality*, ILSA Journal of International and Comparative Law, vol. 10, nr. 1/2003, pp. 83-87
- ²⁴ The Law Reform Commission of Ireland, loc. cit., p. 39
- ²⁵ S. Beulac, loc. cit., pp. 652-653
- ²⁶ The Law Reform Commission of Ireland, loc. cit., pp. 29-39
- ²⁷ S. Beulac, loc. cit., pp. 653-654
- ²⁸ Idem, p. 654
- ²⁹ S. Beulac, loc. cit., pp. 654-655
- ³⁰ The Law Commission (Great Britain), *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages - A Consultation Paper*, loc. cit., p. 96
- ³¹ Idem, p. 97
- ³² A se vedea C. Lapoyade-Deschamps, *La réparation du préjudice économique pur en droit français*, Revue internationale de droit comparé, vol. 50, nr. 2/1998, p. 370 și autorii acolo indicați
- ³³ I. Boțî, V. Boțî, *Codul civil din Québec : sursă de inspirație în procesul de recodificare a dreptului civil român*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai – Iurisprudentia, nr. 1/2011
- ³⁴ S. Beulac, loc. cit., pp. 681-682; cu privire la cuantumul daunelor punitive în S.U.A. a se vedea S. Shavell, *On the Proper Magnitude of Punitive Damages: Mathias V. Accor Economy Lodging, Inc*, Harvard Law Review, vol. 120, nr. 5/2007
- ³⁵ J. Domat, *Oeuvres complètes de J. Domat*, nouv. éd. par J. REMY, Firmin Didot, 1828, Paris, tome I, p. 480
- ³⁶ R. J. Pothier, *Oeuvres de Pothier -Traité des obligations*, Tome premier, P. Didot L'Ainé, 1821, Paris, pp.158-160
- ³⁷ S. Beulac, loc. cit., p. 680
- ³⁸ A se vedea cauza *Chaput contra Romain* (1955) apud S. Beulac, loc.cit., p. 680; L. Perret, *Le droit de la victime à des dommages punitifs en droit civil québécois: sens et contresens*, Revue générale de droit, vol. 33, nr. 2/2003, disponibil la <http://www.revuegeneralededroit.ca/articles-rgd>, p. 235
- ³⁹ S. Beulac, loc. cit., p. 681; L. Perret, loc. cit., pp. 236-237
- ⁴⁰ S. Beulac, loc. cit., p.681
- ⁴¹ L. Perret, loc. cit., p. 237
- ⁴² Art. 1621 al. 2 C.civ. Québec (1991)
- ⁴³ Cauzele *Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services publics inc.*; *Curateur public du Québec c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*; *Augustus c. Gosset* apud S. Beulac, loc. cit., p. 683
- ⁴⁴ S. Beulac, loc. cit., pp. 683-684
- ⁴⁵ The Law Reform Commission of Ireland, loc. cit., p. 56
- ⁴⁶ Idem, p. 57
- ⁴⁷ L. Perret, loc. cit., p. 238
- ⁴⁸ Ibidem
- ⁴⁹ A se vedea L. Perret, loc. cit., pp. 242-245 și bogata jurisprudență acolo indicată
- ⁵⁰ D. Calciu, loc. cit., pp. 144-145
- ⁵¹ L. Pop în L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 382-383

- ⁵² L. Pop, op. cit. supra, p. 381
- ⁵³ S. De Luca, loc. cit., p. 5
- ⁵⁴ The Law Commission (Great Britain), *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages - A Consultation Paper*, loc. cit., p. 104
- ⁵⁵ S. De Luca, loc. cit., pp. 32-33
- ⁵⁶ Idem, p. 34
- ⁵⁷ D. Calciu, loc. cit., pp. 146-147; S. De Luca, loc. cit., pp. 34-35
- ⁵⁸ S. De Luca, loc. cit., pp. 35-36
- ⁵⁹ Idem, p. 37
- ⁶⁰ D. Calciu, loc. cit., pp. 150-151
- ⁶¹ S. De Luca, loc. cit., pp. 38-40
- ⁶² D. Calciu, loc. cit., pp. 151-152; S. De Luca, loc. cit., p. 42
- ⁶³ R. Mésa, *La consécration d'une responsabilité civile punitive: une solution au problème des fautes lucratives?*, Gazette du Palais, nr. 325/21.11.2009, p. 15 apud S. De Luca, loc. cit., pp. 42-43
- ⁶⁴ R. Mésa, *L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives*, Recueil Dalloz, nr. 41/2012, pp. 2754 și urm.; G. Viney, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, Recueil Dalloz, nr. 44/2009, p. 2944 și urm.; D. Calciu, loc. cit., p. 153
- ⁶⁵ S. De Luca, loc. cit., pp. 46-51
- ⁶⁶ Pentru o analiză critică a acestui ante-proiect a se vedea D. Calciu, loc. cit., pp. 154-155
- ⁶⁷ F.-X. Licari, *Note 1* la Decizia din 26.02.2009 a Curții de Apel Poitiers, Secția 1 Civilă, *Journal du Droit International*, nr. 4/2010, pp. 1230-1263; S. De Luca, loc. cit., pp. 60-62
- ⁶⁸ The Law Reform Commission of Ireland, loc. cit., p. 50
- ⁶⁹ Idem, p. 51
- ⁷⁰ Idem, p. 52; The Law Commission (Great Britain), *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages - A Consultation Paper*, loc. cit., pp. 105-106
- ⁷¹ D. Calciu, *Les dommages et interets punitifs*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai - Iurisprudencia, nr. 1/2008
- ⁷² Modificat de art. 27 din Legea nr. 76 din 24 mai 2012 publicată în Monitorul Oficial nr. 365 din 30 mai 2012
- ⁷³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 60 din 26 martie 1996
- ⁷⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr. 182 din 2 aprilie 2013
- ⁷⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 236 din 27 mai 1999
- ⁷⁶ L. Pop, op. cit., pp. 417-418
- ⁷⁷ I.-F. Popa în L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. universul Juridic, București, 2012, pp. 307-308 și 365-367
- ⁷⁸ B.E. Hermlin, A.W. Katz, R. Craswell, *Contract Law* în A.M. Polinsky, S. Shavell (edited by), *Handbook of Law and Economics - Volume I*, North Holland – Elsevier, Amsterdam, 2007, p. 117
- ⁷⁹ Ibidem
- ⁸⁰ Pentru originea conceptului de "transplant legal" înțeles ca "idee de transpunere de reguli juridice străine, de împrumut de mecanisme, instituții juridice din sisteme juridice străine pentru a face să evolueze propriul sistem juridic" a se vedea A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1973, apud D. Calciu, loc. cit., p. 137; a se vedea și A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 4, nr. 4/2000, disponibil la www.ejcl.org

ARTICOLE

APLICAREA PRINCIPIULUI PRIORITĂȚII DREPTULUI EUROPEAN ÎN MATERIE FISCALĂ DE CĂTRE AUTORITĂȚILE NAȚIONALE

Maria Claudia ANDRIEȘ*

Abstract: *The application of the priority principle of European law in fiscal matters in relation to national authorities. This study seeks to analyse the priority principle for the application of the European law in tax law in relation to the Romanian national authorities: legislative, executive, but especially the judiciary power. It observes their behavior and the way they interfere with the avalanche of EU legislation, but also with the jurisprudence of the European Court of Justice, the bulwark of stability and evolutions in the EU law, the Court which stated this principle.*

The paper attempts to delineate the mechanism of the aforementioned legal principle, by discussing its fundamental case law and the way it influences all the other rights on behalf of the European Union edifice. Moreover, during the research we discovered how the Romanian Constitution approached the priority principle, thus being determined the real and long-expected changes of vision changes concerning the material fiscal law in accordance with the provisions of the Treaties. The issues and the Romanian proclivity to interpretate the fiscal law according to the dictum, the end justifies the means,, determined a limitation on the hegemony of effectivity of EU legal order in Romanian tax matters.

The study also examines the main taxation problems which determined a conflict in applying the priority principle, discussing its incidence to pending case law. Furthermore, the study analyses the legal force of the principle and how the national courts may apply for the ECJ intentment through the preliminary action in order to adjudicate tax law cases according to EU law.

Equally, some de lege ferenda solutions have been offered on the study, inspired by the necessity to surpass the historical fault which separated Romania of the European Union until 2007. Particularly, it is adequate to understand the standards required by EU norms and especially, by its jurisprudence, in contrast with the national one, in order to create a lifeline to throw a bridge to share concepts and their judgement. The purpose is to enhance the applicability of fiscal law by the other authorities and to recover the trust of contributors in authorities, who are getting to try out the difficulties associated with the impact of EU law as a integral part of the legal system of Romania.

Keywords: *priority principle, tax law, national authorities, ECJ jurisprudence, VAT, pollution tax, Romanian Constitution*

Rezumat: Prezentul studiu își propune să analizeze principiul primordialității dreptului unional în materie fiscală la nivelul autorităților legislative, executive, dar cu precădere la nivelul puterii judecătorești din România, observând conduita acestora și maniera în care interferează cu avalanșa de acte normative ale Uniunii Europene, dar și cum receptează jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, bastionul stabilității și evoluției dreptului unional și cea care a explicat principiul sus-amintit instituit de tratate.

Vom analiza mecanismele specifice cu care este înzestrat acest principiu, vom aminti hotărârile-pietre de temelie ale acestuia, dar și cum influențează și aduce după sine toate celelalte drepturi puse în slujba edificiului unional. Totodată, am descoperit pe parcursul muncii de cercetare și de transformare a ideii juridice în logos, felul în care principiul a fost abordat în legea fundamentală a României în art. 148, dar și cum acesta poate aduce veritabile și mult așteptate schimbări de viziune în domeniile fiscale în care Uniunea a reglementat și în care își exercită competența conform tratatelor. Controversele și tendințele în a interpreta materia fiscală conform dictonului „scopul scuză mijloacele” nu au ocolit acest principiu atunci când a vrut să își extindă hegemonia și pe teritoriul fiscalității române.

Materialul reprezintă o încercare a creionării principalelor domenii fiscale cu care a intrat în conflict aplicarea acestui principiu, discutându-se aplicabilitatea acestuia și la nivelul unor spețe pendinte. Totodată, s-a analizat și forța juridică a acestuia și cum pot instanțele naționale prin acțiunile preliminare să solicite Curții de Justiție sprijinul pentru luarea unor decizii în conformitate cu dreptul unional în cauzele deduse judecării ce ridică probleme de fiscalitate.

În egală măsură, pe parcursul studiului s-au însușit și oferit o serie de soluții de lege ferenda, inspirate din necesitatea de a depăși falia istorică care a separat până în 2007 România de Uniunea Europeană. În particular, este necesar a înțelege standardele impuse de dreptul unional, și mai ales jurisprudența acestuia, spre deosebire de cea națională, pentru a putea crea tocmai o punte de legătură de partajare a conceptelor și practicii celor două instanțe. Scopul este acela de a îmbunătăți calitatea aplicării dreptului fiscal de către celelalte autorități și de a redobândi încrederea contribuabililor în autorități, mult prea încercați de dificultățile asociate impactului integrării dreptului unional în sistemul intern.

Cuvinte cheie: principiul priorității dreptului unional, drept fiscal, autorități naționale, jurisprudența CJUE, TVA, taxa de poluare, Constituția României

Partea I. Considerații privind principiul priorității dreptului european în doctrină și jurisprudență

1. La 1 ianuarie 2007, România își vedea visul împlinit, acela de a fi integrată în marea familie europeană, o familie în care a așteptat mai bine de 17 ani să fie inclusă cu drepturi depline. Era în viziunea multora o întoarcere a “fiului rătăcitor” acasă, sub acoperișul unei ordinii juridice proprii, integrată “firesc” în sistemul național, menită să apere principiile fundamentale pe care este clădită democrația, drepturile și libertățile cetățeanului devenit acum comunitar, economia funcțională și celebrul “aquis communautaire”. Teoretic, România părea să fi depășit problemele cu care s-a confruntat pe parcursul procesului anevoios de

aderare, mai ales în procedura “*aquis-screening*” în care au fost examinate și negociate 31 de capitole tematice¹. Cele rămase încă sub lupa observatorilor europeni aveau să fie remediate în scurtă vreme. *De jure*, statul român, prins în acest miraj al Uniunii Europene, a adoptat multe reforme, pentru a progresa pe toate aceste teme de dezbateră, a realizat multiple schimbări de ordin legislativ, instituțional și material. Însă *de facto*, acestea au fost cu greu absorbite în plan intern, fiind receptate fals pozitiv asemeni unui organ sănătos transplantat într-un sistem cronicizat. Studiile de impact realizate de către specialiști pentru a estima implicațiile aderării par a nu fi fost însoțite de exerciții practice și o pregătire nu doar a mentalității colective, ci și a mentalității fiecăreia dintre cele trei puteri statale. România realizase din nou “o teorie a formelor fără fond”, în care s-au încrezut atât partenerii europeni, cât și cei mai receptivi fani ai aderării.

2. La momentul aderării, dreptul comunitar² era o “*terra incognita*” pentru majoritatea juriștilor români, dar această situație pare a nu se fi schimbat prea mult nici după aproape șapte ani. Raporturile dintre dreptul național și dreptul comunitar par încă dificil de înțeles, chiar dacă la momentul ratificării în unanimitate prin lege a tratatului de aderare de către camerele reunite ale Parlamentului național la 17 mai 2005³, România se angajase să respecte tratatele de înființare ale Comunității Europene și ale Uniunii Europene și dreptul comunitar, potrivit interpretării Curții de Justiție Europene –instituția comunitară comună celor două comunități europene, care are ca principală atribuție “asigurarea respectării dreptului în aplicarea și interpretarea tratatelor”-, să ia toate măsurile generale și speciale pentru îndeplinirea obligațiilor ce decurg din dreptul primar, respectiv să se abțină de la orice acțiune care ar periclita realizarea scopurilor fixate prin tratatele fundamentale⁴. În acest scop, artizanii aderării, agenții și negociatorii statutului român, au dat numeroase garanții preaderare, una dintre cele mai importante fiind cea referitoare la revizuirea legii fundamentale pentru că Uniunea Europeană este o agregare de competențe statale, de ordin economic, politic și legislativ și presupune un set de reguli specifice și îndeplinirea unor exigențe de ordin constituțional⁵. Astfel, prin modificările aduse Constituției în 2003⁶ s-a stabilit atât procedura aderării la Uniunea Europeană, cât și principiile care guvernează raporturile dintre statul membru și organizația supranațională. Conform doctrinei de specialitate putem decela fundamentele pe care s-au stabilit raporturile dintre dreptul internațional și dreptul național pe baza teoriei moniste. Această teorie este una permeabilă, în sensul că recunoaște efectivitatea normelor din celelalte sisteme, declarând că ordinea juridică internațională și cea națională formează o unitate⁷, în care norma de drept internațional de dată mai recentă se va aplica cu prioritate în fața normelor interne cu care s-ar afla în conflict. Ca atare, dreptul internațional nu trebuie incorporat în dreptul național, ci este de directă aplicare⁸.

3. Celebrul articol 148 este premisa de la care vom porni în acest studiu pentru a înțelege transferul de atribuții către instituțiile comunitare, o cesiune de suveranitate consimțită, exercitarea în comun a celorlate competențe cu restul statelor membre⁹,

obligațiile care incumbă în sarcina autorităților naționale, precum și supremația dreptului comunitar în raport cu dreptul intern.

4. Conform art. 148 alin. 2 „*Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare.*” este enunțat expres principiul primordialității dreptului comunitar asupra dreptului național. Textul constituțional face o enumerare a actelor normative care trebuie respectate de către statul român, o delimitare formală între izvoarele dreptului comunitar: cele primare și cele secundare. Deși este folosită conjuncția copulativă „și” care poate induce ideea că nu avem un palier al normelor, în realitate, legiuitorul constituțional a subliniat prin enunțarea în primul rând a „*tratatelor constitutive*” și ulterior a „*reglementări comunitare*” ierarhia care există la nivelul legislației europene. Astfel actele normative adoptate de către instituțiile abilitate ale comunităților sunt inferioare tratatelor constitutive, funcția lor fiind conferită tocmai de tratate de a realiza obiectivele propuse de acestea, doar în domeniile prevăzute conform principiului împuternicirii special limitate și de a crea o punte de legătură între legislațiile statelor membre pe orizontală, atât de eterogene, dar și una pe verticală în raport cu Comunitățile. În final, este firescă această organizare legislativă, întrucât deși Parlamentul European și Comisia legiferează pentru toți regulamente, directive și decizii –actele normative cu caracter obligatoriu, spre deosebire de recomandări și avize care sunt norme facultative¹⁰, aceste instituții pot legifera pentru că fiecare stat, cu fiecare aderare în parte, a consimțit să fie parte în integrarea juridică, să permită acestor instituții să reglementeze o serie de domenii specifice, în limitele și condițiile exercitării competențelor de către Uniune.

5. Totuși, acest articol ridică unele semne de întrebare. În primul rând, din coroborarea cu art.11 alin. (3)¹¹ rezultă că dreptul comunitar, în concepția Constituției revizuite, se situează în ierarhia normelor juridice imediat subordonat Constituției, și supraordonat tuturor celorlalte acte normative (de exemplu, legilor organice etc.)¹². În plus, la art. 146¹³ legiuitorul a atribuit Curții Constituționale controlul de constituționalitate a tratatelor, considerând că efectul prioritar al dreptului comunitar va fi condiționat de menținerea în limitele prevederilor actului de aderare. În opinia noastră, acesta deschide o adevărată cutie a Pandorei cu privire la acest posibilă piramidă internă a normelor dezvoltând de fapt o contradicție între control și prevalența indiscutabilă de care se bucură dreptul comunitar, construind astfel o posibilitate atât pentru autorități, cât și pentru particulari în a nu respecta dreptul supranațional.¹⁴ Dacă rămânem tributari unei asemenea interpretări ar însemna că scopul integrării este deturnat de la însemnătatea și valențele lui, iar statul român ar face o restrângere nepermisă a forței obligatorii a dreptului comunitar, chiar și în raport de legea fundamentală a statului. În acest sens s-a exprimat și Curtea de Justiție Europeană care chemată să tranșeze conflictul dintre dreptul comunitar și Constituția unui stat membru în cauza *Internationale Handelsgesellschaft* a statuat că „întâietatea dreptului comunitar se referă nu numai la dreptul comunitar

originar, ci și la dreptul secundar. Dreptul comunitar are prioritate de aplicare atât față de legile ordinare, cât și față de legea supremă din stat”¹⁵. Putem constata această teamă a instanței de control constituțional cu privire la supremația ordinii juridice externe și în Decizia nr.148/2003, în opinia acesteia „prin actele de transfer al unor atribuții către structurile Uniunii Europene, acestea nu dobândesc, prin înzestrare o supracompetență”. Considerăm însă că transferul de competențe implică și este efectul direct al delegării de suveranitate, chiar dacă se exercită în comun cu celelalte state membre, dar cu limitarea puterii de manevră a autorităților naționale.

6. În al doilea rând, acest articol nu face nicio referire cu privire la obligativitatea respectării jurisprudenței instanței *sui generis* supranaționale. Acest aspect este cu atât mai important cu cât, jurisprudența Curții de Justiție este sursa subsidiară a dreptului unional, ea contribuie la complinirea lacunelor acestuia, la evoluția acestuia, precum și la lămurirea formulărilor mai puțin clare ale actelor normative comunitare. În consecință, putem analiza din două perspective contrare. La o analiză de suprafață, putem vorbi de o rea-credință a legiuitorului român care nu s-a raportat la jurisprudență ca la un act normativ, ci ca o ordine *inter partes* similară celei interne, și nu una obligatorie *erga omnes* atât pentru particulari, cât și pentru autorități. În special, obligativitatea ei se răsfrânge asupra lui însuși la momentul la care va elabora noi legi *lato sensu*, dar și asupra instanțelor naționale care sunt de cele mai multe ori un pendul al lui Foucault, ce bate alert după tonul legislației interne, dar se oprește crispat la zgomotul ciocanului judecătorului european. Acest fapt ar contraveni chiar jurisprudenței Curții care are o poziție clară cu privire la scopul pentru care a fost creată comunitatea drept „o nouă ordine juridică pentru al cărei beneficiu statele și-au limitat drepturile lor suverane, deși în domenii limitate”¹⁶, și între subiecții căreia se cuprind nu numai statele membre, dar și naționali lor.” Totuși Comunitatea nu s-a mulțumim să le „sustragă” statelor membre prerogativele pe baza cărora s-a clădit, ci a vrut să întoarcă bunăvoința negociată în favoare europenilor. Europa Unită este o Europa a cetățenilor, astfel încât scopul tratatelor conjugat și elucidat prin jurisprudența Curții a pus bazele implicit și principiului aplicării directe a dreptului comunitar „independent de legislația statelor membre, dreptul comunitar nu impune, deci, numai obligații asupra persoanelor, dar, de asemenea, a înțeles să le confere drepturi care devin parte a moștenirii lor juridice. Aceste drepturi se nasc nu numai când ele sunt expres acordate de Tratat, dar și în temeiul obligațiilor pe care Tratatul le impune într-un mod clar definit persoanelor, precum și statelor membre și instituțiilor Comunității”¹⁷

7. Din contră, dacă analizăm sintagma “*cu respectarea prevederilor actului de aderare*”, în lumina literei legii și scopului tratatului, *a fortiori* putem considera că legiuitorul român nu a vrut să se sustragă “puterii judecătorești” europene, ci a considerat că din actul de aderare și din tratate¹⁸ rezultă în sarcina statului român obligația de a respecta jurisdicția comunitară și interpretarea unitară oferită. Acest lucru pare a fi reiterat și în alineatul următor conform căruia “ *Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea*

judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării și din prevederile alineatului (2).” Așadar, instituțiile statului român sunt garanții respectării și aplicării acestui principiu la nivel intern. Ele sunt datoare să aplice atât în litera, cât și în spiritul normei dreptul comunitar, trebuie să își adapteze conduita și activitatea înspre o aliniere cât mai eficientă la standardele cerute de către Uniunea Europeană. Dar așa cum vom vedea pe larg într-o altă secțiune a studiului, dedicată raporturilor dintre instanțele naționale și cele unionale, România nu și-a respectat obligațiile asumate prin tratate, legiuitorul adoptă norme interne care contravin flagrant dreptului comunitar, nu conștientizează voit sau nu până unde se întinde libertatea sa de acțiune.

8. Materia fiscală a fost supusă ulterior aderării unor adevărate experimente acolo unde modificările legislative nu s-au produs cu scopul a fi puse în concordanță cu cerințele dreptului comunitar. Acest fapt se răsfrânge direct asupra manierei corecte în care dreptul național, și cu precădere cel fiscal, este aplicat în teritoriu de către autoritățile centrale și cele locale, precum și de către autoritățile judecătorești puse în situația de a rezolva conflictul pe plan vertical dintre contribuabili și autoritățile fiscale, cu prioritate, pe baza jurisprudenței Curții de la Luxemburg și a principiilor dreptului comunitar. Deși face parte din structura unională de aproape 7 ani, percepția legiuitorului român și a executivului este aceea ca dreptul unional este măreț, dar nu îi poate invalida normele și deciziile adoptate sau statuate de către aceștia, fiind undeva departe aplicat doar la nivelul instituțiilor organizației internaționale și în domeniile cheie în care statul “și-a cesionat competența”. În schimb, dreptul fiscal intern, cel care este principalul furnizor de fonduri la bugetul de stat și al bugetelor locale, a avut de suferit ca urmare a adoptării Directivei TVA și altor norme comunitare, dar rămâne în principal a fi modelat în funcție de contextul economic și interesele sale, fără vreo ingerință externă. Nu poate gândirea juridică națională, aparținând tradiției romano-germanice de tip nomotetică, să transgreseze particularitățile tradiției *common-law*, de tip idiografic¹⁹ pe care este construită filosofia precedentului judiciar a jurisprudenței comunitare. De aici și reticenta judecătorului român de a admite că un principiu cum este cel al priorității dreptului comunitar poate abroga implicit o normă de drept intern, consacrată într-un text de lege în baza căruia el își fundamentează o hotărâre.²⁰ În plus, pentru judecătorul constituțional principiul primordialității dreptului european ar trebui să fie un punct de pornire în a anihila tendințele de supralegiferare a legiuitorului român în materia fiscală- de facto, în România o structură bicefală constituită din Parlament și Guvern care și-a arogat prin ordonanțele de urgență dreptul de a fi legiuitor, iar în perioadele de *vacation legis* prin ordonanțele de guvern în limita temporală și *ratione materiae* conferită de Parlament²¹ – în domeniul fiscal, pentru a se evita intervenția intempestivă și dramatică asupra normelor primare a dreptului fiscal, modificări care pot intra în contradicție cu cerințele unionale în materie și cu principiul certitudinii fiscale enunțat de art. 3 lit. b) C. Fiscal²² ai cărui beneficiari direcți sunt contribuabilii plătitori de taxe, conform naturii lor creanțe patrimoniale, deci bunuri în sensul art. 1 Prot.1 CEDO.

Partea a II-a România contrastelor- O traducătoare docilă sau un partener unional cinic?

9. Așa cum am văzut și în comentariul de mai sus, România pare a avea în general o atitudine duală cu privire la poziția pe care o are în raporturile cu Uniunea Europeană. Această atitudine a statului român riscă să producă în materia fiscală numeroase dezechilibre și efecte de tip bumerang, deoarece acțiunile care la momentul la care au fost preconizate și adoptate păreau a fi în acord cu interesele de moment ale economiei naționale, de cele mai multe ori au fost într-un dezacord fundamental cu angajamentele asumate față de partenerii unionali, cu legislația europeană în materie și cu interesele contribuabilului român. Așadar statul a sfârșit prin a plăti scump pentru deciziile nelegale, prin zecile de hotărâri pierdute în instanță în urma presiunilor de la Bruxelles și Strassbourg, dar și prin imaginea notorie pe care și-a creat-o și prin procedura de infringement la care a fost supus- situația celebră a taxei de primă înmatriculare.

10. Un lucru care în opinia noastră nu pare întâmplător este data intrării în vigoare a celor doi piloni ai fiscalității românești: Codul Fiscal²³ și Codul de Procedură Fiscală²⁴, cu modificările și completările ulterioare, deoarece la 17 decembrie 2004 au fost încheiate negocierile de aderare ale României la Uniunea Europeană declanșate la 15 februarie 2000, negocieri care au surprins și numeroase teme fiscale de ex. libera circulație a marfurilor, serviciilor, persoanelor și capitalurilor, impozitarea, întreprinderile mici și mijlocii, uniunea vamală etc.²⁵ Asupra acestui aspect s-ar putea face o serie de observații.

11. În primul rând, dacă analizăm principiile enunțate de cele două coduri în paralel cu datele intrării lor în vigoare și cu momentul în care a fost modificată și legea fundamentală, este fără tagadă faptul că legiuitorul fiscal nu a enunțat în enumerarea principiilor care guvernează dreptul fiscal și a principiul primordialității dreptului european în materie fiscală. O motivare în favoarea acestei omisiuni voită sau nu a legiuitorului prin argumentul că ar fi fost o reluare superfluă a principiului de rang constituțional instituit la art. 148, poate fi respinsă în condițiile în care codurile reiau astfel de principii în cuprinsul lor limitat doar la domeniul lor –de exemplu, la art. 11 Codul Penal sau la art. 6 alin 1 Codul Civil enunță în cuprinsul lor principiul neretroactivității legii statuat la art. 15 alin 2 în Constituție-. În plus, faptul că România nu încheiase nici măcar negocierile de aderare la data adoptării celor două coduri, nu a constituit un impediment pentru cea mai importantă lege din stat, cea care instituie preeminența dreptului –*rule of law*- să enunțe în cuprinsul ei primordialitatea dreptului european. Așadar, dacă legiuitorul fiscal ar fi enunțat principiul, ar fi dat dovadă de o garanție suplimentară în scopul respectării dreptului și jurisprudenței europene în materie, ar fi obligat organele fiscale să acorde acestui principiu mai multă considerație înspre înrăurirea efectelor pe care le produce.

12. În al doilea rând, cele două acte normative au fost adoptate prin două categorii diferite de norme: Codul Fiscal printr-o lege, act cu forță juridică superioară

tuturor celorlalte norme cu excepția legii fundamentale, iar Codul de Procedură Fiscală, care vine să reglementeze conform alin. 1 *”drepturile și obligațiile părților din raporturile juridice fiscale privind administrarea impozitelor și taxelor datorate bugetului de stat și bugetelor locale, prevăzute de Codul fiscal.”*, a fost adoptat printr-o ordonanță de urgență a Guvernului, care ulterior a fost aprobată prin lege de către Parlament. Și sub acest aspect putem analiza aceeași inconsecvență a puterii legiuitoare române în a-și exercita atribuțiile constituționale într-o materie de importanță fundamentală în jocurile puterii statale și în raporturile aflate pe o poziție de inegalitate între stat și contribuabil. Este cu atât mai hilar cu cât ambele acte normative formulează anumite principii în ceea ce privește problematica modificării Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală și enunță faptul că orice modificare sau completare a Codului fiscal ori a Codului de procedură fiscală poate fi efectuată „numai prin lege”²⁶. Totuși dacă vom analiza modificările și completările care au fost aduse acestor două coduri, putem observa că acest principiu a fost enunțat doar pentru frumusețea dreptului, dar nu și cu intenția de a-l respecta în deplinătatea lui, ambele coduri totalizând peste 140 de modificări. În aceste condiții mai putem vorbi cu certitudine, că pe parcursul acestui carusel al modificărilor, statul român și-a respectat obligațiile de a nu legifera în contra dreptului european? Un simplu exemplu elocvent în acest sens este art. 214¹ – art. 214³ din capitolul II privind taxe speciale pentru autoturisme și autovehicule²⁷ (în perioada 1 ianuarie 2007- 30 iunie 2008), respectiv taxa de poluare (după 1 iulie 2008), apoi taxa pentru emisii poluante (în anul 2012) și mai recent timbrul de mediu²⁸ care au declanșat războiul privind compatibilitatea reglementării române cu dreptul european-art. 110 TFUE și fostul art. 90 TCE- referitor la libera circulație a mărfurilor. Această problemă a fost supusă unei îndelungi analize în doctrină și jurisprudență²⁹ încă de la data la care au fost încasate primele taxe, unele de-a dreptul exorbitante comparativ cu valoarea bunului, depășind pe alocuri prețul de cumpărare al unui autovehicul. Totul a izbucnit la momentul primelor titluri executorii și primelor acțiuni intentate în instanță care au avut ca obiect contestația la executare, moment la care unele instanțe au dat câștig de cauză Direcțiilor Generale ale Finanțelor Publice, în timp ce altele au respins poziția statului-pârât fie din considerentele principiilor de drept și legislației în materie, fie în baza reglementărilor unionale invocate de reclamantii contribuabili, în baza principiului priorității dreptului european, prevalându-se totodată de hotărâri pronunțate de Curtea de la Luxemburg în privința unor taxe similare din alte state membre³⁰. Acestei jurisprudențe divergente³¹ i s-a pus capăt prin pronunțarea hotărârii preliminare de către Curtea de Justiție Europeană în cauza Ioan Tatu c. României³² prin care instanța de contencios european a statuat că reglementarea internă în vigoare la acel moment (respectiv O.U.G. 50/2008) este contrară art. 110 T.F.U.E., jurisprudența s-a aliniat în unanimitate acestei hotărâri, în sensul conchiderii asupra caracterului contrar a O.U.G. 50/2008 față de art. 110 T.F.U.E.

13. *Ex ante* cadrului procesual, trebuie să facem referire și la poziția celorlalte instituții care au declanșat în sarcina instanțelor valuri de plângeri care și la momentul de

față sunt spre soluționare definitivă. Statul român a urmărit să asigure noi venituri la bugetul de stat așa cum spune chiar în motivarea Legii nr. 343/2006³³ în condițiile în care dreptul de preluare a TVA, taxelor vamale și accizelor aparține bugetului Uniunii care se întoarce indirect în bugetul statelor membre- cota parte acordată fiecare stat din cadrul exercițiului bugetar unional multianual-. Acestui text de lege nu i-a fost adusă nicio obiecție de neconstituționalitate de către niciuna din instituțiile abilitate în conformitate cu dispozițiile art. 146 lit. a) Constituția României³⁴, urmându-și parcursul firesc și nestingherit spre promulgare și publicarea în Monitorul Oficial. De aici, în sarcina puterii executive reprezentată de Ministerul Economiei și Finanțelor nu a rămas decât a face pasul înspre emiterea deciziilor de impune în baza indicilor de calcul stabiliți în anexele legii și Codului Fiscal, fiind în sarcina organelor administrativ fiscale competente să colecteze această sursă "inestimabilă" de venituri. În consecință, putem constata faptul că taxe de primă înmatriculare au fost impuse în mod nelegal întrucât conform art. 148 alin. 2 și 4 Constituția României, nu doar instanțele de judecată au obligația de a asigura prioritatea dreptului european față de cel național, ci și Parlamentul, Președintele și Guvernul României. Cum Direcțiile Generale ale Finanțelor Publice fac parte din structura puterii executive, așadar și funcționarii săi au obligația de a asigura aplicarea priorității a dreptului european, atât material, cât și jurisprudențial față de dreptul național³⁵. În acest sens, oferim drept exemplu o decizie elocventă a Tribunalului Suprem Spaniol³⁶ de care ar trebui să țină seama nu doar instanțele române, ci și celelalte instituții interne în aplicarea priorității și obligatorie a dreptului european. Conform acesteia, în virtutea principiului priorității, regulile de drept comunitar vor face inoperante orice reguli de drept național în vigoare sau viitoare, în măsura în care vor fi contrare, aceasta, desigur, numai dacă este vorba de raporturile juridice în sfera dreptului comunitar. Așadar, practic organul fiscal prin emiterea acestor decizii de impunere a taxelor de primă înmatriculare a încălcat principiul priorității dreptului european față de dreptul național³⁷. Apărarea tipică a Direcției Generale a Finanțelor Publice (D. G. F. P) cu privire la plata unor taxe sau impozite nu reprezintă un drept, ci o obligație constituțională a cetățenilor, prevăzută de art. 53 alin. 1 din legea fundamentală³⁸ și coroborată cu metoda-formular de respingere în lanț a plângerilor prealabile formulate de către particulari³⁹ trebuia respinsă vehement de către instanțe fără a mai proceda la declanșarea procedurii preliminare în fața Curții de Justiție pentru a lămurii problemele ridicate de spețe, ci doar să constate faptul că taxa de primă înmatriculare încălcă principiul priorității dreptului european și principiul nediscriminării produselor importate în raport cu produsele interne, din analiza aplicării taxei rezultând ca aceasta este percepută numai pentru autoturismele înmatriculate în Comunitatea Europeană și reinmatriculate în România, la o nouă înmatriculare taxa nemaifiind percepută⁴⁰. Este de laudat faptul că instanțele naționale au respins în cuprinsul hotărârilor ca fiind nefondate, excepțiile de tipul "*lipsa calității procesuale pasive a unor organe fiscale precum D. G. F.P. pe motiv că plata a fost făcută în contul Trezoreriei și banii încasați cu titlul de taxă de primă înmatriculare au fost vărsați la bugetul de stat, astfel că restituirea sumei nu se putea cere decât de la beneficiarul taxei și, respectiv de la Statul*

Român⁴¹ un nonsens și o încercare hilară de a se sustrage răspunderii în condițiile în care statul român este reprezentat în teritoriu de Direcția Generală a Finanțelor Publice, competentă *rationae materie* să emită actele fiscale deduse judecății.

14. În continuare, trebuie adus în atenție tot o excepție invederată instanței care relevă reaua-credință de care dau dovadă organele fiscale atât în activitatea administrativă, cât și în cursul proceselor, aceea a excepției *"neîndeplinirii procedurii prealabile cu organele teritoriale ale Ministerului Administrației și Internelor, invocată de pârâta Direcția Generală a Finanțelor Publice C, întrucât reclamantul a chemat în judecată doar pe pârâtele Administrația Finanțelor Publice C și Direcția Generală a Finanțelor Publice, stabilirea cadrului procesual sub aspectul părților chemate în judecată fiind doar atributul părții reclamante."* O astfel de apărare nu ne determină decât să acordăm îngăduință acestor organe fiscale cărora le lipsesc cunoștințele juridice de bază, când instanțele trebuie să le amintească faptul că *"demersul prealabil administrativ la care este obligat reclamantul prin dispozițiile Legii contenciosului administrativ și ale C o d u l u i d e procedură fiscală este asigurat prin cererea de restituire a taxei depuse de reclamant"* cum am putea vorbi și cere atunci înțelegerea și aplicarea în mod direct, din interiorul instituției, a dreptului european? În plus, dacă analizăm felul în care sunt "soluționate" constant recursurile grațioase ale contestațiilor contribuabililor la deciziile de calcul a taxei de poluare prin respingeri-tip cu formulări imprecise și lipsite de o motivare consistentă și pertinentă, vom observa că instituirea unor asemenea proceduri devine contrară accesului liber la justiție garantat de legea fundamentală la art. 21 și de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Atât doctrina, cât și jurisprudența națională au reținut că *„procedura prealabilă în materie fiscală nu reprezintă un <<remediu efectiv>> în sensul art. 13 din Convenție (...) atâta timp cât (n. r. A.F.P. Baia Mare) nu a făcut dovada că exercitarea căii de atac administrative era „efectivă”, în sensul dispozițiilor convenționale."*⁴²

15. Contribuabilii au fost prinși "în menghina" acestui mecanism pus la punct de puterea legislativă și executivă și pentru a putea circula, fără să fie urmăriți penal în calitate de subiecți activi ai infracțiunii prevăzute la art. 85 alin. 1 în Codul Rutier⁴³ și să aibă și permisul suspendat pentru o perioadă de 90 zile, au fost nevoiți să plătească aceste taxe care au același efect discriminatoriu și protecționist enunțat și în cuprinsul art. 110 Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (T.F.U.E.) *„Niciun stat membru nu aplică, direct sau indirect, produselor altor state membre impozite interne de orice natură mai mari decât cele care se aplică, direct sau indirect, produselor naționale similare. De asemenea, niciun stat membru nu aplică produselor altor state membre impozite interne de natură să protejeze indirect alte sectoare de producție"*. Art. 110 TFUE este menit să împiedice aplicarea unor astfel de măsuri și taxe discriminatorii care ar crea facilități pentru piața națională și ar crea piedici pentru produsele importate. În momentul aderării la Uniunea Europeană România și-a luat angajamentul că nu va crea astfel de distorsiuni concurențiale, ci mai mult ea trebuia să ia toate măsurile pentru a amenda

legislația în materie. Dacă avem în atenție prima lege care a introdus aceste taxe, ea datează din 1 august 2006, deci statul român în mod conștient în pragul aderării a introdus această lege. Conform cerinței instituită de art. 4 alin. 2 din C. Fiscal –orice modificare și completare intră în vigoare în prima zi a anului următor- modificarea a venit drept un răspuns onest de bun venit adresat Uniunii Europene chiar la 1 ianuarie 2007 această taxă contrară obiectivelor prevăzute de art. 30-32 T.F.U.E. (referitoare la interdicția taxelor vamale și a măsurilor cu efect echivalent) fiind instituită pe principiul ”Când alții îți zic nu, tu fă exact contrariul.”

16. Concluzionând cele expuse, *de lege ferenda* statul român ar trebui să impună o taxă similară tuturor autovehiculelor care nu se conformează standardelor cerute pentru protecția mediului conform principiului „poluatorul plătește”⁴⁴. Acest principiu se preconizează a se aplica cu mai multă claritate OUG nr. 9/2013 privind timbrul de mediu⁴⁵ care va taxa mai ales emisiile generate de mașini. Totuși nici această nouă formulă a Guvernului de a sancționa pe cei care aduc atingere calității aerului și sănătății populației nu este la adăpost de critici, la o lectură transparență a fi quasi-identică cu Legea nr.9/2012, descurajează particularii să intenteze acțiuni în justiție pentru a-și recupera prelevărilor fiscale anterioare, fapt sesizat și de către doctrină⁴⁶, operând o compensație nepermisă în condițiile în care titlul în baza căror au fost încasate taxele anterioare este contrar dreptului european. Supunem atenției și art. 4 care ia o mână și dă cu alta. Dacă la litera b) vom aștepta o punere în practică a acestui text de lege, iar la literele c) și d) par a fi puse în acord cerințele unionale, deoarece autovehiculele vizate de textele de lege constituie bunuri naționale în accepțiunea art. 110 T.F.U.E, deci vor fi supuse unui regim similar atât cele naționale, cât și cele de import, la lit a) revenim la vechea dispută, având de facto, un efect indirect discriminatoriu, ca urmare a calculelor ce se vor aplica autovehiculelor. În final, legiutorul mizează tot un câștig aparte și o favorizare a parcului auto autohton, în fața celui din afara granițelor.

17. Dacă statul și-ar asuma o grijă reală pentru mediul înconjurător, pentru a le asigura dreptul la un mediu sănătos cetățenilor săi, drept de generația a treia, înscris chiar în cuprinsul drepturilor garantate de legea fundamentală⁴⁷ și dezvoltat în Ordonanța de urgență a Guvernului nr.195/2005 privind protecția mediului⁴⁸, ar fi necesar să reglementeze astfel de taxe în mod unitar și nediscriminatoriu pentru a nu mai fi acuzat de cinism în opțiunile legislative. Prin urmare statul s-ar conforma ordinii juridice instituite de Uniunea Europeană, căci supremația necondiționată a dreptului comunitar decurge din însăși caracterul său de normă supranațională, supralegislativă și supraconstituțională⁴⁹ pe care *ab initio* reglementării taxelor de poluare o recunoscuse drept ordine integrată firesc în ordinea internă. În sprijinul acestor argumente, aducem în atenție și jurisprudența Curții de Justiție din cauza Comisia contra Danemarca⁵⁰ unde Curtea a statuat că taxa exorbitantă aplicată de către Danemarca automobilelor cumpărate din import nu constituie o piedică în libera circulație a mărfurilor între statul danez care nu produce

automobile și celelalte state membre, tocmai pentru că reglementările sunt valabile în mod nediscriminatoriu pentru toate produsele din producția externă. *Mutatis mutandis*, raționamentul Curții poate fi aplicat și de către autoritățile române plasând pe același palier produsele interne și cele externe, exercitând astfel dreptul de legiferare în materia fiscală cu respectarea dreptului european, fără a mai risca în viitor demararea de către Comisia Europeană a procedurii de *infringement* față de statul român, așa cum s-a întâmplat ca urmare a nerespectării dispozițiilor art. 110 T.F.U.E.

18. Putem vorbi oare despre „frozen reaction” din partea statului român în această „Europa vitezelor diferite”, care nu așteaptă și nu remite pe niciun stat membru de obligațiile asumate? Entuziasmul unificării premergător anului 2007 s-a transformat treptat într-o povară pentru guvernații care nu mai văd în UE un Eldorado, ci un creditor-partener intransigent, cu o ordine juridică mult prea originală și stabilă pentru un stat care se poate desprinde cu dificultate de tabieturi balcanice și de incertitudinea fiscală în care se complăce. Excesele de putere ale executivului sunt urmare a unui „abuz de poziție dominantă” post-aderare, de care organele investite cu deverse atribuții s-au folosit pe alocuri de acestea în mod ilegal, motivând că aderarea implică în primul rând, un executiv eficient, flexibil, serios, angajat în strategiile europene, dar care însă nu s-a ridicat la standardele cerute. *Post factum* unor asemenea „deziderate”, cele mai afectate instituțional au fost în primul rând, instanțele interne așa cum vom analiza în cele ce urmează.

Partea a III-a. Interpretarea principiului de către judecătorul român- între transparența europeană și tăcerea națională

19. Prinse la mijloc în această ciocnire de viziuni legislative, instanțele române își pun de cele mai multe ori o serie de întrebări precum: „În calitate de judecător care este rolul meu în societatea și justiția românească postaderare? Care îmi mai sunt limitele puterii mele de apreciere și de jurisdicție și în temeiul cărui drept îmi fundamentez hotărârile? Am un drept de alegere? Care sunt raporturile dintre mine ca magistrat și magistrații de la Curtea de Justiție a Uniunii Europene?” Acest gen de întrebări surprind tocmai reticența instanțelor naționale în a se considera instanțe europene, reacție ce are drept efect, aplicarea cu o întârziere nefirească, în viziunea instituțiilor europene, a normelor de drept european în temeiul principiului primordialității dreptului unional. Prin urmare, mult așteptatul *integratio* unional se transformă într-un vortex pentru instanțele de judecată române asaltate de valurile de jurisprudență și de legislație europeană, dar și de entuziasmul particularilor în a face apel la aceasta sursă supranațională inestimabilă de drepturi.

Secțiunea 1. Rolul judecătorului- prim interpret subiectiv și obiectiv al principiilor unionale

20. De ce li se cere cu precădere instanțelor o conduită favorabilă și un exercițiu suplimentar în aplicarea dreptului european? Jucătorul ca magistrat și ca om trebuie să

conștientizeze că dincolo de provocările temporal-spațiale sau de raporturile dintre organizații-state-cetățeni, el se constituie drept un echilibru între adevărul factual și interpretarea dreaptă a normelor, ambele aspecte fiind puse pe talerele balanței în mâna justiției pe care o reprezintă. Așadar scopul fundamental al activității de judecată de la momentul aderării până în prezent nu s-a schimbat, doar judecătorul este chemat să își dea concursul spre o reprezenta o poziție-titulatură superioară, care aduce în favoarea lui o serie de drepturi, punându-i totodată în sarcină și un număr de obligații, aceea de judecător european. Putem deduce astfel faptul că sistemul judisicțional unional este *de facto*, unul ambivalent, deoarece în mod formal se bazează pe puterea cu care a fost înzestrată prin tratatele de instituire și prin nivelul supraordonat- Tribunalul Funcției Publice, Tribunalul de Primă Instanță și Curtea de Justiție- cea din urmă instanță și instanțele naționale. Dacă urmărim și impactul pe care l-a avut asupra evoluției dreptului unional, acesta a ajuns la rigoarea și eficiența actuală, fapt fără precedent în cursul dreptului internațional public, și datorită impunerii pe cale pretoriană a principiului preeminenței dreptului european și a principiului efectului direct al normelor comunitare⁵¹, principiu care nu poate exista în mod independent de cel dintâi, supremația dreptului unional fiind un corolar al acestuia, cele două dezvoltându-se practic în simbioză. În consecință, li se impune instanțelor naționale să aplice cu prioritate în procesele derulate în față lor normele juridice direct valabile ale ordinii juridice unionale cu rang comunitar. Astfel instanțele naționale devin instanțe comunitare în sens funcțional⁵², dar între cele două instanțe există relații de coordonare, nu de subordonare, deoarece cele două își conjugă forțele pentru a atinge un obiectiv comun mai important decât disputarea întinderii „sferelor de influență”.

21. În hotărârea *Simmenthal II* aceste argumente mai sus prezentate au fost asamblate, iar motivarea Curții de Justiție este edificatoare în acest sens, aceasta instituind în sarcina instanțelor naționale și obligația de a veghea la protecția drepturilor pe care dreptul european le conferă persoanelor private. În acest fel orice dispoziții care ar putea fi contrare din legislația națională, indiferent dacă aceasta este anterioară sau posterioară normei comunitare, nu mai poată fi aplicate deoarece „*interven pe domeniul în care Comunitatea își exercită atribuțiile legislative sau care sunt în orice alt fel incompatibile cu dispozițiile de drept comunitar, ar echivala cu negarea caracterului efectiv al angajamentelor asumate necondiționat și irevocabil de către statele membre*”⁵³. Semnificația pe care o are această hotărâre și pentru materie fiscală este covârșitoare, deoarece instanțele române ar trebui în repetate rânduri, numai de exemplu în cazul taxelor de poluare pe care le-am dezbătut, să respingă drept inaplicabile orice dispoziții interne fie legislative, fie administrative, contrare materiei dreptului unional în acele domenii în care Uniunea își exercită competența exclusivă sau a legiferat, deoarece conform principiului *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, Uniunea nu poate acuza statul român de rea-credință în domeniile fiscal în care are competență proprie de apreciere, iar Uniunea nu-principiul împuternicirii special limitate-. Așadar, magistratul român are îndatorirea ca, în baza art. 148 alin. (2) din Constituție, să analizeze dacă între

normele dreptului intern (fiscal) și normele unionale cu caracter obligatoriu există o contradicție. În măsura în care există un astfel de dezacord, este obligat din oficiu să nu aplice norma internă, iar pentru această atribuție conferită nu trebuie să ceară explicații sau să ceară acordul sau să își exercite vrep competență cealaltă două puteri în stat, deoarece aceasta nu încalcă principiul separației puterilor în stat, pentru că nu vine să legifereze, ci alege norma aplicabilă în acest conflict, atribuție care prin natura profesiei o exercită judecătorul.

22. Între aceleași preliminarii, se situează și cauza *Factortame*⁵⁴ în care autoritățile engleze au pus opreliști prin reglementările interne în punerea în aplicare a unei ordonanțe președințiale de către o instanță națională referitoare la materia liberei circulații a mărfurilor, ea fiind îndrituită de către dreptul european să ignore norma juridică engleză, „to set aside”, „împiedicând astfel punerea în executarea deplină a hotărârii bazate pe dreptul comunitar, motiv pentru care norma procedurală internă contrară nu poate fi aplicată.”

Secțiunea a II-a. Să-i dăm Cezarului ce-i al Cezarului?

23. În expunerea noastră vorbim *lato sensu* despre instanțele de judecată, dar totuși ce înțelege Curtea de Justiție prin această sintagmă? Această chestiune a fost tranșată cu prilejul stabilirii căruia organ de jurisdicție dintr-un stat membru îi revine competența de a trimite cererea pentru pronunțarea unei hotărâri preliminare în temeiul art. 267 alin. 2 TFUE, ex-articolul 234 alin. 2 Tratatul CE. Ca procedură adresată Curții de la Luxembourg, acțiunea preliminară are drept obiect întrebările, probleme ridicate referitoare la valabilitatea și existența unor norme de drept comunitar/unional sau cele cu privire la interpretarea conținutului acelor norme de către instanțele Uniunii și de Banca Central Europeană⁵⁵. Astfel, hotărârea preliminară are o dublă finalitate. Prima ar fi aceea de a stabili o coeziune în acțiuni și obiective alături de instanțele naționale, de regulă invitate, și doar prin excepție obligate, să i se adreseze cu întrebări care prin soluționarea lor vor conduce fie la lămurirea dreptului unional, fie la complinirea acestuia, fie chiar la crearea de drept sau invalidarea acestuia, totul în scopul interpretării uniforme de către tribunalele care sunt tonuri ale paletei de legislații și sisteme de drept⁵⁶. Magistrății trebuie să nu își uite menirea de a crea și dezvolta dreptul, nu doar de a-i servi acestuia, pentru că altfel s-ar transforma în niște funcționari, puși să execute după un set de legi dreptatea. Urmare a acestei colaborări la nivel judiciar, se îndeplinește și cea de-a doua finalitate, aceea de a asigura protecția drepturilor resortisanților unionali, fie persoane fizice, fie persoane juridice. Dacă la rândul lor, cetățenii au obligația de a respecta dreptul unional, acestora trebuie să li se asigure și garanția certitudinii și clarității dreptului. Pentru că dincolo de sistem sunt persoane care își duc zi de zi activitatea, cei cărora trebuie să le servească atât această entitate supranațională, cât și statelor membre, și instituțiile care fac ca tot acest mecanism să funcționeze. Iar activitatea fiscală, care

privește cu precădere resursele bănești, sumele prelevate din patrimoniul cetățenilor, este cu atât mai sensibilă la fluctuațiile legislative și la efectul care îl poate avea o decizie administrativă, dar mai ales o hotărâre judecătorească. De aceea au trebuit tranșate controversesele privind calitatea de instanță națională, subiectul acțiunii sus-amintite.

24. Hotărârea pronunțată în afacerea Vaassen Göbbels⁵⁷ este cea care a clarificat condițiile de bază care trebuie să le întrunească un organ jurisdicțional național⁵⁸ pentru a fi calificat din punct de vedere material și formal drept instanță. Astfel trebuie să se țină seama de un număr de factori cum ar fi: faptul dacă organismul este instituit prin lege, dacă el este permanent, dacă este obligatorie competența sa, dacă procedura înaintea lui este *inter partes*, dar el aplică regulile de drept și dacă este independent.

25. Așa cum și doctrina⁵⁹ a conchis ne vom raporta cu precădere la capacitatea de a soluționa un litigiu conform unui model juridic prestabilit, semnificativ mai important ca felul în care este plasat în ordinea internă juridică și cum se raportează aceasta la el.

26. Dacă revenim la situația statului român, nu putem califica, în baza celor mai sus expuse, drept organe de jurisdicție celelate instituții care nu sunt enumerate de art. 5 din C. Fiscal⁶⁰-cu certitudine instituții centrale cu atribuții executive, care au dreptul de elabora norme secundum legem, fără a adăuga însă la lege⁶¹- precum Serviciul pentru soluționarea a plângerilor prelabile și contestațiilor aflat în subordinea ministrului Finanțelor Publice, pentru plângerile de a căror soluționare acesta este competent *ratione materiae* și *personae*. Serviciul nu poate fi calificat drept instanță tocmai din cauza subordonării ierarhice, chiar dacă are o competență obligatorie în soluționarea a plângerii *ex ante* acționării în justiție.

27. Un alt organ fiscal prezent în majoritatea litigiilor este Direcția Generală a Finanțelor Publice (denumită în continuare D.G.F.P.), unitate teritorială cu personalitate juridică aflată în subordinea Agenției Naționale pentru Autoritate Fiscală (denumită în continuare A.N.A.F.). Totuși în urma modificărilor operate prin OUG nr. 74/2013⁶² conform alin. 11 alin. 3 în litigiile în care direcțiile generale ale finanțelor publice județene au fost mandatate să asigure reprezentarea structurilor ierarhic superioare, calitatea de reprezentant al acestora se transmite către direcția generală regională a finanțelor publice care a preluat activitatea direcțiilor generale ale finanțelor publice județene respective.

28. Așa cum regăsim într- un regulament intern al D. G. F. P. București⁶³ obiectivul principal de activitate al instituției publice este *de a realiza, în mod unitar, strategia și planul Guvernului în domeniul finanțelor publice și a politicii fiscale a statului*. Putem decela la lecturarea primelor rânduri ale regulamentului faptul că acest organism nu este unul independent. Așadar ,chiar dacă este competent a soluționa plângerile prelabile ale contribuabilor⁶⁴ asupra unor reclamații individuale, am avea suficiente dubii cu privire la

imparțialitatea reală a acestui organ de specialitate. Această neîncredere este sporită și de lipsa de publicitate în numeroase cazuri a unor regulamente interne care sunt invocate în contra dreptului la apărare și dreptului la previzibilitate și publicitate a unor astfel de acte normative, drepturi garantate atât de Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene și art. 6 și art. 7 Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁶⁵. Obligația statelor membre de a respecta dreptul Uniunii presupune mai ales respectarea libertăților fundamentale⁶⁶. A *fortiori*, contribuabilul poate uza de aceste drepturi în fața organelor fiscale române care nu îi dau posibilitatea concretă de a cunoaște acele acte pentru a acționa preventiv, de a-si adapta comportamentul fiscal prin intermediul a două dimensiuni: *încrederea în autorități*, cele care trebuie să slujească unui interes superior, general, cel al bunăstării și dezvoltării societății și *puterea autorităților* ca mecanism legislativ, executiv, dar și coercitiv, abil în a detecta fraudă fiscală.⁶⁷

29. Această obligație asumată de state prin tratatele de aderare nu are implicații în toate sferile dreptului fiscal național, astfel încât statul să nu mai aibă spațiu de manevră în raport de propria-i competență. Libertățile fundamentale se impun a fi respectate, doar atunci când în elementele cauzei se regăsesc elemente de extraneitate unionale⁶⁸.

Provocările unionale în materie de taxă pe valoare adăugată

30. În raport observațiile punctate, trebuie să analizăm și câteva litigii în materie de taxă pe valoare adăugată asupra cărora au fost ridicate și Curții Unionale o serie de întrebări preliminare. În cauza SC MORA IPR SRL⁶⁹ cererea de decizie preliminară privește interpretarea articolului 26 alineatul (2) TFUE, a articolelor 28 TFUE și 30 TFUE, a articolului 107 alineatul (1) TFUE, precum și a articolului 211 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată⁷⁰ (denumită în continuare Directiva TVA).

31. O serie de aspecte merită comentate cu privire la această cauză. Curtea de Justiție a devenit cel mai probabil conștientă de incertitudinea legislației fiscale din România care contravine principiului securității raporturilor juridice și ca o aplicare a acestuia în domeniul fiscal a principiului certitudinii fiscale. Multiple chestiuni de drept nu s-ar mai ridica în fața acesteia dacă autoritățile române ar înțelege să asigure contribuabilului un minimum de garanții atunci când îi pretind acestuia îndeplinirea cu bună-credință și în termen a obligațiilor fiscale. Modificări legislative succesive duse articolului 157 din Codul fiscal în perioada aprilie 2007-decembrie 2008 ce constituie o restricție privind libera circulație a mărfurilor, creează situații discriminatorii „în mediul concurențial” și cauzează pierderi patrimoniale demonstrează persistența autorităților fiscale naționale în a menține un cadru fiscal incert contribuabilului.

32. Cu privire la seria de texte de lege invocate de către reclamant, trebuie să avem în vedere că Directiva TVA a fost tranpusă în dreptul intern, deci în calitate de act

normativ unional secundar are efect direct, deci creează drepturi în sarcina particularilor în măsura în care nu lasă nicio marjă de apreciere discreționară în ceea ce privește executarea sa⁷¹. Bunurile nu erau supuse impozitării TVA la momentul la care s-a realizat importul deoarece societatea beneficia de acel regim derogatoriu. Iar amânarea așa cum a precizat și reclamanta, dar cum a statuat și doctrina⁷² poate fi privită drept o scutire fiscală, deci ajutor de stat în conformitate cu art. 87 alin. 1 TCE. Totuși, ajutorul de stat trebuie să fie unul care conferă un avantaj financiar, direct sau indirect, asupra concurenților, iar în speța de față impozitul avea să fie plătit. Limitele în reglementarea plății de TVA pentru importurile de bunuri-dacă societatea nu ar fi restituit bunurile am fi vorbit despre un import definitiv-rămâne însă o problemă care trebuie tranșată de autoritățile fiscale naționale.

33. Tot în materie de TVA, o altă hotărâre importantă contra României în materia incompatibilității dreptului fiscal intern cu dreptul european o constituie afacerea *Gran Via Moinești*⁷³. Cauza privește cumpărarea de către companie a unei suprafețe de teren și a construcțiilor edificate pe acestea, operând prin contractul de vânzare și transferul autorizației de demolare a acelor construcții. În plus, GVM a obținut și un certificat de urbanism prin care era autorizată în vederea realizării unui complex imobiliar. Dacă ar fi să ținem cont de momentul achiziției de bunuri anul 2007 s-a integrat perioadei de *boom* imobiliar în România, numeroase astfel de operațiuni derulându-se pe parcursul aceluiași an. Prin urmare, și autoritățile fiscale române au aplicat un dublu tratament: în primă fază Autoritatea Fiscală a acceptat deconturile firmelor și operațiunile de rambursare de TVA, iar ulterior a aplicat o decizie de impunere urmare a raportului de inspecție fiscală, ajustând TVA-ul. Motivul susținut de către ANAF era în speță raportat la intenția reală a companiei imobiliare, de demolare, iar nu de a realiza operațiuni taxabile. Totuși, dacă urmărim doar obiectul de activitate al firmei, acela de a construi noi imobile, dezafectarea celor existente era un parcurs firesc al proiectului și un act adițional al vânzării.

34. Conform Directivei a Șasea sintagma „persoană taxabilă” desemnează orice persoană, fizică sau juridică, care în mod independent desfășoară o activitate economică, în timp ce „activitățile economice” sunt definite ca însumând toate activitățile producătorilor, comercianților și prestatorilor de servicii. Sistemul de deducere conform acestei reglementări unionale este destinat să-l degreveze pe comerciant în întregime de „povara” TVA plătită pe parcursul activităților. În speță, trebuia observată finalitatea urmărită de GVM, natura acelor tranzacții și legăturile economice dintre operatori. Calitatea de persoană impozabilă a companiei nu a fost contestată, date fiind activitățile economice pe care le-a desfășurat în tot acest proces, de la cele pregătitoare, de achiziționare a mijloacelor de exploatare până la cele efective de construire⁷⁴. Deducerea taxei urmărește legătura directă și imediată între tranzacția de intrare și cea de ieșire, prin urmare conform raționamentului Curții de la Luxemburg demolarea acelor clădiri nu constituie decât o cheltuială necesară

pentru investiția ce va urma și nu atreage în sarcina companiei obligația de a ajusta decontul inițial de rambursare.

35. În afacerea Rafinăria Steaua Română⁷⁵, Curtea Europeană de Justiție a contribuit la clarificarea unor probleme în raport de aplicarea dreptului național procedural fiscal în concordanță cu Directiva 2006/112/CE cu privire la rambursarea excedentului de TVA plătit de către contribuabil împreună cu dobânzi de întârziere din partea statului național aferente restituirii sumei de bani datorate de către stat în mod tardiv.

36. Prin soluționarea cauzei în favoarea companiei românești, Curtea Europeană a creat un adevărat precedent oferind contribuabililor posibilitatea de a invoca această hotărâre în conflictul cu autoritățile pentru a solicita plata de dobânzi pentru sumele de bani datorate de stat pentru soldul negativ de TVA dintr-o anumită perioadă de raportare. Acest proces este unul amplu care începe de la înregistrarea persoanei ca plătitoare de TVA, achizițiile și cheltuielile deductibile ale firmei pe care le înscrie în decont, până la depunerea acestuia, vărsarea taxei colectate și cererea de restituire a excedentului⁷⁶. Actele justificative stabilesc diferențele dintre suma negativă a TVA cumulată și TVA de plata cumulată, care reprezintă regularizările de TVA și stabilirea soldului TVA de plată sau a soldului sumei negative a taxei.

37. În speță, ANAF a procedat în formula tip de acțiune contra contribuabililor, a acceptat cererea de rambursare de TVA către Rafinăria Steaua Română, dar apoi a efectuat o serie de controale și a emis decizii de impunere. Ulterior, organul fiscal a emis două note prin care a efectuat rambursarea excedentului de TVA sub forma unei compensări, ceea ce a dus la lichidarea acestor două obligații fiscale, în aceeași manieră pe care am descris-o în cazul taxelor de poluare. Deși instanțele naționale au arătat că sumele de bani trebuiau restituite și au anulat actele Agenției Fiscale, dar aceasta nu și-a îndeplinit obligațiile, litigiul continuând până la sesizarea Curții de Justiție de către Înalta Curte de Casație și Justiție. Argumentele invocate de către autoritatea fiscală contrare principiului neutralității fiscale și priorității dreptului unional pot fi astfel contracarate pentru a le împiedica să refuze îndeplinirea obligației datorate în baza unei cereri, deoarece conform regulilor din dreptul civil o astfel de plată lato sensu realizată de către un contribuabil este una nedatorată.

38. Prin încheierea din 28 februarie 2014 de trimitere a acțiunii preliminare în cauza Salomie și Oltean⁷⁷, Curtea de Apel Cluj-Napoca a hotărât că este necesar a se clarifica problema TVA aplicată retroactiv tranzacțiilor imobiliare aplicate de autoritățile române persoanelor fizice adresând o serie de întrebări Curții supranaționale. În fapt, domnul Salomie încheiase un acord de asociere împreună cu apropiați ai acestuia (conexată fiind de instanță și cauza domnului Oltean) pentru realizarea în comun a unor locuințe colective, blocuri de apartamente destinate vânzării către terțe persoane. Tranzacțiile au fost derulate

tot în perioada de glorie imobiliară, în cursul anilor 2008-2009, fiind vândute peste 120 de apartamente. În urma verificărilor efectuate de către organele de inspecție fiscală, cel în cauză fost obligat în baza deciziei de impunere întocmită în urma raportului de inspecție fiscală la plata de obligații fiscale suplimentare de plată TVA pentru operațiunile pe care le-au realizat în mod independent în calitate de persoană fizice. Conform art. 9 din Directiva 2006/112/CE definesc persoana impozabilă, iar exploatarea de bunuri în scopul obținerii bunurilor cu caracter de continuitate este considerată o activitate economică. În opinia ANAF, care a solicitat respingerea cererii de sesizare a instanței europene deoarece problema este suficient tranșată în jurisprudența Curții, iar legiuitorul român și-a îndeplinit obligația de transpunere a prevederilor unionale, reclamantul din speță desfășurând prin numărul operațiunilor, prin caracterul de repetabilitate al acestora pe parcursul acelei perioade și prin profitul obținut îl integrează în categoria persoanelor impozabile.

39. Însă, deși amintește de jurisprudența în materia TVA, ANAF nu ține cont de argumentele Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauzele reunite *Slaby și Kuc*⁷⁸. Criterii folosite și de ANAF precum numărul și mărimea vânzărilor realizate în speță nu sunt determinante în sine. Astfel cum a decis deja Curtea, mărimea vânzărilor nu poate constitui un criteriu de distincție între activitățile unui operator care acționează cu titlu privat, care se situează în afara domeniului de aplicare al acestei directive, și cele ale unui operator ale cărui operațiuni constituie o activitate economică. Curtea a arătat că vânzări semnificative pot fi efectuate și de operatori care acționează cu titlu privat⁷⁹. În opinia noastră, exploatarea patrimoniului personal prin sine prin acte de dispoziție cu caracter oneros procură prin natura actelor cu un câștig particularului, dar este necesară exploatarea de o manieră sistematică și organizată similar profesioniștilor pentru a vorbi despre activitate economică. În final, TVA este un impozit aplicat pe cifra de afaceri, așadar vânzarea din speța *Salomie* trebuia și trebuie să aibă un caracter comercial.

40. Deși ANAF susține îndeplinirea conformă a obligației statului român de transpunere a legislației naționale, potrivit jurisprudenței constante a Curții, transpunerea normelor comunitare în dreptul intern nu impune în mod necesar o preluare formală și textuală a dispozițiilor lor într-o dispoziție expresă și specifică și poate fi suficient un context juridic general, cu condiția ca acesta să asigure efectiv deplina aplicare a directivei într-un mod suficient de clar și de precis⁸⁰. În plus, ca o garanție suplimentară acordată particularului, jurisprudența Curții de la Luxemburg se folosește în plan decizional, și de standardele și principiile fundamentate și expuse de Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Astfel, în cauză se pun probleme și de respectare a principiului securității raporturilor juridice deoarece organele fiscale au aplicat în contra particularilor o serie de norme fără să țină cont de succesiunea în timp a acestora și de principiul neretroactivității legii. Această problemă sistemică în aplicarea regulilor fiscale europene și a unei sancțiuni excesive de pierdere a dreptului de deducere, fără a demonstra intenția în aplicarea unor mecanisme care ar putea atrage o asemenea sancțiune (nu prin simplu fapt al neînregistrării în calitate de persoană

impozabilă) își poate găsi răspunsurile în interpretarea pe care Curtea de Justiție o va oferi acestei cauze.

De la gol sportiv la goluri fiscale

41. O chestiune controversată cu multiple implicații de ordin fiscal la nivel de taxe și contribuții o constituie statutul comisiilor jurisdicționale din fotbalul românesc. Iar dacă vorbim despre organe arbitrale, Curtea de Justiție a conchis că în anumite condiții stabilite prin cauza Nordsee⁸¹ că acestea sunt abilitate să adrese o cerere de hotărâre preliminară. Temeiul juridic în problema calificării drept veritabile tribunale arbitrale o constituie ar. 57 din Statutul Federației Române de Fotbal⁸² care atribuie competența exclusivă în soluționarea litigiilor din sau în legătură cu activitatea fotbalistică. Născut pe tărâmul dreptului transnațional, dreptul fotbalului în România se află încă la nivel de "miuță de la colț de bloc" dacă ne este permis să vorbim în termenii non-academici ai sportului-rege care se bucură de o popularitate și publicitate imensă și în țara noastră, dar care pare să „fenteze” cu pase ameitoare regulile dreptului comun. Dacă ar fi să analizăm fondul problemei, conform art. 21 alin. 4 coroborat cu art. 124 și următoarele din Constituția României, constituirea de jurisdicții facultative, prin ipoteză de tip disciplinar intern⁸³ nu este interzisă de legea supremă, dar nu ar putea conduce la concluzia că ar putea fi legală cu caracter de jurisdicție civilă sau arbitrală, exclusivă și derogatorie de la dreptul comun! Însăși Curtea Constituțională a fost chemată să soluționeze o excepție de neconstituționalitate care vizează art. 36 alin. (5) din Legea educației fizice și sportului⁸⁴. Dincolo de aparenta argumentelor juridice nemulțumirea celor care au formulat excepția subzită în faptul că indivizii din fotbal, din scaunele înalte ale acestei federații, *au posibilitatea de a introduce în statutul propriu texte ce interzic persoanei interesate dreptul de a se adresa instanțelor de judecată, și, pe de altă parte, îi oferă posibilitatea de a înființa instanțe paralele private. Si asta pentru că sunt influenți, dispun de sume uriașe de bani care și prin astfel de judecăți private vor să le țină departe de ochii Fiscului. Așadar cum rămâne pentru justiția și fiscalitatea egală pentru toți și în aceeași măsură represivă, când oamenii cu mingea sub talpă țin se pare și justiția ca mecanism unitar? Iar din răspunsul negativ la excepția dedusă soluționării se pare că nici Curtea Constituțională nu vrea să abordeze o astfel de chestiune de drept și se pune la adăpost în spatele literei textului constituțional art. 146 lit. a. Considerăm că, această atitudine care tinde să devină o caracteristică a instanței de contencios constituțional care mută dreptul la marginea de terenului de joc juridic lăsându-l pradă celor interesați să-l interpreteze în favoarea lor. Chiar dacă formal actele subsecvente adică statutele și regulamentele Federației îi exced domeniului competenței, printr-o interpretare a legii principale și a drepturilor invocate în discuție, cu mai mult curaj, judecătorii ar fi putut sublinia câteva aspecte care să determine lichidarea tacticii „de judecată” aproape axiomatice cu ideea de justiție, drept la apărare, dar și cu obligația contribuțiilor fiscale. Aici este cheia în toată disputa înăbușită în tăcere și compromis și în care fotbaliștii în aparență naivi rămân atașați cluburilor și cu amenințarea denunțării*

contractului de prestări servicii sportive și cu neplata restanțelor salariale, în care patronii de cluburi vor să știe cum se percep aceste creanțe salariale de facto și la ce sume pot exploata contractele de transfer a jucătorului către o altă echipă și cei din comisii care trebuie remunerați corespunzător „laborioasei” activități judicioase. Iar în cazul celor din urmă dacă am compara veniturile obținute din onorarii de cei care realizează arbitraj comercial, de exemplu Curtea de Arbitraj a Camerei de Comerț, conform art. 48 lit i) cu trimitere la art. 78 alin. 1 lit d coroborat cu art. 79 alin. 1 C. Fiscal se aplică o cotă de 16% asupra venitului brut. *Mutatis mutandis*, dacă cei în sarcina cărora sunt deduse litigiile din fotbalul românesc ar trebui să plătească această cotă de impozitare pe onorarii.

42. Am opinat cu privire la acest cerc vicios și pentru a constata că de fapt sportivii nu pot fi calificați drept persoane fizice independente care obțin venituri în urma unor astfel de activități în temeiul art. 41 lit. a cu trimitere la art. 46 alin. 1 C. Fiscal. În plus, trebuie să ținem cont și de plata contribuțiilor sociale reglementate la art. 2 și detaliate la Titlul IX al Codului Fiscal, contribuții care ar urma să fie plătite de fotbaliști, dar și aici cu o serie de rezerve⁸⁵, dacă nu au statutul de persoane fizice autorizate plătitoare de TVA și impozit pe profit. Sau Fiscul ar putea solicita patronilor- angajatori, cei mai solvabili, plata contribuțiilor în baza cotelor prevăzute de art. 296¹⁸ deoarece aceștia dețin state de plată și fonduri de salarii pentru că nu ne putem imagina o ipoteză în care patronul ține la sediul clubului în seif banii și apoi îi împarte, și nu sunt trecute toate câștigurile și plățile prin filtrul unei bănci.

43. Contractului de prestări servicii sportive trădează în realitate, din modul în care sunt percepute de ambele părți -a se avea în vedere voința reală, internă a părților-, tipice contracte de muncă, simulate în forma unor convenții civile⁸⁶. Iar dacă analizăm și un Regulament al Consiliului cu privire la libera circulație a lucrătorilor⁸⁷ vom vedea că prin lucrătorul este orice persoană care exercită o activitate în regim de salarizare, fotbalistul ce aparține unui club este o persoană care face ceva pentru altul sub o formă de îndrumare -în cazul nostru antrenamente și apoi partide de joc- prestația fiindu-i plătită. Curtea de Justiție a Uniunii Europene în baza acestei libertăți fundamentale în legătură indisociabilă cu principiului primordialității dreptului european a schimbat și lumea fotbalului prin cauza Bosman⁸⁸ oferind dreptul jucătorilor de a se transfera gratis la alt club odată cu încheierea contractelor.

De la facultate la obligație în formularea unei acțiuni preliminare

44. În debutul părții din studiu dedicată instanțelor, aminteam atunci despre facultatea *versus* obligația de a adresa o întrebare preliminară Curții de la Luxembourg. Având în vedere coerența simetriei regulă-excepției, în general este unanim acceptată puterea discreționară a tribunalelor naționale ce nu decid în ultimă instanță de a aprecia oportunitatea trimiterii de astfel de întrebări. Judecătorii statelor membre în calitate de

judecători unionali trebuie să demareze pe cont propriu, *ex officio*, înțelegerea actelor unionale și validitatea acestora, neavând însă competența de a constata nevaliditatea lor. Dincolo de această libertate și de „secretul” motivației de a trimite o cerere, doctrina de specialitate a apreciat că extinderea obligației în sarcina tribunalelor inferioare s-a realizat de către Curte sub aspectul validității dreptului derivat, în caz de *îndoială serioasă privind această validitate, cu condiția ca o decizie asupra problemei de drept să fie necesară*⁸⁹.

45. Dar în cazul instanțelor supreme ale statelor membre ale Uniunii Europene sau mai bine zis al instanțelor naționale de ultim grad de jurisdicție acestea sunt obligate în materia interpretării sau stabilirii valabilității normelor de drept unional să ceară părerea Curții de la Luxemburg ori de câte ori apar neclarități în acest sens, iar Curtea, fără a prejudeca fondul printr-o prehotărare, va tranșa problema pur teroretică, de drept, ridicată de instanța națională.

46. Așadar în cazul României competente să intenteze în aceste condiții o acțiune preliminară sunt Curțile de Apel și Înalta Curte de Casație și Justiție. Dar cum putem tranșa situația cu privire la Curtea Constituțională, instanță *sui generis*, care nu se constituie într-un al patrulea grad de jurisdicție spre deosebire de instanțele constituționale speciale din Germania și Italia, care în limitele câtorva competențe sunt superioare celorlalte instanțe din stat? Pentru că dacă ne raportăm la condițiile fixe de art. 267 par. 2 TFUE, aceasta nu exclude *de plano* posibilitatea acestor instanțe de a formula astfel de acțiuni.

47. Dispozițiile art. 148 din Constituția României, precum și legea acesteia de organizare și funcționare⁹⁰, nu consacră atribuții ale Curții Constituționale de a verifica conformitatea unei dispoziții de drept național cu textul Tratatului privind Funcționarea Uniunii Europene. Verificarea constituționalității unui act normativ prin intermediul Curții Constituționale este limitată la evaluarea actului normativ în raport cu normele cuprinse în Constituția României, care, ca natură, sunt diferite de normele care consacră dreptul Uniunii, cuprinse, de exemplu în tratat⁹¹. În opinia noastră, așa cum am dezbătut la începutul studiului, art. 148 care consacră principiul primordialității dreptului european acesta se răsfrânge asupra întregii legi fundamentale, dar și a normelor naționale inferioare ei subsecvente solicitând autorităților naționale o conduită conformă în acest sens.

48. Deși textul de lege nu menționează expres Curtea Constituțională printre autoritățile naționale chemate, iar autoritatea judecătorească este tratată în legea fundamentală la capitolul VI, titlul III distinct de instanța de contencios constituțional-titlul V-, aceasta din urmă are îndatorirea de a verifica, atunci când este sesizată fie prin controlul *a priori*, fie prin cel *a posteriori*, dacă dispozițiile din legi sau ordonanțe sunt constituționale, deci cu privire la cazul nostru dacă nu au fost încălcate dispozițiile art. 148 alin. 2 și 4 din Constituția României. Pe cale de consecință, nu putem accepta declarația de necompetență pe care a formulat-o Curtea atunci când a fost chemată să soluționeze

conflictele dacă legile interne *lato sensu* au respectat dreptul unional. Sunt demne de analizat o serie de decizii ale Curții în acest sens.

49. Anul 2008 a fost un an întunecat în viziunea juridică a Curții Constituționale. În două decizii din 25 martie 2008⁹², Curtea a respins excepțiile de neconstituționalitate prima ridicată de Asociația Profesională Colegiul Consilierilor Juridici Galați. Aceasta consideră că legiuitorul român are prerogativa de a enunța cauze de nulitate de drept ale societății comerciale înmatriculate în registrul comerțului, deoarece nu putem reține o imixtiune în actul de justiție din partea legiuitorului. Instanța, chemată să declare o astfel de nulitate, va constata dacă de pildă, obiectul de activitate al societății este ilicit sau contrar ordinii publice. Printr-o serie de argumente referitoare la imixtiunea care ar viza actul de justiție, Curtea consideră că nu pot fi reținute *criticile aduse reglementărilor supuse controlului privind încălcarea prevederilor constituționale și reglementărilor internaționale invocate*. Instanța constituțională deși a adus ca argument *cauza Bota împotriva României*⁹³ la CEDO, care viza o asociație de consultanță juridică, nu face nicio secundă referire și la Regulamentul Comisiei Europene nr. 29/2002 și Regulamentul Comunității Economice Europene nr. 3.037/1990 "*prin care sunt stabilite activitățile economice ce pot face obiectul activității de prestări servicii, printre acestea numărându-se și prestarea de servicii juridice*". Asociația a susținut că în activitățile de prestări servicii juridice, astfel cum acestea sunt definite prin directivele europene, este îngădită libera inițiativă prin practici neconcurențiale⁹⁴. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit în cauza Jean Reiners⁹⁵ deși privea un avocat că simpla acordare de consultații juridice nu presupune exercitarea autorității de stat, deoarece lasă neatinsă activitatea judecătorească și libertatea de decizie a organelor jurisdicționale. Mutatis mutandis, argumentul poate fi aplicat și problemei juridice a consilierilor români, care deși nu exercită autoritatea publică în sensul Curții de la Luxembourg, ei trebuie să își desfășoare activitatea cu respectarea unor cerințe care trebuie să dea certitudini actului în fața instanțelor în toată plenitudinea lui. De aceea așa cum și CEDO a reținut trebuie să aibă în vedere faptul că pot fi instituite anumite ingerințe ale statului sunt necesare într-o societate democratică- declararea nulității unei societăți în anumite condiții prevăzute de lege.

50. Poate o bună parte din culpa cu privire la conflictul țesut în jurul taxelor de primă înmatriculare o poartă și Curtea Constituțională care putea da un alt curs evenimentelor fiscale și (ne)declanșării primei faze a *procedurii de infringement* prin admiterea excepției de neconstituționalitate formulate împotriva Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2008, care a trecut treptat de la fi cerută să fie examinată constituționalitatea ei cu privire la unele articole până în final, în ansamblul său.

51. Prin Decizia nr. 586 din 14 aprilie 2009, Curtea Constituțională ne surprinde cu argumentele ei. În primul rând, în motivarea deciziei autorul excepției invocă faptul că instituirea taxei pe poluare printr-o ordonanță de urgență și nu prin adoptarea unei legi

încalcă prevederile art. 139 din Constituție care cere instituirea unor taxe prin lege. Considerăm că prin lege se înțelege actul stricto sensu emis de Parlament, nu orice altă normă juridică lato sensu, în caz contrar nici textul art. 4 alin. 1 din Codul Fiscal nu ar fi instituit regula modificării și completării numai prin lege și asta pentru a da conținut art. 61 din Constituție, deoarece numai Parlamentul, în calitate de *unică autoritate legiuitoare a țării*, este îndrituit să legifereze în dreptul fiscal primar. Dar pentru instanța de contencios constituțional se pare că lipsa reală de motivare a urgenței în preambulul ordonanțelor de urgență așa cum cere art. 115 alin. 4 din legea a cărei gardian este nu pare a mai fi o problemă: „*instituirea taxei pe poluare, cât și stabilirea momentului la care intervine obligația de plată a taxei constituie opțiuni obiective ale legiuitorului, motivate în expunerea de motive a ordonanței de urgență*”. Guvernarea-legiferare prin ordonanțe de urgență pare a fi intrat în firescul juridic românesc și hemoragia despre care vorbea părintele constituției românești⁹⁶ pare a se fi oprit de la sine sau poate datorită „uzucapiunii” actului de legiferare căreia Curtea nu i s-a opus decât anemic. Altfel nu putem înțelege seninătatea cu care Curtea spune că *intrarea în vigoare a unei legi, ordonanțe simple sau de urgență prin care se instituie pentru viitor o taxă pe poluare constituie un motiv suficient pentru a justifica, în mod obiectiv și rațional, un tratament juridic diferit cu privire la situația juridică a persoanelor ce au plătit taxa anterior sau ulterior instituirii taxei*, ca și când urgența ar fi compatibilă cu un viitor incert în care se va aplica o măsură. În niciun rând din motivare, Curtea nu face vreo trimitere cu privire la compatibilitatea măsurii cu dreptul unional în materia taxelor cu efect echivalent și interdicția discriminării fiscale.

52. Cu privire la elementele de mai sus raportate la încălcarea prevederilor art. 30, art. 34 și art. 110 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și, implicit, a dispozițiilor art. 148 alin. (2) din Constituție, Curtea a stabilit prin Decizia nr. 1.596 din 26 noiembrie 2009⁹⁷ și apoi și-a menținut poziția prin Decizia nr. 137 din 25 februarie 2010⁹⁸ și Decizia nr. 1.249 din 7 octombrie 2010⁹⁹ că nu este de competența sa „*să analizeze conformitatea unei dispoziții de drept național cu textul Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene prin prisma art. 148 din Constituție. O atare competență, și anume aceea de a stabili dacă există o contrarietate între legea națională și Tratat, aparține instanței de judecată, care, pentru a ajunge la o concluzie corectă și legală, din oficiu sau la cererea părții, poate formula o întrebare preliminară în sensul art. 267 din Tratat la Curtea de Justiție a Uniunii Europene. În situația în care Curtea Constituțională s-ar considera competentă să se pronunțe asupra conformității legislației naționale cu cea europeană, s-ar ajunge la un posibil conflict de jurisdicții între cele două instanțe, ceea ce, la acest nivel, este inadmisibil.*” Curtea nu ar ajunge la un astfel de conflict de jurisdicții pentru simplu fapt că ea ar veni să analizeze actul intern care respectă sau nu dispozițiile actelor normative unionale, iar conform principiului primordialității dreptului este chiar obligată să se pronunțe asupra acestui fapt. Constituționalitatea unei legi poate fi echivalentă cu conformitatea ei cu dreptul Uniunii Europene în temeiul art. 148 din legea fundamentală, așadar Curtea este chemată în temeiul art. 146 ar trebui să verifice, și nu să se ascundă în

spatele unor conotații de sensuri juridice sau interese primordiale patrimoniale ale guvernării. Curtea de Justiție când este sesizată cu acțiunea preliminară nu se pronunță asupra legalității/constituționalității actului normativ intern, ci exclusiv asupra interpretării prevederilor Tratatului și a normelor Uniunii Europene, obligație care revine în primul rând, în sarcina instanțelor de judecată, și în subsidiar, instanței supranaționale.

53. Ca o poziție dizidentă de cea majoritară a judecătorilor Curții Constituționale trebuie amintită de către noi opinia separată a doamnei judecător Iulia Antoanella Motoc la decizia nr. 668 din 18 mai 2011. Prin cele expuse în cuprinsul opiniei, doamna judecător invocă aplicabilitatea art. 135 alin. 1 lit a)¹⁰⁰ din Constituția României invocată de către autorul excepției de neconstituționalitate respinse bazându-se în principal, pe necesitatea de a nu disocia interpretarea și aplicarea articolului constituțional de libertatea de circulație a mărfurilor, persoanelor, capitalului și serviciilor în interiorul Uniunii Europene și o serie de acte fundamentale ale organizației: Actul Unic European, „Cartea albă” a Comisiei din 1985, Tratatul Comunităților Europene devenit în 2009 Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene. Cel mai interesant aspect, am putea spune o lovitură de imagine a Curții, este că prin această opinie autoarea ei trimite la o decizie mai veche¹⁰¹ a Curții a cărei motivare, împreună cu hotărârea Curții din cauza Tatu și obligația de a respecta prevederile art. 110 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, potrivit căroră *nu este permisă stabilirea unor taxe care să descurajeze vânzarea produselor importate în favoarea vânzării produselor similare de pe piața națională (a se vedea Hotărârea din 3 martie 1988, pronunțată în Cazul Bergandi, C-252/86, și Hotărârea din 7 decembrie 1995, pronunțată în Cazul Ayuntamiento de Ceuta, C-45/94)*, ar fi determinat un reviriment jurisprudențial în cadrul Curții. Acest fapt nu ar trebui să provoace neliniști, deoarece o jurisprudență „încrămenită” într-o anumită poziție, nu contribuie la evoluția dreptului ca o componentă firească într-o societate democratică, ci poate provoca mai multă injustiție cu efecte greu de anticipat în rândul vieții justițiabilor și al activității celorlate instituții. Curtea Constituțională avea așadar capacitatea prin care ar fi putut stopa climatul fiscal al abuzurilor care continuă să fie comise prin taxele de primă înmatriculare. Spre deosebire de doamna judecător, nu putem lăuda Curtea că la patru ani de la aderare, constrânsă de circumstanțe, a creat pentru prima dată posibilitatea „aplicării în cadrul controlului de constituționalitate a hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii Europene”. În schimb, este de apreciat că recunoaște implicit lipsa de rigoare a Curții cu privire la cele două decizii mai sus dezbătute susținând acest progres jurisprudențial „*prin comparație cu deciziile nr. 392 din 25 martie 2008 și nr. 394 din 25 martie 2008 în care cererile autorilor excepțiilor prin care se solicita sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene cu o cerere de hotărâre preliminară au fost respinse, fără a se arăta temeiul de drept*”. Judecătorii de la nivelul unei Curți Constituționale trebuie să fie cei mai instruiți și receptivi juriști, deschiși schimbărilor atunci când este necesar, cei care trebuie să trimită un impuls în rândul instanțelor judecătorești că recurgerea la dreptul Uniunii Europene și la Carta Drepturilor Fundamentale pentru a alinia interpretarea dreptului național la noile cerințe și pentru a determina un consens în evoluția diferitelor domenii de drept în care Uniunea a legiferat, în speță în materia fiscală.

Partea a IV-a. Coordonatele unui meci între instanțele naționale și instanța supranațională

54. De la data aderării în 2007 până în prezent au fost formulate până în prezent doar 63 de acțiuni preliminare, deși putem constata că de o singură cauză în anul 2007 și în anul 2009, în anul 2013 s-au înregistrat la Curtea de Justiție 15 astfel de cauze. Totuși această reticență până la refuz chiar a instanțelor naționale, nu cred că o putem motiva întru completa înțelegere de către acestea a tuturor problemelor fiscale care s-au derulat în cursul acestor șase ani postaderare, încât nu lasă loc niciunei îndoieli rezonabile. Sau din contră, în baza teoriei actului clar conturată de cauza CILFIT¹⁰² care presupune în esență, că dacă o prevedere este clară și nu lasă loc vreunei ambiguități, nu se pune nicio problemă de interpretare. Iar dacă nu există necesitatea interpretării, nu există nici obligativitatea trimiterii.

55. Într-o serie de spețe¹⁰³ care privesc ca drept pârât SC VOLKSBANK ROMÂNIA SA, numeroase au fost respinse cererile deoarece pricina putea fi soluționată deducând raționamentele în materie de clauze abuzive statuate de Curtea de Justiție. Totuși pe rolul instanței de la Luxembourg se află pendinte o cerere preliminară¹⁰⁴ care o privește tocmai pe banca în cauză, Tribunalul Argeș cerând lămuriri cu privire la interpretarea corectă de către Curte a dispozițiilor art. 4 par. 2 din Directiva nr. 93/13/CEE¹⁰⁵ pentru stabilirea legăturii cu legislația aplicabilă actului principal-contractul de credit în care ridică probleme cu privire la un comision de risc plătibil pe toată perioada de derulare a contractului-, dacă *noțiunea obiect al contractului și de preț cuprind printre elementele ce formează contraprestația instituției și dobânda anuală efectivă a contractului*, formată în special din dobândă fixă sau variabilă, *comisioane bancare și alte costuri incluse și definite în contract*. Cursul acestui litigiu va fi unul interesant în condițiile în care o cerere precedentă a fost radiată de pe rolul Curții.

56. Totodată, am recurs la tratarea pe scurt a acestor spețe și pentru interesul fiscal care îl prezintă banca Volksbank România în calitate sa de mare contribuabil la bugetul de stat.

57. În planul interferenței agriculturii, economiei și fiscalității în care sunt prinși de nenumărate ori fermierii și țărani români bulversați de schimbările datorate la nivel local aplicării directivelor europene care îi învață nu doar cum să-și vândă animalele, ci cum să le hrănească, crească sau chiar ajuta pentru a avea un sfârșit mai ușor, erau previzibile litigiile cu Agenția pentru Plăți și intervenții în Agricultură. Un astfel de litigiu a creat o acțiune preliminară pendinte¹⁰⁶ pe rolul Curții de Justiție trimisă de Curtea de Apel Timișoara care privesc dacă dispozițiile Regulamentului (CE) nr. 1782/2003 al Consiliului din 29 septembrie 2003, în special art. 115 și art. 135, se opun ca un stat să instituie condiții suplimentare, neincluse în Regulament, pentru acordarea primei către agricultor,

respectiv condiția ca acesta „să nu aibă datorii restante la bugetul de stat și/sau la bugetul local, la data solicitării primei”?

58. O astfel de condiție considerăm că poate avea caracter disuasiv și poate atrage numeroase consecințe dacă prin refuzul de acordare a primei către agricultor i se aduc acestuia prejudicii. Acesta și-a stabilit producția pentru anul viitor sau efectivul de animale pe care dorește să îl atingă și în acest sens a efectuat o serie de cheltuieli, sau a încheiat cu încheierea de contracte de vânzare sau prestări servicii, iar contraprestația cocontractantului avea să se impute asupra primei. Sau din contră plătește unei bănci sau unui creditor cu acea primă contractul de împrumut pe care l-a încheiat pentru anul în curs acordării primei. Totuși dacă cerința se cere la data solicitării primei, contribuabilul poate cu diligența necesară să se informeze și să plătească datoriile restante la bugetul de stat, dar trebuie ca un astfel de act care impune astfel de cerințe să îi fie opozabil și să nu încalce prevederile unui act normativ european.

59. Într-o altă acțiune preliminară *pendinte* cu elemente de extraneitate¹⁰⁷ ridicată de către Curtea de Apel Suceava s-a pus Curții întrebarea dacă *În temeiul art. 267 din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene sesizează Curtea de Justiție a Uniunii Europene cu următoarea întrebare preliminară: „Prevederile art. 7 alin. 2 lit. c din Regulamentul (CEE) nr. 1408/71 trebuie interpretate în sensul în care intră în sfera lor de aplicare un Acord bilateral încheiat între două state membre, anterior datei de la care se aplică Regulamentul, în temeiul căruia acestea au convenit încetarea obligației privind drepturile de asigurări sociale datorate de către un stat către resortisanții celui alt stat, care au avut calitatea de refugiați politici pe teritoriul primului stat și au fost repatriați pe teritoriul celui de-al doilea stat, în schimbul plății de către primul stat a unei sume forfetare pentru plata pensiilor și acoperirea perioadei pentru care în primul stat membru s-au plătit contribuțiile de asigurări sociale?”*

60. Astfel de convenții bilaterale pentru state pot fi analizate sub aspectul liberei circulații a persoanelor. Dacă o persoană a plătit contribuțiile sociale în statul anterior acesta are dreptul la acestea și în situația în care se mută într-un alt stat sau cu atât mai mult au avut calitatea de refugiați politici, calitate care le oferă condiții derogatorii de la dreptul comun în materia plății de contribuții sociale¹⁰⁸. Plata acestei sume forfetare pare a avea un caracter injust care agravează atât situația fiscală a refugiatului-coplătitor, dar și al statului de retragere. În plus, conform art. 307 TCE acordurile dintre două state membre anterioare unui act normativ european ce aparține chiar dreptului secundar, trebuie pus în acord cu actul normativ sau trebuie denunțat prin consimțământul părților. Problema a fost clarificată de Curtea de Justiție prin jurisprudența Burgoa¹⁰⁹.

Partea a V-a Quo Vadis? Viitorul fiscalității române sub presiunea Curții de Justiție

61. Ajunși la finalul studiului nostru, ne propunem să tragem câteva concluzii și să aducem pe alocuri și propuneri de *lege ferenda* cu scopul de a oferi statului român soluții

pentru a putea onora cu legitimitate obligațiile de a fi cocontractant în rândul Uniunii Europene atât față de statele membre, cât și față de instituțiile unionale, dar mai ales față de proprii săi cetățeni.

62. În ceea ce privește autoritatea legiuitoare, Parlamentul trebuie să își asume cu mai mult interes acest rol în materie fiscală, care tinde să fie acaparat de către Guvern. În temeiul principiului primordialității dreptului european, orice parlamentar responsabil și diligent ar trebui să depună un efort în a se interesa dacă în argumentele pentru adoptarea sau respingerea unui proiect de lege se află reglementări care ar putea intra în conflict cu actele juridice care produc efecte directe în sarcina resortisanților. În condițiile în care, contribuțiile aduse de către persoanele fizice sau juridice susțin întreg aparatul de stat, deci inclusiv indemnizațiile pe care un parlamentar le primește lunar, o sancțiune de tipul reducerii la un anumit quantum a salariilor acestora ar putea trezi ceva mai multă atenție și spirit critic legislativ atunci când își exercită dreptul la vot în cadrul ședinței. Totodată, parlamentul ar trebui să respingă ordonanțele de urgență sau ordonanțele de guvern care încalcă dreptul european, care aduc modificări sau o extindere nepermisă de competență în materia adoptării de acte fiscale. Chiar dacă aceștia sunt la adăpost de o "destituire" din calitatea de demnitar deoarece se bucură de un mandat reprezentativ, de *lege ferenda* la o viitoare modificare a legii fundamentale să se instituie un mandat imperativ.

63. Corelativ cu propunerile în sarcina Parlamentului, se adaugă asemeni unui corolar cele în sarcina Guvernului. În calitatea sa de putere executivă, acesta dispune de un aparat uriaș în teritoriu care pot afla probleme fiscale reale cu care se confruntă contribuabilii. În plus, Guvernul are datoria să se abțină de la a crea alte dificultăți în sarcina cetățenilor cum este cazul taxelor de primă înmatriculare sau a manierei în care se aplică TVA la transferul de bunuri imobiliare sau la restituirea la timp și totală a excedentului TVA. Totodată, în lumina principiului dezbătut ar trebui să ofere contribuabilului și o serie de garanții fiscale cu privire la neutralitatea sarcinii fiscale, la realizarea unor inspecții fiscale de către organele abilitate cu respectarea dreptului de a fi ascultat prevăzut la art. 9 C. Fiscal și în art. 41 alin. 2 lit a din Carta Drepturilor Fundamentale sau a dreptului la inviolabilitatea domiciliului garantat de Constituție la art. 27 și de Convenția Europeană a Drepturilor Omului la art. 8. În plus, schimbările bruște de politică fiscală exprimate în noi acte normative sau în controale asupra contribuabililor, perturbă activitatea acestora și dezvoltarea firească a climatului economico-financiar.

64. Nu în ultimul rând, autoritatea judecătorească este cea care trebuie ca, în final, să vină în sprijinul contribuabilului atunci când politicienii aflați la guvernare uită complet de interesele acestuia. Totodată, ea trebuie să acționeze împotriva actele normative interne atunci când devin sursa unor abuzuri și contradicții flagrante cu dreptul european, astfel încât să le respingă pe cele dintâi în urma interpretării coroborate a celor două categorii de norme, sancționând astfel de opțiunea legiuitorului român. Din punct de

vedere substanțial, instanțele naționale sunt însărcinate să vegheze la respectarea dreptului unional și trebuie să asigure o mai mare colaboare, una reală și funcțională, între celelate puteri în stat, să solicite puterii legislative și executive să își respecte obligațiile asumate prin tratatul de aderare prin adaptarea legislației prezente și viitoare la normele europene și prin aplicarea corectă de care organele fiscale.

65. Ordinea unională și încrederea legitimă pe care o inspiră cetățenilor necesită un control al actelor administrativ fiscale cu tratatele Uniunii „la purtător” și o coerență a normelor interne, fațete ale interacțiunii dintre dreptul fiscal și dreptul unional.

66. Din punct de vedere practic și instituțional, România își poate gestiona misiunea în raporturile cu Uniunea Europeană și Curții de Justiție prin înființarea de secții specializate doar în domeniul contenciosului fiscal-european, domeniul pe zi ce trece indisociabil de latura unională, deoarece instanțele române sunt suprasolicitate. Totodată, este necesară o formare și instruire continuă a judecătorilor și o răspundere disciplinară fermă, care nu vine să îngreădească independența acestora, ci doar să scoată din sistem acei magistrați care nu pot onora funcția și poziția în stat pe care o reprezintă. Orgoliul de a nu recurge la acțiuni preliminare ascunde poate o precaritate profesională care nu mai este în slujba dreptului și a soluționării juste a unor cauze.

67. În final, dorim să concluzionăm cu dezideratul de a avea acei judecători-artiști din viziunea unui doctrinar spaniol¹¹⁰, cei care sunt prin excelență creatori de drept, care știu să pătrundă spiritul legii și al dreptății *cu ajutorul mâinilor, al gândirii și al inimii, deschid orizonturi mai bune cetățenilor, fără a întoarce spatele realităților și situațiilor concrete*. Fiscalitatea ca un domeniu prin excelență un domeniu obiectiv, complex, juridic și supus unor numeroase interferențe cu alte domenii, nu doar cele ale dreptului, are nevoie de astfel de judecători, de guvernanți-actori și de legiuitori-artinazi într-un sistem ideal.

BIBLIOGRAFIE

- Andersen, R. Information et publicité en droit fiscal, în *Securité juridique et fiscalité*; Ed. Bruylant, Bruxelles, 2003
- Bercea, R., *Drept comunitar. Principii*, Ed. C. H. Beck, București, 2007
- Bulzan, O. Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Curtea de Justiție a Comunităților Europene- între conflict și compromis, *Revista Studia Universitatis Babes-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 1/ 2006
- Constantin, V., *Drept internațional public*, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- Costaș, C.F., *Procedura modificării și completării Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală în Dreptul nr. 11/2005*
- Costaș, C. F., *Modalitatea de stabilire a impozitelor și taxelor locale*, în *Revista Română de Fiscalitate nr. 10/2007*
- Craig, P, G. de Burca, *Dreptul Uniunii Europene*, Ed. Hamangiu, București, 2009

- Fabian, G., Veress, E., Bazele constituționale ale integrării europene, Revista Studia Universitatis Babes-Bolyai Iurisprudentia, nr. 2/2003
- Deleanu, S., G. Fabian, C. F. Costăș, B. Ioniță, Curtea de Justiție Europeană. Hotărâri comentate, Ed. Wolters Kluwer, București, 2007
- Fabian, G., Curtea de Justiție Europeană, instanță de judecată supranațională, monografie, Ed. Rosetti, București, 2002
- Fabian, G., Drept Instituțional Comunitar, Ediția a III-a, Ed. Sfera Juridică, Cluj- Napoca, 2010
- Gâlea, I. M. A. Dumitrașcu, C. Morariu, Tratatul instituit o Constituție pentru Europa, Ed. All Beck, București, 2005
- Gherdan, S. V., Succinte considerații referitoare la (in)compatibilitatea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 9/2013 privind timbrul de mediu cu dispozițiile art. 110 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene în Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 8/2013
- Gherdan, S. V., Considerații asupra intrării în vigoare a legii material și procesual fiscale în SUBB nr. 1/2012
- Legrand, P., Dreptul comparat, Ed. Lumina Lex, București, 2001
- Manolache, O., Tratatul de drept comunitar, Ed. a V-a, Ed. C. H. Beck, București, 2006
- Mazilu, D., Tratatul de aderare a României la Uniunea Europeană- Un acord internațional cu trăsături specifice, Revista Română de Drept Comunitar, nr. 1/2006
- Minea, M. S., C. F. Costăș, Dreptul Finanțelor Publice, Vol. II Drept Fiscal, Ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2013
- Nanclares Arango, A., Los jueces de mármol, *La Pisca Tabaca*. Editores, Medillín, 2001
- Nichita, R. A., Analiza comportamentului contribuabilului sub impactul modificării politicii fiscale, teză de doctorat, rezumat, Universitatea Babeș- Bolyai, Facultatea de Științe și Gestiunea Afacerilor, Cluj Napoca, 2012
- Popescu, C.- L., Comentariu la Decizia Curții Constituționale nr. 308/2006, în Curierul Judiciar, nr. 6/2006
- Rusu, H. A., Acceptiuni contemporane ale noțiunii de „constituționalizare”, Acta Universitatis Lucian Blaga, Iurisprudenția, Ed. Universul Juridic, nr. 1/ 2009

PAGINI DE INTERNET

- [http://chat.mfinante.ro/ContestatiiSite.nsf/be5587a89489fd8bc2256ba30027e64d/2046651644fe06f5c22574eb002569c3/\\$FILE/decizia%2050.pdf](http://chat.mfinante.ro/ContestatiiSite.nsf/be5587a89489fd8bc2256ba30027e64d/2046651644fe06f5c22574eb002569c3/$FILE/decizia%2050.pdf)
- <http://static.anaf.ro>
- <http://curia.europa.eu/>
- <http://www.frf.ro/statut>
- <http://www.juridice.ro>
- <http://eur-lex.europa.eu>
- <http://www.avocatnet.ro>

JURISPRUDENȚĂ

- Decizia Curții Constituționale nr. 175 din 26 septembrie 2000
- Decizia Curții Constituționale nr. 148 din 16 aprilie 2003
- Decizia Curții Constituționale nr. 392 din 25 martie 2008

- Decizia Curții Constituționale nr. 394 din 25 martie 2008
Decizia nr. 1.596 din 26 noiembrie 2009
Decizia nr. 137 din 25 februarie 2010
Decizia nr. 1.249 din 7 octombrie 2010
Decizia Curții Constituționale nr. 668 din 18 mai 2011
C. Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, Dec. nr. 642 din 9 martie 2009
C. Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, Dec. nr. 383 din 9 febr. 2009
C. Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, Decizia Civilă nr. 1665 din 16 iunie 2010, Tribunalul Suceava, Secția civilă, încheierea din 16.11.2011, Judecătoria Sector 2 București, Secția civilă, încheierea din 11.03.2011, Tribunalul Covasna, Secția civilă, încheierea din 31.05.2011
C-26/62, N. V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend and Loos C. Nederland Administratie der belastingen, hotărârea din 5 febr. 1963
C-6/64, Flaminio Costa/ ENEL, hotărârea din 15 iulie 1964.
C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH împotriva Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, hotărârea din 17 decembrie 1970
C-106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA. (Simmenthal II), hotărârea din 9 martie 1978
C-61/65 Vaasen Göbbels/ Direction der Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf, Culegerea 1966, hotărârea din 30 iunie 1966
C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation against Commissioners of Inland Revenue, hotărârea din 12 decembrie 2006
C-102/81, "Nordsee" Deutsche Hochseefischerei GmbH împotriva Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG și Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG., hotărârea din 23 martie 1982
C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL împotriva Jean-Marc Bosman, hotărârea din 15 decembrie 1995
C- 28/67, „Firma Molkerey Zentrale Westfalen Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn”, hot. preliminar din 3 aprilie 1968
C- 383/01, De Danske Bilimportører c. Skatteministeriet, Told-og/Skattestyrelsen, hotărârea din 17 iunie 2003
C-159/90 The Society for the protection of unborn children of Ireland c.Grogan, hotărârea din 4 octombrie 1991
C-213/89, The Queen versus Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others, decizia din 19 iunie 1990
C-245/09, Omalet NV împotriva Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, decizia din 22 decembrie 2010, decizia din 22 decembrie 2010
C-402/09, Ioan Tatu c. Statul român prin Ministerul Finanțelor și Economiei, Direcția Generală a Finanțelor Publice Sibiu, Administrația Finanțelor Publice Sibiu, Administrația Fondului pentru Mediu, Ministerul Mediului, hotărârea din 7 aprilie 2007
C-79/12, SC Mora IPR SRL împotriva Direcția Generală a Finanțelor Publice Sibiu, Direcția Județeană pentru Accize și Operațiuni Vamale Sibiu, hotărârea din 21 februarie 2013.
C-2/74 Jean Reyners împotriva Statului belgian, hotărârea din 21 iunie 1974
C- 112/1984 M. Humblot/ Fiscul Francez, decizia din 9 mai 1985
C-812/1979 „ Procesul penal intentat împotriva lui Juan Burgoa” hotărârea din 14 octombrie 1980
C-268/83, Rompelman, hotărârea din 14 februarie 1985

C-155/94, Wellcome Trust, hotărârea din 20 iunie 2006
C-102/08, SALIX Grundstücks- Vermietungsgesellschaft, hotărârea din 4 iunie 2009
C-110/94, INZO, hotărârea din 29 februarie 1996
Cauzele reunite nr. C-290/2005, C-333/2005, Nadasdi, Németh/ Vám és Pénzügyorség,
C-77/83, Srl CILFIT și alții și Lanificio di Gavardo SpA împotriva Ministero della sanità, hotărârea din
29 februarie 1984
Cauzele reunite C-180/10 și C-181/10 Jarosław Słaby împotriva Minister Finansów și Emilian Kuć și
Halina Jeziorska-Kuć împotriva Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, hotărârea din 15
septembrie 2011
C-431/12, Agenția Națională de Administrare Fiscală împotriva SC Rafinăria Steaua Română SA.
hotărârea din 24 decembrie 2013
C-257/11, SC Gran Via Moinești SRL vs Agenția Națională de Administrare Fiscală (ANAF),
Administrația Finanțelor Publice București, hotărârea din 29 noiembrie 2012
C-304/13, APIA-Timiș, înregistrată pe rolul Curții la 3 iunie 2013
C-598/13, Guletsou Polixeni, înregistrată pe rolul Curții la 5 noiembrie 2013
C-183/14, Salomie și Oltean, cauză pendinte
Hot. Trib. Suprem Spaniol din 17 aprilie 1990
Hotărârea CEDO din 29 octombrie 1992 Open Door and Dublin woman c. Ireland
Hotărârea CEDO din 4 noiembrie 2008 Bota c. România

* Studentă, anul III, UBB Cluj-Napoca; andries.maria92@gmail.com.

¹ D. Mazilu, *Tratatul de aderare a României la Uniunea Europeană- Un acord internațional cu trăsături specifice*, Revista Română de Drept Comunitar, nr. 1/2006, p. 35 (punct 1.2)

² Deși ulterior ratificării la 1 decembrie 2009 Tratatului de la Lisabona (OJ C 306, 17.12.2007), dreptul comunitar-dreptul Comunităților Europene unificate prin Tratatul de la Roma din 1957- devine drept unional sau al Uniunii Europene, ne vom raporta la criteriul temporal despre care discutăm, urmând ca evenimentele post 2009 să fie plasate sub egida dreptului unional.

³ Legea nr. 157/2005 publicată în M. Of. nr. 465/01.06.2005

⁴ G. Fabian, *Drept Instituțional Comunitar*, Ediția a III-a, Ed. Sfera Juridică, Cluj- Napoca, 2010, p. 50

⁵ Decizia nr. 148/2003 privind constituționalitatea propunerii legislative de revizuire a Constituției României, publicată în M. Of. Partea I nr. 317 din 12/05/2003

⁶ G. Fabian, *op.cit.*, nota 3, p. 83

⁷ V. Constantin, *Drept internațional public*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 85

⁸ De exemplu, într-un stat monist, un tratat este de directă aplicare după semnare și ratificare, nu mai este nevoie de incorporare într-o lege națională, deci normele de drept internațional ce se vor aplica în acel stat nu vor fi asimilate cu legile interne.

⁹ Art. 148 alin. 1 „Aderarea României la tratatele constitutive ale Uniunii Europene, în scopul transferării unor atribuții către instituțiile comunitare, precum și al exercitării în comun cu celelalte state membre a competențelor prevăzute în aceste tratate, se face prin lege adoptată în sesiune comună a Camerei Deputaților și Senatului, cu o majoritate de două treimi din numărul deputaților și senatorilor.”

¹⁰ G. Fabian, *op.cit.*, p. 132

¹¹ „În cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte cuprinde dispoziții contrare Constituției, ratificarea lui poate avea loc numai după revizuirea Constituției.”

- ¹² G.Fabian, E. Veress, *Bazele constituționale ale integrării europene*, Studia Universitatis Babes-Bolyai Iurisprudentia, nr. 2/2003, Cluj Napoca, p. 105.
- ¹³ Art. 146 Atribuții (ale Curtii Constituționale) „Curtea Constituțională are următoarele atribuții: [...] b) se pronunță asupra constituționalității tratatelor sau altor acorduri internaționale, la sesizarea unuia dintre președinții celor două Camere, a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori”
- ¹⁴ A se vedea, spre exemplu, în același sens, concluzia că prioritatea dreptului comunitar „vizează întreg dreptul național, inclusiv Constituția României”, avansată de I. Gâlea, M. A. Dumitrașcu, C. Morariu, *Tratatul instituind o Constituție pentru Europa*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 27-30. A se vedea, de asemenea, C.- L. Popescu, *Comentariu la Decizia Curții Constituționale nr. 308/2006*, în *Curierul Judiciar*, nr. 6/2006, p. 3, unde autorul afirmă: „caracterul infraconstituțional al dreptului unional în sistemul juridic român [...] contravine principiului supremației, afirmat de însuși dreptul comunitar”
- ¹⁵ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 17 decembrie 1970, afacerea C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH împotriva Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, publicată în *Culegere* 1970, p. 1125
- ¹⁶ Acesta implică tocmai principiul împuternicirii special limitate ce apare la două nivele: unul al comunităților potrivit prevederilor fostului art. 5 alin. 1 din Tratatul CE, iar celălalt la nivelul organelor comunitare conform art. 7 alin. 2 din același tratat. A se vedea totodată și în hotărârea de căpătâi a jurisprudenței Curții care a pus și bazele principiului supremației dreptului european -Hotărârea din 15 iulie 1964, C-6/64 *Flaminio Costa/ ENEL*, publicată în *Culegere* 1964, p.1141- în care Curtea afirma că raportat la principiul împuternicirii: Comunitatea are numai acele drepturi și competențe care rezultă din restrângerea competențelor statelor membre sau din transferarea unor drepturi de suveranitate din partea statele membre -. Pentru un comentariu mai larg, a se vedea S. Deleanu, G. Fabian, C. F. Costaș, B. Ioniță, *Curtea de Justiție Europeană. Hotărâri comentate*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2007, p. 19-29.
- ¹⁷ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea preliminară din 3 aprilie 1968 în afacerea C- 28/67, *Firma Molkerey Zentrale Westfalen Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, publicată în *Culegere*, 1968, p. 143-152 și, în același sens, hotărârea preliminară din 5 febr. 1963 în afacerea C-26/62, *N. V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend and Loos C. Nederland Administratie der belastingen*, publicată în *CML Rep.*, 1963, p. 129-130.
- ¹⁸ Art. 292(219) din Tratatul CEE.
- ¹⁹ A se vedea, spre exemplu, P. Legrand, *Dreptul comparat*, Ed. Lumina Lex, București, 2001
- ²⁰ R. Bercea, *Drept comunitar. Principii*, Ed. C. H. Beck, București, 2007, cap. V, Principii ale aplicării dreptului comunitar, p. 286.
- ²¹ Art. 108 alin. 1 și 3 coroborat cu art. 115 Constituția României.
- ²² Principiul certitudinii fiscale este un principiu de drept european care exprimă necesitatea de a se asigura stabilitate legislativă în domeniul fiscal s-a dorit ca orice măsură care ar avea drept efect completarea ori modificarea Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală să fie supusă unei publicități corespunzătoare încă dinainte de momentul producerii efectelor unei astfel de măsuri. Pentru o prezentare detaliată a acestor aspecte, a se vedea S. V. Gherdan, *Considerații asupra intrării în vigoare a legii material și procesual fiscale*, Studia Universitatis Babes-Bolyai Iurisprudentia, nr. 1/2012. <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=494> accesat ultima dată pe 7 noiembrie 2013.
- ²³ Legea nr. 571/2003, publicată în M.Of. nr. 927 din 23 decembrie 2003
- ²⁴ Ordonanța de Guvern nr. 92/2003, publicată în M. Of. nr. 92 din 24 decembrie 2003

²⁵ G. Fabian, *op.cit.*, p. 46

²⁶ Pentru o prezentare detaliată a acestor aspecte, a se vedea C.F. Costăș, *Procedura modificării și completării Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală* în Dreptul nr. 11/2005, p. 72-87.

²⁷ Cap. II a fost introdus prin pct. 202 al art. I din Legea nr. 343/2006 și abrogat prin art. 14 alin. 2 din O.U.G. nr. 50/2008. A se obseva și aceasta "metoda ingenioasă" a legiuitorului român de a adopta noi articole de lege prin folosirea de indici, care pune probleme atât de tehnică legislativă, cât și de ierarhie a normelor- prin adoptarea de norme succesive nu se respectă o modificare sau o completare pe baza unor norme aflate pe același palier cu cele inițiale în domeniile care nu sunt exclusiv de competența legilor organice. Totodată pe parcursul acestei metode se pierde și esența celorlalte norme, astfel încât se ajunge de cele mai multe ori ca textele să se afle în contradicție cu articolele precedente sau subsecvente adoptate inițial sau să nu reglementeze toate ipotezele tratate. *De lege ferenda*, ar fi indicat ca legiuitorul român să renunțe la această metodă de a adopta textele de lege sau de a complini lacunele legislative.

²⁸ Vom numi în lucrare, pentru unitate, toate aceste taxe drept "*taxe de primă înmatriculare*".

²⁹ Pentru a nu conferi un caracter redundant lucrării noastre, ne vom mărgini spre a prezenta doar poziția României în tot acest conflict cu incidență în principiul analizat urmând a face trimiterile necesare către lucrările de specialitate care au analizat cu acuratețe de detalii acest subiect. A se vedea pentru o prezentare introductivă, M. S. Minea, C. F. Costăș, *Dreptul Finanțelor Publice*, Vol. II Drept Fiscal, Ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 30-35.

³⁰ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 17 iunie 1987 în afacerea nr. 154/1985 *Comisia/Italia*, Culegerea 1987, p. 2717- Italia solicita pentru importul de mașini înmatriculate în străinătate, nu numai cartea de identitate, ci și un certificat tehnic eliberat de consulatul italian din statul în care era înmatriculat autoturismul, serviciu pentru care se percepea o taxă consulară-; Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 9 mai 1985 în afacerea C- 112/1984 *M. Humblot/ Fiscul Francez*, Culegerea 1986- Franța a impus atunci taxe în funcție de proprietățile tehnice ale autoturismelor-; Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 5 decembrie 2006, Cauzele reunite nr. C-290/2005, C-333/2005, Nádassdi, Németh/ Vám és Pénzügység, Culegerea 2006- unde s-a stabilit că în materie de stabilirea unor noi taxe competența statelor nu este nelimitată-.

³¹ Pentru detalii, a se vedea M.S. Minea, C.F. Costăș, *Dreptul finanțelor publice*, vol. II – Drept fiscal, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 460-461

³² Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 7 aprilie 2007 în afacerea C-402/09, *Ioan Tatu c. Statul român prin Ministerul Finanțelor și Economiei, Direcția Generală a Finanțelor Publice Sibiu, Administrația Finanțelor Publice Sibiu, Administrația Fondului pentru Mediu, Ministerul Mediului*, nepublicată încă în Culegere.

³³ Publicată în M. Of. nr. 662 din 1 august 2006.

³⁴ "Art. 146 "Curtea Constituțională are următoarele atribuții: a) se pronunță asupra constituționalității legilor, înainte de promulgarea acestora, la sesizarea Președintelui României, a unuia dintre președinții celor două Camere, a Guvernului, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a Avocatului Poporului, a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori, precum și, din oficiu, asupra inițiativelor de revizuire a Constituției"

³⁵ Hotărârea din afacerea COSTA/ENEL a constituit piatra de temelie în raporturile ulterioare dintre dreptul comunitar și dreptul național al statelor membre. Decizia a definit relația dintre acestea, indicând faptul că dreptul comunitar este o ordine juridică independentă care are prioritate de aplicare chiar în fața dreptului național ulterior. Astfel principiul specific dreptului intern și dreptului internațional public „*lex posteriori derogat priori*”, nu este incident la nivelul ordinii

- juridice europene cu înrăurire spre ordinea existentă în cadrul actanților ei, deși a fost creată pe tărâmul dreptului internațional public în baza acordului liber de voință a membrilor. A se vedea G. Fabian, *Curtea de Justiție Europeană, instanță de judecată supranațională*, monografie, Ed. Rosetti, București, 2002. Așadar considerăm că volumul vocii statelor membre este coborât, pentru a lăsa să se audă actorul unic care trebuie să rezoneze pentru toți ceilalți, legalitatea actelor normative adoptate de către organele Uniunii nu poate fi pusă la îndoială, ci din contră, asumată, acordată și înțeleasă în contextul cesiunii de suveranitate, drept efect direct al aderării.
- ³⁶ A se vedea Hot. Trib. Suprem Spaniol din 17 aprilie 1990, în RED1, vol. XLIII, nr. 1/1991, p. 177
- ³⁷ M. Ș. Minea, C. F. Costaș, *op. cit.* p. 39. A se vedea și Robert Andersen, *Information et publicité en droit fiscal, în Sécurité juridique et fiscalité*; Ed. Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 16-30.
- ³⁸ Decizia Curții Constituționale nr. 175 din 26 septembrie 2000, publicată în M. Of., nr. 702 din 28 decembrie 2000.
- ³⁹ De exemplu, șablonul de formulare "*taxa specială pentru autoturisme și autovehicule, era în vigoare și era reglementată de ordinul ministerului economiei și finanțelor nr. 418/2007, fiind o taxa legală și corect calculată, pe baza cărții de identitate a autoturismului prezentată în original și copie de către solicitant.*" pe care l-am regăsit într-un formular al D.G. F. P. Vrancea publicat într-un fișier de tip pdf la o adresă de găzduire care nu mai este validă.
[http://chat.mfinante.ro/ContestatiiSite.nsf/be5587a89489fd8bc2256ba30027e64d/2046651644fe06f5c22574eb002569c3/\\$FILE/decizia%2050.pdf](http://chat.mfinante.ro/ContestatiiSite.nsf/be5587a89489fd8bc2256ba30027e64d/2046651644fe06f5c22574eb002569c3/$FILE/decizia%2050.pdf)
- ⁴⁰ C. Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, *Dec. nr. 642 din 9 martie 2009*, hotărâre disponibilă pe <http://www.jurisprudenta.org/Search.aspx>
- ⁴¹ C. Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, *Dec. nr. 383 din 9 februarie 2009*, hotărâre disponibilă pe <http://www.jurisprudenta.org/Search.aspx>
- ⁴² M. Ș. Minea, C. F. Costaș, *op. cit.* p. 60 și C. Apel Cluj, Secția comercială, de Contencios Administrativ și Fiscal, *Dec. nr. 1665 din 16 iunie 2010, hotărâre disponibilă pe* <http://www.jurisprudenta.org/Search.aspx>
- ⁴³ Art. 85 alin. 1 din OUG nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, republicată, cu modificările și completările ulterioare, republicată în M. Of. nr. 958 din 28 decembrie 2002 "Punerea în circulație sau conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul sau tramvai, neînmatriculat sau neînregistrat, se pedepsește cu închisoare de la unu la 3 ani."
- ⁴⁴ Unul din principiile care stă la baza politicii și strategiei Uniunii Europene în domeniul protecției factorilor de mediu, principiul poluatorului plătește a fost enunțat de către Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare în Europa (OCDE), în cadrul Recomandării C(72) 128 din 26 mai 1972, iar ulterior a fost reluat în cadrul legislației comunitare. Transpunerea în legislația comunitară a acestui principiu s-a realizat prin Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr.2004/35 din 21 aprilie 2004, care are ca obiect stabilirea unui cadru pentru prevenirea și repararea pagubelor pe baza unei responsabilități de mediu.
- ⁴⁵ Publicată în M. Of. nr. 119 din 4 martie 2013 și actualizată prin OG nr. 16/2013 pentru modificarea și completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal și reglementarea unor măsuri fiscal-bugetare. La art. 6 din ordonanță se prevede și metoda de calcul a acestui timbru de mediu se calculează, în principal, în funcție de emisia de CO2 (luată în calcul în întregime pentru timbru, față de 30% cât era procentul în Legea nr. 9/2012 privind taxa pentru emisiile poluante provenite de la autovehicule, publicată în M. Of., nr. 17 din 10 ianuarie 2012, cu modificările ulterioare)
- ⁴⁶ S. V. Gherdan, *Succinte considerații referitoare la (in)compatibilitatea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 9/2013 privind timbrul de mediu cu dispozițiile art. 110 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene* în Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 8/2013, p. 131-139.

- ⁴⁷ Este vorba de prevederile art.35 referitoare la "Dreptul la mediu sănătos"
- ⁴⁸ Publicată în M. Of., nr.1196 din 30.12.1995. A fost aprobată cu modificări prin Legea nr.265/2006
- ⁴⁹ P. Craig, G. de Burca, *Dreptul Uniunii Europene*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 431
- ⁵⁰ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 17 iunie 2003 în afacerea C- 383/2001, *De Danske Bilimportorer c. Skatteministeriet, Told- og/ Skattestyrelsen*, Culegerea 2003, p. I-6065.
- ⁵¹ H. A. Rusu, *Accepțiuni contemporane ale noțiunii de „constituționalizare”*, Acta Universitatis Lucian Blaga, Iurisprudenția, Ed. Universul Juridic, nr. 1/ 2009, p. 247.
- ⁵² G. Fabian, *op. cit.*, p. 410.
- ⁵³ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 9 martie 1978 în afacerea C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA. (Simmenthal II)*, Culegerea 1978, p. 629.
- ⁵⁴ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 19 iunie 1990, afacerea C-213/89, *The Queen versus Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others*, ECR I-2433. A se vedea G. Fabian, *op.cit.*, p. 79.
- ⁵⁵ G. Fabian, *op.cit.*, p. 412
- ⁵⁶ Cel mai elocvent exemplu este acela al diferenței clasice dintre dreptul continental, de sorginte romano-germană și dreptul de tip common law, de origine anglo-saxonă, aplicat în Uniunea Europeană în Regatul Unit și Irlanda, drept de a cărui inspirație s-au servit părinții europeni atunci când au pus bazele puterii judecătorești a Comunităților, în fruntea cărora domnește precedentul judiciar gândit și elaborat de către judecătorii Curții de Justiție Europene. Dar dincolo de „falia” obișnuită de viziune, subzistă numeroase diferențe de legislație, viziune și organizare judiciară și între membrii familiei dreptului romano- germanice, deosebiri care conduc la interpretări divergente ale dreptului unional, dar fără de care Uniunea Europeană nu și-ar mai găsi identitatea în deviza „Unitate în diversitate”. O uniformizare legislativă nu s-ar putea constitui într-un succes, mai ales în țările cu o profundă tradiție juridică, ci ar conduce la (de)căderea dreptului în mediocritate.
- ⁵⁷ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 30 iunie 1966, afacerea C-61/65 *Vaasen Göbbels/ Direction der Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, Culegerea 1966, p. 125-126.
- ⁵⁸ Trebuie să avem în vedere că acest concept trebuie să fie interpretat într-o accepțiune unională, în baza autonomiei conceptuale pe care și-a câștigat-o dreptul unional ca drept „*sui generis*”.
- ⁵⁹ O. Manolache, *Tratatul de drept comunitar*, Ed. a V-a, Ed. C. H. Beck, București, 2006, p. 734-741.
- ⁶⁰ Art. 5 alin. 5 „Instituțiile publice din subordinea Guvernului, altele decât Ministerul Finanțelor Publice, nu pot elabora și emite norme care să aibă legătură cu prevederile prezentului cod, cu excepția celor prevăzute în prezentul cod.”
- ⁶¹ Astfel Guvernul, ministrul finanțelor publice sau președintele Agenției Naționale de Administrare Fiscală pot emite acte legislative sunt ordinele, instrucțiunile, normele metodologice, care vor detalia prevederile legii, complinind lacunele acesteia, dar cu respectarea principiului legalității, principiul autonomiei locale. Pentru mai multe detalii, a se vedea C. F. Costaș, *Modalitatea de stabilire a impozitelor și taxelor locale*, în Revista Română de Fiscalitate nr. 10/2007, p. 24-26. În plus, dacă există o astfel de competență largă în reglementare, am putea spune partajată cu Parlamentul, se pot ivi situații în care în urma unui conflict de norme, să existe divergențe în aplicare. Codul Fiscal în temeiul art. 6 a încercat o soluție de mediere legislativă și instituțională: Comisia fiscal centrală. Aceasta are „responsabilități de elaborare a deciziilor cu privire la aplicarea unitară” a dispozițiilor codului.
- ⁶² Publicată în M. Of. nr. 389 din 29 iunie 2013, OUG nr. 74/2013 privind unele măsuri pentru îmbunătățirea și reorganizarea activității Agenției Naționale de Administrare Fiscală, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

- ⁶³ Regulament intern al Direcției Generale a Finanțelor Publice a Municipiului București, Anexa nr. 1 la Decizia nr. 3215/2011, p. 4-5, <http://static.anaf.ro> accesat ultima dată la 18.12.2013 ora 23.
- ⁶⁴ Temeiul îl regăsim în enumerarea de atribuții de la art. 4 al acestui regulament. Cu riscul de a părea speculativi, putem spune și prin faptul poziționări ca o ultimă atribuție expresă, înainte de cea tipică-*autorizată să îndeplinească orice alte atribuții(...)*- că instituțiile financiare nu pun mare preț pe dialogul și soluționarea plângerilor contribuabililor. La nivel de principii și consemnare în cuprinsul unui act normativ este stipulat expres, dar la nivel de aplicabilitate ne confruntăm cu o firavă transparență decizională, cu o publicitate de cele mai multe ori interesată și cu o „colaborare” funcționar-contribuabil pavată cu neîncredere, profesionalismului scăzut, lipsa unor răspunsuri concrete și amabile, însoțite de cele mai multe ori de interpretări departe de principiul *in dubio pro contribuabil*.
- ⁶⁵ Pentru ambele instanțe europene, jurisprudența în materia drepturilor omului a fost împărțită, difuzată, menționată în cuprinsul hotărârilor, dar s-a constituit și într-o sursă de dispute ex. divergență de viziune a CEDO și CJUE în aceeași cauză: Hotărârea CJUE din 4 octombrie 1991 din afacerea C-159/90 *The Society for the protection of unborn children of Ireland c.Grogan*, și Hotărârea CEDO din 29 octombrie 1992 *Open Door and Dublin woman c.Ireland*. În contextul în care ulterior intrării în vigoare a Tratatul de la Lisabona în 1 decembrie 2009, aderarea Uniunii la sistemul judiciar de la Strasbourg a devenit posibilă, după ani în care s-a militat de către statele membre pentru o integrare în scopul unei viziuni complete și coerente în acest domeniu, în completarea standardului ridicat de protecției oferit de Carta unională. Finalizarea acestui proces nu va fi însă lipsită de dificultăți, de jocuri de putere între cele două mari instanțe, de stabilirea unor noi responsabilități, dar și a unor provocări instituționale, mai ales în sarcina Curții de la Strasbourg care poate sucomba în cazul unui „bombardament” de plângeri împotriva Uniunii. Pentru mai multe detalii, a se vedea O.Bulzan, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Curtea de Justiție a Comunităților Europene- între conflict și compromis*, Revista Studia Universitatis Babeș-Bolyai Jurisprudentia, nr. 1/ 2006.
- ⁶⁶ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 12 decembrie 2006, afacerea C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation against Commissioners of Inland Revenue*, publicată în Culegere, pct 45.
- ⁶⁷ R. A. Nichita, *Analiza comportamentului contribuabilului sub impactul modificării politicii fiscale*, teză de doctorat, rezumat, Universitatea Babeș- Bolyai, Facultatea de Științe și Gestiunea Afacerilor, Cluj Napoca, 2012, pag. 11-12.
- ⁶⁸ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 22 decembrie 2010, afacerea C-245/09, *Omalet NV împotriva Rijksdienst voor Sociale Zekerheid*, pct. 9. <http://curia.europa.eu/> accesat ultima dată la 18.12.2013, ora 21: 40
- ⁶⁹ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 21 februarie 2013, Cauza C-79/12, *SC Mora IPR SRL împotriva Direcția Generală a Finanțelor Publice Sibiu și Direcția Județeană pentru Accize și Operațiuni Vamale Sibiu*, publicată pe <http://curia.europa.eu> accesat ultima dată la 19.12.2013, ora 17:00.
- ⁷⁰ Publicată în JO L 347, p. 1, Ediție specială, 09/vol. 3, p. 7.
- ⁷¹ G. Fabian, *op.cit.*, p. 139
- ⁷² P. Craig, G. de Burca, *op.cit.*, p. 1356.
- ⁷³ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 29 noiembrie 2012, afacerea C-257/11, *SC Gran Via Moinesti SRL vs Agenția Națională de Administrare Fiscală (ANAF), Administrația Finanțelor Publice Bucuresti*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=130627&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=669716>

- ⁷⁴ A se vedea și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 14 februarie 1985, afacerea C-268/83, *Rompelman*, Rec., p. 655, punctul 19, Hotărârea din 29 februarie 1996, afacerea C-110/94, *Intercommunale voor zeeewaterontzitting (INZO) împotriva Belgische Staat*, Rec., p. I-857, punctul 15.
- ⁷⁵ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 24 octombrie 2013, afacerea C-431/12, *Agenția Națională de Administrare Fiscală împotriva SC Rafinăria Steaua Română SA*, disponibilă pe <http://curia.europa.eu>
- ⁷⁶ http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/formulare/dec_300_1790.pdf
- ⁷⁷ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, afacerea C-183/14, *Salomie și Oltean*, cauză pendinte.
- ⁷⁸ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 15 septembrie 2011, *Jaroslav Slaby împotriva Minister Finansów (C-180/10) și Emilian Kuć și Halina Jeziorska-Kuć împotriva Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie (C-181/10)*, disponibilă pe <http://curia.europa.eu>
- ⁷⁹ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 20 iunie 2006, afacerea C-155/94, *Wellcome Trust Ltd împotriva Commissioners of Customs and Excise*, disponibilă pe <http://curia.europa.eu>
- ⁸⁰ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 4 iunie 2009, afacerea C-102/08, *SALIX Grundstücks- Vermietungsgesellschaft*, disponibilă pe <http://curia.europa.eu>
- ⁸¹ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 23 martie 1982, afacerea C-102/81, "*Nordsee*" *Deutsche Hochseefischerei GmbH împotriva Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG și Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.*, Culegerea 1982, p.1095.
- ⁸² Art. 57 alin (1) Litigiile izvorâte din sau în legătură cu activitatea fotbalistică din România, în care sunt angrenate cluburi afiliate și oficiali ai acestora, oficiali ai FRF/LPF/AJF, jucători, agenți de jucători sau agenți de meciuri urmează a fi soluționate exclusiv de organismele jurisdicționale ale FRF. Alin. (2) Prezentele dispoziții exclud, pentru toate litigiile decurgând din activitatea sportivă, competența instanțelor judecătorești, cu excepția litigiilor decurgând din interpretarea și executarea contractelor civile sau individuale de muncă încheiate între jucători și cluburi sau între antrenori și cluburi. <http://www.frf.ro/statut> accesat ultima dată la 19.12.2013, ora 01:40.
- ⁸³ A se avea în vedere cu titlu de exemplu: Colegiul Medicilor, Comisia de Disciplină din cadrul Uniunii Naționale a Barourilor din România, Comisia de disciplină și arbitraj din cadrul Uniunii Arhitecților din România. Astfel este important de menționat că că similar acestor comisii funcționează și Comisiile de Soluționare a Litigiilor din Federația Română de Fotbal și Liga Profesionistă de Fotbal care au atribuții de verificare și sancționare a activității fotbalistice de ex. un caz de dopaj sau un caz de violență a sportivului în timpul unui meci de fotbal. Așadar, ele nu sunt cu siguranță tribunale arbitrale instituționale.
- ⁸⁴ Art. din Legea nr. 69/2000, publicată în M. Of., nr. 200 din 9 mai 2000 are următorul cuprins „*Federațiile sportive naționale se organizează și funcționează în baza statutului propriu elaborat în conformitate cu prevederile prezentei legi și cu statutele federațiilor internaționale corespondente.*”
- ⁸⁵ Trebuie avute în vedere și veniturile exceptate de la plata de contribuții sociale conform art. 296¹⁵ litera b) cum ar fi cazul „*cadourilor*” oferite de patronii de cluburi primelor (dar și aici ne punem întrebarea la ce cuantum am putea plafona darurile manuale), sau lit. c) *contravaloarea locuinței de serviciu* dacă nu sunt toți fotbaliștii plasați în cantonament, *mutatis mutandis* și lit. h), lit. d) *cheltuieli transport*.
- ⁸⁶ Deși este o mare dilemă cu privire la statutul de membru al fotbalistului în cadrul structurilor sportive, un lucru transparent adesea din media „*fotbaliștii nu au niciun cuvânt de spus*”. Iar un membru chiar și fără drept de vot are o serie de drepturi și de obligații în cadrul unui club, asociații,

- organizații etc. Diferența majoră dintre o structură sportivă și un club sportiv constă în statutul juridic: cu sau fără scop lucrativ, cluburile fiind asociații non-profit, tot profitul obținut fiind investit în scopul desfășurării activității în confirmare cu obiectul de activitate, iar structurile sportive sunt de obicei societăți pe acțiuni de exemplu SC. FC STEAUA BUCUREȘTI S.A. Pentru mai multe detalii a se vedea I. Dobrinescu, *Jurisdicțiile pirat din fotbal, statutul fiscal incert al fotbalistului profesionist și iminența armaghedonului fiscal pe capul fotbaliștilor*, articol publicat pe <http://www.juridice.ro> la 11 mai 2012, accesat ultima dată la 19.12.2013 ora 01:20
- ⁸⁷ Regulamentul (CEE) nr. 1612/68 al Consiliului din 15 octombrie 1968 privind libera circulație a lucrătorilor în cadrul Comunității publicat în Jurnalul Oficial nr. L 257, din 19.10.1968, p. 2. <http://eur-lex.europa.eu>, accesat ultima dată la 19.12.2013 ora 13:20.
- ⁸⁸ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 15 decembrie 1995, afacerea C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL împotriva Jean-Marc Bosman*, Culegerea 1995, p. 4941. Curtea a pronunțat astfel că sistemul de transfer al onorariului dintre cluburi cu scopul de a compensa vechiul club pentru pregătirea pe care a investit-o în jucătorul care dorește să plece, era incompatibilă cu libera circulație a lucrătorilor. În plus, a menționat că articolul 39 a înlăturat regulile care limitau numărul de jucători profesioniști din alte State Membre care puteau activa în competițiile de fotbal. Singura excepție se aplică meciurilor care sunt doar pentru competiția sportivă mai curând decât să aibă interes economic, cum ar fi competițiile echipelor naționale.
- ⁸⁹ O. Manolache, *op.cit.*, p. 742.
- ⁹⁰ Legea nr. 47/1992, publicată în M. Of nr. 101 din 1992-05-22
- ⁹¹ L. Barac, *Importanța judecătorului național în contextul dreptului Uniunii Europene*, articol publicat în data de 12 iulie 2011 pe <http://www.juridice.ro>, accesat ultima dată pe 16.12.2013 ora 15,30.
- ⁹² Decizia nr. 392 din 25 martie 2008 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 56 lit. c), art. 58 și art. 227 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, precum și art. 82 alin. (1) și (2) din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat și Decizia nr. 394 din 25 martie 2008 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 56 lit. c), art. 57 și art. 58 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, art. 2 alin. (3), art. 3 alin. (1) lit. d), e) și h) și art. 48 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, precum și art. 329 alin. (3) C.proc.civ, ambele publicate în M.Of. nr. 309 din 21 aprilie 2008
- ⁹³ Hotărârea CEDO din 4 noiembrie 2008.
- ⁹⁴ CCR: Legea Avocaților nu discriminează consilierii juridici, articol din 23 Aprilie 2008, <http://www.avocatnet.ro>.
- ⁹⁵ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din data de 21 iunie 1974, afacerea C-2/74 *Jean Reyners împotriva Statului belgian*, Culegerea 1974, p. 631
- ⁹⁶ Sintagma îi aparține lui I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 699, nota de subsol nr. 1
- ⁹⁷ Publicată în M. Of., nr. 37 din 18 ianuarie 2010
- ⁹⁸ Publicată în M. Of., nr. 182 din 22 martie 2010
- ⁹⁹ Publicată în M. Of., nr. 764 din 16 noiembrie 2010
- ¹⁰⁰ „Statul trebuie să asigure libertatea comerțului, protecția concurenței loiale, crearea cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție“
- ¹⁰¹ Decizia nr. 230 din 14 martie 2007, publicată în M. Of., nr. 236 din 5 aprilie 2007
- ¹⁰² Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 29 februarie 1984, afacerea C-77/83, *Srl CILFIT și alții și Lanificio di Gavardo SpA împotriva Ministero della sanità*, publicată în Culegere 1984.

- ¹⁰³ Tribunalul Suceava, Secția civilă, încheierea din 16.11.2011, dosar nr. 8403/314/2010, Judecătoria Sector 2 București, Secția civilă, încheierea din 11.03.2011, dosar nr. 6460/300/2010, Tribunalul Covasna, Secția civilă, încheierea din 31.05.2011, dosar nr. 4615/305/2010, hotărâri disponibile pe <http://www.jurisprudenta.org/Search.aspx>
- ¹⁰⁴ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, afacerea C-236/12, *SC Volksbank România*, înregistrată pe rolul Curții la 20 iulie 2012
- ¹⁰⁵ Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, publicată în JO L-95/29, din 21 aprilie 1993.
- ¹⁰⁶ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, afacerea C-304/13, *APIA-Timiș*, înregistrată pe rolul Curții la 3 iunie 2013
- ¹⁰⁷ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, afacerea C-598/13, *Guletsou Polixeni*, înregistrată pe rolul Curții la 5 noiembrie 2013.
- ¹⁰⁸ Pentru exemplu, art. 259 alin. 10 din Legea Nr. 95 din 14 aprilie 2006 privind reforma în domeniul sănătății, Publicată în M. Of. nr. 372 din 28 aprilie 2006 potrivit căruia „Străinii cărora li s-a acordat una dintre formele de protecție prevăzute la art. 1 lit. a), b) și c) din Ordonanța Guvernului nr. 102/2000*) privind statutul și regimul refugiaților în România, republicată, sunt obligați, pentru a obține calitatea de asigurat, să platească contribuția legală începând cu data obținerii respectivei forme de protecție”.
- ¹⁰⁹ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 14 octombrie 1980, afacerea C-812/1979, *Procesul penal intentat împotriva lui Juan Burgoa*, Culegerea 1980, p. 2787
- ¹¹⁰ Nanclares Arango, A., *Los jueces de mármol*, La Pisca Tabaca Editores, Medillín, 2001, p. 14.

ARTICOLE

« LEGITIMUM » AUT IMPERIALE IUDICIUM ?

Christophe CAMBY*

***Résumé:** Les Romains ont-ils connu le centralisme juridique qu'on leur prête ? Au point de vue militaire, l'Empire montre la pratique de l'amalgame des solutions efficaces à un niveau européen. Les tables des cités ainsi que les constitutions des empereurs présentent un certain prise en compte du « ius loci ». Les juristes des Gaules discutent entre application du droit impérial ou du droit légitime ». La coutume trouverait-elle son origine dans un fédéralisme romain méconnu plutôt que dans des "invasions barbares" aujourd'hui révisées ?*

***Mots-clés:** Empire romain, droit romain, pluralité juridique, coutume, fédéralisme, ius italicum, princeps, constitutio, citoyenneté, état autoritaire, bagaudes, Code théodosien, invasions barbares.*

L'Empire romain fut-il fédéral ou confédéral, autoritaire ou bien ouvert à une certaine pluralité juridique ? On se représente souvent Rome comme dotée d'un destin surhumain. Cette petite cité du Latium aurait réussi, par la force de ses armes, à imposer sa civilisation et son droit à une grande part du monde connu. La recherche récente, en matière d'histoire militaire, n'a pas confirmé un tableau aussi épique. En effet, la technique du camp « romain » a été empruntée au général éolien Pyrrhus¹. L'effectif des légions de la période tardive, de six mille hommes, représente une caractéristique partagée avec les Gaulois, les Macédoniens « et les autres barbares »², de même que l'acclamation du général en chef, muni du même manteau rouge et également accompagné d'une aigle. Le célèbre casque de l'armée romaine fut emprunté aux Gaulois d'Italie du Nord³. Quant à l'épée longue des légionnaires, Tacite témoigne qu'elle suit le modèle de la *spatha* bretonne⁴. Enfin, la cavalerie romaine n'est devenue capable de charger à la lance qu'après avoir adopté la culotte des cavaliers celto-illyriens ou mèses⁵. A une époque encore plus tardive, l'usage de la cavalerie lourde, les cataphractaires, vient de l'influence des Alains et autres cavaliers caparaçonnés venus de l'Est⁶. Si au niveau militaire les Romains ont réalisé un amalgame européen des solutions qui leur ont paru les plus efficaces, pourquoi n'auraient-ils pas procédé de même en matière de droit ? La loi romaine était-elle applicable en tous lieux de l'Empire, ou bien existait-il des sources concurrentes de droit ? Au moment où l'institution européenne tente de réunir une

grande partie de l'ancien espace romain, la question étonne par son actualité. La durée et la force de l'emprise romaine sur l'espace contrôlé par cet Empire, de l'Égypte à l'Écosse et du Caucase à l'Atlantique, en font une référence incontournable. La question de vérifier si les liens qui unissaient cet Empire étaient contraignants ou librement consentis y trouve tout son poids. Au point de vue historiographique, on ne doit pas négliger l'hypothèse que les regards portés sur l'Empire romain aient pu se trouver influencés par les enjeux politiques qui avaient cours au moment de leur émission : le caractère absolu du pouvoir, dans la France de Louis XIV, ou sous le régime Prussien, que Theodor Mommsen se plaisait à légitimer, ou bien encore le bien-fondé de la colonisation romaine, comme celui de la laïcité du pouvoir romain, tel qu'ils furent envisagés sous la III^e République française. La question de la perméabilité du droit romain aux statuts des cités soumises est ouverte depuis la découverte de la *lex iulia municipalis*, sur les tables de bronze d'Héraclée, en 1732⁷. Dès 1950, Charles Saumagne, seul contre tous, a eu le courage de remettre en cause l'image d'une Rome autoritaire, issue de Mommsen, et de s'interroger sur l'éventuel respect, de la part de Rome, d'une certaine indépendance légale des cités⁸. Cette inflexion majeure du regard porté sur cette question a été confirmée depuis par l'archéologie et l'épigraphie. Aux époques postérieures à la domination romaine, la question emporte des conséquences sur la diversité juridique médiévale, entre loi et coutume.

La question se pose de savoir si Rome a imposé son droit ou amalgamé les droits des cités conquises. Au moment de l'incorporation de ces cités dans le monde romain, certaines inscriptions rendent compte de la part d'autorité concédée par Rome aux autorités locales et celle, majeure, que Rome se réserve comme preuve de son *imperium*. Pour représenter son autorité dans les espaces conquis, Rome a recours à des citoyens romains de caste sénatoriale, revêtus de l'*imperium*, capacité reconnue à un individu de condenser en sa personne toute l'autorité de la République ou de l'Empire. Il s'agit des consuls, prêteurs, préfets, proconsuls et gouverneurs. Rome peut aussi accorder la citoyenneté aux cités fidèles. Ainsi, Rome a rétribué l'honneur des cités italiennes, gauloises ou espagnoles, par l'octroi du statut de droit « latin », citoyenneté d'un degré inférieur dans les strates romaines de dignité, en raison de leur fidélité à Rome dans les temps les plus durs des guerres puniques, gauloises ou sociales. Dans le cas où la citoyenneté romaine n'a été octroyée qu'à certaines familles choisies, ces citoyens « binationaux », par exemple gallo-romains, deviennent, aux yeux de Rome, les garants et les responsables du respect de l'ordre romain de la part de cette cité. Cette soumission est manifestée, en premier lieu, par l'exercice de la justice, dette de l'autorité souveraine, en second lieu par la perception d'un tribut. Les tables de bronze, où sont inscrits les statuts des cités définissent une limite entre les compétences judiciaires communes laissées à la cité, ce que l'on appellera plus tard la « basse justice », et les degrés plus élevés de l'exercice de l'autorité, la justice pénale, confiée au *praeses*, le gouverneur de province. La « haute justice », demeure dans les mains de Rome, en la personne de son représentant, doté du *ius gladii*, le pouvoir de décider de la vie ou de la mort du justiciable soumis à son jugement. La limite entre ces deux niveaux de juridiction, municipale ou relevant de l'*ordo*

romain est représentée par le montant de l'amende maximale que le tribunal de la cité sera autorisé à prononcer. Tous les cas qui excéderaient cette limite pécuniaire relèvent de l'autorité directe du magistrat romain compétent, le gouverneur de la province⁹.

A la suite de la guerre sociale, les Romains, ont offert le *ius italicum* aux cités restées fidèles à l'alliance latine, par la loi Plautia-Papiria, en 89 avant J.-C.¹⁰. Le droit de cité « latin » fut d'abord regardé comme impératif et unifié, c'est-à-dire uniformément imposé par la République, puis par l'empereur, lors de l'octroi du droit latin à ces villes, sans aucune diversité, et surtout sans aucun rapport avec les statuts antérieurs des mêmes cités, à l'époque de leurs indépendances. Pour les lois plus anciennes, la solution d'une Rome autoritaire correspondaient mal à la diversité linguistique et juridique présentée par les tables des lois archaïques des cités d'Italie. Les tables de bronzes osques¹¹, volsques¹², ombriennes¹³ constituent, en effet, les principales sources de connaissance de la langue de ces populations, et semblaient représenter les traces historiques des statuts anciens de ces cités avant l'établissement d'un pouvoir romain sur elle. Ces tables de lois italiotes ne présentent d'ailleurs pas de divergences radicales avec ce que l'on sait du droit romain archaïque¹⁴. Les choses auraient pu en rester là si l'archéologie n'avait régulièrement apporté de nouvelles tables de lois qui, à chaque découverte, reposaient la même question sous le feu d'une actualité renouvelée. En effet, d'abord prises pour des erreurs de gravure, une relative diversité des statuts octroyés est apparue¹⁵. Ces divergences résultaient-elles de l'adaptation de la volonté impériale aux réalités locales, ou bien à la capacité des cités d'agréer ou de rejeter tout ou partie des statuts proposés par l'autorité romaine, ou enfin de préserver certaines de leurs anciennes dispositions légales antérieures à la présence romaine ? Dans le cours des trente dernières années, ce sont surtout les cités hispaniques qui ont contribué au renouvellement de la pensée des chercheurs sur cette épineuse affaire¹⁶, comme les tables de bronzes de *Botorrita*, bilingues latines-celtibères, connues des juristes sous la désignation de *Tabulae Contrebiensis*¹⁷, ou encore le texte de la *lex Irnitana*¹⁸. Il semble pourtant difficile de trancher dans la question de la loi applicable aux populations soumises à Rome, sans tenter au préalable, de se représenter ce qu'est la loi aux yeux des Romains eux-mêmes.

La question ne semble pas avoir été évidente pour les Romains non plus, puisque deux auteurs du second siècle après J.-C. ont ressenti le besoin de définir la loi (*lex*). On s'attachera ici aux définitions données par Aulu-Gelle, et Gaius.

Aulu-Gelle annonce se référer à la définition d'Ateius Capito, soit à l'époque d'Auguste et de Tibère : « *lex est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu* »¹⁹. 'La loi est un commandement général que le peuple ou la plèbe a sollicité d'un magistrat'. Voilà les éléments nécessaires à la fabrique de la loi. Il faut une partie requérante, ici le peuple, et une partie concédante, un magistrat revêtu de *l'imperium*, à l'époque républicaine, un consul, ou un prêteur. Quant la requête est formulée par le peuple à l'occasion d'une assemblée comicial, la loi ainsi formée est une *lex rogata*, une 'loi demandée'. On sait par ailleurs que l'initiative peut aussi venir du consul. La *ratificatio* est alors le fait de l'assemblée du peuple. La loi ainsi formée est alors une *lex data*, réputée

octroyée par le consul qui en a eu l'initiative²⁰. Plus loin, Aulu-Gelle précise la différence entre loi et plébiscite : *plebiscitum est lex quam plebes non populus accepit*. 'Le plébiscite est une loi que la plèbe et non le peuple a ratifiée'. La plèbe, soit la majorité de la population, à l'exclusion des ordres supérieurs de Rome, peut ainsi constituer des textes qui seront assimilés à des lois selon le modèle décrit ci-dessus : de la requête de l'une des parties confirmée par l'autre partie. En effet, selon Aulu-Gelle, le principe même de la « fabrication de la loi » réside dans le mécanisme de la *rogatio* : *nisi aut populus aut plebes rogetur, nullum plebis aut populi iussum fieri potest*. 'A moins que l'on en fasse la requête devant le peuple ou devant la plèbe, nul ne peut porter un commandement au peuple ou à la plèbe'. C'est donc bien dans la ratification populaire que réside le pouvoir de faire la loi. Le magistrat, réputé concédant, peut être un prêteur, lors de la formation de son édit, ou encore un tribun du peuple. Le vote de la *lex de capite civis*, obtenu par le tribun Clodius, le 12 mars 58 av. J.-C., à l'encontre de Cicéron en atteste²¹. Il convient aussi de remarquer qu'Aulu-Gelle écrit ces lignes près de deux siècles après qu'Auguste ait institué le Principat, souvent présenté comme celui d'un pouvoir autoritaire, sinon d'un absolutisme. Mais, Aulu-Gelle ne mentionne nullement le Prince comme disposant d'un pouvoir de décision unilatérale dans la formation de la loi, comme on le lui attribue souvent. On pourrait envisager qu'il s'agisse d'une réaction politique de la part d'Aulu-Gelle ou d'Ateius Capito. Que le nouveau pouvoir discrétionnaire du Prince serait visé lorsque Ateius Capito s'écrit « nul ne peut porter un commandement au peuple ou à la plèbe », ... « sans avoir au préalable procédé à la *rogatio* de la loi devant le peuple ou la plèbe ». Il est difficile de trancher, au vu de ce seul fragment de texte si Ateius Capito veut nier au Prince le pouvoir de « faire la loi », ou s'il souhaite rappeler au prince qu'il doit respecter les anciennes formes républicaines ? On croit d'ailleurs que cet exercice représente la plus grande subtilité du pouvoir d'Auguste : le respect de la « fiction républicaine ». Selon celle-ci, Auguste ne serait ni monarque ni dictateur, mais *princeps*, 'le premier des citoyens'. Le *princeps* serait revêtu d'un rôle viager de porte-parole du peuple. Ce rôle se place d'ailleurs en accord avec la puissance tribunitienne dont il s'est fait revêtir, sacralité populaire qui garantit le respect de sa vie. Le *princeps*, au moment de son avènement, a pu ne paraître à ses concitoyens que comme une nouvelle forme de magistrat doté de l'*imperium*. Le schéma de ratification de la loi par le peuple restant intact, dans son principe, sinon dans son application.

A la même époque qu'Aulu-Gelle, Gaius présente le rôle du *princeps*, dans la fabrication de la loi, selon une formulation qui mérite examen. *Constitutio principis est quod imperator decreto uel edicto uel epistula constituit, nec umquam dubitatum est quin, id legis uicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*²². Si cette phrase est bien connue, peut-être doit-on relever le subjonctif *obteneat*, 'qu'il obtienne', auquel répond le terme *uicem*, 'la victoire, le triomphe'. On pourrait ainsi traduire : 'on ne doit pas douter que cette loi obtienne le triomphe'. A quel triomphe Gaius fait-il référence ? On doit également relever que la préposition *con-*, indique qu'il faut être plusieurs pour « constituer », alors que l'on peut être seul pour « instituer ». En période tardive de l'Empire, cette hypothèse étymologique se trouve confirmée par le fait que Constantin

soumette les textes de loi qu'il émet, ses constitutions, à la ratification des assemblées provinciales²³. La relative diversité juridique de l'Empire tardif pourrait s'expliquer par cette faculté laissée aux cités, aux populations des provinces, d'agréer ou de refuser certaines des dispositions légales soumises à leur vote. Ces perspectives expliqueraient les références faites aux « droit des cités », qui n'étaient pas compréhensibles aux époques récentes où on s'est représenté le droit romain comme uniformément applicable en tout lieux de l'Empire.

On a en effet cru le statut des hommes libres de l'Empire unifié à partir du moment où Caracalla, en 212, leur aurait accordé la « citoyenneté romaine ... [sans abolir le droit des cités] »²⁴. L'objectif militaire de la disposition ne doit pas être omis. L'unité de statut qui semble ainsi offerte aux pérégrins, aux hommes libres déplacés, originaires des diverses cités de l'Empire, n'est concédée que dans un registre militaire : « toutes les fois qu'ils viendront se joindre à mes hommes ». La concession de l'empereur ne concerne sans doute pas le statut civil de ces hommes. Ainsi s'explique qu'un vieux militaire comme Ammien Marcellin ait pu se trouver exclu de Rome, à un moment de pénurie alimentaire, par défaut de citoyenneté²⁵. Pour porter les armes, tous les hommes libres sont romains, pour la vie de la cité il en va autrement. Comme Caracalla semble l'avoir indiqué dans son texte, les statuts des cités demeurent applicables à leurs citoyens, même après 212. Cette hypothèse rencontre quelques illustrations dans les textes.

Au lieu d'une uniformité, c'est semble-t-il à une certaine diversité juridique que l'Empereur Dioclétien recommande à un de ses représentants de s'adapter lorsqu'il rappelle : 'qu'un recteur de province ne peut rien appliquer contre la règle de droit : « Et parce que [tu es] emprisonné dans la variété des mœurs, tu t'appliqueras à trancher dans les affaires, en nos lieux, en fonction de l'esprit de l'*ordo* »²⁶. Lorsque Dioclétien demande aux juges de prendre en compte la « *lex loci* », la 'loi du lieu'²⁷, il recommande donc de s'adapter à la diversité des situations juridiques à l'intérieur de l'Empire²⁸. Les commentateurs modernes admettent, désormais, que le droit romain post-classique a incorporé des éléments issus du « droit des cités », aussi dénommés « droits indigènes » ou « droits vulgaires »²⁹. En réalité, cette liberté laissée aux cités de suivre leurs lois, tout en respectant l'autorité judiciaire du magistrat romain, est inséparable de l'expansion de Rome et explique le maintien des tables municipales de loi, longtemps après la conquête romaine. Ces constats ont été progressivement admis pour les cités grecques, pour le particularisme juridique de l'Égypte. Les recherches récentes semblent montrer que cette situation peut être étendue aux cités espagnoles et gauloises. On doit, dès lors, regarder l'Empire romain comme exerçant une autorité confédérale, plus que comme un état autoritaire et centralisateur.

Il existe également une géographie négative de l'application du droit romain. André Chastagnol a remarqué que l'ouest des Gaules ne présente aucune inscription publique du statut des cités³⁰. Or, cette zone correspond à celle où sévit la « bagaude », état de rébellion structurée et armée, endémique dans le *tractus armoricanii et nervicanii*, district militaire qui va de la Garonne au Rhin. Au IV^{ème} siècle, on admet que 80% du

territoire gaulois ne répond plus aux exigences fiscales de Rome. Un texte du début du V^{ème} siècle, daté de 407, confirme la situation de refus de la loi romaine de la part de ces populations gauloises en situation de rébellion fiscale : « Vas vivre sur la Loire. Là-bas, les hommes vivent sous le droit des *gentes*, les sentences capitales y sont proférées et inscrites dans les os, par la force, là-bas même les rustiques plaident et les personnes privées jugent, tout y est permis. »³¹ Le mépris du droit romain semble caractériser la grande indignité de ce droit de type révolutionnaire. Le pouvoir de faire la loi, et de l'appliquer, semble bien une preuve du pouvoir de Rome, même lors de sa négation. Pour ce qui concerne les sources du droit, il reste qu'un droit semble-t-il autochtone fut appliqué en Gaule de l'ouest, au crépuscule de l'Empire. Il peut avoir contribué à la formation de certaines coutumes postérieures. Le détail de ce point est invérifiable car on ignore tout du contenu du droit appliqué par la Bagaude.

Dans ces perspectives renouvelées, il semble plus admissible de penser que le droit antérieur des cités gauloises, et à plus forte raison dans les régions qui ont pu se trouver délaissées par le pouvoir romain, a pu se former le substrat de la *consuetudo* à laquelle les juristes gaulois se réfèrent dès le IV^{ème} siècle. Il est d'ailleurs très révélateur de noter que dès la parution de son édition du Code théodosien, Théodore Mommsen fut accusé d'avoir supprimé les références que faisaient les manuscrits à la « *Gallia* » et à ses particularismes juridiques. Cet éditeur aurait remplacé le terme de *Gallia* présent dans le manuscrit par celui de *alia* dans son édition³². Cette suppression artificielle de la tradition juridique gauloise donnait le champ libre à la théorie de « l'apport germanique » aujourd'hui remise en cause³³.

La capacité d'une règle de droit gaulois à se maintenir sous la domination romaine et à parvenir, sous forme de coutume, à la période médiévale est illustrée par la pratique matrimoniale de la dot. En effet, César donne une description précise de cet usage gaulois. « Autant les maris ont reçu d'argent de leurs épouses à titre de dot, autant ils mettent de leurs propres biens, après estimation faite, en communauté avec cette dot. On dresse conjointement un état de ce capital, et l'on en réserve les intérêts. Quelque époux qui survive, c'est à lui qu'appartient la part de l'un et de l'autre, avec les intérêts des années antérieures »³⁴. Si ce point a pu frapper César, c'est sans doute parce que le régime de la communauté des biens, pratiqué par les ménages gaulois se trouve en opposition radicale avec celui de la séparation de biens entre les époux, pratiquée à Rome. Le régime de la communauté des biens, répandu en droit coutumier médiéval dans les régions du nord de la Loire, n'a pas eu besoin des « invasions barbares » pour s'implanter en Gaule. La preuve en est donnée, à la suite de la prise de pouvoir par les Francs, en Gaule, par l'évêque Grégoire de Tours qui présente plusieurs exemples de pratiques dotales³⁵. La remise de dons croisés entre les époux, selon César pour permettre la pratique du régime de la communauté de bien propre aux ménages gaulois, semble être demeurée la règle dans les Gaules du VI^{ème} siècle, après près de sept siècles de présence romaine.

Le terme de 'coutume', la *consuetudo* est déjà présent au Code théodosien, dès 438, en de nombreuses occurrences. De même, les juristes des Gaules semblent pouvoir

discuter l'application du « droit légitime » par rapport à celle du droit impérial³⁶, c'est-à-dire la coutume par rapport à la loi, dans une situation de concurrence relative qui semble déjà annoncer celle des temps médiévaux. Le droit romain pratiqué dans les vastes espaces de l'Empire semble donc à considérer plutôt comme un amalgame variable de solutions juridiques de diverses origines, mais toujours appliquées sous l'impérieux arbitrage de son autorité. La source du droit peut être locale. L'autorité doit nécessairement être romaine. Il n'est peut-être pas nécessaire d'avoir recours aux « grandes invasions », pour expliquer la naissance des coutumes.

* Docteur en droit, membre du Centre d'histoire du droit de l'Université de Rennes 1; christophe.camby@wanadoo.fr.

¹ FRONTIN, *Stratagemata, les quatre livres des stratagèmes*, trad. PERROT D'ABLANCOURT, Paris, 1839, IV, 1.

² JUSTIN, *Abrégé des Histoires philippiques de Troque Pompée*, M.-P. ARNAUD-LINDET, XIII, 3, 1, XVI, 17, 5.

³ Y. Le BOHEC, *L'Armée romaine*, 2^e ed. revue et augmentée, Paris, 1998, p. 133.

⁴ *Spathae*, TACITE, *An.*, Livre XII, 35, Voir : E. DEMOUGEOT, *op. cit.*, p. 287.

⁵ Y. Le BOHEC, *L'Armée romaine, op. cit.*, p. 133.

⁶ *Histoire Auguste, Sévère Alexandre*, LVI, 5, Y. Le BOHEC, *L'Armée romaine, op. cit.*, p. 29.

⁷ F. C. CONRADI, *Parerga in quibus antiquitates et historia juris...*, t. III, Helmstadt, 1738, p. 340-426, E. de ROZIERE, « Mémoire sur les anciens statuts de la ville de Rome », *Mémoire de l'Académie des Inscriptions et des belles lettres*, 1878, p. 65-76. En réaction contre la mise en doute du nécessaire « jacobinisme » centralisateur de Rome : H. LEGRAS, *La table latine d'Héraclée. La prétendue lex iulia municipalis*, Paris, 1907, *contra* : J. S. REID, « The so-called 'Lex iulia municipalis' », *Journal of Roman Studies*, 1915, p. 207-248. M. H. CRAWFORD *et al.* *Roman Statutes*, Londres, 1996, p. 355-391. Traduction française de J. IMBERT, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1957, p. 189-193 et bibliographie exhaustive : Y. LASSARD, *umpf.grenoble*.

⁸ Ch. SAUMAGNE, *Le droit latin et les cités romaines sous l'Empire*, thèse, Paris, 1965.

⁹ Contre l'indépendance accordée aux cités : H. GALSTERER, « La loi municipale des Romains: chimère ou réalité ? », *RHD*, 65.2, 1987, p. 181-203, *contra* : W. SIMSHÄUSER, « La juridiction municipale à la lumière de la *lex Irnitana* », *RHD*, 67, 1989, p. 619-650.

¹⁰ La *lex rubria* de Gaule cisalpine semble à rapprocher de cette catégorie, M. W. FREDERIKSEN, « The Republican municipal laws : errors and drafts », *Journal of Roman Studies*, vol 55, n°1/2, parts 1 et 2, 1965, p. 183-198. A. ESMEIN, « Un fragment de loi municipale romaine », *Le journal des savants*, février 1881, p. 117-130, contre certains aspects de la lecture de F.- Ch. von SAVIGNY, *Vermichte Schriften*, t. III, 1850, p. 298-301. E. G. HARDY *Roman laws and charters*, 2005, p. 165-168.

¹¹ La *Tabula Bantina*, a retenu l'attention des linguistes : I. V. TSVETAEV, *Inscriptiones Italiae inferioris dialecticae in usum praecipue academicum*, Moscou, 1886, p. 68-73, comme celle des juristes : R. von JEHRING, *L'esprit du droit romain*, t. 2, p. 131.

¹² *Tabula Veliterna*, B. H. VINE, *Studies in archaic latin inscriptions*, Innsbrücker Institut für Sprachwissenschaft, Innsbrück, 1993, p. 371.

¹³ *Tabulae Iguvinae*, A. ERNOUT, *Le dialecte ombrien*, Paris, Klincksiek, 1961.

¹⁴ C. D. BUCK, *A grammar of Oscan and Umbrian*, Boston, 1904, réed. Bristol, (U.S.A.), 2005.

¹⁵ M. W. FREDERIKSEN, « The Republican municipal laws : errors and drafts », art. cit. p. 192-198.

¹⁶ P. Le Roux, « Cité et culture municipale en Bétique sous Trajan », *Ktema*, 12, 1987 [1991], pp. 271-284., ou : « Municipale et droit latin en Hispania sous l'Empire », *RHD*, 64.3, 1986, p. 325-350. La relative

- autonomie légale des cités sous l'Empire a été montrée en Espagne depuis les travaux de Garcia GALLO et d'Alvaro d'ORS, qui ont constitué depuis un des axes majeurs de la recherche espagnole des trente dernières années, bibliographie très complète : J.-M. ABASCAL PALAZON, « Veinticinco años de estudios sobre la ciudad hispano-romana », *Tempus*, n° 10, 1995, p. 19-84. En France : A. CHASTAGNOL, « A propos du droit latin provincial », *Iura*, n° 38, 1987, p. 1-24; ou : « Considérations sur les municipes latins du premier siècle après J. C. », *L'Afrique dans l'Occident romain, I^{er} siècle av. J. C. - IV^e siècle ap. J. C.*, Rome, 1990, p. 351-365 ; en Allemagne : W. ECK, *Lokale Autonomie und römische Ordnungsmacht in den kaiserzeitlichen Provinzen, vom 1. bis 3. Jahrhundert*, Munich, 1999.
- ¹⁷ Rédigée dans un alphabet dont la proximité avec les formes celto-étrusques d'Italie du nord ou runiques d'Allemagne a été observée : pour une lecture linguistique : H. EICHNER, "Damals und Heute : Probleme der Erschließung des Altkeltischen zu Zeußen Zeit und in der Gegenwart", *Erlanger Gedenkfeier für Johannes Kaspar Zeuß*, B. Forssman (ed.), Erlangen Forschungen, Reihe A, Geisteswissenschaften, 49, Erlangen, 1989, pp. 9-56, ou bien Wolfgang MEID, „Zur Botorrita-Inschrift“, *Die größeren altkeltischen Sprachdenkmäler*. Akten des Kolloquiums Innsbrück, du 29 avril au 3 mai 1993, W. Meid et P. Anreiter (ed.), Innsbrück, 1996, p. 146-148 et enfin pour une lecture juridique : José-Xavier de los Mozos TOUYA, « Commento giuridico sul bronzo di Contrebia », *Bulletino dell'istituto di diritto romano*, terza serie, vol. XXIV, Dott. A. Giuffrè (ed.), Milano, 1982, p. 283-297.
- ¹⁸ W. Simshäuser, « La juridiction municipale à la lumière de la *lex Irnitana* », *RHD*, 67, 1989, p. 619-650, P. Le Roux, « Le juge et le citoyen dans le municipe d'Irni », *Cahiers du centre G. Glotz*, 2, Paris, 1991, p. 99-124.
- ¹⁹ AULUS-GELLIUS, *Nuits attiques*, Liv. X, XX. VERGER (trad.), Paris, 1820, p. 500-501.
- ²⁰ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, Munich, 1988, p. 83.
- ²¹ VELLEIUS PATERCULUS, II, 45. DION CASSIUS, XXXVIII, 17. G. P. KELLY, *A history of exile in the Roman Republic*, Cambridge, 2006, p. 111-125, 154-160. Sur la *sacratio* en rapport avec la *poena* : B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Rome, 1994, p. 147 ; Th. MOMMSEN, *Droit pénal romain*, t. III, p. 233-234.
- ²² GAIUS, *Institutes*, 1, 5.
- ²³ Voir : CTh.1.16.3, et surtout pour les modalités pratiques de la « fabrique de la loi », avec la participation des provinciaux et citoyens : CTh.12.12, 1 à 16. Pour la ville des Ubiens, Cologne, W. ECK, *La romanisation de la Germanie*, Paris, 2007, p. 14. Assemblée de la province de Tripolitaine : AMMIEN MARCELLIN, XXVIII, 6, 7. E. CARETTE, *Les assemblées provinciales de la Gaule romaine*, Thèse, Paris, 1894, publiée 1895.
- ²⁴ Ce dernier passage est une restitution au sein du papyrus Giessen 4, mais celle-ci est confirmée par un certain nombre de textes : Ulpian, D.1.5.17, Dion Cassius, Histoire romaine, 77,9, Augustin, Cité de Dieu, 5,17.
- ²⁵ Ammien Marcellin, *Histoires romaines*, XIV,6,19.
- ²⁶ *Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum* 10.3.1 *Diocletianus : rector provinciae nihil contra iuris rationem fieri patietur. Et quoniam necti quereris moras adhibita varietate, negotium inter nos ortum secundum iuris ordinem sua ratione decidetur*. P.-F. GIRARD et F. SENN, *Textes de droit romain*, Naples, 1977, p. 570.
- ²⁷ *Lex dei sive Mosaicarum et Romanarum legum*, 12, 7, 9.
- ²⁸ La *Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum*, 12, 7, 9. : cite Ulpian pour le choix de la loi applicable : *colonus, vel ex locato vel lege Aquilia [actio] teneri*. : 'Des colons : sont à tenir ou bien selon la loi du lieu, ou bien d'après la *lex Aquilia*'. P.-F. GIRARD et F. SENN, *Textes de droit romain, op. cit.*, p. 577-578.

- ²⁹ J. RAMIN et P. VEYNE, « Droit romain et société : les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire », *Historia*, n° 30, Stuttgart, 1981, p. 472-492.
- ³⁰ A. CHASTAGNOL, *La Gaule Romaine et le droit latin*, ouvrage publié avec le concours du Centre national du livre, des Universités Paris IV-Sorbonne et J. Moulin-Lyon III, Lyon, 1995, p. 26..
- ³¹ *Vade, ad ligerem vivito. Illic, iure gentium vivunt homines, ibi sententiae capitales de robore proferuntur et scribuntur in ossibus, illic etiam, rustici perorant et privati iudicant ; ibi totum licet. Querolus, C.* JACQUEMARD-LE SAOS, Paris, les Belles lettres, 1994, II, 30, I, 6-11. M.-B. BRUGUIERE, *Littérature et droit dans la Gaule du V^e siècle*, thèse publiée avec préface de J. DAUVILLIERS, 1974, p. 48-50.
- ³² F. Bremer, *Zur Geschichte des keltischen Provinzialrechts. Kritik von Mommsens Emendation in Dig. 23,3,9,3, ZSS, RA2*, 1881, p. 134-138.
- ³³ K.-F. Werner, La 'conquête franque' de la Gaule. Itinéraire historiographique d'une erreur, *BEC* 154, 1996, p. 7-45. W. Goffart, *Rome, Constantinople and the Barbarians*, *American Historical Review*, 86-2, avril 1981 p. 275-306. Du même auteur: *The Narrators of Barbarian History: Jordanes, Gregory of Tours, Bede and Paul the Deacon*, Princeton, 1988. W. Pohl, *L'armée romaine et les Lombards: stratégies militaires et politiques. L'armée romaine et les Barbares du III^e au VI^e siècle*, F. Vallet et M. Kazanski (ed.), Mémoires publiées par l'Association Française d'Archéologie Mérovingienne, t. 5, Paris, 1993.
- ³⁴ *Viri, quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis aestimatione facta cum dotibus communicant. Huius omnis pecuniae coniunctim ratio habetur fructusque servantur: uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.* César, *BG*, VI, 19. D. Foucault, P. Payen, *Les autorités, dynamiques et mutations d'une figure de référence à l'antiquité*, Grenoble, 2007, p. 145.
- ³⁵ Le texte de référence de B. Krusch: *Historiarum libri X, MGH, SRM 1*, (Hannover 1937), ou H. Bordier, *Histoire ecclésiastique des Francs* (Paris t. I 1858 t. II 1862). Par exemple : *de castitate amantium*, Greg. Tur., *Hist. Eccl. Franc.* I, 47, ou le « Passage d'Andarchius », IV, 46, ou le cas célèbre de la dot de la princesse Ringonthe, fille de Chilpéric : VI, 45, ou enfin des clauses matrimoniales du traité d'Andelot, VI.18.
- ³⁶ *Aut legitimum aut imperiale iudicium, Gai fragmenta Augustodunensia*, 105, P.-F. GIRARD et F. SENN, *Textes de droit romain, op. cit.* p. 219-239, n. 4.

**COMISIOANE BANCARE SOLICITATE CONSUMATORILOR – CÂT DE FRECVENTE
SUNT CLAUZELE BANCARE ABUZIVE?**

Juanita GOICOVICI*

***Résumé:** Les commissions bancaires sollicités aux consommateurs – quelle fréquence pour les clauses bancaires abusives? En transformant la remise des fonds en modalité d'exécution, l'Ordonance du Gouvernement no. 50/2010 permet de dire que le contrat de prêt d'argent conclu par le consommateur est un contrat synallagmatique. Cela est particulièrement vrai pour le crédit à la consommation car les dispositions propres à ce contrat conforte cette analyse, ce qui rendent les taux bancaires illicites sauf prestation d'un service bancaire autonome. Le respect de l'équilibre contractuel paraît pouvoir s'exercer sur le fondement du dispositif relatif aux clauses abusives, car tels couts du crédit à la consommation ont pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat.*

***Mots clés:** crédit; clause abusive; cout du crédit; régulation du crédit; déséquilibre significatif.*

(I) Observații introductive. Prin O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori – care transpune în dreptul intern Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privitoare la contractele de credit încheiate de consumatori – au fost impuse limite importante posibilității băncilor de a percepe anumite costuri cu titlul de comisioane de creditare.

O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori a adus modificări radicale regimului juridic aplicabil formării și efectelor convențiilor de credit încheiate de către consumatori, atât în cazul creditelor pentru consum clasice, cât și în cazul descoperitului de cont (*overdraft*), însă textele legale nu se aplică creditului gratuit (în cazul căruia creditul este acordat fără dobândă și fără alte costuri) și nici contractelor de credit cu termen de rambursare într-o perioadă de maxim 3 luni și pentru care sunt de plătit numai costuri nesemnificative (de până la 0,5% din valoarea contractului de credit).

Anumite clauze contractuale, cum sunt cele de majorare unilaterală de către bancă a taxelor, tarifelor și comisioanelor în etapa producerii de efecte contractuale, posterior încheierii contractului, fac parte din „lista neagră” a clauzelor reputate a fi abuzive și al căror uz în convențiile încheiate cu consumatorii este interzis în mod absolut,

sub sancțiunea nulității. Tot clauze abuzive absolute sunt considerate și o serie de comisioane bancare lipsite de cauză contractuală și a căror practicare este interzisă. Este vorba despre: (i) comisionul de analiză a dosarului în cazul neacordării creditului; (ii) comisionul de retragere numerar din cont pentru sumele împrumutate; (iii) comisionul de depunere numerar pentru plata ratelor de credit; (iv) comisionul pentru schimbarea datei de scadență a ratelor; (v) comisionul bancar autonom pentru schimbarea garanțiilor.

În principiu, în cazul tuturor acestor comisioane bancare lipsește cauza contractuală a percepției în accepțiunea de raport contractual sinalagmatic, întrucât fie banca nu prestează un serviciu suplimentar care să justifice perceperea comisionului, fie îngreunează deliberat executarea de către debitor a obligațiilor sale, cum ar fi plata la scadență a ratelor, ca obligație principală născută din contractul de credit.

Jurisprudența națională a ultimilor doi ani oferă numeroase exemple ale contestării în instanță de către consumatori a diferitor comisioane de creditare practicate de bănci. Capul de afiș este ținut de așa-numitul „comision de risc”, în contextul în care băncile omit să stipuleze în contract clauza de restituire a comisionului de risc perceput, la finele contractului, în cazurile în care consumatorul a restituit integral creditul, iar riscul de neplată nu s-a produs.

Ne propunem în rândurile care urmează să utilizăm exemplele notabile oferite de jurisprudența autohtonă (i) în scopul stabilirii de repere pentru ceea ce înseamnă „comision de creditare ilicit” din unghiul abuzului bancar (ii), raportat la principalele tipuri de comisioane pe care inventivitatea creditorilor bancari le-a adus la rampă în practica judiciară a ultimilor doi ani (iii).

(II) Interzicerea anumitor comisioane bancare. Din unghiul *liceității comisioanelor percepute* de bancă / prestatorul de servicii financiare în materia creditelor acordate consumatorilor, sunt licite, potrivit art. 36 din O.U.G. nr. 50/2010, numai clauzele contractuale relative la perceperea următoarelor comisioane: (i) comisionul de analiză a dosarului; (ii) comisionul de administrare a creditului sau a contului curent; (iii) compensația în cazul rambursării anticipate a creditului; (iv) costurile aferente asigurărilor, după caz; (v) penalitățile percepute pentru neplata voluntară, la scadență; (vi) comisionul unic perceput pentru servicii prestate la cererea consumatorilor. În schimb, este ilicit, după intrarea în vigoare, la data de 22 iunie 2010, a O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori [conform art. 35 alin. (1) lit. (d)], *comisionul de retragere pentru sumele trase din credit*; în alți termeni, dat fiind caracterul sinalagmatic al contractului de credit, obligația de plată incumbând consumatorului trebuie să își aibă cauza juridică într-un serviciu corelativ prestat de bancă; or, în cazul comisionului de retragere a sumelor împrumutate, consumatorul nu face decât să utilizeze creditul conform trebuințelor sale, punerea la dispoziție a capitalului de către bancă regăsindu-se deja în dobânda percepută de aceasta, banca neprestând un alt serviciu, suplimentar punerii la dispoziție a fondurilor posterior încheierii contractului, de unde și caracterul ilicit al comisionului perceput pentru utilizarea de către consumator a fondurilor.

Interzicerea percepției comisionului de analiză a dosarului, în situația neacordării creditului figurează în mod expres în textul art. 19 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori („Se interzice perceperea unui comision de analiză dosar în cazul în care creditul nu se acordă.”); dispozițiile legale citate pun astfel capăt unei practici comerciale ilicite / incorecte în relația băncilor / prestatorilor de servicii financiare cu consumatorii, generalizată anterior intrării în vigoare la data de 22 iunie 2010 a O.U.G. nr. 50/2010; amintita practică era din start incorectă juridic, întrucât plata comisionului de analiză a dosarului era, în asemenea cazuri, *lipsită de cauză*. Supunerea dosarului spre analiză, de către consumator, în vederea obținerii creditului, cu acceptul băncii, nu poate fi analizată într-un contract sinalagmatic autonom, având ca obiect o prestație propriu-zisă a băncii, constând în stricta analiză a dosarului, independent de eventuala acordare a unui credit, un atare acord de voințe fiind de neconceput, obiectul și cauza sa juridică fiind inexistente.

În alți termeni, consumatorul nu poate fi obligat să plătească pentru analiza propriu-zisă a dosarului său, în situația respingerii dosarului, întrucât analizarea dosarului nu reprezintă un scop în sine, nefiind o procedură autonomă, ci este strâns conexasă procedurii de formare progresivă a contractului de credit (prin acceptarea ofertei băncii de către consumator, urmată sau nu de agreementul băncii, esențial pentru finalizarea formării contractului, în funcție de bonitatea acceptantului și de celelalte condiții esențiale a căror îndeplinire este solicitată).

Raporturile contractuale dintre bancă și clientul său fiind unele **de tip sinalagmatic** (f fondate pe reciprocitatea prestațiilor, astfel încât obligația uneia din părți să își aibă cauza în obligația corelativă a celeilalte părți), banca / prestatorul de servicii financiare nu prestează consumatorului, cu prilejul analizării dosarului, un serviciu autonom, propriu-zis, ci doar verifică măsura în care aceasta, în calitate de potențial creditor, poate sau nu agreea acceptarea ofertei de credit de către consumator (emițând sau nu, posterior analizei, consimțământul de agreement necesar finalizării procedurii de formare a contractului). Aceasta înseamnă că, în absența unui serviciu financiar autonom prestat consumatorului (banca nefăcând altceva decât să dezbată măsura în care ea însăși își poate sau nu confirma consimțământul la creditare, în prezența condițiilor rezultând din dosarul clientului), nu poate fi justificată existența unei obligații de plată a unui atare comision de către client.

În cazurile acordării creditului, plata comisionului de analiză a dosarului poate fi stipulată în cuprinsul contractului și va avea, deci, o cauză contractuală, presupunând acceptul consumatorului și reflectându-se în beneficiile aduse clientului prin disponibilul bănesc acordat. Formarea contractului de credit încheiat cu consumatorii este una *progresivă*, iar nu instantanee, întrucât simpla întâlnire a ofertei de credit cu acceptarea nu poate genera un contract valabil, fiind nevoie de o a treia etapă, care constă în consimțământul de agreement al băncii, dat sau nu în funcție de întrunirea de către consumator a condițiilor esențiale de creditare, rezultată din analiza dosarului de credit; (vi) în oricare dintre cele trei etape formatoare de contract [(I) emiterea ofertei de credit de către bancă; (II) acceptarea ofertei de către consumator, materializată în depunerea

dosarului de credit spre analiză; (III) consimțământul de agrement al băncii, în urma analizării dosarului clientului, ceea ce reprezintă o confirmare a consimțământului inițial al băncii cuprins în ofertă], răspunderea consumatorului nu poate fi nicidecum una contractuală, dată fiind inexistența unui contract valabil format până în clipa epuizării celei de-a treia etape. În alți termeni, obligația de plată a comisionului de analiză a dosarului, în ipoteza neacordării creditului, nu își are suportul în vreo dispoziție contractuală, fiind inexistentă, juridic (cu toate consecințele atașate unor remedii de drept civil tradițional, precum plata nedatorată și îmbogățirea fără justă cauză a băncii).

Nu numai perceperea unui comision de analiză dosar în cazul neacordării creditului este ilicită, ci și aplicarea de comisioane diferite pentru același tip de credit, dispozițiile legale comentate interzicând „calibrarea” comisionului de analiză dosar în funcție de valoarea aprobată, de pildă, ori în funcție de elemente *intuitu personae* precum calitatea de client anterior al băncii (de exemplu, este interzisă perceperea unui comision de analiză a dosarului mai mare pentru clienții care nu au încheiat o convenție de cont curent de salarii cu respectiva bancă).

Băncile / creditorii pot percepe licit comisioane diferențiate în funcție de valoarea aprobată a creditului, însă nu sub titulatura de comision de analiză dosar (care trebuie să aibă o valoare fixă pentru același tip de credit, fiind vorba despre o operațiune identică, de analiză a dosarului), ci sub forma comisionului de administrare a creditului, care poate fi mai mare sau mai mic în funcție și de valoarea aprobată. În general, acest din urmă comision este calculat sub formă de procent, ceea ce permite în mod suficient acoperirea costurilor de administrare a creditelor cu valori mai mari, în funcție de opțiunea creditorului.

(III) Iliceitatea comisionului de retragere din cont a sumelor împrumutate.

Comisionul de retragere pentru sumele trase din credit a devenit ilicit, după intrarea în vigoare, la data de 22 iunie 2010, a O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori [conform art. 35 alin. (1) lit. (d)]. Dat fiind *caracterul sinalagmatic* al contractului de credit încheiat cu consumatorii, obligația de plată incumbând consumatorului trebuie să își aibă cauza juridică într-un serviciu corelativ prestat de bancă; or, în cazul comisionului de retragere a sumelor împrumutate, consumatorul nu face decât să utilizeze creditul conform trebuințelor sale, punerea la dispoziție a capitalului de către bancă regăsindu-se deja în dobânda percepută de aceasta. Banca neprestând un alt serviciu, suplimentar punerii la dispoziție a fondurilor posterior încheierii contractului, comisionul perceput pentru utilizarea de către consumator a fondurilor este lipsit de cauză (în sensul cauzei reciproce din contractele sinalagmatice). În analiza consensualistă a contractelor de credit bancare / încheiate de creditori profesioniști cu consumatorii, obligația băncii / creditorului de a credita contul clientului cu suma aprobată este o obligație esențială sau, altfel spus, este obligația principală generată de contractul de credit pentru creditor, ceea ce înseamnă că acesta nu poate percepe un comision autonom pentru executarea obligației sale principale. Este vorba despre analiza contemporană a convențiilor de credit încheiate între profesioniști și consumatori, care nu mai vede în aceste contracte o specie a

contractelor reale, astfel încât convenția de credit nu se naște, de regulă, între aceste părți, de abia în momentul punerii efective a sumei aprobate la dispoziția consumatorului / remiterii sumei, ci în momentul semnării contractului de credit, în baza formalismului informativ aplicabil.

(IV) Interzicerea comisionului de depunere numerar pentru plata ratelor de credit. Creditorul bancar nu poate percepe comision pentru plata ratelor de credit, principiu care se justifică printr-o suită de mecanisme juridice. Mai întâi, contractul de credit încheiat între profesioniști și consumatori – spre deosebire de împrumutul civil de consumație (*mutuum*) – este un contract consensual (sau formal, atunci când există rigori atașate formalismului informativ, precum în actuala legislație), iar nu un contract real (i); este, de asemenea, un contract sinalagmatic, iar nu unilateral (precum împrumutul civil de consumație), banca (creditorul profesionist, în general) având obligații pe parcursul derulării contractului. Reamintim că, în cazul *mutuum*-ului civil, caracterul unilateral rezultă din caracterul real al contractului: întrucât contractul real de împrumut se formează valabil de abia în momentul remiterii (voluntare a) sumei către împrumutat, posterior formării contractului, creditorului nu îi mai incumbă vreo obligație principală autonomă, de unde și caracterul unilateral al contractului (doar debitorul având o obligație de restituire). Dimpotrivă, în cazul creditului contractat cu profesioniștii serviciilor bancare, contractul se formează în momentul semnării sale, iar virarea sumei către debitor este doar un act de executare a contractului, iar nu unul formator de contract. Astfel, între creditorii profesioniști și împrumutați, prima obligație principală care incumbă creditorului este virarea sumei, posterior formării contractului, generând astfel obligația corelativă de rambursare.

Ca urmare a matricei sinalagmatice, atunci când banca / creditorul profesionist nu prestează un serviciu autonom către debitor, în baza contractului de credit, banca nu poate percepe valabil un comision (remunerația băncii nu își are cauza într-o prestație corelativă).

Or, întrucât obligația de restituire își are cauza (la nivel sinalagmatic, efectual) în obligația (executată a) băncii de creditare a contului debitorului cu capitalul împrumutat, creditorul nu prestează un serviciu suplimentar remunerabil atunci când debitorul își execută obligația de restituire (de plată a ratelor de credit). Comisionul de administrare lunară a contului debitorului poate fi în schimb perceput, întrucât plata sa își are cauza în serviciul de administrare lunară prestat de bancă, relația sinalagmatică descrisă fiind una de nivel secundar, diferită de relația sinalagmatică principală (obligația de virare a sumei împrumutate, incumbând creditorului – obligația de plată a ratelor, incumbând debitorului).

În plus, executarea de către debitor a propriei sale obligații principale (cea de rambursare eșalonată a împrumutului) nu poate fi îngreunată (făcută dificilă) de către creditor prin perceperea de comisioane suplimentare, orice asemenea clauze fiind considerate abuzive și reputate ca nescrise (în planul dreptului civil clasic, se poate vorbi despre un dol în executarea contractului).

Interdicția privitoare la perceperea unui comision de depunere numerar pentru plata ratelor de credit figurează expres în art. 35 (1), lit. c) din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate de consumatori.

Profitul creditorului este deja extras prin dobânda practică pentru acordarea împrumutului, astfel încât banca nu poate dubla obligația de plată a ratelor / nu poate grefa pe obligația principală de plată a ratelor o obligație suplimentară de plată (a unui comision autonom de rambursare). Dobânda percepută acoperă pentru creditor *lucrum cessans*, astfel încât comisionul suplimentar de rambursare eșalonată nu se mai justifică juridic. Este ca și cum banca ar atașa o obligație de plată a unei sume (comision) pentru executarea obligației principale de plată (a ratelor de credit), suprapunând astfel două obligații de plată (cu privire la sume diferite, așadar cu obiecte diferite) pentru rambursarea aceluiași credit, aspect nejustificabil juridic. În alți termeni, este ca și cum debitorul ar avea de executat o obligație de plată (a unui comision) pentru că și-a executat obligația principală de plată (a ratelor de credit), aspect care juridic nu poate fi justificat, întrucât ar însemna ca debitorul să fie „penalizat” pentru că și-a executat la termen obligația principală de plată a ratelor. Ori de câte ori și-ar executa obligația de rambursare la termen conform contractului, debitorul ar urma să plătească o sumă suplimentară pentru a-i fi acceptată ca valabilă executarea obligației principale, ceea ce legiuitorul european, respectiv cel național au conchis că nu se poate motiva prin logica juridică uzuală.

(V) Interzicerea comisionului pentru schimbarea datei de scadență a ratelor. Din rațiuni similare celor expuse mai sus, în legătură cu executarea de către consumatorul debitor a obligației sale principale de plată a ratelor la scadență, nu poate fi perceput valabil nici comisionul pentru schimbarea scadenței ratelor. Modificarea consensuală a termenului care afectează ca modalitate obligația principală de plată a ratelor nu poate fi condiționată de plata unui comision suplimentar.

În alți termeni, banca ori creditorul profesionist în general are o opțiune clară, între a accepta modificarea scadenței ratelor sau a o refuza, iar creditorii au tot interesul în a se mula pe calendarul financiar al clienților lor, pentru ca plata ratelor să aibă loc fără dificultăți. Atunci când propune băncii un alt termen de plată lunară a ratelor, consumatorului nu i se poate percepe un comision suplimentar, întrucât debitorul nu face decât să propună o soluție viabilă temporal pentru executarea conformă a obligației sale de plată a ratelor din credit. În respectiva lună, *lucrum cessans* este deja acoperit pentru bancă prin dobânda percepută, astfel încât modificarea de comun acord a zilei până la care, în fiecare lună, consumatorul va trebui să achite rata din credit nu poate influența dobânda anuală efectivă percepută conform contractului.

(VI) Caracterul ilicit al comisionului bancar autonom pentru schimbarea garanțiilor. Pentru simpla schimbare a garanțiilor accesorii contractului principal de credit nu pot fi percepute legal comisioane bancare, creditorul putând accepta sau nu aducerea unei noi garanții în locul celei dintâi, fără însă a putea percepe un cost al acestei

operațiuni. Sunt aplicabile numai costurile percepute de alte instituții pentru înregistrarea garanțiilor, de pildă, a taxelor notariale în cazul ipotecii ori pentru evaluarea imobilului adus ca garanție. Ceea ce interzice textul legal comentat este însă perceperea unui comision autonom pentru acordul băncii / creditorului la substituirea garanțiilor, avându-se în vedere, pe de o parte, că creditorul rămâne liber să accepte sau nu subrogația garanțiilor propusă de debitor și, pe de altă parte, faptul că creditorul extrage avantaje din constituirea de garanții pentru creditul acordat prin surmontarea riscului insolabilității debitorului, astfel încât un cost autonom pentru această operațiune nu se justifică. Funcționează din nou tiparul sinalagmatic: creditorul profesionist nu prestează un serviciu suplimentar prin acceptarea noii garanții, astfel încât plata unui comision în acest sens ar fi lipsită de cauză (este vorba numai de comisionul autonom de schimbare a garanției, nu și de eventualele comisioane de evaluare a imobilului, de pildă, care sunt licite).

(VII) „Lista neagră”. Clauze reputate a fi abuzive. Reprimarea clauzelor abuzive reprezintă unul din pilonii elementari pe care a fost construit Dreptul consumului¹

În general, pot fi disjuncte două tipuri de clauze abuzive: **clauze cu potențial abuziv**, care pot fi numite și „clauze relative”, al căror caracter abuziv se va verifica sau nu în funcție de contrabalansarea drepturilor profesionistului cu drepturi similare acordate consumatorului și pe care le putem considera incluse pe o „listă gri” cu potențial nociv (a), respectiv **clauze absolut abuzive** sau al căror caracter este invariabil abuziv, întrucât nu poate fi „edulcorat” prin niciun fel de prerogative atribuite consumatorului, clauze incluse pe o „listă neagră”, simpla prezență a clauzei în textul unui contract încheiat cu consumatorii fiind suficientă pentru aplicarea automată a sancțiunii legale (b).

În ceea ce privește **reverberațiile juridice ale absenței negocierii**, se impun mai întâi unele precizări referitoare la sfera contractelor în cadrul cărora putem vorbi despre clauze bancare abuzive. Reamintim astfel că este vorba despre **contractele de adeziune**, în accepțiunea de contracte ale căror clauze reprezintă rodul voinței unilaterale a uneia din părți (a profesionistului bancar), cealaltă parte (consumatorul) neavând posibilitatea de a le discuta ori negocia, ci numai pe aceea de a adera sau nu la setul global de norme private în cauză. Contractele de credit încheiate cu consumatorii reprezintă în principiu contracte de adeziune, profesionistul fiind autorul ofertei adresate consumatorului, ultimul putând doar să opteze – dacă dorește încheierea contractului – pentru acceptarea uneia sau alteia dintre ofertele astfel formulate. Este vorba despre uzul unor modele (tipare) contractuale construite pe suportul *condițiilor generale de contractare* practicate de către profesionistul bancar în cauză, reproduse de regulă în fiecare dintre contractele individuale încheiate cu consumatorii.

Proba negocierii directe a clauzelor incumbă profesioniștilor. Art. 4 alin. (2) al Legii nr. 193/2000, modificată prin Legea nr. 65/2002 și, ulterior, prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii prevede că: „o clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitatea consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de

comercianți”. Mecanismul tehnico-juridic al clauzelor abuzive nu a fost gândit, în schimb, pentru contestarea ulterioară a justetei *prețului* (în raport cu calitatea produsului), cât timp prețul a fost afișat vizibil, lizibil, în moneda națională, pentru vânzările în spațiile comerciale consumatorul asumându-și consecințele financiare ale unei achiziții netemperate ori nejustificate în raport cu trebuințele sale reale; în alți termeni, prețul fixat de către comerciant nu poate fi evaluat drept „abuziv”, fiind, în principiu, rezultatul jocului cererii și al ofertei; „evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază (...) cu calitatea de a satisface cerințele de preț” – art. 4, alin.6 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive. Pentru identitate de rațiune, consumatorul nu poate contesta cuantumul *dobânzii fixe* percepute în baza contractului de credit, cât timp aceasta i-a fost adusă la cunoștință în momentul încheierii contractului. Faptul că, pentru un produs similar, o altă bancă percepe o dobândă mai mică nu imprimă clauzei relative la dobândă un caracter abuziv, întrucât consumatorul a avut posibilitatea ca în intervalul de reflexie de 14 zile să consulte ofertele altor bănci și, eventual, să-și retragă consimțământul dat primei bănci.

În schimb, în privința *dobânzii variabile*, reprezintă o clauză potențial abuzivă clauza potrivit căreia banca își rezervă dreptul de a modifica valoarea dobânzii pe parcursul derulării efectelor contractului, fără a menționa în contractul de credit indicatorii de referință și modalitatea concretă / formula de calcul a dobânzii variabile.

În materia reprimării clauzelor abuzive, *absența negocierii* reprezintă un criteriu decisiv în evaluarea caracterului abuziv al clauzei litigioase, prin „posibilitatea consumatorului de negociere” a prevederilor contractuale înțelegându-se aici nu simplele dezbateri precontractuale care au avut rolul de a clarifica consumatorului consecințele negative ale nerespectării clauzelor contractuale, ci dezbaterile care ar fi putut genera o modificare efectivă a clauzei în sensul dorit de consumator.

Negocierea clauzei privitoare la comisionul bancar litigios nu se rezumă la semnarea acestei clauze de către consumator. De altfel, toate clauzele bancare abuzive au fost semnate și deci acceptate de către consumatori, ceea ce nu împiedică nicidecum declararea lor ulterioară ca abuzive în instanță. Negocierea clauzei se referă la implicarea activă a consumatorului în formularea clauzei, iar proba acestui rol activ jucat de consumator în conceperea clauzei incumbă profesionistului bancar. Dacă banca eșuează în dovedirea caracterului negociat al clauzei, aceasta va fi înlăturată din contract de către instanță ca fiind o clauză abuzivă, în măsura în care contrar bunei-credințe a dezechilibrat semnificativ poziția contractuală a părților.

(VIII) Comisionul autonom de acordare a creditului – ilicit. În speța de mai jos, banca pârâtă încasase atât un comision de analiză a dosarului de credit, cât și un comision autonom „de acordare a creditului”, *fără a putea explica tipul de servicii* care au justificat perceperea acestui de-al doilea comision (diferit și de comisionul de evaluare a garanțiilor imobiliare, perceput în speță).

Consumatorii reclamați au invocat caracterul ilicit al comisionului de acordare în valoare de 2%, perceput în baza contractului de credit garantat cu ipotecă. Potrivit

susținerilor băncii pârâte, în sarcina împrumutatului pot fi puse cheltuielile aferente întocmirii documentației de credit, ceea ce ar justifica perceperea comisionului de 2 % de acordare a creditului. În contractul de credit ipotecar s-a prevăzut că pentru creditul acordat banca percepe un comision de acordare de 2%, o singura dată, la valoarea creditului acordat; comisionul se achită de către client din surse proprii, în valuta creditului, în ziua semnării contractului.

Instanța a reținut că, la art. 5, art. 10 și, respectiv, art. 8 din contractele de credit încheiate între părți este enumerată aceasta documentație, însă comisioanele de acordare percepute în cele două contracte nu pot fi considerate ca făcând parte din cheltuielile aferente documentației de credit, atât datorită denumirii, cât și naturii lor, care nici una și nici alta nu fac vreo trimitere la întocmirea vreunui document necesar acordării creditului². „Pârâta susține în mod neîntemeiat că aceste comisioane de acordare a creditelor ar fi o cheltuiala a sa, aferentă întocmirii documentației de credit, reprezentând contravaloarea unui serviciu prestat de bancă, respectiv tocmai acordarea împrumutului. Susținerea nu poate fi primită în condițiile în care reclamanții clienți au plătit: taxa de analiză a dosarului, taxa de evaluare a imobilelor aduse în garanție, taxe notariale și pentru constituirea ipotecii, polițe de asigurare și au adus toate documentele solicitate de bancă, exclusiv pe cheltuiala lor.” Comisionul de acordare a creditului (altul decât cel de analiză a dosarului) a fost considerat lipsit de cauză, întrucât banca nu a prestat un serviciu suplimentar care să justifice această remunerație³.

(IX) Caracterul ilicit al „comisionului de risc”. În practica judiciară recentă, comisionul bancar de risc în contractele de credit încheiate cu consumatorii a fost considerat ilicit, iar clauza referitoare la acesta a fost sancționată ca fiind o clauză abuzivă; în motivarea hotărârii citate, instanța a reținut că, fiind incidente dispozițiile 4 alin. 1 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, cu modificările ulterioare, această clauză prevăzută a creat, contrar cerințelor buneii-credințe contractuale, un **dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților**.

Banca pârâtă a susținut în speță că un comision de risc reprezintă costul perceput de bancă și datorat de client în legătură cu administrarea riscurilor de neplată asumate de bancă prin punerea la dispoziție a creditului, întrucât pe parcursul derulării convenției există posibilitatea ca banca să sufere o pierdere ca urmare a producerii unui eveniment viitor și nesigur cum este cel legat de fluctuațiile pieței sau căderea pieței imobiliare (deprecierea garanției ipotecare).

Instanța a reținut caracterul ilicit al clauzei care nu prevede **posibilitatea restituirii sumelor încasate cu acest titlu, în cazul în care riscul de nerambursare nu se produce** iar la scadență creditul este restituit integral de către consumator.

Ca urmare a constatării caracterului abuziv al respectivei clauze, instanța a dispus restituirea către reclamanți a comisionului de risc încasat de pârâtă de la aceștia în perioada 14.10.2008 – 14.06.2010⁴.

Într-o altă speță, Tribunalul Iași, prin sentința civilă nr. 2937 din 20 decembrie 2011, a admis acțiunea formulată de reclamanții G.R. și G.L.N. în contradictoriu cu pârâta

SC V.R. SA București și a constatat *nulitatea clauzei* menționate la pct. 5 lit. a din condițiile speciale ale convenției de credit privind *comisionul de risc*, a obligat banca pârâtă la eliminarea acestor clauze din convenția de credit și restituirea către reclamant și a sumei de 8.677,21 CHF, reprezentând contravaloarea comisionului de risc achitat în perioada 19 septembrie 2008-20 iulie 2011 și dobânda legală aferentă acestei sume, calculată începând cu data de 22 iulie 2011 și până la plata efectivă a acestei sume.

Pentru a pronunța hotărârea, instanța de fond a constatat că art. 5 lit. a din condițiile speciale ale convenției de credit stabilește valoarea de „0,26%” aplicat la soldul creditului, credit plătit lunar, în zile de scadență, pe toată perioada de derulare a prezentei convenții de credit, clauză care nu a fost negociată direct cu reclamantii, deoarece face parte dintr-un contract standard, preformat, utilizat de banca pârâtă. Perceperea comisionului de risc este prevăzută pe toată durata convenției de credit, iar cuantumul comisionului este unul ridicat.

Tribunalul a reținut că, față de valoarea comisionului de risc pe toată perioada convenției, perceperea acestuia rămâne *nejustificată obiectiv*, având în vedere că **nu reprezintă costul unui anume serviciu prestat de banca pârâtă**, în contextul în care banca pârâtă și-a luat măsuri suplimentare de a preîntâmpina riscul neplătii ratelor, prin instituirea unei *garanții reale* asupra imobilelor aflate în proprietatea reclamantilor indicate la pct. 7 din condițiile speciale de creditare.

Împotriva hotărârii Tribunalului Iași a declarat apel banca pârâtă SC V.R. SA București formulând următoarele critici:

(a) actul juridic fiind cu executare succesivă, prin aplicarea greșită a legii instanța a dispus restituirea sumelor plătite cu titlu de comision de risc până la anularea clauzei care se stipulează;

(b) ignorarea probatorului administrat și anume a interogatorului, fiind dovedit că reclamantii sunt cunoscători ai instrumentelor de credit, că au prospectat piața și s-au prezentat la mai multe unități bancare pentru a consulta ofertele;

(c) clientul nu face dovada unor vicii de consimțământ și nici a unei cauze de nulitate care să fie contemporană cu încheierea convenției; O.U.G. nr. 50/2010, act normativ ulterior semnării contractului, nu se aplică contractelor în derulare, în dezvoltarea motivelor de recurs sunt redată și analizele dispozițiilor art. 989 C. civ.; se susține că riscul a fost anticipat de părți și se arată că judecătorul nu poate interveni decât în cauze excepționale.

(d) apelanta a mai susținut că aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește definirea obiectului contractului, justetea prețului sau a remunerației față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, clauzele fiind exprimate în mod clar și inteligibil și însușite de consumator și că, deci, mecanismul de reprimare a clauzelor abuzive nu se poate aplica clauzelor referitoare la preț / costuri, iar consumatorii nu pot invoca caracterul abuziv al clauzei pentru a obține o reducere a prețului produselor / serviciilor.

Împotriva aceleiași sentințe au declarat apel și reclamantii G.L.N. și G.R. formulând critici cu privire la admiterea în parte a acțiunii și faptului că se impunea obligarea pârâtei la restituirea tuturor sumelor achitate, și de la introducerea acțiunii până

la data comunicării sentinței, pentru a se preîntâmpina un alt litigiu. Obligația de plată este cu executare succesivă în timp, lunar, ce se majorează până la comunicarea hotărârii, urmare constatării caracterului abuziv al clauzei. Într-o altă critică se susține că tribunalul trebuia să se pronunțe asupra *menținerii contractului cu eliminarea clauzei abuzive, întrucât se poate derula în continuare.*

Curtea de Apel Iași, secția civilă, prin decizia nr. 87 din 6 iunie 2012 a respins apelul pârâtei SC V.R. SA și a admis apelul declarat de G.R. și G.L.N., a modificat în parte sentința apelată în sensul că, în temeiul art. 6 din Legea nr. 193/2000, *a dispus derularea convenției de credit din 19 septembrie 2008 în continuare, cu excepția clauzelor pentru care s-a constatat nulitatea* și a menținut celelalte dispoziții ale sentinței.

În fundamentarea acestei decizii instanța de control judiciar a reținut, în esență, că reclamantii, ca motiv de nulitate, **nu au invocat vicii de consimțământ** ca o condiție de validitate a actului juridic conform dreptului comun, a C. civ. de la 1864 (art. 948), ci încălcarea dispozițiilor legii speciale ce definesc clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, calitate pe care o au părțile în proces, așa cum este definită prin art. 2 din Legea nr. 193/2000 și lista anexă cuprinzând clauzele considerate a fi abuzive, reclamantii având numai obligația de a dovedi îndeplinirea condițiilor impuse de legea specială, pentru constatarea caracterului abuziv al clauzei.

Curtea de Apel Iași a avut în vedere și faptul că acest „comision de risc” a fost impus fără să se arate în funcție de ce indicatori obiectivi a fost stabilit și când se produce așa-zisul „risc” ori în ce constă acesta. Deși existau garanții imobiliare, contractul nu prevede motivul pentru care comisionul de risc perceput este nerambursabil la finalul creditului în situația reproducerii riscului, după cum nu se prevede dacă se poate restitui și în ce situații⁵. Instanța a reținut astfel că, prin modul în care a fost formulat și perceput comisionul de risc, fără nici o posibilitate de negociere, s-a urmărit perceperea sub altă formă a unui nou comision, cu același efect ca și dobânda deja percepută conform contractului.

În apelul declarat de reclamantii Curtea a reținut ca întemeiată critica în ce privește derularea contractului în raport de art. 8 din Legea nr. 193/2000 conform căruia clauzele abuzive cuprinse în contract nu vor mai produce efecte asupra consumatorului „iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua”.

Împotriva acestei decizii a declarat recurs pârâta SC V.R. SA, argumentând că, potrivit art. 4 alin. (5) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu poate fi asociată cu noțiunile de preț și plată, iar conform Directivei nr. 93/13/CEE, caracterul abuziv nu privește caracterul adecvat al prețului în măsura în care clauzele sunt exprimate clar și inteligibil. Recurenta a susținut că riscul de credit este asumat în urma analizei economico-financiară a solicitantului de credit și a solidității garanțiilor reale sau personale pe care acesta le propune ca accesoriu al creanței principale, aflându-se totodată în strânsă corelație cu riscul de diminuare a valorii creanțelor, riscul contrapartidei, riscul de poziție, riscul de decontare / livrare, riscul valutar, riscul de marfa, riscul reputațional și riscul operațional, astfel cum sunt acestea reglementate de dispozițiile art.

26 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului. Comisionul de risc nu ar fi un echivalent al garanției reale imobiliare-ipotecă, comisionul de risc fiind perceput pentru gestionarea și a altor riscuri decât riscul de neplată, și anume: riscul de neexecutare a garanției, riscul de urmărire a garanției, riscul de depreciere / pieire a garanției, de neîncasare a valorii asigurării și orice alte riscuri care exista în legătură cu un credit acordat.

Înalta Curte de Casație și Justiție, examinând decizia recurată din perspectiva criticilor de nelegalitate formulate, a constatat că recursul băncii este nefondat, pentru următoarele argumente:

(1) Textul art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000 nu exclude *ab initio* controlul unui eventual caracter abuziv al clauzelor referitoare la obiectul principal al contractelor prin raportare la preț ca parte a obiectului contractului, în condițiile în care acea clauză care le determină este clară, neechivocă și exprimată într-un limbaj inteligibil, același text prevăzând posibilitatea exercitării unui asemenea control, cu titlu de excepție, în situația în care clauzele respective nu sunt exprimate în mod clar și inteligibil;

(2) Din acest punct de vedere, se constată că instanța de control judiciar a realizat, în mod judicios, distincția între clauzele ce nu pot forma obiect al controlului judecătoresc și cele supuse acestui control, apreciind în mod corect că, în condițiile în care clauza privitoare la **comisionul de risc nu este exprimată în mod clar, lăsând loc la echivoc** ori este folosit un limbaj neinteligibil poate fi supusă analizării din perspectiva unui eventual caracter abuziv;

(3) Sintagma „exprimate într-un limbaj ușor inteligibil” folosită de legiuitorul național cât și cea folosită în norma comunitară are în vedere situația în care clauza este clar definită astfel încât consumatorul să aibă reprezentarea clară a rațiunilor și fundamentelor relative la conținutul clauzelor și efectelor acestora asupra contractului în ansamblu.

(4) Sub acest aspect, deși așa-zisul comision de risc, face parte din costul total al contractului, clauza ce reglementează perceperea acestuia poate fi analizată pentru argumentele arătate, în condițiile în care ea nu este exprimată în mod clar și inteligibil, lăsând loc la echivoc. „Astfel, în clauza a cărei nulitate s-a solicitat, se stabilește la valoarea de „0,28%” a comisionului de risc aplicat la soldul creditului, lunar, pe toată perioada de derulare a convenției, după ce în condițiile generale este prevăzut dreptul băncii de a percepe un comision de risc pentru punerea la dispoziție a creditului, situația fiind aceeași și în cazul clauzei reglementate în convenția de credit unde se prevede că pentru acordarea a creditului se percepe dobânda curentă, ceea ce induce ideea perceperei a două costuri pentru același serviciu al băncii, fără ca distinctiv dintre acestea să fie exprimată în mod clar.”

Or, după cum se arată în motivarea instanței de recurs, „scindarea prețului în aceste componente poate duce la ideea că, pentru aceeași prestație s-au avut în vedere rațiuni diferite de percepere a acestora, fundamentul perceperei acestora nefiind cunoscut într-o manieră neechivocă consumatorului, la momentul perfectării convenției de credit, astfel că față de caracterul neclar și echivoc al clauzei în discuție, aceasta poate fi supusă analizei din perspectiva caracterului abuziv.”⁶

(X) Concluzii. În economia clauzelor bancare abuzive, sunt determinante lipsa negocierii directe a stipulației contractuale în cauză, încălcarea bunei-credințe de către profesionistul bancar și existența unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Legiuitorul a definit clauza abuzivă pe suportul oferit de două elemente – unul subiectiv și celălalt obiectiv – învederate simultan: (a) *condițiile subiective* în care intervine respectivul abuz de putere economică, practicat cu rea-credință de către profesionistul bancar; (b) *efectele obiective, economice* ale clauzei – dezechilibrul semnificativ, disproportionat între prestațiile reciproce ale părților și, deci, procurarea unui avantaj excesiv pentru profesionist, în detrimentul consumatorului, prin perceperea comisionului bancar ilicit. Reprezintă exemple vizibile de comisioane de creditare ilicite comisionul bancar de risc, comisionul pentru schimbarea datei de scadență a ratelor, comisionul de retragere din cont a sumelor împrumutate, comisionul de analiză a dosarului în situația neacordării creditului, ca și comisionul de depunere numerar pentru plata ratelor de credit. Negocierea clauzei privitoare la comisionul bancar litigios nu se rezumă la simpla semnare a acestei clauze de către consumator. Negocierea clauzei se referă, dimpotrivă, la implicarea activă a consumatorului în formularea clauzei, iar proba acestui rol activ jucat de consumator în conceperea clauzei incumbă profesionistului bancar. Dacă banca eșuează în dovedirea caracterului negociat al clauzei, prevederea contractuală abuzivă nu va produce efecte contra consumatorului. De remarcat că, într-un litigiu concret având ca obiect un comision bancar ilicit, instanța de judecată poate condamna banca la înlăturarea respectivei clauze din toate contractele similare încheiate de bancă cu clienții săi, inclusiv pentru consumatorii care nu sunt reclamânți în proces, respectiv la înlăturarea clauzei din tiparele contractuale (ofertele) propuse de către bancă potențialilor consumatori.

* Lector dr., Facultatea de Drept, ubb Cluj-Napoca; juanitag@law.ubbcluj.ro.

¹ A se consulta pentru detalii *J. Calais-Auloy, Fr. Steinmetz, Droit de la consommation, 5e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 185-208*; *Y. Picod, H. Davo, Droit de la consommation, Ed. Armand Colin, Paris, 2005, p. 139-156*; *S. Piedelièvre, Droit de la consommation, Economica, Paris, 2008, p. 342-368*; *T. Vignal, Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé, în Mélanges M. Cabrillac, Ed. Litec, Paris, 1999, p. 545 și urm.*; *F. Capriglione, Operazioni bancarie e tipologia contrattuale, în Rivista di diritto civile nr. 1/2006, Dottrina, p. 26-54*; *M. Aden, Comentariu (Acțiunea în despăgubiri a clienților pentru consiliere eronată din partea agenților băncii), Conferința internațională „Probleme actuale în domeniul juridic bancar”, în volumul Probleme actuale în dreptul bancar / Current Issues in Banking Law, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008*. *C.D. Enache, Clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori, Ed. Hamangiu, București, 2012.*

² Este, în schimb, licită perceperea unui *comision de administrare credit sau comision de administrare cont curent*; comisionul de administrare se percepe, potrivit dispozițiilor legale comentate, pentru monitorizarea / înregistrarea / efectuarea de operațiuni de către creditor în scopul utilizării / rambursării creditului acordat consumatorului. În cazul în care acest comision se calculează ca procent, acesta va fi aplicat la soldul curent al creditului. Comisionul de administrare a creditului corespunde unor servicii de administrare prestate de creditor în dublu scop: (i) utilizarea, mai întâi, a creditului, de către consumator; (ii) rambursarea creditului. Conform dispozițiilor O.U.G. nr. 50/2010, este interzisă majorarea comisionului de administrare a creditului pe parcursul derulării raporturilor

contractuale (cu excepția contractelor de cont curent, al căror specific permite reajustarea costului efectiv de administrare), pentru acest final banca având la dispoziție dobânda variabilă (în măsura în care în contract au fost stipulate condiții clare și neechivoce de recalculare a dobânzii variabile în funcție de indici de referință obiectivi, prestabiliți).

³ Decizie citată după <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-1-2012>, adresă consultată la 06.02.2014.

⁴ Soluție citată după <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-116-2012>, adresă consultată la 06.02.2014.

⁵ Limitele legale aplicabile *compensației pentru rambursare anticipată* sunt trasate prin art. 67-69 din O.U.G. nr. 50/2010, din care rezultă trei astfel de rigori: (i) compensația poate fi percepută numai în cazul perioadelor de creditare cu *dobândă fixă*, nu și în cazul dobânzii variabile care permite creditorului să amortizeze în fiecare moment costurile creditării; după cum se exprimă legiuitorul în paragraful (1) al art. 67, „În cazul rambursării anticipate a creditului, creditorul este îndreptățit la o compensație echitabilă și justificată în mod obiectiv pentru eventualele costuri legate direct de rambursarea anticipată a creditului cu condiția ca rambursarea anticipată să intervină într-o perioadă în care rata dobânzii aferente creditului este fixă”; (ii) cuantumul compensației de rambursare anticipată nu poate depăși: *1% din valoarea creditului rambursat anticipat*, dacă perioada de timp dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit este mai mare de un an; respectiv *0,5% din valoarea creditului rambursat anticipat*, dacă perioada de timp dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit nu este mai mare de un an; (iii) orice compensație nu poate depăși *cuantumul dobânzii* pe care consumatorul ar fi plătit-o în perioada dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit.

⁶ Î.C.C.J., secț. a II-a civ., dec. nr. 1768/2013, www.scj.ro, adresă consultată la data de 18 febr. 2014.

ARTICOLE

OBSERVAȚII CU PRIVIRE LA REGLEMENTAREA DIFERENȚEI DE SEX - CONDIȚIE DE FOND POZITIVĂ LA CĂSĂTORIE ÎN LEGISLAȚIA REPUBLICII MOLDOVA

Veaceslav PÎNZARI*

Résumé: *Sur la manière dont la différence de sexe – condition de fond positive au mariage – est réglementée en République de Moldavie. La différence entre les sexes est une condition de fond essentielle et naturelle au mariage, l'achèvement de cet acte juridique avec le non respect de ladite condition entraînera la nullité de cette manifestation de volonté.*

Ce n'est que par l'exercice du droit fondamental de se marier, un homme et une femme peuvent acquérir la qualité de «conjoints» et le mariage, comme effet principal, conduit à fonder une famille.

Étant considéré comme «l'élément naturel et fondamental de la société», la famille ne peut pas être engagée par un mariage conclu entre deux personnes ayant le même sexe. Comme soutiennent certains auteurs, le mariage entre personnes du même sexe, étant contre le naturel, ne forme pas la famille comme élément naturel et fondamental de la société, un tel mariage ne peut pas faire apparaître une famille naturelle.

Mots-clés: *conditions de fond, la différence entre les sexes, transsexualisme, changement de sexe.*

Statutul legal de persoană căsătorită se dobândește ca efect al încheierii actului juridic al căsătoriei. Acest act juridic este cel, prin mijlocirea căruia viitorii soți se supun prin libera lor voință, statutului legal al căsătoriei și acesta nu poate fi încheiat decât de persoanele, care au aptitudinea fizică și morală de a întemeia o familie, capabilă să-și îndeplinească funcțiile sociale.

Încheierea actului juridic al căsătoriei, prin care se dă naștere unei familii, presupune îndeplinirea unor condiții de fond și de formă, precum și lipsa impedimentelor pentru încheierea acesteia, astfel fiind obținută și recunoașterea socială a căsătoriei.

Îndeplinirea condițiilor de fond trebuie dovedită de către viitorii soți, iar lipsa piedicilor nu trebuie demonstrată, este suficient ca aceștia să declare că ele nu există.

Legislația familială a Republicii Moldova reglementează expres următoarele condiții de fond la căsătorie:

- *diferența de sex;*
- *vârsta matrimonială;*

- *consimțământul la căsătorie;*
- *comunicarea reciprocă a stării sănătății de către viitorii soți.*

În cele ce urmează, vom încerca să efectuăm o analiză succintă a uneia dintre condițiile de fond, esențială și generală la căsătorie, și anume, *diferența de sex* între viitorii soți. Această analiză se impune deoarece, în ultimii ani au intervenit mai multe schimbări în această materie, inclusiv la nivel legislativ, mai multe țări recunoscând căsătoriile sau parteneriatele între persoanele de același sex, anumite schimbări în actele legale intervenind și în Republica Moldova.

Astfel, având în vedere mai mulți factori, inclusiv realitățile sociale sau tradițiile creștine ale poporului nostru în domeniul relațiilor de căsătorie și familie, legislația Republicii Moldova stabilește că o căsătorie se poate încheia doar între persoane de sex diferit, adică între un bărbat și o femeie. Această condiție este menționată expres în art.48 alin.2 din Constituție, art.2 alin.3 și art.11 alin.1 C.fam. În același timp, art.15 alin.1 lit.h) C.fam. prevede expres că, se interzice încheierea căsătoriei între persoanele de același sex¹.

Dispozițiile Constituției și ale Codului familiei sunt în conformitate cu cele ale art.16 a Declarației Universale a Drepturilor Omului² și cele ale art.12 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului³ care, de asemenea, stabilesc că „*odată cu atingerea vârstei legale, bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie*”, iar familia este considerată „*elementul natural și fundamental al societății*”.

Din aceste dispoziții legale am putea deduce că la căsătorie, diferența de sex reprezintă o condiție de fond esențială și naturală. Încheierea actului juridic al căsătoriei cu nerespectarea condiției date va duce la nulitatea absolută a respectivei manifestări de voință.

Din textele legale citate mai sus putem deduce că numai prin exercitarea dreptului fundamental la căsătorie bărbatul și femeia pot dobândi calitatea de „*soți*”, iar încheierea căsătoriei, ca efect principal, duce la întemeierea unei familii. Fiind considerată „*elementul natural și fundamental al societății*”, familia nu poate lua naștere printr-o căsătorie încheiată între persoane de același sex. Cum susțin unii autori, căsătoria între persoane de același sex, fiind împotriva firescului, nu dă naștere familiei ca element natural și fundamental al societății, o asemenea căsătorie nu poate determina apariția unei familii firești⁴.

Este adevărat că jurisprudența C.E.D.O. în acest domeniu a evoluat semnificativ în ultimii ani⁵. Astfel, Curtea a reținut că din prevederile art.12 ale Convenției nu rezulta dreptul persoanelor de același sex de a încheia o căsătorie, iar statele membre nu sunt obligate să reglementeze căsătoriile homosexualilor. În același timp, Curtea stabilește că uniunile persoanelor de sex diferit sau de același sex, beneficiază de protecția art.8⁶ și art.14⁷ din Convenție. În aceste condiții, statele sunt obligate să ofere recunoaștere și protecție vieții de familie care are la bază atât căsătoria, adică familia tradițională, cât și relațiilor de familie *de facto*, care nu au la bază căsătoria, inclusiv uniunilor formate din persoane de același sex.

Constatăm că actele internaționale, consacra dreptul la căsătorie și dreptul de a întemeia o familie ca două drepturi fundamentale distincte. Astfel, dreptul de a încheia o căsătorie implică întotdeauna dreptul de a întemeia o familie, chiar dacă soții nu au copii, iar dreptul de a întemeia o familie nu este condiționat de dreptul la căsătorie, ci – mai curând – de dreptul de a avea copii, deci de a procrea, precum și de dreptul de a adopta copii⁸.

În Europa dar și în alte părți ale lumii, în ultimele decenii, familia tradițională care are la bază căsătoria bărbatului cu femeia a cunoscut transformări spectaculoase, astfel, începând cu anul 1989, când Danemarca a dat posibilitate persoanelor de același sex să-și înregistreze parteneriatele, rând pe rând mai multe state au recunoscut și reglementat căsătoriile sau parteneriatele între persoanele de același sex. În prezent, căsătoriile între persoanele de același sex sunt reglementate în Olanda, Belgia, Spania, Norvegia, Suedia, Portugalia, Islanda, Massachusetts (SUA), Canada, Africa de Sud, Argentina etc. Există țări, cum ar fi, de exemplu Danemarca, Germania, Anglia, Țara Galilor, Franța, Belgia, Elveția, Ungaria, Finlanda, Norvegia, Luxemburg, Republica Cehă, Elveția etc.⁹ în care legislația reglementează anumite forme de parteneriat înregistrat între persoane de sex diferit sau de același sex, având anumite asemănări dar și deosebiri cu căsătoria.

Diferența de sex, în practică, poate interesa în cazul persoanelor al căror sex nu este suficient determinat, prezentând caracterele ambelor sexe (hermafrodiți). Dacă se stabilește că nu există deosebire de sex, căsătoria cu o asemenea persoană nu se poate încheia. Persoana al cărei sex nu este suficient determinat poate cere stabilirea sexului pe cale medicală.

Mai nou, în unele țări precum Australia sau Germania, prin lege este îngăduit ca părinții să lase necompletată în certificatul de naștere rubrica referitoare la identitatea sexuală a copilului. În actele de identitate ale acestor persoane la rubrica „sexul” urmând să fie indicată următoarea inscripție „X - sex neterminat”.

La căsătorie, sexul fiecăruia dintre viitorii soți se stabilește de către delegatul de stare civilă pe baza mențiunilor în actele de identitate ale acestora, adică a certificatului de naștere sau a buletinului de identitate, care au o rubrică specială în acest sens, anexate la declarația de căsătorie.

O problemă aparte în materia diferenței de sex la căsătorie o reprezintă *transsexualismul*¹⁰.

După cum este cunoscut, la naștere se întocmește un act constatator în care, pe lângă alte date se indică și sexul nou-născutului. Sexul este indicat în registrele de stare civilă și trecut în actul de naștere a persoanei, și, de regulă, rămâne același și neschimbat toată viața.

Apartenența la un anumit sex este o problemă complexă, care cuprinde nu numai aspecte de ordin anatomic și genetic, ci și elemente de ordin psihologic. Nu sunt rare situațiile când între aceste elemente nu există concordanță, astfel că din punct de vedere anatomic și genetic o persoană aparține unui sex, iar din punct de vedere psihologic, celuilalt. Am putea asista la dorința schimbării de către persoană a anatomiei sexuale în conformitate cu cea a sexului căruia consideră că-i aparține din punct de vedere psihologic¹¹. În literatura de specialitate aceste persoane au fost denumite *transsexuali*.

Transsexualismul, denumit și „metamorfoză sexuală paranoică”¹², este o tulburare de identitate a individului care se caracterizează prin manifestarea dorinței de apartenență la sexul opus anatomic, adică, persoana este convinsă că aparține sexului opus. Pentru ca subiectul aflat în atare situație să-și dobândească armonia fizică și psihică și pentru a

stinge acest conflict dintre sexul fizic și cel psihic, este nevoie de o intervenție medicală. Urmare a acestei intervenții apar și o serie de consecințe juridice, astfel că va fi necesară o schimbare a identității civile a subiectului, modificare care urmează a fi înregistrată în actele de stare civilă.

Schimbarea sexului persoanei în actele de stare civilă cu toate consecințele ce decurg din acest fapt nu cunoaște o procedură specială în legislația Republicii Moldova, lucru care ridică anumite probleme de ordin practic. Modificările care intervin în actele de stare civilă legate de schimbarea sexului persoanei se realizează în conformitate cu dispozițiile art.66 alin.2 lit.c) al Legii privind actele de stare civilă¹³ și cu dispozițiile cuprinse în punctul 204 al Instrucțiunii cu privire la modul de înregistrare a actelor de stare civilă¹⁴.

Astfel, art.66 alin.2 lit.c) al Legii prevede: „Oficiul stare civilă soluționează cererea privind modificarea, rectificarea sau completarea actului de stare civilă, dacă nu există litigii între persoanele interesate, în cazurile când: c) solicitantul rectificării prezintă un act oficial cu privire la schimbarea sexului său”.

În Republica Moldova, corecția sexului în acte este posibilă în baza diagnosticului „*transsexualism (formă nucleară)*” stabilit de către o instituție medicală după o examinare psihiatrică profundă și detaliată¹⁵ care eliberează un certificat de schimbare a sexului *fără necesitatea intervențiilor chirurgicale*, iar schimbarea sexului apare ca rezultat al tratamentului hormonal la care sunt supuse aceste persoane.

Din punctul nostru de vedere, este o abordare ușor eronată a acestei situații de către instanțele judecătorești din Moldova, or, din frica de a nu intra „*în gura*” presei și a ONG-urilor care apără interesele minorităților sexuale, acestea s-au grăbit să încuviințeze schimbarea sexului unor persoane doar în acte, în lipsa unei intervenții chirurgicale care să le schimbe și sexul anatomic.

În speță, Curtea de Apel Chișinău a emis o hotărâre prin care a permis persoanelor transgen să-și modifice certificatul de naștere, în care să se indice sexul dorit de acestea¹⁶. Tot în materia dată, Curtea Supremă de Justiție a Republicii Moldova a elaborat Recomandarea nr.16 „Privind procedura de examinare a cererilor ce țin de rectificarea actelor stării civile ca urmare a schimbării sexului”¹⁷, prin care recomandă instanțelor judecătorești, în caz de refuz, să oblige organele de stare civilă să admită cererile de schimbare a sexului în certificatul de naștere a solicitantului, ca urmare a stabilirii acestui fapt, adică a schimbării sexului, în baza concluziilor medicale.

Nu putem împărtăși acest punct de vedere deoarece considerăm că, în atare cazuri, ar fi obligatorie și schimbarea pe cale chirurgicală a sexului individului, după cum prevede legislația altor țări¹⁸, iar argumentele gen „*că e vorba de o procedură costisitoare, necesitând o perioadă îndelungată de reabilitare și că nu toate tipurile de operații chirurgicale sunt accesibile pe teritoriul Republicii Moldova*” nu sunt pertinente, în opinia noastră. În Republica Moldova, de exemplu, nu există posibilitatea efectuării multor tipuri de operații de transplant de organe sau țesuturi, dar aceasta nu împiedică invitarea medicilor transplantologi din străinătate pentru a efectua aceste intervenții în țară, împreună cu specialiștii din Moldova, chiar dacă persoanele supuse intervențiilor date suportă riscuri și

costuri deosebit de mari. De asemenea, în anumite situații, cetățenii moldoveni se deplasează peste hotare pentru a fi supuși unor intervenții chirurgicale complicate care nu pot fi efectuate, deocamdată, de către specialiștii moldoveni în instituțiile medicale din țară.

Schimbarea sexului doar în actele de stare civilă fără schimbarea anatomiei sexuale vine în disonanță cu reglementările similare în materie din majoritatea țărilor europene¹⁹, unde pentru a obține schimbarea sexului în actele de stare civilă trebuie să se pronunțe o instanță de judecată după ce individul suportă o intervenție chirurgicală.

Constatăm, deci, că în majoritatea țărilor care reglementează această procedură, decizia de schimbare a sexului se ia de către o instanță de judecată.

În Republica Moldova, o asemenea decizie se ia de către o instituție medicală care stabilește diagnoza „*transsexualism nuclear*” și atestă schimbarea sexului individului ca rezultat al tratamentului nuclear. Persoanelor cărora le-a fost pusă această diagnoză li se eliberează „*documente oficiale privind diagnoza transsexualismului nuclear și schimbarea sexului, ca rezultat al tratamentului nuclear*” pentru a fi prezentate Oficiului Stării Civile competent, care urmează să facă „*modificarea, rectificarea sau completarea actului de stare civilă, dacă nu există litigii între persoanele interesate*”²⁰.

Magistrații CSJ consideră că este vorba despre „*modificarea, rectificarea sau completarea actului de stare civilă*” ca urmare a unui fapt care deja a avut loc. Adică prin „*prezentarea actului oficial cu privire la schimbarea sexului său*”, pentru rectificarea numelui și/sau a prenumelui în legătură cu schimbarea sexului, se are în vedere prezentarea actului de stare civilă (extrasului) sau a certificatului de naștere care deja confirmă schimbarea sexului²¹. Însă, dacă interpretăm în acest sens dispozițiile art.62 alin.2 din Lege, nu este clar cum persoana care dorește modificarea stării civile a obținut „*actul de stare civilă (extrasul) sau certificatul de naștere ce confirmă schimbarea sexului*”, or norme legale care ar reglementa această procedură nu există. De aici și concluzia că, instituția medicală care stabilește diagnoza „*transsexualism nuclear*” și atestă schimbarea sexului individului ca rezultat al tratamentului nuclear este cea care decide acest lucru. Oficiile de Stare Civilă nu le rămâne decât să efectueze modificările în actele de stare civilă (certificatul de naștere) cu privire la schimbarea sexului și a prenumelui solicitantului, iar în caz de refuz, solicitanții au dreptul să se adreseze instanțelor de judecată pentru a contesta în instanța de contencios administrativ decizia autorității date.

Constatăm, de asemenea, că în art.66 alin.2 lit.c) din Lege eronat se utilizează termenul „*rectificare*” a actelor de stare civilă, or, în această situație, suntem în prezența „*modificării*” acestora²². Rectificarea actelor de stare civilă are loc în situațiile în care în acestea se atestă inexactități, rubrici necompletate, abrevieri sau greșeli ortografice, lipsa unor date sau, la întocmirea actului de stare civilă, au fost neglijate regulile stabilite pentru înregistrarea actelor respective. În situația dată, prin schimbarea sexului apare, practic, o altă persoană și nu este vorba de rectificarea unei erori, ci de modificarea actelor de stare civilă.

Întrebările care se ridică în continuare în legătură cu transsexualii care au obținut schimbarea sexului doar în actele de stare civilă, în conformitate cu legislația Republicii Moldova, sunt următoarele:

- va fi valabilă căsătoria încheiată de persoana care își schimbă sexul în acte, fără ca să-și schimbe și sexul anatomic printr-o intervenție chirurgicală, cu o persoană de alt sex?
- poate încheia o căsătorie persoana care își schimbă sexul în acte, fără ca să-și schimbe și sexul anatomic printr-o intervenție chirurgicală, cu o persoană de același sex?
- se încalcă sau nu condiția diferenței de sex la căsătorie în situațiile arătate mai sus?
- dacă peste o perioadă de timp cel care și-a schimbat sexul în acte se răzgândește, poate să-și schimbe sexul înapoi?
- ce se întâmplă cu căsătoria acestei persoane în cazul în care își schimbă sexul înapoi?

Din punct de vedere al dreptului, este valabilă căsătoria transsexualului cu o persoană având sexul corespunzător anatomiei, iar nu imaginației sale²³.

În opinia noastră, pentru ca un transsexual să-și poată schimba sexul în actele de stare civilă, este obligatorie schimbarea acestuia printr-o intervenție chirurgicală. Altfel, dacă acesta dorește să încheie o căsătorie, vom fi în situația căsătoriei între persoane de același sex, lucru interzis expres prin dispozițiile Constituției și cele ale Codului familiei.

Cum susțin autorii în domeniu, transsexualul care și-a schimbat sexul prin intervenție chirurgicală și schimbarea de sex a fost înregistrată în actele de stare civilă, se poate căsători cu o persoană care are sexul său de origine, trebuind să-i comunice viitorului soț această împrejurare, sub sancțiunea anulabilității căsătoriei date pentru motiv de viciere a consimțământului prin dol²⁴.

Dacă se schimbă sexul unei persoane deja căsătorite, trebuie văzut, în primul rând, dacă la încheierea căsătoriei aceasta nu era o persoană al cărei sex nu era suficient diferențiat (hermafrodit). În caz de răspuns afirmativ, este vorba de nulitatea absolută a actului respectiv.

În cazul în care se schimbă sexul unuia dintre soți în timpul căsătoriei și nu poate interveni sancțiunea nulității, aceasta devine *caducă*, în opinia unor autori, sau *încetează* la data înregistrării schimbării sexului unuia dintre soți, opinie susținută de către alți autori²⁵.

Încheierea actului juridic al căsătoriei cu nerespectarea condiției diferenței de sex între viitorii soți va duce, la nulitatea absolută a respectivei manifestări de voință, nulitate care nu poate fi acoperită, în conformitate cu legislația Republicii Moldova.

* Conf.dr. la Universitatea de Stat „Alec Russo” din Bălți, R.Moldova; vpinzari@gmail.com.

¹ În vechiul Cod al căsătoriei și familiei legiuitorul considera această condiție atât de evidentă, încât nici nu o menționa expres, dar, din dispozițiile Codului rezulta că, se poate încheia căsătoria numai între persoanele de sex diferit, **Pînzari, V. DREPTUL FAMILIEI** (note de curs), Editura PUB, Bălți, 2000, p.26.

² Art.16 al DUDO prevede: „Cu începere de la împlinirea vârstei legale, bărbatul și femeia, fără nici o restricție în ce privește rasa, naționalitatea sau religia, au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie. Ei au drepturi egale la contractarea căsătoriei, în decursul căsătoriei și la desfacerea ei. Căsătoria nu poate fi încheiată decât cu consimțământul liber și deplin al viitorilor soți. Familia constituie elementul natural și fundamental al societății și are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului”.

- ³ Art.12 CEDO intitulat „Dreptul la căsătorie” prevede: „Începând cu vârsta stabilită prin lege, bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie conform legislației naționale ce reglementează exercitarea acestui drept”.
- ⁴ **Bodoașcă, T.** STUDII DE DREPTUL FAMILIEI, Editura C.H.Beck, București, 2007, p.15-20.
- ⁵ *A se vedea, în acest sens: Nicolescu, C.* JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI CU PRIVIRE LA TITULARII ȘI LIMITELE DREPTULUI LA CĂSĂTORIE ȘI LA ÎNTEMEIEREA UNEI FAMILII. În: Dreptul nr.4/2009, p.108 și urm.
- ⁶ Art.8 CEDO intitulat „Dreptul la respectarea vieții private și de familie” prevede: „1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale.
2. Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acesta este prevăzut de lege și constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora”.
- ⁷ Art.14 CEDO intitulat „Interzicerea discriminării” prevede: „Exercitarea drepturilor și libertăților recunoscute de prezenta Convenție trebuie să fie asigurată fără nici o deosebire bazată, în special, pe sex, rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenență la o minoritate națională, avere, naștere sau orice altă situație”.
- ⁸ **Avram, M.** DREPT CIVIL. FAMILIA, Editura Hamangiu, București, 2013, p.6-7;
- ⁹ De exemplu, în Franța, prin Legea nr 99-944 din 15 noiembrie 1999 (prin care s-a reglementat PACS-ul), a fost introdus în structura Codului civil art.515-8. Potrivit acestui text, concubinajul este definit ca fiind uniunea de fapt, caracterizată prin comunitate de viață având un caracter de comunitate și de stabilitate, între două persoane de sex diferit sau de același sex, care trăiesc în cuplu. Concubinajul poate să fie sau nu „oficializat” printr-un pact civil de solidaritate (PACS) sau printr-un act notarial (concubinajul notoriu). Oricum, concubinilor nu li se aplică prevederile din materia căsătoriei și nici cele din materia PACS-ului, dacă nu au încheiat un asemenea contract, **Nicolescu, C.** REGIMURI MATRIMONIALE CONVENȚIONALE ÎN SISTEMUL NOULUI COD CIVIL ROMÂN – abordare istorică, utilitaristă și comparativă, Editura Universul Juridic, București, 2012, p.467-481.
- ¹⁰ Clasificarea Internațională a Maladiilor a Organizației Mondiale a Sănătății, CIM 10/ICD 10, versiunea 2010, prevede transsexualismul la capitolul V, cod F64.0, în categoria tulburărilor identității de gen, definindu-l ca dorința de a fi acceptat ca persoană aparținând sexului opus, de regulă, însoțit de sentimentul de disconfort și nepotrivire cu sexul anatomic și dorința de a suporta o intervenție chirurgicală și tratamente hormonale pentru a face corpul să fie în concordanță cu sexul preferat [citât 30 ian. 2014]. Disponibil: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/F60-F69>
- ¹¹ **Tomescu, M.** DREPTUL FAMILIEI. PROTECȚIA COPILUII, Editura ALL Beck, București, 2005, p.23.
- ¹² **Lupșan, G.** DREPTUL FAMILIEI, Editura „Junimea”, Iași, 2001, p.26.
- ¹³ Legea privind actele de stare civilă Nr.100-XV din 26.04.2001 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, Nr.97-99 (821-829) din 17.08.2001.
- ¹⁴ Instrucțiunea cu privire la modul de înregistrare a actelor de stare civilă Nr. 4 din 21.01.2004// Monitorul Oficial al Republicii Moldova, Nr.59-61 din 15.04.2005.
- ¹⁵ În literatura medicală se apreciază că situația transsexualilor impune o abordare multidisciplinară, psihiatrică, endocrinologică, sexologică, ginecologică, andrologică, medico-legală și socială, pentru a putea califica juridic statutul lor.
- ¹⁶ Curtea de Apel Chișinău a emis în data de 24.05.2012 o hotărâre prin care permite persoanelor transgen să-și schimbe actele de identitate, și anume certificatul de naștere, în conformitate cu sexul dorit (femeie sau bărbat). Argumentele aduse de reprezentanții GENDERDOC-M în instanța

- de judecată au fost următoarele: „Intervenția chirurgicală este un pas opțional în procesul de tranziție de gen și, după cum confirmă și Ministerul Sănătății, e vorba de o procedură costisitoare, necesitând o perioadă îndelungată de reabilitare. Plus de asta, nu toate tipurile de operații chirurgicale sunt accesibile pe teritoriul Republicii Moldova [on-line], [citată 30.01.2014]. Disponibil: <http://www.lgbt.md/rom/story.php?sid=686>
- ¹⁷ Recomandarea CSJ nr. 16 Privind procedura de examinare a cererilor ce țin de rectificarea actelor stării civile ca urmare a schimbării sexului [on-line]. Chișinău, 01.11.2011, [citată 30.01.2014]. Disponibil: http://jurisprudenta.csj.md/db_rec_csj.php
- ¹⁸ *Cu privire la procedura de schimbare a sexului în diferite țări, a se vedea Ciucă, A. TRANSEXUALISMUL ÎN CONTEXTUL DREPTURILOR OMULUI.* În: Revista Română de bioetică [on-line] 2006, Vol.4 No.2 [citată 30.01.2014]. Disponibil: <http://www.bioetica.ro/index.php/arhiva-bioetica/article/view/430/610>. Astfel, Austria a admis încă din 1981 că ofițerul stării civile poate răspunde favorabil unei cereri de schimbare a statusului marital al unui transsexual, doar după ce acesta a fost supus unei intervenții chirurgicale ireversibile de schimbare a sexului. Curtea Supremă a Poloniei, după ce a admis în 1988 cererea unui transsexual, a recunoscut la 22 martie 1991 că, în urma intervenției chirurgicale, transsexualul trebuie să aibă posibilitatea de a obține modificarea stării civile. În Elveția, țară care recunoaște încă din 1988 fenomenul transsexual, schimbarea juridică de sex este admisă după efectuarea expertizei medicale și a intervenției chirurgicale. În Franța, Ordinul National al Medicilor recomandă o atenție deosebită înainte de a răspunde cererilor transsexualilor: în Buletinul său din iulie 1983, se preconiza o observație clinică efectuată de către practicienii competenți, cu respectarea unei perioade de probă de cel puțin unul sau doi ani, comportând o psihoterapie de susținere, ca și o expertiză psihiatrică și chirurgicală. Securitatea Socială asigură cheltuielile inerente diagnosticului și tratamentului. Consiliul Departamental al Ordinului Medicilor este informat de orice decizie printr-un protocol în care figurează inițialele pacientului, data intervenției chirurgicale și semnăturile a trei medici: psihiatru, chirurg și endocrinolog. În ceea ce privește modificarea de stare civilă, începând cu 11 decembrie 1992, Curtea de Casație a devenit favorabilă cererii transsexualilor. Exemplele pot continua.
- ¹⁹ *A se vedea, Ciucă, A. op.cit.*
- ²⁰ Recomandarea CSJ nr. 16 Privind procedura de examinare a cererilor ce țin de rectificarea actelor stării civile ca urmare a schimbării sexului [on-line]. Chișinău, 01.11.2011, [citată 30.01.2014]. Disponibil: http://jurisprudenta.csj.md/db_rec_csj.php
- ²¹ „Conform art. 66 alin. (2) lit. c) din Legea privind actele de stare civilă nr.100-XV din 26.04.2001, Oficiul stare civilă soluționează cererea privind modificarea, rectificarea sau completarea actului de stare civilă, dacă nu există litigii între persoanele interesate, în cazurile când solicitantul rectificării prezintă un act oficial cu privire la schimbarea sexului său.
- Punctul 204 al Instrucțiunii cu privire la modul de înregistrare a actelor de stare civilă nr. 4 din 21.01.2001 prevede că cererea de modificare, completare sau rectificare a actului de stare civilă se depune la Oficiul stare civilă de unde își are domiciliul solicitantul sau la Oficiul stare civilă care deține actul respectiv. În cazul rectificării numelui și/sau prenumelui, în legătură cu schimbarea sexului, cererea poate fi depusă și la Oficiul stare civilă pe a cărui rază se află instituția medicală care a eliberat certificatul de schimbare a sexului”, **Ibidem**.
- ²² În ipoteza unor persoane cu anumite tulburări sau care au sexul incert, sau ulterior înregistrării sexului au loc modificări importante pe planul sexualizării, adică în situația *intersexualizării* – care este o formă a tulburărilor de sexualizare – și a *transsexualizării* – care este o formă a tulburărilor de

sexualizare psihologice -, se consideră că este admisibilă acțiunea în stabilirea exactă a sexului ori acțiunea în schimbarea sexului, care sunt acțiuni de stat, nu de rectificare a înregistrării în actele de stare civilă, deoarece nu este vorba de o eroare cu privire la sexul înregistrat, modificarea sexului intervenind ulterior înregistrării, **Ciorbea, V.** „PROBLEME JURIDICE PRIVIND STABILIREA ȘI SCHIMBAREA STĂRII CIVILE A PERSOANEI ÎN SITUAȚII SPECIALE”, în *Studii și cercetări juridice* (I), nr.3, 1987, p.236-242 și în *Studii și cercetări juridice* (II), nr.4, 1987, p.337-341, citat de **Chelaru, I.** *op.cit.*, p.59.

²³ **Lupșan, G.** DREPTUL FAMILIEI (note de curs), Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1996, p.26;

²⁴ **Florian, E.** DREPTUL FAMILIEI, ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, p.31.

²⁵ **Avram, M.** *op.cit.*, p.43;

ARTICOLE

UNELE ASPECTE ALE DESPRINDERII JURIDICULUI DE SUB TUTELA SACRULUI ÎN DREPTUL ROMAN

Cristina POP*

Abstract : *Aspects of the separation of the judiciary from the trusteeship of the sacred in roman law Among the various law systems known along history, the only one able to develop a well-defined legal terminology, distinct in relation to the average, common language, was the Roman law system. Even whether within the ancient legal system of the Quirites the laws would take a religious garb from both the point of view of their linguistic expression and from the point of view of their content, it was for the first time in history that the Romans created a unity of concepts, able to translate in a legal language society's fundamental interests. It was a fact also due to the natural evolution from the archaic fas to the comprehensive ius.*

Keywords: *fas, religion, God, fides, ius, ancient Roman law, formalism.*

În expunerea care urmează ne propunem să facem o analiză succintă a modului în care normele religioase, norme care în perioada Romei timpurii se suprapuneau până la confundare juridicului, au ajuns în timp să se diferențieze de acesta din urmă. Pe acest fundal s-au format două sisteme de reguli : cele referitoare la raporturile dintre om și divinitate și cele care reglementau situațiile juridice apărute între particulari sau între particulari și stat, ultimele avându-și izvoarele în cele dintâi.

Dintre aceste reguli unele au fost create prin convenții recunoscute implicit de către adunarea bătrânilor¹ din respectiva comunitate, iar altele au fost confirmate de cutumă (*mores maiorum*). O opinie inedită asupra *mores maiorum* o expun Philippe Aries și Georges Duby în lucrarea *Istoria vieții private*: „Perpetua invocare a tradiției strămoșești...este la fel de amăgitoare și nu implică vreo autoritate a tradiției. Tradiția aceasta era invocată numai cu referire la instituțiile publice...era pomenită numai atunci când urma să fie încălcată. Unii invocau tradiția strămoșească pentru a-i împiedica pe rivali să facă vreo inovație în folosul lor...”²

În cele mai vechi timpuri, relațiile pe care le au oamenii cu zeitățile sunt similare cu cele pe care le au cu oamenii puternici, cum ar fi regii sau patronii, prima îndatorire a

acestora fiind să-i salute cu mâna când trec pe lângă statuia lor. Lumea frecventa templul zeităților și se ducea să îi salute în fiecare dimineață, după cum și clientul își saluta patronul. Romanii concepeau relațiile lor cu zeii după modelul relațiilor politice și sociale³. Există însă și o altă fațetă a acestei relații, așa zisa formă de sclavie față de zei : omul care tremură în orice clipă gândindu-se la divinitate ca la un stăpân capricios și crud. Această teamă de zei (*deisidaimonia*) este ceea ce romanii numeau superstiție⁴.

Referitor la a doua categorie de raporturi (între particulari sau între particulari și stat), ne limităm la a preciza că termenul de „privat” în opoziție cu acela de „public” este unul dintre adjectivele cel mai frecvent folosite de limba latină, dar nu delimitează net viața privată. Înțelesul lui este unul negativ : califică ceea ce o persoană are dreptul să facă fără a-și încălca îndatoririle și a necinsti comportamentul unui om care exercită o funcție publică. Chiar dacă cele mai multe acte din viața privată sau publică a romanilor produc ecou și în lumea zeilor, nu trebuie să ne ducă la afirmația că cele două sfere, umană și divină, se pot confunda sau, mai mult, că între drept și religie ar exista o suprapunere ideală.

Revenind la prima categorie de raporturi, legătura omului cu zeii, deci întregul sistem complex al cultului prin care se ofereau divinității ofrandele necesare, putem afirma că este reprezentată de un limbaj codat, un ritual formalist. Forma este cea care confirmă sau anulează valabilitatea unei practici religioase, puritatea ritualului fiind necesară deoarece chiar zeii înșiși își pot manifesta nemulțumirea față de exercitarea acestuia. Ca exemplu menționăm opera *Vieți paralele* a lui Plutarh în care se amintește că în timpurile mai vechi romanii au făcut de treizeci de ori același sacrificiu deoarece se părea că se produsese vreo știrbire în rândul lui. Atât de mare era respectul romanilor pentru zei, mai ales că urmările unor neorânduiri în practica religioasă puteau să atragă asupra muritorilor o calamitate sau o catastrofă. Așadar, observăm cum în cele mai vechi timpuri viciul de formă este singurul care poate declanșa mânia zeilor, mai ales că singurul limbaj înțeles de către divinități era cel al cultului religios.

Fără îndoială vechiul drept roman se caracteriza prin formalism și prin rigiditate, actele și faptele de natură juridică fiind traduse prin acte magice, sacre sau prin fapte prin care se aducea o violare unei norme religioase. Formalismul constituia, de altfel, poate cea mai importantă caracteristică a vechiului drept civil roman, care se explică prin forța credințelor religioase din acea epocă și prin inexistența unor teoretizări în afara acestora⁵. Până la alungarea regilor nici nu se poate vorbi de un fenomen juridic distinct de cel religios⁶. Odată cu abolirea regalității regele Tarquinius II și familia acestuia sunt exilați, simbolurile puterii suverane sunt transferate unor magistrați, iar atribuțiile religioase sunt conferite unui „rege al celor sacre” (*rex sacrorum*), controlat de *pontifex maximus*⁷.

Se pare că acuratețea cerută în efectuarea ritualului religios a servit ca model formalismului juridic, deasemenea exigent, acesta din urmă construindu-se pe imaginea lui *religio*⁸ și având la bază aceleași mecanisme de gândire.

La Roma cultul zeilor era unanim considerat o însușire firească a omului, fiind totuși practicat de către acesta numai în calitatea sa de membru al comunității politice, așa cum vom evidenția mai jos. Totodată aflăm din Cicero că în societatea romană nu îi era

îngăduit nimănui să aibă zeii proprii, nici să se roage unor zei noi sau străini, acceptate fiind doar divinitățile recunoscute oficial⁹. Prin această afirmație Cicero nu face decât să evidențieze caracterul deist și cel conservator al religiei vechilor romani. Mai mult, același filozof roman pune pe seama puterii zeilor formarea și ascensiunea Imperiului datorită faptului că divinitățile guvernează toate popoarele și toate națiunile¹⁰. Cu toate acestea, sunt istorici care susțin caracterul flexibilitatea cultului religios roman, în sensul că „nu este impusă nici o credință religioasă...respectul datorat zeilor cărora cetatea a hotărât să se închine se mărginește la un singur lucru : respectarea zilelor de sărbătoare.”¹¹

Pe de altă parte, religia romană se învedera a fi contractualistă, aceasta deoarece în relațiile cu zeii romanii aplicau principiul *do ut des*. Din acest motiv istoricul Eugen Cizek afirmă că „romanii se dovedeau a fi în același timp un popor religios și nonreligios. Orice act uman implica o compozantă sacră...se privilegia un contract între om și zeitate, care prescria autonomia acestor două entități, fiecare acționând de sine stătător și omologând contactul dintre ele numai în cadrul acestui contract. Dacă zeul nu acorda omului ceea ce el îi solicita, dacă așadar el nu își respecta contractul, omul îl părăsea și se adresa altei zeități.”¹² Prin urmare, ajutorul zeilor se baza, în fond, pe acțiunea decisivă a muritorilor.

Totuși, ce reprezenta pentru romani un zeu ? O explicație interesantă o găsim în *Istoria vieții private*, unde autorii susțin că zeii își trăiesc viața ca oamenii, iar existența lor nu se mărginește la un rol metafizic, fiind astfel unul dintre cele trei neamuri care populează lumea : animalele, oamenii și zeii¹³. Romanii râdeau de zeii cu trup de animal la care se închinau egiptenii, de exemplu, deoarece zeii romanilor se află numaidecât deasupra oamenilor, fiind raționali (asemeni ființelor umane) și nemuritori (trăsătură specifică divinității)¹⁴. Chiar dacă de cele mai multe ori folosirea termenului de zeu se referea la o singură divinitate¹⁵, individualizată, romanii invocau la fel de des „zeii” laolaltă. În locul pluralului ei foloseau singularul, vorbeau de cele divine la neutru sau de „zeu” în general (așa cum filosofia folosește termenul de „om”, spre exemplu). Cât privește relația om-divinitate sau raportarea celui dintâi la zeități, găsim în Cicero cea mai scurtă și cuprinzătoare definiție a religiei în lumea romană : *religione, id est cultu deorum*¹⁶.

Printre aspectele cele mai importante ale fenomenului religios roman distingem și originalitatea vocabularului din sfera sacralului, deoarece romanii au reușit să exprime rapoartele dintre om și divinitate sub toate aspectele lor. În acest sens amintim termenii de *sakros*¹⁷, *loca sacra*¹⁸, *sanctum*¹⁹, *religio*²⁰, *fas, pietas*²¹, *fatum, ritus*²² e.t.c.

Din cercetările romaniștilor aflăm că în cadrul comunităților existente înaintea formării Statului Roman, autonomia normativă pe care o implica termenul italic primitiv de *fatum*, termen pe care l-am amintit mai sus, a fost exprimată de regulile de conduită care s-au conturat în acea perioadă istorică²³. Chiar dacă anumite voci susțin că etimologia termenului *fatum*, ca și aceea a lui *fas* nu este certă, cercetătorul german Oskar Hey consideră că există o legătură între cele două noțiuni , ambele derivând de la verbul latin *for, fari*, care înseamnă a vorbi. *Fas* se referă astfel la o *actio fandi*, un act de vorbire în prezent, în timp ce *fatum* este o formă de participiu. Altfel spus, *fas* reprezintă ceea ce este permis, în timp ce *fatum* desemnează ceea ce este necesar. Această opinie duce la

ideea că *fas* reprezintă voința zeilor și este conexasă cu actul vorbirii, în sensul că ceea ce spun zeii trasează parametrii comportamentului uman, fiind astfel diferit de înțelesul termenului *ius* (pe care îl vom detalia mai jos), care nu face altceva decât să traseze liniile de subordonare între membrii unei societăți sau între aceștia și stat.

Deasemenea nu este de ocolit următorul aspect: în cele mai vechi timpuri ale epocii, romanii nu aveau o viziune exhaustivă despre conceptul de *fatum*, gândirea lor bazându-se pe distincția dintre termenii de *nefas esse* și *fas esse*²⁴. Astfel că, în vechiul drept roman semnificația cuvântului *fas* nu poate fi înțeleasă dacă nu este alăturată conceptului de *nefas*. Printre romaniști se admite în mod unanim faptul că termenul *nefas* semnifică ceva ilicit, nepermis de normele religioase²⁵, în timp ce *fas* presupune un fapt licit, permis de regulile divine²⁶. De aici se poate trage concluzia că voința divină, *fatum*, nu se putea manifesta la vechii romani prin implicațiile pe care le presupune conceptul de *fas*, ci dimpotrivă, prin acelea ale termenului *nefas*. În acest context punctăm ideea susținută atât de către istorici, cât și de către sociologi: populațiile primitive au resimțit nevoia de a-și limita libertatea lor naturală (dreptul natural), apărând în timp acele interdicții care se supuneau voinței zeilor. Este ușor de înțeles că îngrădirile de acest tip au dat contur, în societatea romană, conceptului de *nefas*.

Așadar, considerăm că în tradiția romană conceptul de *fas* nu a fost exclusiv expresia voinței divine, ci înțelesul său se constituia în sfera de libertate lăsată oamenilor de către zeități. Se desprinde de aici ideea că zeii nu sunt invocați pentru a judeca faptele bune sau rele ale oamenilor, ci judecata era lăsată tot pe seama cetățenilor romani. Acesta corespundea așadar, prin definiție, expresiei voinței umane limitată însă de granițele trasate de ceea ce implica termenul de *nefas*. Cuvântul *fas* a fost utilizat pentru a defini ansamblul normelor formale pozitive, înglobând tot ceea ce era licit. Îndrăznim astfel să spunem că practica religioasă la Roma avea rolul de a ajuta la delimitarea și definirea a ceea ce era permis de ceea ce era interzis, informând totodată despre condițiile de validitate ale unui act sau despre eficacitatea unui sacrificiu.

Pe lângă acestea, sursele istorice au demonstrat faptul că odată cu evoluția Statului Roman, în ordinea sa juridică a coexistat alături de conceptul de *fas*, acela de *ius*, concepte care sunt privite distinct: *fas* se referă la *lex divina*, în timp ce *ius* desemnează *lex humana*²⁷. Laicizarea dreptului și desprinderea acestuia de sub tutela misticului începe abia odată cu împărțirea atribuțiilor regelui între consuli și *rex sacrorum*, adică între *ius* și *fas*²⁸.

În ceea ce privește termenul *ius*, este evident că acesta își are originea în voința oamenilor, fiind supus și el limitărilor impuse de *nefas*. Am observat în cele de mai sus că *fas* ne permite să știm ceea ce este acceptat de către zei, adică ceea ce nu este interzis de către ei. În acest cadru este foarte ușor să percepem cei doi termeni, *ius* și *fas*, ca fiind ceva determinat, stabilit și fixat, având totodată un caracter pozitiv. Fără îndoială că un *ius* care era *nefas* nu ar fi fost convenabil; pe de altă parte însă, un *fas* fără implicarea lui *ius* ar putea exista fără nici o problemă²⁹. Prin aceasta se explică faptul că la romani nu tot ceea ce era conexasă cu *fas* implica neapărat și condiția de *iustum*. Se pare că termenul *ius*

reprezintă o evoluție a ideii de *fas* ; mai mult, această utilizare a termenilor s-a concretizat prin limitările și interdicțiile impuse de folosirea lui *nefas*. Așadar, *ius* va apărea ca fiind un element distinct de cel al sistemului *fas - nefas*, cu toate că este îndeaproape folosit odată cu acești doi termeni³⁰, substituindu-se astfel principiilor de conduită create de către romani, care au simțit de timpuriu necesitatea organizării relațiilor sociale. Este evident deci că, nu dintr-o eroare, vechii romani au asimilat perechea *fas-nefas* cu *lex divina*, iar *ius* cu *lex humana*³¹.

Pentru a întări ideea referitoare la proveniența termenului *ius*, Cicero, în *De Legibus* spune că acesta nu își are originea nici în edictul pretorului, nici din Legea celor XII Table, ci într-o profundă gândire filozofică (*sed pentius ex intima philosophia*)³² și că folosit în jurisprudență, *ius* trebuie explicat și dedus ca provenind din natura umană.

În ciuda afirmațiilor anterioare nu am evidențiat suficient faptul că, având origini diferite, cele două concepte, *ius* și *fas*, nu sunt antitetice. Această diferență de origine nu implică nepărat un caracter profan al termenului de *ius*. Este cert că noțiunea se referea doar la activitățile umane, însă subliniem faptul că aceste activități erau permise de către zei. Se poate adăuga chiar că, în concepția unor cercetători, termenul *ius* provine din rădăcina indo-europeană *yaos, yaus* sau *yaoz*, care făcea referire la slava adusă zeilor³³. Avem astfel din nou confirmarea că *ius* are o origine umană, prin supunerea pe care omul o arată divinității, dar în același timp există dovada că acest termen implică subordonarea conștientă și voluntară a romanilor față de *pax deorum*³⁴, opusă noțiunii de *neglecta religione*.

Chiar și Vergilius în *Eneida* face distincția dintre termenii *fas, ius* și *lex*. Aceștia, în opera marelui poet, au fiecare un sens distinct care punctează importanța lor în dreptul roman. Comentatorii epopeei naționale a romanilor consideră că *fas* derivă din voința zeilor, reprezentând acțiunile permise de către divinități³⁵.

Cercetând și interpretând termenii folosiți de către juriștii și filosofii romani, Thomas d'Aquino, în a doua parte a lucrării *Summa Theologiae* ridică problema provenienței lui *ius* ; prin răspunsul dat la întrebarea nr. 57 din această operă deducem că termenul, în concepția lui, face obiectul justiției (*utrum ius sit obiectum iustitiae*)³⁶. Din aceeași sursă tragem concluzia că termenul *ius* se poate folosi în sens propriu doar în legătură cu ceea ce este drept sau moral, corect (*rectum, honestum*) ca o componentă a justiției, care întotdeauna implică un subiect (persoană) în relație cu unul sau mai mulți subiecți, nu cu divinitatea deoarece *fas* reprezintă *lex divina*, în timp ce *ius* este *lex humana*.

Lăsând pentru moment deoparte cele două noțiuni de *ius* și de *fas*, în acest areal ce presupune relația omului cu divinitatea, apare și conceptul de obligație mutuală, *fides*, care presupunea pe de o parte respectarea cu scrupulozitate a religiei strămoșești, a loialității față de prieteni și față de cetate, iar pe de alta, îndeplinirea întocmai a promisiunilor făcute divinității³⁷. După cum am prezentat mai sus, anumiți termeni care doar târziu au fost utilizați în domeniul juridic au avut la începuturi uzanță religioasă. Același parcurs l-a avut și termenul *fides*, căruia în vechiul drept roman nu i se dădea semnificația pe care o presupune în următoarele secole de dezvoltare a dreptului. Tocmai din acest

motiv este necesar să se distingă între perioada antică și celelalte perioade în care conceptul de *fides* primește în cele din urmă un caracter laic³⁸.

Pentru început trebuie spus că tradiția religioasă legată de crearea zeiței Fides nu se situează într-o epocă foarte îndepărtată, deci fără îndoială nu înainte de secolul V î.Hr. Totodată recunoaștem faptul că diversitatea tradițiilor ne obligă oarecum să punem la baza unui fapt cert un personaj legendar. Deși percepută ca zeiță, conceptul de Fides a evoluat, s-a modificat în conținutul său în conformitate cu evoluția semantică profundă pe care o avea.

O caracteristică importantă a istoriei lui Fides (aceasta nefiind *bona fides*) a fost una morală, după cum precizează și Plaut la finele Republicii. În viziunea acestuia termenul de *fides* se află în corespondență cu *fit quod dicitur*, fiind o morală³⁹ care implica întreaga societate, morală care în timp va deveni individuală. Sub influența greacă, ideea promovată de ceea ce reprezenta zeița Fides ajunge să fie secularizată, mărgininu-se doar la un caracter stric etic al acesteia.

Începând cu sec. II î. Hr. se vorbește despre termenul de *bona fides*. La origini, *fides bona* a fost un concept moral suficient de flexibil pentru a cuprinde toate tipurile de proceduri juridice utilizate în procedura formulară. Acest concept a fost creat și modelat de către experiența juridică pentru un obiectiv specific : de a fi implementat în acea lume procedurală care pentru universul juridic roman constituia un ghimpe⁴⁰. Dar de ce practica procesuală a recurs la *bona fides* atâta timp cât simplul *fides* avea deja o semnificație morală pozitivă ? Se pare că răspunsul este unul simplu : era nevoie de un criteriu tipizat care să depășească o apreciere strict individuală și care să permită rezolvarea contradicțiilor apărute între posibilele interpretări date lui *fides*.

Simpla *fides* presupune o apreciere subiectivă, individuală. Din contră, *bonum* este un criteriu care îi implică pe toți, adică o valoare supraindividuală, obiectivă, care conferă generalitate, evocând o normă depersonalizată cu caracter absolut. Acest fapt explică de ce termenul de *bona fides* se folosea inter-individual, desemnând credința față de un om, nu față de un pact⁴¹. Un alt atribut al conceptului de *fides* îl constituie polivalența : are caracter oficial, social și religios. De exemplu este folosit *fides*, iar nu *bona fides*, ca și criteriu atunci când se stabilește infamia⁴². Observăm așadar că principiile care presupun responsabilitatea cuiva se fondau pe *fides*.

Per a contrario polivalenței lui *fides* i se opune uniformitatea formulei *ex fide bona*. Aceasta ne duce la ideea că *bona fides* ar fi avut o funcțiune diferită de cea a lui *fides*. În comparație cu vasta categorie socială și morală reprezentată de către *fides*, *bona fides* apare ca o specie individualizată într-un gen mult mai larg⁴³.

Arhaicul *fides* va reveni în timp sub un alt înțeles și sub o altă formă, cea de *bona fides*, în raporturile contractuale ale lui *ius gentium*⁴⁴. După cum am văzut, *bona fides* nu este deci un concept exclusiv etic ; vorbim aici despre o inovație cu conotații morale certe, strâns legată de evoluția juridică a societății romane. În istoria dreptului diferența făcută de către romani între contractele de bună credință și cele de drept strict poate fi catalogată ca punctul de plecare înspre conceptul juridic de bună credință, așa cum va fi

înțeles de-a lungul veacurilor⁴⁵. Cu toate acestea, dorim să accentuăm faptul că *bona fides* nu este un concept care să fi stat la temelia constituirii sistemului juridic roman sau a ordinii sociale⁴⁶.

Prin această scurtă paranteză considerăm că am pus în lumină evoluția de la caracterul religios la cel strict juridic a altui concept important pentru dreptul roman.

Pentru a reveni la ideea inițială, întrebarea care se poate ridica în acest moment este dacă ceea ce presupune termenul de *ius*, adică dreptul public și dreptul privat aplicat în Roma, nu are la origini o influență religioasă. Această chestiune este evidentă pentru un număr considerabil de instituții pe care le implică cele două ramuri ale dreptului. Amintim astfel, auspiciile conferite magistraților care au prin ele însele origine divină⁴⁷. Ca să întărim cele spuse anterior aducem un citat al lui John Scheid care spune că era imposibil de făcut o distincție netă între magistrați și sacerdoții romani: „ambele categorii administrau...viața religioasă și *res publica* (lucrul care aparține poporului sau, cum spune Cicero, *res publica est est res populi*- n.aut.)”⁴⁸. Mai mult, *ius quiritium* plasează atât sub patronajul corpului civic, cât și sub cel al zeului Quirinius (zeu protector al unei comunități sabine, asimilat mai târziu cu Marte și apoi cu întemeietorul legendar al Romei, Romulus⁴⁹) o parte dintre drepturile absolute : proprietatea, libertatea, *patria potestas*, *manus* etc.

Totuși, din cele enunțate până în acest punct reiese că nu trebuie făcută o confuzie între ceea ce privește elementele sacre, pe de o parte și elementele profane ca și caracteristici ale dreptului roman, pe de alta. Prin scopul lor – servirea interesului exclusiv al cetățenilor- dreptul și religia rămân unite prin ideea de a restabili atât pacea umană, cât și cea divină. Cu toate acestea, elementul sacru nu se întâlnește întotdeauna în drept. Există situații în care este chiar inexistent, de exemplu în procedeele numite *per aes et libram*⁵⁰, unde nu se apelează la elemente de magie.

Așa cum am amintit la începutul expunerii noastre, una dintre caracteristicile dominante ale lui *ius quiritium* este componenta sa religioasă care se manifestă în sfera lui *fas*, aceasta din urmă fiind o expresie specifică divinului. Rădăcina acestui *ius* primitiv trebuie căutată în ceea ce se numește *mores maiorum*. Este vorba despre autoritatea pe care au avut-o cei bătrâni, cei care erau îndreptățiți a fi preoții ginții și ai familiei. Referitor la această idee, din relatările istoricilor se cunoaște faptul că un moment important în viața romanilor timpurii era stabilirea persoanelor care primeau atributul de *maiorum*, deoarece slujirea cultului religios nu putea fi realizată de către simpli cetățeni romani. Accentuăm faptul că trăsătura strict oficială a religiei romanilor s-a reflectat și în aceea că slujitorii ei, preoții, erau funcționari de stat⁵¹, Roma necunoscând niciodată o tagmă deosebită a acestora.

Cu toate acestea, sacerdoții nu erau personaje sfinte, profeți sau intermediari privilegiați, ci mai degrabă buni cunoscători ai cultului divin, experți, chiar tehnicieni, dacă ne bazăm pe multitudinea formalităților necesare efectuării cultului religios. Ei sunt cei care știu cu exactitate cuvintele care trebuie rostite (*verba preire*) și gesturile care trebuie făcute pentru a-i mulțumi pe zei. Deținând atributul de *sanctitatis*, pontifii reprezintă acei gardieni ai religiei, singurii îndreptățiți să decidă dacă actul întocmit este sau nu licit și totodată, sacerdoții erau personajele care cunoșteau textele formulilor, erau experți în

verba și dictau părților unui proces cuvintele pe care trebuiau să le pronunțe⁵². Fiind maeștrii ai religiei și ai dreptului, pontifii au reușit să îmbine în mentalitatea romană atât mecanismele juridice, cât și cele religioase, oferind posterității un model de conducere de o remarcabilă originalitate. Preoți și juriști totodată⁵³, vechii romani au transformat Roma într-o zonă de „confuzie” cotidiană între regulile de drept și cele cerute de către zei. Parafrazându-l din nou pe Cicero, Roma și-a arătat grandoarea prin generațiile care au respectat normele religioase (*pietate ac religione*), deosebindu-se astfel de celelalte popoare prin onorurile aduse constant zeilor. De-a lungul secolelor de formare a dreptului roman privat, știința dreptului și cea a ritualurilor divine au născut „arta” prin care s-a menținut pacea între oameni și zei și au dat autoritatea unică ce le controla : pontifii.

Din istoria poporului roman știm că cele mai importante colegii preoțești⁵⁴ se aflau în întregime în mâna patricienilor, care se foloseau de funcțiile lor în lupta împotriva plebeilor⁵⁵, motiv pentru care putem clasa fenomenul religios roman ca având și un caracter politic. Astfel se explică, în vechiul drept roman, acel *iuris interpretatio* făcut doar de către rege și de către pontifi. „Regele roman era o ființă sacră, intermediară între zei și oameni, omolog al lui *Iupiter Rex*. Competențe magice îl legau de natură, cheazășuiau o simbioză între el și forțele cosmice...în fiecare an, însoțit de către sacerdoți, regele roman deschidea campaniile militare. El prezida auspiciile, dicta calendarul, despărțea zilele faste de cele nefaste, putea introduce culte religioase noi, răspundea de sacerdoți și de sanctuare. Era căpetenia vestalelor...”⁵⁶. Din acest punct de vedere este posibil ca adevăratele *leges regiae* să nu fi tratat doar domeniul sacru, ele emanând de la rege, care era și stăpân al cultului quiriiților. Ajungem deci la concluzia că aceste *iuris interpretatio* ar putea fi punctele de dezvoltare ale lui *ius civile*⁵⁷. Regii erau și interpreții acelor *desiderata divinis*, practicând ritualuri în onoarea zeilor. Mai mult, aceștia se aflau în raporturi strânse cu zeii, fiind învestiți cu tehnica augurală (*rex augur*) și dobândind o incontestabilă harismă prin care asigurau fertilitatea solului⁵⁸. Funcțiile îndeplinite de către regi și de către pontifi au constituit în realitate baza substanțială a evoluției dreptului quiriiților : întâi de toate acest fapt a fost posibil deoarece regii și pontifii monopolizau domeniul juridic în statul roman, iar apoi deoarece autoritatea lor nu era contestată de către quiriiți. Se ridică întrebarea dacă cinci secole de dominație a pontifilor (incluzând perioada Republicii) în domeniul dreptului și în cel al religiei nu au condus la o definitivare a specificului propriu fiecăruia dintre cele două areale, existând totuși și o influență reciprocă ambelor .

Mijlocul secolului V î.Hr. a adus o noutate în ceea ce reprezintă separarea sacrului de dreptul laic și anume aceea că plebea, prin revolta împotriva patricienilor, a susținut o idee estențială : pontifii și magistrații să nu mai fie cei ce cauzează evoluția lui *ius quiritorium*. Obiectivul plebei, care în fapt dorea egalitate în drepturi cu patricienii, era dublu : eliminarea definitivă a caracterului arbitrar al lui *interpretatio* și al lui *iuris dictio*⁵⁹ și transformarea în legi a cutumelor existente la acel moment.

Aceste deziderate au fost parțial materializate prin Legea celor XII Table pe care o putem califica și noi drept *ius legitimum vetus*⁶⁰ datorită căreia analiza și clarificarea regulilor de drept au înregistrat deci un progres net, suficient pentru a permite distincția

între ceea ce este permis și îngăduit de zei și ceea ce este permis de lege. Din acest moment oamenii nu au mai cerut ajutorul zeilor și nici nu au mai apelat la siguranța oferită de religie pentru a sancționa violarea unui drept.

În realitate, începând cu acea perioadă, dreptul privat și regulile juridice civile au căpătat trăsături puternic laice, dreptul și religia devenind două domenii etanșe. De exemplu, *sponsio*⁶¹ și *sacramentum* au încetat să mai aibă caracter religios.

Cu siguranță, în dreptul penal vom întâlni unele excepții de la principiul laicizării, materializate în anumite delictе religioase sancționate conform regulilor divine. Putem vorbi așadar de un caracter pur laic al Legii celor XII Table, cu toate că se menționa în cuprinsul acestora și delictul religios? Se pare că acest cod de legi a făcut doar o recapitulare globală a delictelor de drept comun pasibile de pedeapsă, fără a se dori separarea de cele care aveau caracter sacru. Cu toate acestea, Legea celor XII Table își impune trăsătura laică prin cele două aspecte pe care le îmbracă termenul *ius* în conținutul ei: în primul rând desemnează dreptul în sine, iar apoi, în plan secund, se întâlnește folosit și în anumite construcții cu tentă religioasă, cum ar fi *iurare* sau *ius iurandum*.

Este de la sine înțeles că rădăcinile lui *ius civile vetus* au influențe asupra dreptului începând cu perioada arhaică a acestuia; astfel, *ius civile romanorum* nu este altceva decât rezultatul unificării și continuității, în plan istoric, a vechiului drept roman. Procesul de formare a acestui sistem nou și modern este amintit doar începând cu sec. IV î.Hr., deoarece a avut loc prin laicizarea lui *interpretatio prudentium*; această laicizare este legată de cedarea monopolului de către preoții pontifi, juridicului. Două exemple edificatoare în acest sens sunt următoarele: în anul 304 î.Hr. un anume Cnaeus Flavius, scribul marelui pontif Appius Claudius, a sustras de la acesta formulele acțiunilor și a reușit să le copieze, fapt ce a constituit, se pare, începutul jurisprudenței romane. Câțiva ani mai târziu, Tiberius Coruncanius a fost primul plebeu ales în funcția de *pontifex maximus* și a abolit definitiv monopolul deținut de către preoți asupra puterii legislative a poporului roman. În același timp a stabilit faptul că întâlnirile pontifilor nu vor mai avea caracter secret, ci unul public.

Totodată este important de amintit faptul că, începând cu secolul III î.Hr., noii juriști laici, moștenitori și continuatori ai pontifilor, nu s-au limitau doar la simpla logică a lui *interpretatio*, ci s-au avântat, asemeni predecesorilor lor, în interpretări îndrăznețe. Astfel, bazându-se pe *auctoritas* pe care o dețineau, aceștia au fondat noi instituții juridice, dezvoltând în același timp vechile instituții existente⁶².

Pentru a concluziona putem spune că, mai mult decât veritabil religioși, romanii antici au respectat ritualurile sacre, aceasta garantându-le pacea cu zeii. În timp ce superstițiile primitive s-au pierdut, descendenții vechilor romani s-au orientat către alte direcții: juriștii încep să se prevaleze de poziția deținută de către preoți, morala și etica luând locul formalismului sacramental. Cu toate acestea tradițiile religioase au fost cele care au menținut supraviețuirea culturii, lăsând ca moștenire identitatea romană specifică.

Fără îndoială acesta este un motiv pentru care vocabularul juridic latin a rămas impregnat de termeni vechi, antici, noi încercând în analiza noastră să pretindem o calificare sacramentală arhaică noțiunilor cărora nu le putem trasa o definiție clară.

Schimbările survenite în interiorul societății romane și extinderea teritorială continuă soldată cu încorporarea unor populații diverse și, implicit, a unor patrimonii spirituale diferite, au antrenat modificări și ale palierului sacru. Mai mult, făcând un salt peste secole și vorbind despre Roma secolului II. d.Hr., Franz Cumont spune că „Religia romană înghetea elanurile credinței prin răceala ei căutată și prozaismul ei utilitar. Potrivită cel mult să liniștească pe soldați de riscurile războiului și pe țărani de pagubele intemperțiilor, religia pierduse stăpânirea asupra sufletelor.”⁶³ Cu toate acestea, juriștii au fost cei care au continuat, păstrat și îmbunătățit metodele, activitățile și gândirea pontifilor într-o lume care chiar dacă a dezbrăcat haina formalismului a păstrat-o pe cea a unei tehnici rigide.

Cu riscul de a ne repeta, nu putem pune punct acestei expuneri fără elogiul pe care îl aducem mentalității romane în ansamblu, în care se încorporează esența modalităților de gândire și a elementelor cheie ale viziunii asupra lumii, ilustrate atât de sistematic de către vocabularul și sintaxa limbii.

* Jurist; pophristina@yahoo.com

¹ Conform *Dictionnaire de la culture juridique*, coordonat de către Denis Alland și Stephane Rials, p. 880, aceste adunări sunt formate din preoții-juriști ai cetății, pe a căror mecanisme de gândire s-a fondat și conceptul de *ius*.

² Philippe Aries, Georges Duby, *Istoria vieții private*, Vol. I, Ed. Meridiane, București, 1994.,p. 180

³ Philippe Aries, Georges Duby, *op.cit.*, p. 214

⁴ *Idem*; a se vedea și nota de subsol 8.

⁵ Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat roman*, ed. a IV-a, revizuită și adăugită, Universul Juridic, București, 2011, p. 25

⁶ Anul 510 î.Hr., conform tradiției, este anul alungării ultimului rege din Roma, aceasta devenind ulterior Republică.

⁷ Eugen Cizek, *Istoria Romei*, Ed. Paideia, București, 2002, p. 42. *Pontifex maximus*, ca auxiliar regal, îl secolunda pe rege în domeniul religios.

⁸ În lucrarea *De natura deorum* Cicero face diferența între credința adevărată (*religio*) și cea excesivă (*superstitio*). *Religio* desemna totalitatea actelor care acordau zeilor cinstea cuvenită, acte care erau lipsite de orice implicare subiectivă. În schimb, *superstitio* are la bază credința falsă, fondată pe o cunoaștere greșită a naturii divinității, a raportului cu muritorii și a modului de manifestare a lor în lume.

⁹ Cicero, *De Legibus*, II, 8, 19

¹⁰ Amintim aici că în concepția filozofică a romanilor lumea era un ansamblu sau un sistem de forțe aflate în echilibru și totodată codependente, în sensul că acțiunile umane erau cele care mențineau sau tulburau pacea dintre oameni și zei.

¹¹ Philippe Aries, Georges Duby, *op.cit.*, p. 166

¹² Eugen Cizek, *op.cit.*, p. 16

¹³ Philippe Aries, Georges Duby, *op.cit.*,p. 212

¹⁴ Considerăm că acesta este motivul pentru care au putut fi divinizați regii și împărații, iar pe acest fundal adepții gândirilor stoică și epicuriană au propus omului să devină *supraom*.

¹⁵ Izvoarele istorice permit aprecierea existenței a trei grupe mari de zei în Statul Roman : *Di Indigestes* – zeii autohtoni, *Di Nouensiles* – zeii noi, importați de la peregrini și acceptați de către stat, *Di Consentes* – un grup de 12 divinități, 6 masculine și 6 feminine.

¹⁶ Cicero, *De natura deorum*, 2, 8

- ¹⁷ Reprezintă cea mai veche expresie latină a sacrului, desemnând un obiect, o persoană sau o ofrandă.
- ¹⁸ Locurile sacre destinate cultului public al zeilor. Aici amintim câteva : *ara, altaria, focus, templum, mensa, sacrarium*.
- ¹⁹ Desemnează obiectul care nu era nici *sacrum*, nici *profanum*, dar care a fost declarat inviolabil printr-o *lex sacrata*.
- ²⁰ Deși nu acoperă complexitatea fenomenului pe care îl desemnează, acest termen presupune totalitatea de practici, tehnici, acte de cult și ceremonii dedicate zeilor ; vezi și nota de subsol 8.
- ²¹ Se referă la acceptarea, în mod respectuos, a regulilor instituite prin tradiție, reguli care asigurau buna rânduială și funcționare a societății, între membrii ei, dar și a legăturii om-divinitate. Pentru exemplificare : onorarea zeilor cu sufletul curat și sincer, slujirea statului cu prețul morții, respingerea oricărei fraudări de natură politică, socială sau religioasă, acceptarea supremației lui *pater familias*.
- ²² Obicei religios, datină
- ²³ Rene- Marie Rampelberg, *Du religieux au laic dans le droit romain ancien*, în *Le droit entre laicisation et neo- sacralisation*, Presses Universitaires de France, 1997, p. 49
- ²⁴ *Fas est* nu implică o obligativitate, ci mai degrabă numai ceea ce este permis de legea divină, spune R.G. Austin în comentariul său la Eneida (Oxford, 1964).
- ²⁵ Jacques-Henri Michel, *Le vocabulaire latin des institutions romaines*, Les Cahiers du CeDoP, Bruxelles, 2001, p. 76
- ²⁶ *Ibidem*, p. 45
- ²⁷ Rene- Marie Rampelberg, *op. cit* , *apud* Antonio Guarino, *Storia del diritto romano*, Naples, 1969, p.110-111. Ne întrebăm aici dacă expresia *lex divina* , ea însăși, nu este contradictorie sau echivocă, atâta timp cât *lex* presupune *ius*, iar *divina* presupune ideea de *fas*.
- ²⁸ Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *op. cit.*, p. 25
- ²⁹ Rene- Marie Rampelberg, *op. cit*, p. 50
- ³⁰ Conform lui Publius Vergilius Maro, *fas et iura sinunt*.
- ³¹ Rene- Marie Rampelberg, *op. cit* , *apud* Antonio Guarino, *op. cit.* , p. 109
- ³² Cicero, *De Legibus*, l.17
- ³³ Rene- Marie Rampelberg, *op. cit*, *apud* Andre Magdelain, *Ius, Imperium, Auctoritas, Etudes de droit romain*, Rome, 1990, p. 43
- ³⁴ Este vorba despre pacea divină ; în practica religioasă această formulă se referă la relația pașnică existentă între divinități și oameni, relație care se menține doar în cazul unei practici corecte a rituaului sacru. Neglijența în administrarea cultului religios atrăgea *ira deorum*, adică mânia zeilor.
- ³⁵ Nicholas Horsfall, *Comentariu la Eneida*, 2008
- ³⁶ Thomas d'Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q.57, a.1
- ³⁷ Un sinonim imperfect pentru *fides*, în vremurile timpurii, ar putea fi și *pietas*. Vezi și Eugen Cizek, *op.cit.*, p. 17
- ³⁸ Rene- Marie Rampelberg, *op. cit* , *apud* Luigi Lombardi, *Dalla Fides alla Bona fides*, Milan,1961, p.57 și urm.
- ³⁹ Conform *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 143, *fides* reprezintă și o trăsătură de ordin moral a celui în cauză. A fi de bună- credință înseamnă a da dovadă de loialitate, sinceritate, onestitate ; a-ți respecta cuvântul dat, a-ți ține promisiunea făcută.
- ⁴⁰ Rene- Marie Rampelberg, *op. cit*, p. 58
- ⁴¹ Philippe Aries, Georges Duby, *op.cit.*,p. 180
- ⁴² Rene- Marie Rampelberg, *op. cit* , *apud* Luigi Lombardi, *op. cit.*, p. 178

⁴³ *Ibidem*, p. 180

⁴⁴ Aici putem aminti și expresia *bonus vir*, care reprezenta un comportament onest față de ceilalți oameni. În timp, *bona fides* și *bonus vir* au ajuns să nu poată fi folosite unul fără de altul.

⁴⁵ În dreptul roman contractul este teritoriul privilegiat în care se exprimă principiul bune credințe, strâns legat de expresia *bonus vir*. La începuturi, dreptul se exprima și prin exigențele lui *fides*, desemnând încrederea necesară între co-contractanți, sub forma cuvântului dat și a respectării acestuia. Ideea de *bona fides* apare mai târziu ca și încrederea care există între părțile unui contract, acestea acordându-și minimul de onestitate pentru a se observa și cunoaște între ele.

⁴⁶ *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 143

⁴⁷ Aceste ritualuri datează încă de la întemeierea Romei, practica lor fiind descrisă pe larg de Titus Livius în *Ab urbe condita*, I. Totodată, pe această bază, și anume *auspicia non habetis*, patricienii refuzau plebeilor dreptul de a ocupa funcții publice.

⁴⁸ John Scheid, *La religion des Romains*, Paris, Éditions Armand Colin, 2002

⁴⁹ Sergej Aleksandrovich Tokarev, *Religia în istoria popoarelor lumii*, Editura politică, București, 1974, p. 435

⁵⁰ Modalitate de încheiere a actelor juridice formaliste (de ex. testamentul, mancipațiunea), specifice vechiului drept roman pentru a căror validitate, pe lângă prezența părților care urmau să încheie actul, este necesară prezența a cinci martori, prezența persoanei care poartă balanța, existența balanței și a lingourilor de cupru.

⁵¹ Preoții și colegiile lor nu erau câtuși de puțin izolați de viața socială. Funcțiile preoțești erau ocupate de laici, cu singura particularitate că erau, de obicei, funcții dobândite pe viață. Sunt cunoscuți Tiberius Grachus, care a fost ales de tânăr în colegiul augurilor, Iulius Cezar, care se număra încă de la vârsta de 13 ani printre flaminii lui Jupiter, iar la 37 de ani a fost ales *pontifex maximus*. Un preot trebuia să fie *castus*, adică să se conformeze regulilor și riturilor.

⁵² Acest triplu rol deținut de către preoți va caracteriza deasemenea și poziția viitorilor jurisconșulți romani în societate.

⁵³ A se vedea nota de subsol 1.

⁵⁴ Pontifii, fecalii, augurii, vestalele, flaminii, salii, frații arvali sunt colegii care s-au perpetuat din timpurile regalității până în Principat, ceea ce demonstrează caracterul imobil, static al religiei romane.

⁵⁵ Totuși, în anul 300 î.Hr., prin *Lex Ogulnia* plebeii au căpătat dreptul de a ocupa funcții pontificale, acesta fiind un pas important în lupta pentru egalitatea cu patricienii.

⁵⁶ Eugen Cizek, *op. cit.*, p. 34

⁵⁷ *Civile*, noțiune care exprimă doar *principes civitatis*, adică ceea ce este bazat pe politică, util cetățeanului roman (*quo populi utuntur*), presupunând ideea de civilizație, în opoziție cu termenul de barbar. După Sf. Augustin se pare că și gândirea pontifilor atribuia fenomenului religios acest caracter, *civile*, excluzând totodată funcția filozofică sau poetică a cultului divin.

⁵⁸ Eugen Cizek, *op. cit.*, p. 34

⁵⁹ Rene- Marie Rampelberg, *op. cit.*, p. 53

⁶⁰ Rene- Marie Rampelberg, *op. cit.*, apud Antonio Guarino, *op. cit.*, p. 129- 130

⁶¹ Dacă în vechiul drept roman *sponsio* era un jurământ propriu-zis, în timp acest tip de contract își păstrează doar forma exterioară, fiind dezgolit de orice conotație religioasă.

⁶² Anul 376 î.Hr. este marcat ca fiind anul apartiniei preturii la Roma.

⁶³ Franz Cumont, *Les religions orientales dans le paganisme romain*, Paris, 1929, p. 27

ARTICOLE

TEORIA OBIECTULUI JURIDIC ÎN DREPTUL PENAL – ÎNTRE EXIGENȚĂ ȘI DERIZORIU

Alexandru RÎȘNIȚĂ*

Abstract: The offense principal theory in criminal law – between exigency and unsubstantial.
The current article has set its aim to surpass the Romanian doctrine's standstill concerning "The juridical object theory" (in a more accurate legal translation "The Offense Principle Theory") especially by analyzing the manner in which other legal systems embrace and understand this concept.

The study starts by exploring the origins, the conceptual definition and the existing phylum outlined by the world's most prestigious scholars.

Moving on, the author analyzes both the old and the current Romanian view in matter of "juridical objects". Both during and subsequent to this examination, the author is aptly devoted to expressing a series of compulsory critics concerning the different approaches regarding the subject.

After scrutinizing all the basic issues surrounding this matter, the writer firmly distinguishes between immorality and illegality, the juridical object and the norm's ratio legis, culminating with juxtaposing the Constitution with all the above.

Subsequent to this analysis, the author asks and answers the following question: "Are there crimes without a "juridical object"?"

After strongly debating this matter, the writer sums up by presenting the practical uses of the Theory and a short conclusion regarding all the above-mentioned subjects.

Cuvinte cheie: *obiect juridic, valoare socială protejată, imoralitate, ilegalitate, ratio legis*

Key-Words: *juridical object, protected social value, imorality, illegality, ratio legis*

Legea penală nu apare întâmplător și pe neașteptate din capul legiuitorului ca Minerva din capul lui Jupiter, ci ea poartă amprenta exigențelor sociale ale unei etape istorice din viața unui grup social determinat, cerințe care se polarizează în jurul unor valori sociale pe care legea penală trebuie să le protejeze. Aceste valori nu formează entități rigide, cristalizate ca figurile Geometrice golite de orice suflu vital, ci ele trăiesc o viață proprie, apar, se transformă și dispar odată cu mobilitatea vieții sociale.

Giuseppe Bettiol, *Diritto penale. Parte generale* (1873)

I. Ce este obiectul juridic?

Într-o accepțiune filozofică, valoarea socială apare ca un fenomen social implicând un act valorizator care se desfășoară la nivelul conștiinței sociale, pe baza anumitor criterii de evaluare condiționate istoric și reflectând trebuințele și interesele colective pe o anumită treaptă de dezvoltare ale acestora¹. Însă definirea conceptului de “valoare” este extrem de delicată, astfel încât nu vom stărui asupra rezolvării unor probleme de care s-au ocupat și se ocupă în continuare generații întregi de filozofi, sociologi și teologi.

Potrivit unor păreri, “obiectul juridic” reprezintă orice circumstanță utilă satisfacerii unui interes, a unei nevoi umane² sau a dezvoltării libere a individului în cadrul unui sistem global structurat³. Interesul în sine nu reprezintă nimic altceva decât reflexia subiectivă a obiectului și exprimă tendința, aspirația subiectului de a conserva respectivul obiect⁴, cât timp valoarea socială implică un raport între “ceva” demn de prețuit și “cineva” în măsură să acorde prețuire⁵. Totuși, aceste afirmații fac referire la orice “interes sau valoare”, la perspectiva filozofică asupra valorii sociale și nu la veritabilele obiecte juridice penalmente protejate⁶.

Acestea fiind spuse, concluzionăm că obiectul juridic al unei infracțiuni reprezintă acea valoare socială despre care legiuitorul consideră că merită protecție penală. După cum bine s-a punctat în doctrina autohtonă timpurie, este natural să existe acest element al infracțiunii, căci altfel cine ar putea distinge între faptele represibile și cele nerepresibile? Există, desigur, fapte malițioase, care merită disprețul public, însă este posibil ca acestea să nu merite să li se aplice rigoarea legii penale, generându-se astfel dihotomia între imoralitate delictuoasă și nedelictuoasă. Dacă nu s-ar separa aceste două genuri de fapte „rele” (prin incriminarea celor delictuoase), justiția ar deveni arbitrară și tiranică, fiindcă aprecierile omenesti diferă de la individ la individ⁷. Legea este aceea care face să înceteze arbitriul, punând linia de despărțire între faptele permise și cele oprite prin sancțiune penală.

Într-o viziune plastică, obiectele juridice reprezintă fragmente izolate de prohibiție penală ce articulează un sistem discontinuu al ilicitului⁸, altfel spus, o serie de “insule ilicite” într-o mare de libertate⁹. Această analogie surprinde poate cel mai bine esența obiectului juridic penalmente relevant. Astfel, de vreme ce incriminarea unei anumite conduite presupune restrângerea implicită a libertății individuale, obiectul juridic al acestei conduite va intra în coliziune directă cu diverse drepturi ale persoanei. Așa fiind, dacă ponderea unui obiect juridic o depășește pe cea a libertăților implicit limitate, acesta “scoate capul de sub apă”, înălțând aceste “insule”. În caz contrar, în ipoteza în care valoarea socială ar fi “acoperită de apă”, sancționarea penală a persoanei care o lezează ar fi inoportună. În cadrul acestei analogii, linia de orizont delimitează sfera ilicitului penal, astfel încât, orice valori situate “sub apă” nu ar trebui să prezinte relevanță penală.

În alte cuvinte, restricția unei libertăți prin instaurarea ilicitului penal nu poate fi acceptată într-un sistem democratic, numai dacă este indispensabilă protecției persoanelor și a societății și numai dacă gravitatea sa este proporțională cu ponderea obiectului juridic și cu gradul de lezare a acestuia¹⁰, instaurându-se astfel, principiul proporționalității sancțiunii penale.

Dar totuși, ce se întâmplă în situația în care legiuitorul incriminează o faptă al cărei obiect juridic este, să spunem, de sorginte “**submersivă**”? Mai precis, este posibilă incriminarea irațională a unor fapte după bunul plac al legiuitorului? Vom reveni asupra acestei probleme pe parcursul prezentei lucrări.

Deși evoluția filozofică a conceptului de obiect juridic este una interesantă, nu vom stăruii asupra acesteia ci ne vom apleca numai asupra stadiului actual și a celui potențial al noțiunii¹¹.

II. Concepții alternative

1. Obiectul juridic ca și element legal al infracțiunii

Potrivit acestei accepțiuni (desuete, de altfel), obiectul juridic reprezintă, în fapt, sancțiunea faptei, elementul legal al infracțiunii. În acest sens, s-a arătat că fapta antisocială poate constitui o infracțiune după dreptul natural, dar nu poate fi socotită precum o infracțiune pozitivă după dreptul penal, dacă legiuitorul nu a prevăzut-o cu o sancțiune, și invers, fapta poate să nu fie antisocială, poate să fie chiar folositoare societății, dar întrucât legea o sancționează penal, ea constituie o infracțiune după dreptul pozitiv¹². După cum lesne se poate observa, principiul minimei intervenții sau orice alt fundament de cuantificare a pedepsei penale, lipsește cu desăvârșire. Această concepție este fundamentată pe ideea cum că obiectul juridic reprezintă elementul legal al infracțiunii, element ce nu are alt rol decât să dea pecetea oficialității faptelor considerate a fi infracțiuni. În opinia noastră, această viziune vetustă, este fundamental eronată, din perspectiva în care obiectul juridic nu reprezintă sancțiunea penală a unei norme, cele două situându-se pe planuri diferite. Obiectul juridic este o valoare pe care norma urmărește să o protejeze, și cum altfel să îndeplinească această funcție esențialmente preventivă, decât prin implementarea unei corecții de natură să determine înfrânarea persoanele care se gândesc să încalce norma.

2. Teoria normativismului radical, propusă de Günther Jakobs

Reputatul autor susține că unele infracțiuni nu pot fi justificate prin existența unui obiect juridic, ci mai degrabă prin criteriul nocivității sociale. În unele cazuri numai acesta poate explica diferența de tratament, mai exact protejarea acestora numai în anumite cazuri. Jakobs afirmă că însăși esența dreptului penal este protejarea ordinii sociale, iar aceasta nu este compusă din suma obiectelor juridice existente¹³.

Profesorul Günther Jakobs susține că infracțiunile nu pot pretinde faptul că protejează un anumit obiect juridic, deoarece acesta este protejat numai împotriva anumitor variante ale laturii obiective¹⁴. Mai mult decât atât, acesta indică un alt presupus neajuns și anume faptul că dreptul penal nu protejează numai împotriva acțiunilor ce pot fi imputate unor particulari (spre exemplu nu protejează împotriva unor fenomene naturale).

Cu anumite rezerve, ne permitem să îl contrazicem pe celebrul profesor Günther Jakobs. Astfel, în primul rând, nu trebuie uitat faptul că, dreptul penal, cu ale lui obiecte juridice, conlucrează cu principiul minimeii intervenții și cu caracterul selectiv al dreptului penal (caracterul fragmentar al dreptului penal¹⁵), astfel încât este normal ca sancțiunea unui obiect juridic să fie limitată la anumite variante ale laturii obiective considerate mai periculoase. În al doilea rând, chiar și în cazul unui dezastru natural există, în mod evident, o lezare a unui obiect juridic, doar că această lezare nu poate fi imputată nimănui, deci nu există o infracțiune. Situația este surprinsă excelent de către Claus Roxin care ne indică faptul că acțiunea necesară pentru comiterea unei infracțiuni este condiționată de factorul uman, privit ca o “manifestare a personalității”¹⁶.

Așadar, ni se pare firesc ca obiectele juridice să nu fie apărate decât în anumite cazuri, când acestea sunt puternic lezate sau periclitare, de o persoană care poate răspunde penal, în concordanță, bineînțeles, cu principiul proporționalității, cu cel al minimeii intervenții și cu caracterul selectiv al dreptului penal.

Practic, prin teoria normativismului radical, profesorul Günther Jakobs propune un nou fundament represiv al dreptului penal, bazat pe teoria funcționalismului sistematic elaborată de Niklas Luhmann.

În mare, Luhmann abordează problema “dublei contingente” în procesul de interacțiune socială, potrivit căreia, nu ajunge să sperăm că o altă persoană se va conforma unei anumite conduite, ci trebuie să stopăm orice încercare a acesteia de a o nesocoti. Bazată numai parțial pe concepțiile lui Luhmann, teoria elaborată de profesorul Günther Jakobs propune legitimarea dreptului penal pe necesitatea existenței acestuia. Astfel, acesta susține că nu este important prejudiciul cauzat victimei sau gradul de lezare a obiectului juridic, ci amploarea comportamentului delictual, raportat la negarea validității unei norme penale¹⁷. Acesta arată că hoțul nu trebuie pedepsit pentru că a lezat valoarea socială (patrimoniul) sau pentru că l-a privat pe adevăratul proprietar de uzul bunului său, ci pentru că a încălcat dispozițiile normei care îi interziceau acest lucru și care îi impuneau să respecte proprietatea¹⁸. Aceasta fiind situația, pedeapsa aferentă unei norme incriminatoare are rolul de a impresiona indivizii, de a-i speria, îndeplinindu-și astfel funcția sa de prevenție generală pozitivă¹⁹. Practic, Jakobs susține că ceea ce protejează dreptul penal este norma incriminatoare, în sine, independent de existența obiectelor juridice. Unii doctrinari au achiesat numai parțial acestor concepții, susținând că numai infracțiunile lipsite de nucleu natural urmăresc sancționarea lipsei de obediență a normei penale²⁰.

Un sistem penal bazat pe obiecte juridice nu apără valori abstracte în lipsa unor realități concrete. Practic, dreptul penal nu poate oferi protecție “vieții omenești” dacă această valoare socială nu ar fi întrupată efectiv într-o persoană fizică. Fundamentul presiunii penale nu se găsește în nesocotirea suveranității Statului prin încălcarea unei norme de incriminare, ci trebuie întotdeauna raportat la un obiect juridic, la o valoare socială efectiv lezată pe care legiuitorul a considerat-o ca fiind demnă de protecție penală, anterior implementării normei²¹. Nu este îndeajuns ca legiuitorul să spună “vreau” incriminarea respectivă, ci acesta are obligația de a justifica de ce “trebuie” incriminată un anumit comportament.

Totuși, dacă ceea ce trebuie apărat este norma în sine, cum se explică existența infracțiunilor care se urmăresc numai la plângerea prealabilă, acele infracțiuni care au un obiect juridic “esențialmente privat”²²?

Mai mult decât atât, utilizând concepția lui Jakobs, cum urmează a se aprecia gradul de lezare a unei norme penale? Practic, ieșind din tipare, norma este lezată, punct. Nu vedem cum se va putea efectua individualizarea, dacă nu există o valoare socială lezată la care să ne putem raporta.

Chiar mai mult, cum vom proceda în cazul faptelor care nu sunt tipice, din prisma lipsei lezării obiectului juridic? A faptelor putative? A tentativei absolut impropriei?

Și mai mult, se pune întrebarea logică, “de ce este incriminată o anumită faptă?” Nu se poate pretinde că o normă incriminatoare urmărește numai să nu fie încălcată, fiind cât se poate de clar că există o finalitate, iar această finalitate este protecția obiectului juridic²³. Astfel, chiar dacă am accepta că prin incriminarea omorului se urmărește numai ca oamenii să nu încalce această normă, întrebându-se în continuare “de ce?”, replica un poate fi decât “pentru ca oamenii să nu se omoare între ei”, subliniindu-se astfel, finalitatea normei, despre care vorbeam anterior și anume obiectul juridic al infracțiunii, în speță viața persoanei.

Practic, potrivit concepției lui Jakobs, respectarea normelor penale devine un obiect juridic unic și general, or în contextul “cocktailului infracțional” pe care ni-l servește legiuitorul, considerăm că nu este cazul să ne limităm la o asemenea concepție. Practic, numai prin raportarea la obiecte juridice se pot pune bazele unui sistem juridico-penal rațional²⁴.

3. Concepția franceză

Ab initio precizăm faptul că doctrina franceză nu prea agreează conceptul de obiect juridic, cochetând mai degrabă cu acesta sub alte denumiri. Astfel, într-o formă incipientă, s-a formulat o dihotomie fundamentată pe “urmarea reală”, prezentă numai în cazul infracțiunilor de rezultat și “urmarea legală sau juridică”, omniprezent în cadrul oricărui text de incriminare și de care depinde consumarea infracțiunii²⁵. În același sens, un alt autor definea “urmarea juridică” drept prejudiciul abstract, întruchipat în forma unei lezări izolate sau conjugate a una sau mai multe valori sociale esențiale, inerentă oricărei fapte cu caracter infracțional; o atingere adusă *ratio legis*-ului infracțiunii²⁶. Trecând peste confuzia *ratio legis* – obiect juridic, definiția pare a se apropia extrem de mult de concepția germană asupra obiectului juridic. Mai recent, alt doctrinar francez susținea existența unei urmări legale care coincide încălcării normei de incriminare și care poate fi de două feluri, fie efectivă, fie materială, și o urmare juridică, aferentă perturbării ordinii de drept²⁷. Astfel, acesta arată că, în cazul infracțiunilor de rezultat, există o lezare a unei valori sociale protejate, iar în cazul celor de pericol, periclitatea valorii sociale se confundă cu comportamentul incriminat. Potrivit altor păreri din “hexagon”, există o “urmare sociologică”, noțiune de politică criminală ce permite protejarea unei valori sociale, o “urmare materială” ce corespunde modificărilor din lumea exterioară, o “urmare juridică” ce corespunde lezării efective a unei valori sociale și o “urmare legală”, granița ilicitului penal²⁸.

În opinia noastră, aceste clasificări de tip civilist (numeroase și fără aplicații practice) reprezintă rezultatul veșnicei dorințe de originalitate a francezilor, care au încercat o interpretare proprie. Mai mult, această interpretare are anumite neajunsuri, din perspectiva în care autorii utilizează aceste “urmări (*résultats*)²⁹”, ca și cum toate infracțiunile ar fi “de rezultat” și mai mult decât atât, pun un semn de egalitate între obiectul juridic și rațiunea incriminării.

4. Teoria victimocentrică a lui Schünemann

Această teorie este fundamentată pe o interpretare dilatată a caracterului *ultima ratio* al dreptului penal. Ideea principală este că incidența dreptului penal este limitată la protejarea obiectelor juridice numai când interesele victimei au nevoie și sunt vrednice de protecție penală³⁰. Practic, partizanii acestei teorii propun ca obiectele juridice să fie protejate numai în situația în care și titularul acestora a depus “partea lui de diligență” în vedere apărării lor.

Un exemplu în acest sens apare în chipul infracțiunilor legate de credite bancare care aglomerează instanțele române. Este vorba despre persoanele care au obținut credite bancare, falsificându-și adeverințele de venit.

Astfel, într-o asemenea cauză³¹, având ca obiect fals în înscrisuri sub semnătură privată și înșelăciune în convenții, raportat la acțiunea de “inducere în eroare”, s-a arătat că, aprecierea posibilității de inducere în eroare trebuie să se facă în funcție de împrejurările concrete, raportate la starea psihică și gradul de cultură și pregătire profesională a persoanei vătămate. Continuând, s-a arătat că, în orice relație patrimonială, fiecare parte trebuie să fie diligentă, să depună toată atenția și grija pentru a-și apăra în mod onest interesele, existând însă o limită peste care, în locul diligenței, în mod firesc, trebuie să intervină o doză de bună-credință și o încredere corespunzătoare în comportarea celor două părți. În acest sens, s-a apreciat că banca, prin reprezentanții săi, X, în calitate de “branch manager” și Y, în calitate de “ofițer de credite”, nu a depus aceste minime diligențe în vedere verificării posibilităților de rambursare pretextate de inculpat. Așa fiind, s-a conturat o oarecare indiferență din partea băncii, referitor la posibilitățile efective de înapoiere a banilor, indiferență care a generat potențialitatea cauzării presupusei pagube. Tipicitatea infracțiunii de înșelăciune implică o inducere în eroare, pe când inculpatul doar a *propus* o asemenea eroare, propunere care putea fi răsturnată cu ușurință printr-un simplu procedeu verificator. Continuând, s-a statuat că nu se înțelege care este rolul sus-menționaților agenți de credit, dacă nu tocmai verificarea posibilităților de rambursare în momentul acordării unui credit. Or ceea ce interesează în cazul reținerii infracțiunii de înșelăciune în convenții este tocmai stabilirea existenței unei erori provocate. Pe aceste considerente, s-a apreciat că banca și-a autoindus starea de eroare propusă de inculpat, prin indiferența fățișă și inconștiența profesională de care au dat dovadă reprezentanții acesteia.

Potrivit teoriei victimocentrică, motivarea sentinței sus-menționate ar fi trebuit să aibă succes garantat. Cât timp suntem de acord cu opinia potrivit căreia intervenția

penală se justifică numai în cazul obiectelor juridice penalmente relevante, afirmația cum că legea penală vizează numai persoanele care “au nevoie” de protecție penală, ni se pare exagerată. Aceasta deoarece, după cum bine se știe, dreptul penal este în primul rând menit să îi apere pe cei slabi (ca să nu spunem, “pe cei proști”), în ideea potrivit căreia, cei puternici își pot purta singuri de grijă. În același sens, s-a arătat că, din moment ce legiuitorul nu precizează expres faptul că protecția penală ar fi rezervată celor diligenți, orice interpretare în această direcție este eronată³².

Așa fiind, apărarea exclusivă a obiectelor juridice ai căror titulari nu le pot apăra singuri, este, în opinia noastră, eronată. Poziția ne este susținută de anumite incriminări din Codul Penal privind “imposibilitatea victimei de a se apăra sau de a-și exprima voința”, cum este cazul violului prevăzut de art. 197 C. pen.

Credem că autorii care militează în favoarea acestei teorii, uită un element primordial și anume cauza justificativă a consimțământului victimei, raportat la disponibilitatea obiectelor juridice. Astfel, eventualele avantaje ale teoriei dezbătute ar putea fi oricum valorificate pe tărâmul consimțământului victimei.

III. Concepția autohtonă asupra obiectului juridic

1. Definiție

Obiectul juridic al unei infracțiuni³³ apare definit ca fiind valoarea socială protejată de norma juridică penală³⁴ și careia i se aduce atingere prin comiterea infracțiunii³⁵, obiectul tutelei juridice penale³⁶, valoarea abstractă de ordin social penalmente protejată³⁷, realitatea ce condiționează o viață socială liberă și sigură, care garantează drepturile omului, libertățile individului și funcționarea sistemului de stat construit pentru atingerea acestor scopuri³⁸.

Într-unul dintre aceste moduri trebuie privit obiectul juridic, din punct de vedere conceptual, pentru a nu se face confuzia, des întâlnită în doctrină³⁹, cum că valoarea socială protejată (obiectul juridic) este reprezentată de anumite relații sociale privind acea valoare socială⁴⁰. Acesta este o definiție recursivă care trebuie refutată în baza logicii circulare, aflându-ne în prezența unui adevărat *petito principii*⁴¹, în context, încercarea de a defini valoarea socială folosind în explicație tocmai sintagma ce se urmărește a fi definită. Izvorul confuziei rezidă în efortul marelui profesor Vintilă Dongoroz de a defini conceptul de obiect juridic. Acesta susținea că în atingerea unei valori sociale, în afară de rezultatul care se produce imediat (urmarea directă, răul material) se mai creează și o stare de neliniște, o stare neconvenabilă pentru normala și pașnica desfășurare a relațiilor sociale, fiecare socotindu-se amenințat de eventuala ivire a unor noi fapte de natura celor săvârșite (urmările indirecte, răul social)⁴². În mod similar, s-a afirmat că societatea este întotdeauna interesată când un particular este lezat printr-o infracțiune, fiind și ea lovită indirect, prin repercutare⁴³, generând o așa-numită “alarmă socială”⁴⁴.

Cu altă ocazie, s-a propus disjungerea noțiunii de obiect juridic, subliniindu-se distincția dintre interesul ocrotit în special, de care norma de incriminare se preocupă

direct și un interes ocrotit în general, de care norma de incriminare se ocupă în mod indirect⁴⁵. Acest din urmă interes a fost catalogat ca aparținând societății și denumit “ordine publică”, fiind inerentă oricărei dispoziții incriminatorie⁴⁶. Apreciem că cele două concepte, cel de “ordine publică⁴⁷” și cel de “relații sociale⁴⁸” sunt echivalente din punct de vedere al generalității lor, ambele putând fi scoase ca și factor comun tuturor infracțiunilor existente în codul penal sau în legi speciale⁴⁹, constituind grupa așa-numitelor “obiecte juridice aparente”⁵⁰. În altă ordine de idei, apreciem menționarea acestora în cadrul indicării obiectului juridic ca fiind superfluă și lipsită de pondere juridică⁵¹.

Potrivit unor alte păreri, obiectul juridic al unei infracțiuni nu este reprezentat de relațiile sociale privind o valoare socială, ci de ambele concepte, privite distinct⁵². După părerea noastră, obiectul juridic, ca și nucleu al infracțiunii, nu poate fi atașat conceptului de “relații sociale”, deoarece acestea sunt realități exterioare valorilor sociale, preexistente acestora⁵³, al căror rol este evaluarea într-un stadiu incipient și atribuirea însușirii de valoare anumitor bunuri, situații, stări sau calități care corespund intereselor societății⁵⁴.

Și mai bizar, vechii autori comuniști consideră că numai lezarea acestor relații, privite singular, are relevanță penală (adică numai urmările indirecte, răul social, în viziunea profesorului Dongoroz, lezarea unei anumite valori sociale fiind lipsită de relevanță)⁵⁵. Practic, potrivit acestei concepții, dacă o femeie este violată, nu este importantă libertatea ei sexuală, cât părerea publicului despre această faptă, frica generată în sânul populației. În mod evident, într-un asemenea caz ar trebuie sancționate și posturile TV care difuzează arhicunoscutele “știri de la ora 5”, deoarece, în mod evident, prin transmiterea de informații despre anumite infracțiuni grave, relațiile sociale au de suferit, fiecare telespectator în parte temându-se că ar putea deveni la rândul său victima unei infracțiuni. Absurditatea acestor reflexii de sorginte comunistă, înapoiate din punct de vedere conceptual, este cât se poate de clară, astfel încât nici măcar nu merită combătute.

Practic, oricât ne-am chinui să îmbrățișăm sau măcar să localizăm un dram de rațiune în inima acestor concepții, ne lovim de alte și alte neajunsuri. Pe parcursul acestei lucrări vom reveni periodic asupra vicisitudinilor concepției autohtone asupra obiectului juridic, urmând să propunem anumite soluții de avarie.

2. Identificare

Potrivit unei păreri exprimate în doctrină, din perspectiva identificării obiectului juridic al fiecărei infracțiuni, pot fi desprinse mai multe categorii de incriminări⁵⁶:

A. Incriminări în cadrul cărora obiectul juridic este enunțat în mod explicit

Primul exemplu care ne vine în minte este cel al art. 155 C. pen., care menționează ca valori sociale apărate unitatea și indivizibilitatea, suveranitatea sau independența Statului. *Prima facie* ar părea că identificarea obiectului juridic în cadrul acestui tip de incriminări este facilă. În realitate lucrurile nu stau chiar așa, deoarece, veșnic-inventivul legiuitor român mai plasează câte o capcană pe alocuri.

Un exemplu în acest sens îl constituie Legea nr. 194/2011 privind combaterea operațiunilor cu produse susceptibile de a avea efect psihoactiv. Potrivit art. 16 alin. (1) din această Lege, fapta persoanei care, fără a deține autorizație eliberată în condițiile prezentei legi, efectuează operațiuni cu produse știind că acestea sunt susceptibile de a avea efecte psihoactive constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 2 la 8 ani și interzicerea unor drepturi, dacă fapta comisă nu constituie o infracțiune mai gravă⁵⁷.

Din moment ce Legea nr. 194/2011 privește combaterea operațiunilor cu produse susceptibile de a avea efecte psihoactive, bunul simț ne sugerează faptul că obiectul juridic al infracțiunii ar trebui să fie sănătatea publică. Interesant este că autorizarea pentru efectuare de operațiuni cu aceste produse se eliberează pentru fiecare produs în parte, pentru fiecare operator în parte⁵⁸, neexistând o procedură de autorizare “globală”, astfel încât un produs susceptibil de a avea efecte psihoactive poate fi autorizat pentru un operator, iar pentru altul, nu. Așa fiind, infracțiunea se apropie de cele privitoare la regimul juridic stabilit pentru unele activități reglementate de lege, având ca și obiect juridic respectarea regimului legal al substanțelor susceptibile de a avea efect psihoactiv⁵⁹. Practic, deși legea este intitulată pompos “pentru combaterea” produselor susceptibile de a avea efect psihoactiv, este cât se poate de clar, credem noi, că acest act normativ urmărește mai degrabă impozitarea fenomenului “drogurilor legale”. Totul pare a face parte dintr-o optică mai largă a legiuitorului care, după ce timp de 3 ani a ignorat complet fenomenul substanțelor cu efect psihoactiv, s-a hotărât că ar fi păcat să nu exploateze deja formată “clientelă”.

B. Incriminări care nu menționează explicit obiectul juridic, dar acesta este ușor de identificat din chiar conținutul normei

Edificatoare în acest sens este incriminarea faptelor de omor sau ucidere din culpă, unde obiectul juridic este, în mod evident, viața persoanei. Totuși, la o analiză mai atentă, identificarea nu este atât de facilă. Astfel, importanța socială impregnată unei valori juridice poate să fie diferită atât din perspectivă spațială, cât și din perspectivă temporală. În acest sens amintim faptul că, în urmă cu câteva decenii, un reputat autor italian susținea cu tărie faptul că, în cazul infracțiunii de omor, obiectul juridic este reprezentat de interesele demografice ale Statului italian⁶⁰ (sic!).

C. Incriminări în cazul cărora obiectul juridic nu poate fi identificat decât prin raportare la elementele exterioare conținutului infracțiunii

Potrivit acestei metode de identificare, ar fi îndeajuns ca cititorul să se raporteze la denumirea marginală a articolului în vederea descoperirii obiectului juridic al infracțiunii. Din nou, amintim faptul că, fiind în permanență “pus pe șotii” legiuitorul ne mai așterne niște curse și cu ocazia denumirii marginale. Să luăm drept exemplu cazul infracțiunii de sustragere de sub sechestrul prevăzută de art. 244, actualmente încadrată în Titlul V al Codului penal, titlu denumit generic “Infracțiuni contra autorității”⁶¹. Potrivit doctrinei (și

bineînțeles, Codului de procedură penală), măsurile asiguratorii sunt măsuri procesuale [...] ⁶². Pe de altă parte, doctrina ne indică faptul că infracțiunile contra înfăptuirii justiției constituie manifestări antisociale care lovesc activitatea judiciară ⁶³, mai exact activitățile atașate justiției și anume cercetarea penală, de urmărire penală, de judecată și de executare a pedepselor ⁶⁴. Aceasta fiind situația considerăm infracțiunea de sustragere de sub sechestru este greșit plasată în Titlul V, cinstita sa încadrare având loc în cadrul infracțiunilor contra înfăptuirii justiției.

O repartiție mai limpede a acestor infracțiuni apare în Codul Penal italian, unde Titlul II prezintă infracțiunile contra administrației publice, iar Titlul III, infracțiunile contra administrației judiciare ⁶⁵.

D. Incriminări în cazul cărora obiectul juridic nu poate fi identificat decât prin eforturile doctrinei

Această categorie ne este prezentată ca făcând referire la infracțiunile în cadrul cărora obiectul juridic nu este evidențiat de nicio culoare. Pentru a descoperi nucleul infracțional al textului putem aborda problema din diverse perspective. Să luăm drept exemplu art. 296¹ alin. (1) lit. i) din Legea nr. 571/2003 care incriminează “refuzul sub orice formă al accesului autorităților competente cu atribuții de control pentru efectuarea de verificări inopinate în antrepozitele fiscale”.

Deși *prima facie* ar părea că obiectul juridic al acestei infracțiuni este strict legat de înfăptuirea justiției, credem că situația trebuie privită puțin nuanțat. Să ne reamintim pentru o clipă faptul că infracțiunile contra înfăptuirii justiției constituie manifestări antisociale care lovesc activitatea judiciară ⁶⁶. Or, împiedicarea pătrunderii organului de control nu este intrinsecă activității judiciare, deoarece acesta desfășoară mai degrabă o verificare de rutină, independent de existența vreunui act judiciar. Astfel, considerăm că, atâta timp cât orice împotrivire lezează autoritatea organului de control, nu același lucru se poate spune despre înfăptuirea justiției, valoare socială care, în cele mai multe cazuri, nu va fi lezată datorită non apartenenței controlului la sfera actelor atașate activității judiciare. Pe aceste considerente, apreciem că valoarea socială protejată în cazul acestei infracțiuni este autoritatea organelor de stat, mai precis, dreptul acestora de a tutela, în limitele determinate, desfășurarea vieții cotidiene. În același sens amintim că, în trecut, “orice împotrivire din partea unui particular asupra unui agent al autorității care urmărea îndeplinirea unui act al funcțiunii sale” era considerată a fi rebeliune, infracțiune al cărei obiect juridic era stabilit ca fiind autoritatea organelor de stat ⁶⁷.

Am parcurs aceste așa-numite categorii propuse în doctrină, pentru a demonstra faptul că, în realitate, acestea sunt incerte și lipsite de pondere juridică, fiind, practic, inutile ca și elemente de clasificare. În opinia noastră, aceste “categorii” reprezintă mai degrabă niște indicii care, trebuie urmărite în vederea identificării obiectului juridic, alături de analiza jurisprudenței, a dreptului comparat și a prevederilor anterioare în materie. Așadar, în opinia noastră, toate infracțiunile trebuie analizate temeinic, pentru a nu exista

confuzii cu privire la obiectul juridic al infracțiunii, confuzii care, după cum vom arăta pe parcursul acestei lucrări, pot naște monștri.

IV. Clasificări

1. Obiect juridic universal – obiect juridic individual

O primă clasificare ne este oferită de doctrina germană, care împarte obiectele juridice în două categorii diferite, individuale și universale. Astfel, obiectele juridice individuale sunt cele cu conținut eminent personal (viața, integritatea corporală, onoarea), iar obiecte juridice universale sunt cele care aparțin întregii colectivități (siguranța publică, protejarea secretelor de Stat)⁶⁸.

Potrivit principiului “non-distributivității”, atâta timp cât este conceptual, real și juridic imposibilă divizarea unui obiect juridic și atribuirea unei porțiuni din acesta unui individ, obiectul juridic este unul universal⁶⁹. Parțial corect, deoarece, unele obiecte juridice universale precum siguranța rutieră, se raportează, până la urmă, la protejarea unor obiecte juridice individuale precum viața și integritatea corporală a persoanelor. În acest sens a fost formulată o clasificare tripartită, conform căreia, obiectele juridice ar fi individuale, universal-antropomorfe (ce pot fi raportate la obiecte juridice individuale) și difuze (ce pot fi raportate la obiecte juridice individuale numai printr-o interpretare extensivă, cum este cazul mediului înconjurător). Partizanii acestei teze susțin că obiectele juridice difuze, nu ar merita protecție penală⁷⁰. Utilitatea clasificării pare a fi iluzorie, din perspectiva faptului că, în mod evident, afectarea într-un mod negativ a mediului poate avea efecte dezastruoase pentru anumite persoane, privite individuale.

Potrivit unei alte păreri, nu se poate afirma că un obiect juridic universal este vreodată lezat sau pus în pericol concret⁷¹. Așa fiind, autorul se întreabă dacă dreptul penal trebuie să se ocupe în mod direct de riscuri viitoare, oferind drept soluție adoptarea teoriei antropomorfe și implicit dezmembrarea obiectelor juridice universale, în mai multe obiecte juridice individuale.

Cât timp o tranziție a obiectelor juridice universale înspre obiectele juridice individuale nu este posibilă, situația “în oglindă” este la ordinea de zi. Așadar, în cazul unei infracțiuni de omor comisă în anumite condiții, cum este cazul genocidului, obiectul juridic individual, viața persoanei, va fi “înglobat” în obiectul juridic universal al infracțiunii și anume siguranța unui grup național, rasial, etnic sau religios⁷².

Un obiect juridic universal nu va putea fi dispersat în multe obiecte juridice individuale și nici nu va putea fi înglobat într-un asemenea obiect. Practic, noțiunea de obiect juridic universal seamănă, într-o oarecare măsură, cu dreptul de coproprietate forțată, aceasta deoarece, toată lumea beneficiază de el, dar nimeni nu și-l poate apropria, nu îl poate distruge și nu îl poate transforma.

În ciuda acestei precizări, există o viziune aparte în doctrină, potrivit căreia subiectul pasiv al infracțiunilor legate de droguri este exclusiv persoana fizică. Această

concepție se fundamentează pe considerarea sănătății publice nu ca un obiect juridic universal, ci ca suma mai multor obiecte juridice individuale⁷³. Ideea este interesantă deoarece, în situația în care persoana este subiect pasiv al infracțiunii, titular al valorii sociale protejate, ar putea opera consimțământul persoanei vătămate în cazuri precum deținerea de substanțe interzise în vederea consumului propriu.

Astfel, spre deosebire de alte obiecte juridice universale, precum siguranța rutieră, care vizează, practic, atât viața și integritatea persoanelor cât și patrimoniul în general (inclusiv al Statului, entitate aflată în imposibilitate de a consimți), sănătatea publică vizează (în mod direct) numai viața și integritatea persoanelor, astfel încât, la nivel teoretico-conceptual, această valoare socială ar putea fi divizată între particulari.

O decizie relativ recentă pare a confirma teoria sus-menționată. Judecând o persoană care a deținut droguri pentru consumul propriu, instanța supremă argentiniană a statuat că, având în vedere datele speței (inculpatul consuma întotdeauna singur drogurile), obiectul juridic protejat și anume sănătatea publică, nu a fost lezat, astfel încât fapta acestuia nu este tipică⁷⁴. Este de menționat în acest context că, potrivit art. 19 din Constituția argentiniană, “faptele de sorginte privată, care nu lezează terți, sunt în afara sferei de incidență a autorității de stat, fiind pasibile de judecată numai de către Dumnezeu”⁷⁵.

Chiar și așa, după cum s-a arătat în doctrină, nici măcar într-o asemenea viziune nu ar trebui permise operațiunile cu droguri, datorită costului social ridicat al toxicomaniei, dublat de favorizarea propagării bolilor⁷⁶. Așa fiind, credem că soluția instanței supreme argentinienne este una greșită, obiectul juridic fiind, în mod evident, periclitat. Cu toate acestea, ne întrebăm dacă intervenția dreptului penal este cel mai bun răspuns la narcomanie? Altfel spus, este decizia unei persoane de a duce o viață “ne bună” atât de gravă încât să justifice intervenția dreptului penal? Opinăm că nu. Aceasta deoarece, gândirea paternalistă trebuie să se supună și să lase loc drepturilor individuale⁷⁷.

Din moment ce am analizat implicațiile tratării unor obiecte juridice universale drept suma celor individuale, oportun ar fi să tratăm și situația inversă. Astfel, ce s-ar întâmpla în ipoteza în care, să spunem, obiectul juridic al infracțiunii de furt ar fi, în fapt, “relațiile sociale de ordin patrimonial, al căror formare, desfășurare și dezvoltare sunt asigurate prin apărarea avutului unui individ” sau că obiectul juridic al infracțiunii de omor ar fi un complex, fiind reprezentat de “relațiile sociale a căror formare, desfășurare și dezvoltare nu ar fi posibilă fără asigurarea respectului vieții umane alături de relațiile sociale protejate prin sancționarea faptelor ce alcătuiesc grupul infracțiunilor contra persoanei”⁷⁸. *Prima facie*, ar părea că, din prisma doctrinilor socialiști (și a urmașilor acestora) toate obiectele juridice ar fi universale. Or în mod evident o asemenea orientare ar genera o serie de neajunsuri. Aceasta deoarece, dihotomia obiect juridic individual – obiect juridic universal își găsește utilitatea în planul al consimțământului victimei, (și a legitimei apărări) cauză justificativă atașată direct noțiunii de obiect juridic individual.

Așadar, prima și poate cea mai evidentă problemă, ar surveni în planul consimțământului titularului obiectului juridic. **Folosind sintagma de sorginte proletară “relații sociale”, este cât se poate de limpede că acest așa-numit obiect juridic are un**

“titular difuz⁷⁹” și anume Statul, entitate care se află în imposibilitate de a-și manifesta intenția de a se debarasa de valoare socială protejată⁸⁰. Așa fiind, însăși rațiunea existenței consimțământului victimei ca și cauză justificativă s-ar năru.

Atât practic cât și teoretic, consimțământul nu poate opera decât în cazul infracțiunilor cu obiect juridic individual⁸¹. Rațiunea operativității acestei cauze justificative este că, atâta timp cât se vorbește despre un obiect juridic de care un individ poate dispune, libertatea de decizie a acestuia prevalează asupra obiectului juridic atașat incriminării⁸². Chiar și așa, obiectul juridic este, în fapt, lezat, fapta fiind tipică, dar nu și antijuridică. Cu toate acestea, există voci cu greutate în doctrină, care afirmă faptul, în ipoteza în care victima își dă consimțământul, nu se mai poate vorbi despre o lezare a obiectului juridic, astfel încât fapta nu este tipică⁸³. În opinia noastră, singura situație în care consimțământul victimei nu îndeplinește tipicitatea faptei este atunci când existența consimțământului înlătură în mod expres tipicitatea faptei (spre exemplu în cazul infracțiunilor în care acțiunea trebuie comisă “fără consimțământul” titularului obiectului juridic, cum este cazul furtului prevăzut de art. 208 C. pen)⁸⁴. Practic, obiectul juridic este lezat chiar și în situația unei autolezări, numai că, în principiu, fapta nu prezintă relevanță penală datorită lipsei antijuridicității. Spunem “în principiu” deoarece pot fi imaginate cazuri în care finalitatea automutilării poate contraveni bunelor moravuri sau poate chiar să constituie o infracțiune distinctă. Practic, indisponibilitatea unui anumit obiect juridic nu poate surveni decât în situația în care un interes superior ar intra în coliziune cu acesta⁸⁵. În acest sens, doctrina interbelică a susținut oportunitatea incriminării automutilării bărbaților în scopul de a deveni improprii serviciului militar (incriminată în continuare în cadrul art. 348 C. pen), în scopul malthusianismului sau în ideea practicării parazitismului social prin cerșetorie⁸⁶.

Totuși regula disponibilității obiectului juridic dănuie. Astfel, înlesnirea sinuciderii sau duelul sunt (respectiv au fost, în cazul duelului⁸⁷) incriminate, tocmai din perspectiva în care viața nu este o valoare socială disponibilă. Mai mult decât atât, când e vorba despre viața unei persoane, orice cuantificare este exclusă, indiferent pe posibilitatea de supraviețuire a fiecărei persoane în parte. În acest sens, doctrina ne oferă exemplul unor persoane aflate într-o barcă în scufundare, și care trebuie să se debaraseze de unul dintre cei aflați la bord, pentru a asigura salvarea grupului. Astfel, chiar dacă o persoană era grav bolnavă, având o șansă de supraviețuire estimată la 20%, nu se poate spune că viața altui pasager, cu șanse majore de supraviețuire, ar avea o importanță mai mare⁸⁸. Chiar și așa, în ipoteza în care, sarcina maximă a bărcii ar fi depășită cu 100kg, iar în barcă s-ar afla o singură persoană cu greutate mai mare de 100kg, credem că acesta va trebui să continue înot, deoarece, în mod evident, două vieți, sunt și vor fi întotdeauna, superioare uneia singură⁸⁹.

Totuși, nu numai viața reprezintă un obiect juridic individual nedisponibil, legiuitorul indicând în mod expres anumite ipoteze în care consimțământul este întotdeauna irelevant. Este exemplul traficului de persoane sau a infracțiunii de act sexual cu un minor, fapte în cadrul cărora, fie se prevede expres⁹⁰, fie planează o prezumție absolută a vicierii consimțământului⁹¹.

Legat de infracțiunea de trafic de persoane, din perspectiva obiectului juridic, legiuitorul pare a fi creat un cerc vicios. Astfel, potrivit art. 16 consimțământul victimei nu

înlătură răspunderea penală. Potrivit jurisprudenței, obiectul juridic al infracțiunii de trafic de persoane este apărarea dreptului la voință și libertate a victimei⁹². Practic, legiuitorul susține că prin cenzurarea voinței victimei, acesta protejează tocmai voința victimei, ceea ce este absurd⁹³.

Există păreri în doctrină cum că, în cazul faptelor care lezează demnitatea umană, consimțământul victimei nu va putea opera⁹⁴. Credem că noțiunea de “demnitate” diferă de la persoană la persoană, astfel încât aceasta nu trebuie raportată la o concepție generală a societății față de aceasta. Practic, ce pare scandalos pentru individul A, poate părea ceva normal pentru individul B. Mai mult decât atât, nu vedem cu ce este lezată societatea sau individul A, dacă B acceptă să facă ceva odios. Spre exemplu, în centrul Parisului există un domn care acceptă picioare în fund pentru 1 Euro. Departe de imoralitatea mijlocului de câștigare a propriului trai practicat de această persoană, este limpede că sancționarea “clienților” acestuia pentru loviri sau alte violențe ar fi absurdă.

Alți doctrinari invocă criteriul ireversibilității pe cale naturală a rezultatului, în ideea excluderii faptelor prevăzute de art. 182 alin. (2) din sfera valorilor sociale disponibile⁹⁵. În opinia noastră și a altor autori, consimțământul victimei va opera și în cadrul acestor fapte “ireversibile”, fiind limpede că o persoană nu poate fi privată de dreptul de a dispune de propriul corp, doar datorită caracterului “iremediabil casant” al valorii sociale de care dorește să dispună⁹⁶. Considerăm că o viziune contrară ar presupune anumite neajunsuri. În prim plan ar fi situații precum imposibilitatea donării consimțite a unui rinichi sau a unei operații de schimbare de sex, ipoteze care, în mod evident, nu pot fi acceptate în timpul nostru⁹⁷.

Cât despre ierarhia obiectelor juridice aceasta este, *in abstracto*, următoarea: viața și restul valorilor⁹⁸, urmând ca ierarhia din cadrul celorlalte valori sociale să fie stabilită *in concreto*, prin punerea în balanță a obiectelor juridice aflate în conflict⁹⁹.

Totodată, nu trebuie pierdut din vedere faptul că, încuviințarea titularului obiectului juridic trebuie întotdeauna raportată la percepția acestuia asupra riscului la care se expune. Astfel, în situația ipotetică în care, să spunem, o persoană acceptă să fie operată în vederea tatuării numelui iubitei sale pe miocard, dacă nu îi sunt explicate riscurile aferente acestei proceduri, iar acesta suferă o infirmitate permanentă, deși această valoare socială protejată (integritatea corporală) ar fi fost disponibilă, cel care a efectuat tatuajul va răspunde penal deoarece fapta sa este, în mod evident, antijuridică.

2. Infracțiuni monoofensive – infracțiuni pluriofensive

În cazul infracțiunilor monoofensive este suficientă lezarea unei singure valori sociale pentru existența infracțiunii, cât timp, în cazul celor pluriofensive, este necesară lezarea mai multor valori sociale¹⁰⁰.

Din punctul de vedere al obiectului juridic, clasificarea își dovedește utilitatea atât în procesul evaluării intenției, care va fi evaluată raportat la obiectul juridic principal, cât și în ceea ce privește determinarea subiectului pasiv (principal și secundar). Totuși, trebuie subliniat faptul că se poate vorbi despre o infracțiune pluriofensivă numai atunci când

tipicitatea acesteia este condiționată *in abstracto* de lezarea sau periclitarea mai multor valori sociale¹⁰¹. Astfel, chiar și în situația în care agentul de poliție acceptă să primească un pumn de la un coleg, tipicitatea faptei de ultraj va fi îndeplinită, deoarece ambele obiecte juridice au fost lezate, indiferent dacă, raportat strict la integritatea agentului, fapta nu ar fi fost antijuridică.

3. Obiect juridic general, generic și special

Literatura de specialitate autohtonă ne propune și această clasificare¹⁰², dar după cum vom vedea, importanța practică a acesteia este cvasi-iluzorie. Astfel, obiectul juridic general este reprezentat de totalitatea valorilor sociale ocrotite de dreptul penal, obiectul juridic generic este cel compus din mai multe valori sociale de aceeași natură, bazat pe sistematizarea infracțiunilor în Codul penal, iar obiectul juridic special este reprezentat de valoare socială ocrotită de o anumită normă penală, privită singular.

În primul rând, după cum bine s-a punctat, dacă acceptăm ideea conform căreia orice infracțiune aduce atingere întregii ordini de drept, trebuie să acceptăm că și celelalte forme ale ilicitului au aceeași semnificație (de exemplu contravenției). Așa fiind, de ce raportăm obiectul juridic general numai la valorile sociale penalmente relevante?¹⁰³

După părerea noastră, profesorul Basarab a preluat această clasificare din literatura de specialitate rusă (A. N. Trainin), fără să cerceteze dacă, raportat la legislația noastră, aceasta ar putea avea aplicații practice¹⁰⁴.

Astfel, după cum lesne se poate observa, partea specială a Codului penal este împărțită pe mai multe titluri, în funcție de obiectul juridic comun al fiecărei categorii de infracțiuni (siguranța Statului, viața și integritatea fizică, patrimoniul, libertatea etc.). Această divizare a Codului are importanță mai mult în practica judiciară, fiind evident mai ușor de lucrat pe baza unei asemenea structuri, bazate pe natura infracțiunilor.

Totuși, există anumite legislații unde avantajele structurării (și implicit a noțiunii de obiect juridic generic) sunt mai numeroase. Spre exemplu, în Italia există așa-numita “recidivă specifică¹⁰⁵”, în situația în care infracțiunea comisă ulterior primei condamnări este de aceeași natură (*stessa indole*)¹⁰⁶. Considerăm că această identitate naturală dintre infracțiuni nu poate fi constatată decât utilizând teoria obiectului juridic, orice altă interpretare constituind o analogie în defavoarea acuzatului. Două precizări se impun a fi făcute. În primul rând ne referim aici la teza a doua (natura faptei, nu mobilul ei, a se vedea nota 106), iar în al doilea rând, ne raportăm la analiza obiectului juridic în sens larg, a obiectului juridic așa-zis “generic”, nefiind necesară o identitate perfectă de obiect juridic pentru a afirma că două infracțiuni ar fi de aceeași natură. În situația în care o asemenea ipoteză ar apărea și în spațiul nostru legislativ, trihotomia în dezbatere, și-ar putea găsi utilitate.

V. Demarcația dintre imoralitate și ilegalitate

Ab initio menționăm că, în ciuda părerilor exprimate în doctrina timpurie, tot ce este sancționat penal este, de regulă, imoral, dar nu tot ce este imoral este sau trebuie sancționat penal¹⁰⁷. Orice persoană, în orice situație s-ar afla, are o conștiință morală ce

reprezintă reflexul necesităților absolute de viață a unei societăți determinate. Dar această conștiință se schimbă în funcție de diverse elemente spațio-temporale. Faptele care sunt astăzi blamate de conștiință, erau odinioară admise, și invers¹⁰⁸.

Efectuând o elegantă analogie, profesorul Tanoviceanu semnală faptul că, “deși aurul, argintul și pietrele prețioase au existat dintotdeauna, ele nu au avut în toate timpurile și pretutindeni aceeași valoare¹⁰⁹”.

Spre exemplu, în trecut au fost incriminate diverse fapte (homosexualitate, sodomie, adulter) despre care, fiind realizate în privat de persoane adulte, nu se poate spune că ar fi lezat vreun obiect juridic¹¹⁰. Aceste tip de infracțiuni au fost considerate ca lezând “concepte generale” (morală publică), iar nu obiecte juridice¹¹¹.

În acest context, profesorul Claus Roxin se întrebă de ce nu am fi putut cataloga caracterul heterosexual al relațiilor sexuale ca și obiect juridic al infracțiunii de homosexualitate¹¹²? Deși întrebarea este una pertinentă, răspunsul vine spontan: caracterul heterosexual al relațiilor sexuale nu prezintă relevanță penală, deoarece, din prisma importanței sociale, acesta nu poate triumfa în fața anumitor interese cu valoare constituțională precum cele instaurate de art. 26 și art. 29 din Constituție sau art. 8 din Conv. EDO¹¹³. Astfel, opinăm că incriminarea acestei fapte în trecut s-a fundamentat, în mod greșit, pe morală, iar nu pe obiecte juridice. O capcană seducătoare, dar raportat la care legiuitorul trebuie să manifeste prudență.

Homosexualitatea și zoofilia erau pedepsite în trecut numai dacă produceau scandal public. Astfel, nu era pedepsită imoralitatea faptelor, ci elementele secundare care o fac să fie considerată ca un ultraj contra pudorii și a bunelor moravuri¹¹⁴.

Revenind, este adevărat că, dintre toate ramurile de drept, dreptul penal are cea mai strânsă legătură cu morala. În vorbele unui mare doctrinar, morala ne indică scopurile, idealul vieții, iar dreptul penal reglementează aceste scopuri, dându-le scut de apărare, pentru ca ele să poată fi realizate¹¹⁵. Altfel spus, dreptul penal însoțește morala în drumul ei, dar nu până la punctul cel mai avansat al acesteia, ci până în punctul posibilității realizării ei¹¹⁶.

Un mare susținător al penalizării imoralului a fost ilustrul Vespasian V. Pella¹¹⁷. Acesta susținea faptul că legea penală trebuie să acționeze precum o medicină socială¹¹⁸, deoarece, orice drept sau interes are delictul său corelativ, precum orice organ sau țesut poate avea boala sa proprie¹¹⁹. Elaborând, autorul afirma că legea penală nu are numai misiunea de a păstra ordinea socială, ci, în anumite cazuri, ea trebuie să pătrundă în viața privată a indivizilor și să-i îndrepte de pe calea răului, atunci când obiceiurile lor sunt contrare demnității oricărui om, când jignesc cele mai elementare percepțe morale¹²⁰.

Dar cine poate stabili ce este moral și ce este imoral? Nu știm... dar nici nu ne interesează¹²¹. Aceasta deoarece, diferența esențială și pozitivă dintre penal și imoral decurge din principiul fundamental *nullum crimen, nulla poena sine lege*, potrivit căruia, orice cetățean trebuie să aibă posibilitatea să cunoască acele acțiuni care sunt prohibite de legea penală, astfel încât să se poată bucura de facultatea de a desăvârși toate celelalte acțiuni, acelea care nu sunt penalmente prohibite¹²².

Faptele omenești sunt intrinsec invariabile, dar ele capătă o valoare și o semnificație deosebită în viața socială, după cum sunt privite de conștiința morală a

indivizilor ce compun societatea, conștiință care se traduce în însăși așezarea juridică a multiplelor raporturi inerente și proporționate cu dezvoltarea economică, culturală și politică a acelei societăți. În situația în care o anumită faptă imorală devine demnă de protecție penală, legiuitorul se va autosesiza în vederea incriminării anumitor conduite prin care aceasta este lezată sau periclitată.

În vorbele lui marelui Platon, preluate ulterior de către Kaufmann, obiectul juridic este numai umbra unei valori morale și nu valoare însăși.

VI. Obiectul juridic și *ratio legis*-ul normei

Este absolut stringent a nu se confunda obiectul juridic cu rațiunea incriminării. Unii doctrinari au afirmat că obiectul juridic reprezintă “sensul și finalitatea normei penale”, “o formă abreviată finalității normei” sau chiar “*ratio legis*-ul prevederilor”¹²³. Astfel, potrivit unor păreri, de inspirație neokantiană, obiectul juridic se confundă cu rațiunea incriminării¹²⁴. Deși destul de des întâlnită, confuzia poate produce consecințe grave.

Asimilarea obiectului juridic cu rațiunea incriminării unei fapte, potrivit concepției iuspozitiviste, favorizează proliferarea obiectelor de tutelă fictive, sprijinind în mod direct hipertrofia normelor de incriminare¹²⁵. În realitate, *ratio legis*-ul imprimă imboldul elaborării unei norme, iar etapa identificării obiectului juridic se circumscrie fazei de construcție a textului legal. În cuvintele partizanilor teoriei metapozitiviste, “norma găsește, nu creează”¹²⁶. Afirmția surprinde excelent relația dintre cele două concepte, obiectul juridic fiind întotdeauna preexistent rațiunii incriminării unei fapte¹²⁷, importantă fiind corecta identificare și implicit plasarea acestuia în “miezul” infracțiunii.

Din păcate, în ultima vreme, incomensurabilele obiecte juridice, de sorginte post-modernistă și în cadrul cărora lezarea efectivă este dificil de reparat, precum cele strâns legate de corecta funcționare a scenei economice, sunt plasate în nucleul epitropiei penale în pofida obiectelor juridice “clasice”, punând bazele așa-numitei tutele anticipate. Aceasta fiind situația, ne îndepărtăm cu pași repezi de principiul ofensivității, instaurând mai degrabă o tutelă penală bazată norme lipsite de substanță. Într-o asemenea concepție, legiuitorul ar putea incrimina diverse fapte, precum conducerea unei motociclete fără cască de protecție, chiar dacă, în mod evident, valoarea socială periclitată nu prezintă relevanță penală. Pentru a se evita aceste consecințe, care ar transforma dreptul penal într-un instrument de corecție abuzivă, legiuitorul penal trebuie să evalueze just măsura în care anumite valori sociale ar trebui ocrotite¹²⁸ cu anticipație, pe baza unei prognose realiste de probabilitate a producerii rezultatului periculos¹²⁹.

VII. Există infracțiuni fără obiect juridic?

1. Precizări conceptuale

Doctrina în materie este împărțită în două tabere, partizanii concepției iuspozitiviste, potrivit căreia obiectul juridic se confundă cu rațiunea incriminării și adepții

concepției metapozitiviste conform căreia norma găsește obiectul juridic și se mulează după aceasta. Cât timp orice incriminare are la bază o rațiune, ne întrebăm dacă există infracțiuni lipsite de obiect juridic?

Părerile exprimate în doctrină par a se îndrepta toate spre un răspuns negativ, arătându-se astfel că în lipsa obiectului juridic nu poate exista infracțiunea¹³⁰ sau că într-un stat de drept, nu se putea vorbi despre existența unei infracțiuni fără obiect juridic¹³¹.

Încercând să depistăm o infracțiune al cărei rațiune este lesne de priceput, dar al cărei obiect juridic este greu, dacă nu imposibil de reperat, ne vine în minte fapta prevăzută de art. 6 din O.U.G. nr. 31/2002, denumită generic “negarea holocaustului”¹³². Cât timp rațiunea acestei incriminări este evidentă, obiectul juridic penalmente relevant, pare a fi de negăsit¹³³. Aceasta deoarece, indiferent de amploarea atrocităților la care face referire norma, există un drept al oricărei persoane de aprecia istoria după bunul plac (potrivit art. 29 din Constituție) care este dublat de dreptul constituțional al liberei exprimări (art. 30 din Constituție și art. 10 din Conv. EDO¹³⁴). Or în fața acestei reuniuni, orice tentativă de formulare a unei valori sociale demne de protecție penală pare a fi în van. Aceasta deoarece, chiar dacă am putea delimita obiectul juridic ca fiind, să spunem, “ordinea socială” sau “prezervarea societății democratice”, este cât se poate de limpede că o valoare socială de asemenea ambiguitate nu este în măsura să limiteze drepturile sus-menționate¹³⁵. În cuvintele Curții de la Strasbourg, “Libertatea de exprimare constituie unul dintre fundamentele esențiale ale unei societăți democratice, una dintre condițiile primordiale ale progresului său și ale dezvoltării fiecăruia. Ea are valoare nu numai pentru informațiile sau ideile primite în mod favorabil sau considerate ca inofensive ori indiferente dar, de asemenea, pentru acelea care contrazic, șochează sau neliniștesc Statul sau o oarecare parte a populației. Astfel o doresc pluralismul, toleranța și spiritul deschis, fără de care nu există o societate democratică”¹³⁶.” Spre deosebire de autorul citat anterior, nu susținem faptul că textul de lege ar fi neconstituțional¹³⁷, ci milităm înspre dezincriminarea faptelor prevăzute în cadrul său, din perspectiva în care, valoare socială protejată nu are fermitatea necesară propriei “înălțări” spre sfera ilicitului penal¹³⁸.

În același sens, renumitul profesor Tanoviceanu manifesta prudență față de această concepție indicând faptul că “unele legislații pedepsesc și defăimările aduse memoriei morților, însă aici este o stâncă de care legiuitorul trebuie să se ferească și anume dreptul de judecată liberă a istoriei”¹³⁹.”

În trecut s-a susținut faptul că obiectul juridic nu trebuie interpretat în funcție de realitatea economică, naturală și socială, ci raportat la momentul implementării normei respective, orice procedeu actual de interpretare fiind derizoriu¹⁴⁰. Această concepție este desuetă din perspectiva în care, după cum am arătat anterior, în doctrina italiană, obiectul juridic al infracțiunii de omor s-a restrâns de la interesele demografice ale statului, la viața persoanei¹⁴¹. Așa fiind, din moment ce un obiect juridic se poate altera în timp, există oare posibilitatea ca acesta să dispară complet?

În mod evident un obiect juridic nu se poate mistui deoarece are un oarecare fundament (chiar și îndepărtat) în Constituție. Chiar și așa, este foarte posibil ca anumite

obiecte juridice să se “devalorizeze” într-o asemenea manieră încât să nu mai fie demne de tutela dreptului penal¹⁴².

Concluzia noastră este că, deși orice infracțiune are un obiect juridic, nu toate aceste obiecte juridice sunt vrednice de protecție penală¹⁴³, astfel încât, luându-ne inima în dinți, susținem **că există infracțiuni fără obiect juridic penalmente relevant**, iar această realitate este problematică. Fie că vorbim despre Curtea Constituțională, fie că vorbim despre legiuitor, cineva ar trebui să ia atitudine în sensul eliminării acestor texte de incriminare.

Un exemplu în acest sens îl constituie infracțiunea prevăzută și pedepsită de art. 60 alin. (6) coroborat cu art. 47 din Legea nr. 51/1995 și anume “*purtarea robei de avocat în afara incintei instanței judecătorești*”¹⁴⁴. Care este obiectul juridic al acestei infracțiuni? Cât timp putem înțelege valoare socială vizată de purtarea “fără drept” a uniformelor aferente unui organ de stat (art. 241 C. pen), sancționarea penală a purtării propriei robe, de către un avocat, până la magazinul de vis-à-vis de instanță este, în mod evident, elucubrantă. Oricum am formula obiectul juridic al faptei în discuție, suntem de părere acesta nu va putea avea niciodată vocație penală.

Situația se regăsește și în cazul infracțiunii de seducție, România fiind, după cunoștințele noastre, ultima legislație europeană care incriminează în continuare acest gen de fapte (incriminare la care s-a renunțat cu ocazia intrării în vigoare a noilor Coduri). Practic, se vorbește despre un consimțământ oarecum viciat, prin această falsă promisiune de căsătorie, obiectul juridic lezat fiind libertatea sexuală a victimei (sau moralitatea, după unii). Ne raliem și noi opiniei potrivit căreia, incriminarea unei astfel de fapte apare ca fiind inutilă și profund anacronică în contextul de educație și civilizație a secolului XXI¹⁴⁵. Așa fiind, considerăm că gravitatea faptei este echivalentă oricărui alt mijloc de “păcălire” a victimei în vederea consumării unui raport sexual cu aceasta. În alte cuvinte, nu se poate pretinde că această incriminare ar avea un obiect juridic penalmente relevant.

Totuși, teoria propusă anterior nu trebuie dusă la extrem. Rezultatul unei asemenea interpretări apare în doctrina italiană, unde s-a opinat că fapta de fabricare, comercializare sau deținere de arme de foc, fără licență, ar fi o infracțiune lipsită de obiect juridic, deoarece presupusa valoare socială tutelată, interesul statului în controlul circulației acestor bunuri, reprezintă scopul normei penale și nu un obiect juridic¹⁴⁶. Credem că, în realitate, deși este unul difuz, obiectul juridic al acestei infracțiuni există, fiind reprezentat de respectarea regimului legal al armelor și munițiilor, valoare diferită de scopul incriminării, care vizează controlul Statului asupra armelor letale.

2. Lezarea sau periclitarea obiectului juridic?

Există voci cu greutate în doctrină, care susțin faptul că periclitarea obiectului juridic nu ar trebui să aibă relevanță penală, acest sector fiind strict rezervat ipotezelor de lezare¹⁴⁷. Înmulțirea infracțiunilor de pericol i-a determinat pe unii autori să se îngrijoreze, afirmându-se în acest sens că am fi în prezența unei “punerii în pericol a dreptului penal prin dreptul penal al punerii în pericol”¹⁴⁸.

După părerea noastră, o asemenea concepție este inacceptabilă, din perspectiva în care ar bloca sancționarea tentativei, a infracțiunilor obstacol și a celor de pericol. Credem că fundamentarea dreptului penal pe obiecte juridice nu înseamnă automat limitarea incidenței acestuia la lezarea efectivă a valorilor, putând fi vorba totodată și de periclitarea acestora. Altfel spus, de ce trebuie dreptul penal să aștepte o lezare efectivă a obiectului juridic, cât timp îi poate oferi acestuia o protecție anticipată¹⁴⁹?

Probleme există însă, credem noi, în plan sancționator. Bunul simț ne sugerează faptul că, din perspectiva “injusteții” faptei, lezarea obiectului juridic este mai gravă decât periclitarea ei. Concepția este reflectată în diferența dintre regimul sancționator al tentativei sau al instigării neurmărite de executare, raportat la fapta consumată (reducerea limitelor de pedeapsă cu jumătate, respectiv între minimul special și minimul general). Aceasta fiind situația, ne întrebăm de ce acest principiu nu re apare și în planul participației, mai exact, de ce instigatorul sau complicele, persoane care, cel mult periclitează obiectul juridic, sunt sancționate cu aceeași pedeapsă ca și autorul? Cât timp instigatorul este “autorul moral” al infracțiunii, astfel încât pedepsirea acestuia precum autorul material pare a fi cea corectă, nu același lucru se poate spune despre complice. În același sens, doctrina franceză cataloga complicele, într-un mod teatral, drept un “actor accesoriu”¹⁵⁰, o persoană ce nu lezează obiectul juridic decât într-o manieră mediată¹⁵¹. Așa fiind, de ce îl judecăm în aceleași limite de pedeapsă ca și pe autor? Simplu! Pentru că, art. 27 C. pen., prevede că “la stabilirea pedepsei se ține seama de contribuția fiecăruia la săvârșirea infracțiunii, precum și de dispozițiile art. 72”. Astfel, chiar dacă limitele de pedeapsă sunt identice, pedeapsa în sine suferă o limitare raportat la contribuția fiecăruia, mai exact, la gradul de lezare/periclitare a obiectului juridic¹⁵².

Aceeași judecată a stat la baza introducerii art. 29 C. pen., privind instigarea neurmărită de executare. Practic, chiar dacă așa-zisul “autor moral” a făcut tot ce i-a stat în putință pentru a leza obiectul juridic, autorul material a rămas pasiv, astfel încât, obiectul juridic este cel mult periclitat.

Interesant este că, prin implementarea art. 29, legiuitorul introduce o infracțiune obstacol cu caracter general, al cărei obiect juridic ar părea că variază în funcție de infracțiunea la care se instigă. În realitate, (și în litera art. 370 din noul Cod penal) această infracțiune este una împotriva ordinii și liniștii publice.

Indiferent din unghiul din care am privi problema, este limpede că dreptul penal poate fi incident atât în cazul lezării obiectului juridic, cât și în ipoteza periclitării acestuia.

3. Fapta putativă. Conduită lipsită de obiect juridic?

Ilustrul profesor Traian Pop afirma că fapta care nu are obiect juridic se numește infracțiune putativă (*delictum putativum*)¹⁵³. Într-o exprimare plastică, fapta putativă a fost definită ca “infracțiunea care are loc numai în capul agentului”¹⁵⁴. Într-o viziune mai puțin plastică și mai mult științifică, s-a afirmat că suntem în prezența unei fapte putative atunci când autorul acționează în condițiile unei erori inverse de drept¹⁵⁵.

Practic, autorul comite o fapta despre care are impresia greșită cum că ar fi sancționată penal. Este exemplul persoanei care nu denunță o infracțiune de furt, fiind convins că a săvârșit infracțiunea de nedenumțare sau cel al persoanei care fură propriul bun, din detenția unui terț¹⁵⁶. Impunitatea unei asemenea fapte se deduce tocmai din prisma obiectului juridic, fiind limpede că lezarea sau periclitarea acestuia are loc numai în imaginația autorului.

Revenind, examinând atât primele două definiții, cât și titlul subcapitolului (Există infracțiuni fără obiect juridic?) observăm că acestea constituie un nonsens juridic, o eroare logică, din perspectiva în care obiectul juridic reprezintă un element al tipicității, iar în lipsa verificării acesteia, nu se poate vorbi despre o “infracțiune”. Concluzia noastră este că, deși faptele putative sunt într-adevăr lipsite de obiect juridic, acestea nu reprezintă veritabile “infracțiuni”, astfel încât nu putem susține că am găsit “gaura de la macaroană” (încă).

4. Tentativa absolut improprie

Posibilitatea de sancționare a “tentativei imposibile” a făcut obiectul multor dezbateri doctrinare de-a lungul timpului.

Conform concepției subiective, nu există “infracțiuni imposibile”, toate aceste fapte constituind, în fapt, tentative pedepsibile¹⁵⁷. În susținerea acestei teze, Vespasian V. Pella susținea că responsabilitatea penală pentru o asemenea faptă trebuie analizată din punct de vedere subiectiv, astfel încât, impunitatea celui care trage cu arma într-o persoană decedată să nu poată surveni decât în situația în care inaptitudinea ar fi existat încă din momentul conceperii infracțiunii (oferind exemplul nebunului care trage cu arma într-un cadavru, crezând că îl va ucide)¹⁵⁸.

Potrivit concepției obiective, infracțiunilor imposibile le lipsește elementul material. În acest sens, un autor se întreba: “Unde este elementul material, care sunt actele de executare, în cazul femeii căreia, după coabitarea cu un bărbat, se crede fals însărcinată și își administrează o substanță pe care greșit o crede avortivă, dar care în realitate este o substanță inofensivă?”¹⁵⁹,

În mod asemănător, marele profesor Garraud, susținea că în ciuda efortului depus în vederea realizării infracțiunii, “delictul imposibil”, nu reprezintă decât o intenție criminală irealizabilă din punct de vedere juridic, consumarea infracțiunii fiind legalmente imposibilă, deoarece unul dintre elementele sale constitutive nu există sau nu poate exista¹⁶⁰. Menționăm că, potrivit doctrinei franceze, tentativa este formată din două elemente certe (începutul executării și absența desistării) și unul incert (posibilitatea producerii materiale a rezultatului) care nu mai prezintă interes pentru jurisprudență¹⁶¹. Așa fiind, acest al treilea element nu trebuie luat în considerare în aprecierea existenței tentativei, fiind suficientă constatarea existenței primelor două elemente¹⁶².

În tentativa de a corela această precizare cu teoria obiectului juridic, unii autori au propus considerarea obiectului juridic drept o condiție prealabilă a infracțiunii¹⁶³, arătând că, deși ignoră pericolozitatea efectivă a infractorului, raționamentul are avantajul

de a nu intra în coliziune cu principiul legalității pedepsei¹⁶⁴. Deși ademenitor, raționamentul are totuși anumite neajunsuri. Ne referim aici la faptul că obiectul juridic este o componentă a tipicității faptei, iar nicidecum o condiție prealabilă infracțiunii, iar după cum vom vedea, acesta are o sumedenie de aplicații și implicații practice, cu care nu ar putea cohabita niciodată din postura rigidă a unei condiții prealabile.

După anumite păreri, ceea ce contează este ca, evaluată *ex ante*, conduita agentului să fie aptă de a crea un risc pentru obiectul juridic penalmente protejat¹⁶⁵. Suntem de acord cu acest raționament, dar chiar și așa, cum argumentăm reținerea unei tentative de omor în sarcina persoanei care descarcă o armă asupra unui cadavru, crezând că este o persoană în viață, raportat, bineînțeles, la teoria obiectului juridic? Practic, se ajunge la sancționarea penală a unei persoane pentru periclitarea unui obiect juridic care nu (mai) există (în speță, viața persoanei).

Aceasta fiind situația, propunem următoarele exemple de lucru, A îl stropește pe B cu apă sfințită pentru a-l ucide, iar C trage cu o armă de foc în cadavrul lui D, crezând că acesta este în viață. Potrivit teoriilor expuse anterior, A nu va răspunde penal, datorită mijlocului absolut impropriu (neidoneu) folosit, iar C va răspunde pentru tentativă de omor, deoarece credea că victima este în viață¹⁶⁶. Raportându-ne la obiectul juridic, ar părea că situația este exact pe dos. Astfel, în primul caz, obiectul juridic există, dar nu este lezat, chiar și în situația în care, să zicem, A avea și un pistol la el, doar că a ales varianta “mitologică” de ucidere a victimei sale. Ne întrebăm cum poate beneficia A de impunitate deoarece, practic, el a ales între două mijloace “de atac” care în opinia sa, erau ambele tanatogeneratoare. Ce merit are A în evitarea rezultatului? Niciunul! Totul a depins de șansa avută de B în momentul în care atacatorul său și-a ales “arma”. Practic, nelezarea obiectului juridic se datorează hazardului. În alte cuvinte, acțiunea făptuitorului relevă în mod neîndoios voința sa criminală, indiferent dacă mijlocul ales de el a fost propriu pentru comiterea infracțiunii și putea sau nu putea duce la rezultatul dorit¹⁶⁷. Credem că, în ipoteza evocată anterior, tragerea la răspundere penală a atacatorului A, deși dificilă, nu este iluzorie¹⁶⁸.

În exemplul numărul 2, se susține oportunitatea condamnării lui C pentru tentativă de omor, sau în litera teoriei obiectului juridic, pentru “periclitarea vieții lui D”. Dar viața lui D nu există, iar periclitarea unui obiect juridic inexistent este un non-sens juridic. S-ar părea că atât concepția subiectivă cât și cea obiectivă, asupra tentativei neidonee, se află într-un raport de incongruență cu teoria obiectului juridic¹⁶⁹.

Totuși, concepțiile expuse mai sus s-au bazat pe faptul că obiectul juridic este reprezentat de viața victimei respective, iar nu de viața unei persoane oarecare. În mod evident, dreptul penal nu apără viața lui B sau viața lui D, ci apără viața tuturor persoanelor. Așa fiind, raportat la tentativa de omor comisă asupra unui cadavru, nu se poate argumenta faptul că aceasta ar fi lipsită de obiect juridic, deoarece norma protejează viața oricărei persoane, indiferent de identitatea acesteia¹⁷⁰. Astfel, singura situație în care s-ar putea discuta despre lipsa obiectului juridic ar fi ipoteza în care acesta nu ar mai exista deloc. Spre exemplu, în cazul în care uciderea unui indian ar fi incriminată

distinct, iar autorul ar trage cu pistolul în ultimul indian, care murise înainte de acțiune acestuia, crezând că este în viață, obiectul juridic nu poate fi raportat la “viața unui indian” privită global, deoarece, practic, nu mai există niciun indian!

Așadar, în opinia noastră, în situația în care obiectul juridic nu există nicăieri, nu se va putea vorbi despre o tentativă pedepsibilă, ci vom fi în prezența unei tentative neidonee¹⁷¹, iar în cazul în care obiectul juridic există, urmează a fi analizată *ex ante* potențialitatea periclitării/lezării obiectului juridic, din prisma comportamentului adoptat de către subiectul activ¹⁷².

VIII. Obiectul juridic față în față cu legea fundamentală

De mare importanță în stabilirea valorilor sociale care pot constitui obiectul ocrotirii penale sunt prevederile Constituției care enumără valorile sociale mai importante și care merită ocrotite folosind constrângerea penală (de pildă, siguranța Statului, viața, integritatea, libertatea, proprietatea). Potrivit unor păreri, numai așa-numitele obiecte juridice constituționale (recunoscute de Constituție) sunt vrednice de tutela penală¹⁷³. În acest context, trebuie amintit faptul că normele penale au existat cu sute de ani înainte de apariția vreunei Constituții¹⁷⁴.

Desigur, nu s-ar putea pretinde legii fundamentale să enumere explicit toate valorile sociale care au nevoie de protecție penală existând și alte valori neenumerare de Constituție care merită o atare ocrotire¹⁷⁵. Cum bine s-a subliniat în doctrină, conceptul de obiect juridic cu orientare constituțională, nu oferă, “soluții magice” la problema tutelei penale, deoarece incertitudinile și polivalența legii fundamentale, nu îi permit acestuia să devină un “catalog de valori sociale”, nefiind, practic, capabilă de a încorpora valori sociale emergente¹⁷⁶. Achiesând unei asemenea concepții am ajunge în situația în care obiectele juridice care nu s-ar regăsi în Constituție nu ar putea beneficia de protecție penală, astfel încât orice tentativă de reformă penală ar fi în van.

Considerăm că relația dintre valorile sociale penalmente protejate și Constituție, nu este atât de strânsă, important fiind ca o normă incriminatoare să nu contravină legii fundamentale și nicidecum să își găsească un oarecare fundament în cadrul acesteia¹⁷⁷. În alte cuvinte, stabilirea infracțiunilor depinde mai mult de evoluția principiilor constituționale decât de starea moralei sociale¹⁷⁸. Chiar și în situația contrară, credem că majoritatea obiectelor juridice și-ar putea găsi un corespondent în legea fundamentală. Astfel, încrederea publică, obiect juridic al infracțiunii de fals, poate fi raportată cu ușurință la patrimoniu, iar protecția mediului are ca finalitate asigurarea perpetuității speciei umane¹⁷⁹.

Practic, în situația în care o oarecare normă incriminatoare ar contraveni legii fundamentale, ne putem baza (cel puțin teoretic) pe controlul *a posteriori* exercitat de către Curtea Constituțională. Dar chiar și așa, având în vedere drepturile și libertățile instaurate prin Constituție, s-ar putea afirma faptul că, aducerea în sfera penală a unui obiect juridic lipsit de o veritabilă relevanță penală, ar contraveni legii fundamentale, intrând astfel în

coliziune cu întreaga ordine constituțională? Credem că da, un bun exemplu în acest sens apare în Italia, unde, prin decizia nr. 269/1986, Curtea Constituțională a declara neconstituțional textul care incrimina fapta de “*incitare spre emigrare*”, pe motiv că obiectul juridic al acestuia și anume interesul Statului de a dirija și orienta procesul de emigrare, a intrat în coliziune directă cu libertatea de emigrare, drept garantat de Constituție¹⁸⁰.

Revenind, teoria propusă de noi nu presupune ca obiectele juridice să își găsească un fundament în Constituție, ci ca acestea să nu contravină drepturilor prevăzute de aceasta. Practic, posibilitatea incriminării se va stabili plasând în talerul unei balanțe imaginea obiectul juridic, iar în celălalt, drepturile și libertățile individuale care ar intra în coliziune cu acel obiect juridic. Reiterând analogia dintre obiecte juridice și insule, concluzionăm că numai valorile care au vocația de a urca peste “nivelul mării” vor putea fi considerate demne de protecție penală¹⁸¹.

În același sens, marele criminolog Enrico Ferri susținea că dreptul penal se împarte în două ramuri: dreptul penal comun și dreptul penal administrativ, cea din urmă categorie fiind restricționată la “delictele neînsemnate, care nu sunt expresiuni ale unei personalități anormale și periculoase, ci tulbură numai opiniunea siguranței publice și private”¹⁸². Or, dreptul nostru penal modern trebuie mărginit la acest “drept penal comun”, la “delictele însemnate”¹⁸³.

După cum elegant s-a subliniat în doctrină, în cazul în care folosirea legii penale nu se justifică de un interes superior, din motive serioase de politică penală, continuarea folosirii acestui instrument riscă să conducă la banalizarea răspunderii penale, la demonetizarea acesteia¹⁸⁴. Tutela excesivă, penală, a cetățenilor ar putea avea ca efect infantilizarea acestora în loc să îi responsabilizeze, astfel încât legea penală ar deveni trivială în loc să fie majestuoasă¹⁸⁵.

IX. Aplicații practice ale teoriei obiectului juridic

1. Obiectul juridic și individualizarea pedepsei

A. Individualizarea legală

Chiar dacă există unele scăpări, de regulă, obiectul juridic determină gravitatea *in abstracto* a faptei și implicit pedeapsa aferentă. Într-o primă fază, se face distincția între infracțiuni și contravenții (sau crime/delict/contravenții în varianta tripartită).

Interesantă este opțiunea legiuitorului de a sancționa mai blând anumite fapte, deși raportat la incriminările asemănătoare, atingerea adusă obiectului juridic este mai intensă. Spre exemplu (cu referire la Codul penal 1968), infracțiunea de represiune nedreaptă este sancționată cu închisoarea de la 2 la 7 ani, iar limitele de pedeapsă a infracțiunii de lipsire de libertate în mod ilegal (în formă simplă) sunt de la 3 la 10 ani. Comparând cele două fapte din prisma obiectului juridic, observăm că amândouă protejează libertatea persoanei, cu precizarea că represiunea nedreaptă apără în plan secundar și înfăptuirea justiției. Așa fiind, în ipoteza în care, să spunem, pe baza unui exces

de gelozie, un anumit procuror ar dori să își priveze soția de libertate, acesta ar trebui să aleagă calea represiunii nedrepte, pedeapsa fiind inferioară celei de lipsire de libertate, chiar dacă lezează un obiect juridic “în plus”. Să fie aceasta o scăpare a legiuitorului?

La prima vedere s-ar putea susține faptul că libertatea persoanei apare ca și obiect juridic principal într-unul din cazuri și ca obiect juridic secundar în celălalt. Dar chiar și așa, se justifică diferența de tratament într-două obiecte juridice numai din perspectiva faptului că acestea ar fi protejate în planuri diferite (principal, secundar)? Opinăm că nu. După cum am arătat anterior, dihotomia obiect juridic principal/secundar își găsește utilitate în planul infracțiunilor pluriensive, a stabilirii subiectului pasiv și implicit, a consecințelor care decurg din fixarea acestora.

Inadvertența sancționatorie sesizată de noi, a fost corijată prin introducerea noului Cod penal, potrivit căruia, pedeapsa aferentă infracțiunii de lipsire de libertate este de la 1 la 7 ani, pe când cea atașată represiunii nedrepte este de la 3 la 10 ani¹⁸⁶.

B. Individualizarea judiciară

Obiectul juridic al infracțiunii poate servi drept criteriu de evaluare a gradului de pericol social concret al faptei infracționale și deci, de individualizare judiciară a pedepsei¹⁸⁷. Încă din 1966, Tribunalul Suprem a constatat faptul că valoarea socială efectiv lezată prin săvârșirea unei infracțiuni, conjugată fiind cu alte împrejurări, date sau situații, pune în lumină gradul de pericol social concret al faptei¹⁸⁸, astfel încât aceasta merită o atentă examinare în vederea stabilirii și aplicării unor sancțiuni penale eficace și juste, în conformitate cu legea¹⁸⁹.

În același sens, o voce cu greutate din doctrina italiană timpurie a susținut faptul că, lezarea efectivă a obiectului juridic trebuie analizată alături de alte elemente precum timpul, locul, specia, natura și mijlocul de comitere a faptei în ideea unei mai bune individualizări¹⁹⁰. După cum vom vedea, precizarea este susceptibilă de anumite rezerve.

Potrivit unei clasificări oferite în doctrină, valorile sociale ar fi împărțite în valori sociale casante, adăugăm noi remediabil (patrimoniul) și iremediabil (viața) și valori sociale “cauciucate¹⁹¹” (comprimabile). Observăm că în cazul infracțiunilor continue, infracțiuni în cadrul cărora valoarea socială protejată este comprimată, revenind la forma inițială după încetarea agresiunii (spre exemplu, libertatea personală, siguranța rutieră), aceste elemente obiective își vor lăsa amprenta direct asupra obiectului juridic și nu alături de acesta¹⁹². Un exemplu în acest sens îl reprezintă infracțiunea de conducere pe drumurile publice a unui autoturism având în sânge o alcoolemie de peste 0,80% gr/l, infracțiune al cărei obiect juridic este siguranța rutieră. Așa fiind, elemente obiective precum spațiul (zonă aglomerată, pustietate), timpul (oră de vârf, miezul nopții) sau mijlocul de comitere a faptei (gradul de alcoolemie, viteza de circulație) vor influența nemijlocit gradul de lezare al obiectului juridic. Astfel, atâta timp cât se poate spune că siguranța rutieră a fost mai puternic periclitată prin faptul că inculpatul conducea cu viteza de 200 km/h, în centrul orașului, într-o după amiază, nu același lucru se poate afirma despre un eventual omor comis de o persoană care lovește intenționat un pieton, având

această viteză. Într-un asemenea caz, valoarea socială lezată (viața persoanei), valoare casantă după clasificarea menționată anterior, a fost iremediabil nimicită, astfel încât, elementele obiective la care am făcut referire nu vor afecta direct gradul de lezare a acesteia, ci vor fi luate în considerare separat cu ocazia individualizării pedepsei.

Totuși, din perspectiva obiectului juridic, are valorificarea preventivă a acestor elemente de sorginte obiectivă vreo importanță practică? Credem că da! Ca o scurtă paranteză, menționăm că, în ciuda părerilor contrare exprimate în doctrină¹⁹³, obiectul juridic este o componentă a tipicității faptei¹⁹⁴. Așa fiind, unei persoane care se prostituează în cartierul roșu din Amsterdam îi este mult mai ușor să își justifice comportamentul raportat la lipsa lezării obiectului juridic. Analizând textul incriminator al “celeii mai vechi profesii din lume”, constatăm că obiectul juridic este reprezentat de bunele moravuri, dublate de câștigarea existenței prin mijloace oneste (muncă cinstită)¹⁹⁵. În acest sens, amintim faptul că, în Olanda, prostituția este legală, fiind practic o meserie ale cărei aspecte sunt minuțios reglementate. Așa fiind, este evident că, în fapt, persoana care lucrează “la vitrină” își asigură în mod licit mijloacele de existență, iar bunele moravuri nu se pot pretinde a fi lezate, din perspectiva în care prostituția este acceptată ca fiind principala atracție turistică a orașelor olandeze, iar bunele moravuri se circumscriu locului. Aceasta fiind situația, este clar că fapta de prostituție a persoanei sus-menționate nu este tipică, deoarece nu lezează obiectul juridic al faptei¹⁹⁶. Totuși, este de precizat faptul că această afirmație este corectă dacă și numai dacă prostituția nu ar fi incriminată de nicio culoare, nici penal, nici infrațional, mai precis, în ipoteza în care statul Olandez ar tolera acest tip de comportament, evitând orice fel de reglementare specială. În sens contrar, s-ar putea discuta mai degrabă de incidența autorizării legii, ca și cauză justificativă, iar nicidecum de lipsa obiectului juridic.

O situație asemănătoare poate surveni în cazul infracțiunii de incest (art. 203 C. pen, art. 377 noul C. pen),. După unii autori, în configurația actuală, obiectul juridic al incestului ar fi moralitatea relațiilor sexuale¹⁹⁷, afirmație contrazisă prin incriminarea singulară a raportului sexual normal¹⁹⁸. În realitate obiectul juridic se referă exclusiv la aspecte de ordin biologic, avându-se în vedere riscurile nașterii unor copii cu probleme¹⁹⁹. Așa fiind, putem condamna pentru incest două rude în linie dreapta care sunt sterile (procreația fiind exclusă)? Credem că nu, deoarece, în lipsa unui obiect juridic secundar de sorginte familială (morală), lezarea obiectului juridic principal menționat anterior nu este posibilă, astfel încât fapta nu este tipică

În contextul individualizării pedepsei, obiectul juridic își face simțită prezența și din prisma circumstanțelor atenuante. Vorbim, bineînțeles despre prima teză a art. 74 alin. (1) lit. b) C. pen. 1968, care face referire la “stăruința depusă de infractor pentru a înlătura rezultatul infracțiunii”. Eforturile depuse de făptuitor pentru înlăturarea rezultatului infracțiunii trebuie raportate întotdeauna la obiectul juridic al infracțiunii, la valoarea socială lezată. Astfel, efectele unei infracțiuni contra libertății sexuale nu vor putea fi înlăturate sau diminuate, în adevăratul sens al cuvântului, pe cale patrimonială. Deși la prima vedere ar părea că numai efectele infracțiunilor contra patrimoniului ar putea fi înlăturate sau

diminuate, pot fi imaginate și alte ipoteze precum: transportarea victimei la spital după accidentarea acesteia²⁰⁰ sau chiar stăruința unei persoane care a comis infracțiunea de seducție de a se căsători cu victima sa²⁰¹.

Din prisma individualizării, obiectul juridic poate juca un rol important și în cazul infracțiunilor complexe,. Un exemplu în acest sens îl constituie infracțiunea de ultraj, infracțiune pluriofensivă, ale cărei obiecte juridice sunt reprezentate de “autoritatea de stat”, ca și obiect juridic principal, și integritatea corporală a persoanei, în plan secundar. Așa fiind, în situația în care A, polițist în exercițiul funcțiunii, acceptă să primească un pumn de la B, fapta de ultraj comisă de B, deși, practic lezează ambele obiecte juridice, va fi mai puțin gravă datorită prezenței consimțământului victimei raportat la obiectul juridic secundar.

2. Obiectul juridic raportat la cauzele justificative

George Fletcher afirma că atâta timp cât apărarea cauzează un rău mai redus decât cel care ar fi putut fi cauzat prin atacul combătut, aceasta dobândește utilitatea socială, reprezentând implicit o cauză justificativă²⁰². Or cum am putea cumpăni această contingență dacă nu raportat la valorile sociale puse în joc?

În același sens, doctrina autohtonă ne arată că faptele săvârșite în legitimă apărare sau faptele săvârșite în stare de necesitate, circumscrise în formula generală privind salvarea unui interes prin încălcarea altui interes, reprezintă acte socialmente utile întrucât contribuie la apărarea drepturilor și intereselor ocrotite de lege și la întărirea ordinii de drept²⁰³.

Potrivit altei păreri, așa-numitele cauze justificative au la bază ideea absenței unui prejudiciu adus ordinii sociale deoarece făptuitorul acționează ca purtător al intereselor sociale și al voinței colective, astfel că, în cazul unei cauze justificative suntem în prezența a două valori sociale sau interese aflate în conflict, dintre care numai una poate fi salvată²⁰⁴. Păstrăm anumite rezerve cu privire la personificarea făptuitorului drept “purtător al intereselor sociale și al voinței colective”, deoarece nu aceasta este postura lui. Practic, dacă A îl atacă pe B, iar B îl ucide pe A, este greu de susținut că moartea acestuia ar avea vreo legătură cu “interesul sau voința colectivă”, o asemenea interpretare apropiindu-se îngrijorător de mult de legea talionului. Considerăm că un interes veritabil există, fie în sensul apărării celui atacat, fie în ideea tragerii la răspundere penală a atacatorului. Numai acestea pot fi interesele unei societăți sănătoase, orice act retributiv fiind destinat a fi întreprins prin forța coercitivă a Statului.

Alți autori susțin ideea potrivit căreia conflictul dintre tipicitate și antijuridicitate exprimă tocmai conflictul dintre obiectul juridic (valoarea socială protejată de lege) al faptei incriminate și un obiect juridic superior, ocrotit prin norme ale ordinii juridice privită în ansamblul ei. Așa fiind, s-a opinat că necesitatea ocrotirii vieții agresorului, în fața ripostei celui atacat este subordonată exigenței de a reprimă conduita ilegală a agresorului și de a restabili ordinea juridică tulburată de acesta²⁰⁵. Cât timp suntem de acord cu precizarea, nu credem că se poate vorbi despre un conflict între tipicitatea și antijuridicitate

deoarece acestea operează pe niveluri distincte în cadrul definiției infracțiunii. Mai precis, nu are rost să discutăm despre antijuridicitate, cât timp nu este verificată tipicitatea.

În realitate cele două obiecte juridice aflate în joc, în exemplul evocat anterior, viața lui A și viața lui B, intră într-o veritabilă cursă, în baza căreia este constatat, *ex ante*, gradul de proporționalitate dintre atac și apărare, ca și condiție *sine qua non* a incidenței legitimei apărări. Astfel, într-o viziune aritmetică, valoarea ce se urmărește a fi apărată trebuie să fie mai mare sau egală cu cea aferentă atacatorului²⁰⁶.

În aceeași ordine de idei, menționăm că un segment important al doctrinei susține faptul că legitima apărare nu poate opera decât raportat la obiecte juridice individuale²⁰⁷. Această precizare este susceptibilă de rezerve din perspectiva în care, art. 44 C. pen. 1968, nu limitează sfera valorilor sociale care fac obiectul atacului la cele individuale, ci o extinde și cu privire la interesul obștesc. Totuși, fiind o noțiune caracterizată de un grad ridicat de imprecizie, susținem, alături de alți autori, că ar fi oportună eliminarea referirii exprese la interesul obștesc²⁰⁸.

Tot cu referire la legitima apărare, s-a susținut faptul că, “atacul” trebuie raportat întotdeauna la obiectul juridic vizat²⁰⁹. Utilitatea practică a acestei precizări se găsește pe tărâmul valorilor sociale la care face referire art. 44 Cod penal și cu ocazia constatării proporționalității dintre atac și apărare²¹⁰.

Situația se regăsește într-o formă parțial-omoloagă și în cazul stării de necesitate. Astfel, utilizând aceeași metodă de comparație a două obiecte juridice aflate în conflict, vom constata că, spre exemplu, un medic ținut de secretul profesional al pacientului său infectat cu virusul HIV, va putea divulga această informație unei alte persoane care ar urma să întrețină relații sexuale cu pacientul, necunoscând riscurile la care se expune²¹¹.

Același raționament constituie piatra de temelie a altor cauze justificative, precum autorizarea legii. Fără a stăruii în dezbateri, observăm că ambulanța poate trece pe culoarea roșie a semaforului, deoarece interesul în baza căruia operează aceasta, prevalează asupra interesului protejat de fapta contravențională.

3. Implicații ale teoriei obiectului juridic în exercitarea acțiunii penale

O primă asemenea implicație este strâns legată de noțiunea de “imunitate”. De ce beneficiază anumite persoane de acest privilegiu al imunității, dacă nu din prisma obiectelor juridice puse în joc?

Astfel, imperativul unei corecte și echitabile apărări a inculpatului în cadrul activității judiciare, permite avocaților să “comită diverse infracțiuni” (de exemplu insultă) cu ocazia pledoariei exercitate în apărarea inculpatului²¹². Opinăm și noi că imunitatea judiciară nu este limitată la avocați, operând totodată și în cazul părților din proces²¹³. Practic, posibilitatea comiterii “în legalitate” a unor fapte de importanță minoră este rezultatul prevalării obiectului juridic al corecte apărări a inculpatului asupra obiectelor juridice a infracțiunilor “permise”.

Același raționament se găsește și în cazul șefului de stat, care, datorită importanței sociale care decurge din exercitarea mandatului său, nu va răspunde penal decât pentru

înalță trădare, infracțiune al cărei obiect juridic triumfează în fața celui aferent funcției și anume exercitarea în condiții cât mai bune a atribuțiilor conferite de poziția respectivă²¹⁴.

Libertatea presei are valoare constituțională, astfel încât, pentru majoritatea infracțiunilor ce s-ar putea comite prin intermediul presei, autorii vor beneficia de impunitate, datorită inexistenței lezării vreunui obiect juridic cu valoare superioară intereselor constituționale menționate anterior.

Mai mult, chiar și exercitarea acțiunii penale este câteodată limitată de valorile sociale incidente. Este exemplul infracțiunii de viol sau celei de furt între soți sau rude apropiate, fapte care se urmăresc la plângerea prealabilă deoarece Statul nu se poate preta la imixțiuni cu privire la interese esențialmente private. În aceeași manieră sunt privite și cauzele de nepedepsire, situații cunoscute în doctrina franceză sub numele de “imunități familiale²¹⁵”. Practic, protejarea factuală a acestor obiecte juridice “pur-private” constituie o excepție de la principiul oportunității urmăririi penale²¹⁶. În acest context, subliniem faptul că, în cazul infracțiunilor care se urmăresc la plângerea prealabilă, stabilirea obiectului juridic principal, ne este înlesnită. Astfel, din moment ce o infracțiune se urmărește la plângerea prealabilă, rezultă că obiectul juridic principal este unul esențialmente privat. Spre exemplu, în cazul infracțiunii prevăzute de art. 262 din Codul muncii²¹⁷, avem două obiecte juridice lezate, autoritatea unei hotărâri judecătorești definitive și dreptul la muncă a salariatului. Utilizând raționamentul expus anterior, este limpede că, raportat la necesitatea plângerii prealabile (art. 263 din Codul muncii), obiectul juridic principal nu poate fi decât cel privat și anume dreptul la muncă a salariatului²¹⁸.

4. Separarea infracțiunilor de contravenții

Deseori, între infracțiuni și contravenții există o linie de demarcație infimă. Gradul lezării obiectului juridic al faptei o va plasa într-una dintre cele două categorii. Deși anterior am susținut că anumite obiecte juridice merită protecție penală, iar altele nu, precizăm că relevanța penală a unui obiect juridic poate fi influențată și de gradul de lezare a acestuia. Un exemplu în acest sens îl constituie infracțiunea de la art. 296¹ alin. (1) lit. I) din Codul fiscal²¹⁹. Utilizând drept exemplu de lucru “țigarele”, observăm că persoana care deține în afara antrepozitului peste 10.000 de țigarete va comite o infracțiune, cât timp persoana care deține o cantitate inferioară, va comite o contravenție²²⁰.

În acest context, precizăm că tocmai irelevanța penală a obiectelor juridice protejate prin contravenții reprezintă motivul pentru care, în cazul acestora, nu a fost, nu este și nu va fi niciodată sancționată tentativa. În alte cuvinte, neavând de o importanță majoră, punerea în pericol a obiectelor juridice contravenționale nu merită sancționate.

5. Obiectul juridic ca și criteriu de delimitare a sferei infracțiunilor continue

Specificul valorii sociale ocrotite prin norma de incriminare poate servi ca un criteriu de delimitare a sferei infracțiunilor continue. În legătură cu acest criteriu, în

literatură, s-a arătat că infracțiunea continuă presupune, de regulă, valori sociale indestructibile, dar comprimabile. Cu alte cuvinte, este vorba de valori sociale care nu sunt desființate prin comiterea infracțiunii, ci suferă doar o restrângere, o comprimare, revenind la forma inițială după încetarea agresiunii (spre exemplu, libertatea personală, siguranța rutieră).

La prima vedere ar părea că, de fiecare dată când vom avea de a face cu o valoare socială "cauciucată", putem afirma cu tărie că infracțiunea este una continuă. Totuși, analizând situația mai îndeaproape, observăm că lucrurile nu stau chiar așa. Spre exemplu, fapta prevăzută de art. 92 din O.U.G. nr. 195/2002, în varianta distrugerii indicatoarelor rutiere, protejează siguranța rutieră, valoare socială esențialmente comprimabilă, dar nu este o infracțiune continuă.

X. Concluzii

Deși se vorbește despre o criză și despre o stigmatizare a obiectelor juridice, în realitate, întreg dreptul penal se află într-o veritabilă criză datorită expansiunii acestuia, datorită fluxului puternic de texte de incriminare și nu în ultimul rând, datorită abundenței de infracțiuni de obstacol, pericol sau omisive. Teoria obiectului juridic, după cum am arătat pe parcursul acestei lucrări, își găsește în continuare utilitatea practică, constituind, până în prezent, cea mai bună opțiune de justificare a unei corecte politici criminale din partea legiuitorului.

În opinia noastră, soluția cea mai bună de controlare a acestui fenomen expansiv ar fi demararea unui amplu proces dezincriminator, bazat pe o atentă selecționare a veritabilelor obiecte juridice, cele demne de protecție penală. Actualmente, trierea se efectuează ulterior, în baza art. 18¹ Cod penal, marea majoritate a faptelor de gravitate redusă fiind sancționate administrativ.

Este momentul să ne raliem și noi cu marile sisteme de drept europene (în special cu cel german) și să dăm o mult mai mare însemnătate obiectelor juridice, căci, după cum am arătat pe parcursul acestei lucrări, în lipsa acestora, greu s-ar putea justifica intervenția dreptului penal în viața particularilor.

* Avocat, Baroul Cluj; arisnita@yahoo.com.

¹ I. Alexandrescu, *Persoană, personalitate, personaj*, Ed. Junimea, Iași, 1988, p. 316.

² F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. 15a, Ed. Giuffrè, Milano, 2000, p. 175.

³ C. Roxin, *Derecho penal. Parte General (traducere din limba germană)*, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

⁴ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, 4 edizione, Ed. Cedam, Padova, 2001, p. 205, F. Antolisei, *op. cit.*, p. 175.8

⁵ V. Drăghici, *Obiectul juridic al infracțiunii*, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 14.

⁶ R. Riz, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, ed. 4-a, Ed. Cedam, Padova, 2002, p. 69.

⁷ I. Tanoviceanu, *Curs de drept penal*, Atelierele Grafice Socec & Co, București, 1912, p. 525.

⁸ S. Soler, *Derecho penal argentino*, tomo I, Ed. TEA, Buenos Aires, 1976, p. 7.

- ⁹ G. Bettiol, *L'odierno problema del bene giuridico*, în *Scritti Giuridici* vol. II, Ed. Cedam, Padova, 1966, p. 917.
- ¹⁰ M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Ed. L.G.D.J., Paris, 2011, p. 309. În mod asemănător, alți autori fac referire la "principiul necesității sacrificiului", care presupune corelarea dintre scop și mijloace, arătându-se că, atâta timp cât un anumit interes poate fi protejat prin alte mijloace, legiuitorul este obligat să le folosească pe acestea din urmă. Pe larg, P. Cuesta Pastor, *Delitos obstaculo: tension entre politica criminal y teoria del bien jurídico*, teză, Granada, 2001, p. 81-82 apud. M. Lacaze, *op. cit.*, p. 309, nota 1081. Practic, autorul conferă o altă denumire intervenției *ultima ratio* a dreptului penal.
- ¹¹ Pentru detalii privind evoluția conceptului de obiect juridic și a amprentelor lăsate de marii doctrinari care au tratat acest subiect, nume precum Feuerbach, Birnbaum, Binding, von Lizst, von Jhering, Bettiol, Mezger, Welzel, Parsons, Amelung, Hassemer sau Bricola, a se vedea M. Lacaze, *op. cit.*, p. 39-99, V. Drăghici, *op. cit.*, p. 42-103, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, ed. 4a, Ed. Zanichelli, Bologna, 2004, p. 4-16, 24-35.
- ¹² I. Tanoviceanu, *op. cit.*, p. 525
- ¹³ G. Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducere din limba germană)*, ed. 2a, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 56. În sens contrar, H. Welzel, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 6. Autorul susține că suma obiectelor juridice echivalează cu ordinea socială, privită global.
- ¹⁴ În același sens și V. V. Pella, *Delictele îngăduite*, Institutul de Arte Grafice Göbl-Rasidescu, București, 1919, p. 188. "Acest lux al enumerării mijloacelor prin care se poate provoca o infracțiune aduce după el îngăduirea multor provocări care și-au produs efectele lor dureroase."
- ¹⁵ M. Lacaze, *op. cit.*, p. 213.
- ¹⁶ Autorul oferă drept exemplu de lucru maimuțele. Este limpede că acestea posedă un minim de inteligență și de voință și pot leza sau periclita un anumit obiect juridic, dar chiar și așa, o acțiune animală nu poate face niciodată obiectul legii penale, deoarece nu este o manifestare a personalității. Pe larg, C. Roxin, *op. cit.*, p. 258.
- ¹⁷ G. Jakobs, *op. cit.*, p. 12. În același sens și V. V. Pella, *op. cit.*, p. 422. "Legea penală apără respectarea dispozițiilor de incriminare, independent de dauna produsă".
- ¹⁸ Pe larg, G. Jakobs, *op. cit.*, p. 12-14
- ¹⁹ În sens asemănător, Binding afirmă că "delictul nu lezează niciun drept sau bun particular, ci numai norma penală, deci dreptul Statului la "ascultare" din partea cetățenilor. Pe larg, E. Ferri, *Principii de drept criminal*, vol II, Tipografia și Legătoria de cărți Închisoarea Văcărești, București, 1929, p. 22. Deși nu contestă existența obiectelor juridice, autorul susține că acestea numai completează, alături de dreptul subiectiv, aria de protecție a legii penale. Chiar și așa, autorul se opune utilității conceptului de obiect juridic, afirmând că "trebuie să liberăm știința dreptului penal de aceste abstractațiuni de logică juridică".
- ²⁰ R. Riz, *op. cit.*, p. 76.
- ²¹ M. Lacaze, *op. cit.*, p. 303.
- ²² *Idem.*, p. 178-179.
- ²³ C. Roxin, *El concepto... precit.*, p. 4.
- ²⁴ În același sens, A. von Hirsch, *El concepto de bien jurídico y el principio del daño*, în R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 37.
- ²⁵ J-Y. Maréchal, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2003, p. 103-104.

- ²⁶ Y. Mayaud, *Ratio legis et incrimination*, în R.S.C., 1983, p. 363 și urm.
- ²⁷ X. Pin, *Droit pénal général*, 2e éd, Ed. Dalloz, Paris, 2007, p. 104-106. Concepția se apropie de cea românească, dar după cum am arătat anterior, menționarea lezării ordinii de drept, drept un “rezultat juridic” este inutilă din toate punctele de vedere.
- ²⁸ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7e éd, Ed. Armand Colin, Paris, 2004, p. 181-183
- ²⁹ Pentru detalii asupra noțiunii, a se vedea F. Desportes, G. Le Gunehec, *Droit pénal général*, ed. 6, Ed. Economica, Paris, 2009, p. 405 și urm.
- ³⁰ B. Schünemann, *The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-Based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code*, în Buffalo Criminal Law Review, Vol. 7, Issue 2, 2004, p. 563.
- ³¹ A se vedea în acest sens Judecătoria Cluj-Napoca, sentința penală nr. 697/2010 sau Judecătoria Cluj-Napoca, sentința penală nr. 567/2012.
- ³² C. Roxin, *op. cit.*, p. 15-24.
- ³³ Am cochetat cu aceste aspecte și cu altă ocazie, urmând ca acum să tratăm mai pe larg problema. A se vedea în acest sens A. Rîșniță, *Infrațiunile prevăzute în cadrul Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții*, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Seria Iurisprudentia, nr. 1/2013, p. 3 și urm.
- ³⁴ G. Jakobs, *op. cit.*, p. 48.
- ³⁵ F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală.*, vol I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 345.
- ³⁶ S. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, ed. a 9-a, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 161-163.
- ³⁷ H-H. Jescheck, T. Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte General (traducere din limba germană)*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 274-278.
- ³⁸ C. Roxin, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* în R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 448-449.
- ³⁹ Spre exemplu se afirmă constant faptul că obiectul juridic al infracțiunii de omor este reprezentat de relațiile sociale a căror formare, desfășurare și dezvoltare nu ar fi posibilă fără asigurarea respectului vieții umane. În acest sens T. Toader, *Drept penal român. Partea specială*, ediția a 5-a, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 35, V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului Penal Român*, vol. III, Ed. Academiei R.S.R., București, 1971, p. 179 sau P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, *Manual de drept penal. Partea specială*, vol I, Ed. Univ. Juridic, București, 2010, p. 17.
- ⁴⁰ Greșeala este promovată și de un segment al doctrinei sud-americane, cum ar fi J. Bustos Ramirez, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* în J. B. Mayer, A. M. Binder, *El derecho penal hoy. Homenaje al prof. David Baigun*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 20.
- ⁴¹ Petito principii (întoarcerea la enunțul inițial) este o eroare logică, un enunț care folosește în vederea demonstrației, un echivalent sau un sinonim a ceea ce se urmărește a fi demonstrat. Definiția este preluată din Aristotel, *Retorica*, Ed. IRI, București, 2004, p. 120.
- ⁴² V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului Penal român. Partea generală*, vol I, Ed. Academiei Române, 2003, p. 98-99. Deși inițial profesorul Vintilă Dongoroz a fost un mare simpatizant al școlii de drept italienești, aceste susțineri fiind bazate pe conceptele propuse de Francesco Carrara și Alfredo Rocco, ulterior acesta a îmbrățișat concepțiile socialiste expuse de A. N. Trainin.
- ⁴³ Pe larg, I. Tanoviceanu, *op. cit.*, p. 585. În același sens și Tr. Pop, *Drept penal comparat*, vol II, Ed. Institutul de Arte grafice “Ardealul”, Cluj, 1923, p. 277.

- ⁴⁴ E. Ferri, *Principii de drept criminal*, vol I, Tipografia și Legătoria de cărți Închisoarea Văcărești, București, 1929, p. 1. "Conștiința publică e zguduită de simțul unei alarme, prin constatarea unei lipse de supravegheri și protecțiuni prin care delictul poate, uneori cu o îndrăzneală nerușinată să fie comis, sau prin preocuparea prin care alți imorali sau rău intenționați, prin molipsirea exemplului, se simt încurajați a comite astfel de acțiuni criminale. [...] Alarimei sociale i se adaugă simțul unei repulsii și reprobării morale deosebită, după circumstanțele delictului"
- ⁴⁵ V. Dongoroz, *Drept penal (reeditarea ediției din 1939)*, Ed. Asociația română de științe penale, București, 2000, p.164. În același sens și G. Santaniello, *Manuale di diritto penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1967, p. 44-46.
- ⁴⁶ V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 164.
- ⁴⁷ În același sens și I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *Tratat de drept și procedură penală*, ed a 2-a, vol I, Tipografia "Curierul Judiciar", București, 1924., p. 391. Autorul susține că obiectul juridic este format din contopirea a două interese, unul general, ocrotit de legea penală în vederea menținerii ordinii publice, și unul particular, ocrotit de legea penală în vederea garantării ordinii juridice.
- ⁴⁸ Autorul asimilează sintagma "ordine de drept", atingerilor aduse altor relații sociale decât cele indicate explicit în art. 1 din Codul Penal. Pe larg, V. Dongoroz și colab., *op. cit.*, p. 99.
- ⁴⁹ T. Avrigeanu, *Pericol social, vinovăție personală și imputare penală*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 202-203. Autorul statuează că atingerea nemijlocită a unei valori sociale se va răsfrânge întotdeauna asupra acestor relații sociale. În același sens, renumitul profesor Traian Pop califica ordinea de drept, ordinea socială și interesul public ca fiind obiecte mijlocite atinse indirect în cadrul comiterii oricărei infracțiuni. A se vedea pe larg Tr. Pop, *op. cit.*, p. 278-279.
- ⁵⁰ R. Hefendehl, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?* în Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nr. 4/2002, p. 10.
- ⁵¹ Pentru părerea diametral opusă a se vedea A. N. Trainin, *Teoria generală a conținutului infracțiunii (traducere din limba rusă)*, Ed. Științifică, București, 1959, p. 115-116 sau T. Vasiliu și colab., *Codul penal al R.S.R. comentat și anotat. Partea generală*, Ed. Științifică, București, 1972, p. 9-15.
- ⁵² I. Tănăsescu, G. Tănăsescu, C. Tănăsescu, *Tratat de științe penale*, vol I, Ed. SITECH, Craiova, 2010, p. 163-164.
- ⁵³ V. V. Pella, *op. cit.*, p. 23. Autorul susține că opinia publică (relațiile sociale) este cea care imprimă caracterul delictuos anumitor fapte.
- ⁵⁴ V. Drăghici, *Obiectul juridic al infracțiunii*, în Revista de Drept Penal nr. 4/2002, p. 57-59. În același sens și G. D. Fernandez, *Bien juridico e principio de la culpabilidad*, în J. B. Mayer, A. M. Binder, *El derecho penal hoy. Homenaje al prof. David Baigun*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 185.
- ⁵⁵ A se vedea, S. P. Tobolkin, *Caracterul social al normelor de drept penal*, Sverdlovsk, 1983, p. 26-28 apud. V. Drăghici *op. cit.*, p. 38. În același sens și I. Mircea, *Temeiul răspunderii penale în RSR*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1987, p. 38-39.
- ⁵⁶ V. Drăghici, *op. cit.*, p. 67-71.
- ⁵⁷ A se vedea pe larg A. Rîșniță, *Unele considerații privind infracțiunile prevăzute de Legea nr. 194/2011 privind combaterea operațiunilor cu produse susceptibile de a avea efecte psihoactive*, publicat pe site-ul www.juridice.ro în data de 23.10.2013.
- ⁵⁸ În acest sens, art. 3 alin. (1) din Ordinul ministrului sănătății, ministrului administrației și internelor și al președintelui A.N.S.V.S.A. pentru aprobarea procedurii de autorizare a operațiunilor cu produse susceptibile de a avea efecte psihoactive.

- ⁵⁹ A se vedea în acest sens C. Ap. București, sec. pen., dec. nr. 329 din 26 noiembrie 2012 (nepublicată). În speță, instanța i-a condamnat pe cei trei inculpați pentru “efectuarea fără drept de operațiuni cu produse susceptibile de a avea efect psihoactiv”. Credem că această interpretare sprijină poziția noastră cum că infracțiunea este asemănătoare celor privitoare la regimul juridic stabilit pentru unele activități reglementate de lege.
- ⁶⁰ O. Vannini, *Quid Juris?*, Ed. Giuffré, Milano, 1947, p. 7.
- ⁶¹ Situația este identică și în Noul Cod penal, sustragerea de sub sechestru fiind în continuare încadrată în titlul aferent infracțiunilor contra autorității (art. 261, Titlul III).
- ⁶² I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ediția a 2-a, Ed. Univ. Juridic, București, 2010, p. 622, 628.
- ⁶³ N. Iliescu în V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului Penal Român*, vol. IV, Ed. Academiei R.S.R., București, 1972, p. 162.
- ⁶⁴ V. Drăghici, *op. cit.*, p. 71. În Codul penal Carol al II-lea, Capitolul I din Titlul IV se numea “Delicte contra activității judiciare”. Pe larg, C. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. G. Periețeanu, V. Dongoroz, H. Asnavorian, T. Pop, M. I. Papadopolu, N. Pavelescu, *Codul Penal Carol al II-lea adnotat*, vol II, Ed. Librăria Socec & Co, București, 1937, p. 184-224.
- ⁶⁵ Pentru cei interesați, G. Santaniello, *op. cit.*, p. 45-46.
- ⁶⁶ N. Iliescu în V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșca, *op. cit.*, p. 162.
- ⁶⁷ Pentru o expunere detaliată a infracțiunii de rebeliune, a se vedea P. I. Pastion, M. I. Papadopolu, *Codul Penal adnotat*, Ed. Socec & Comp, București, 1922, p. 309-314.
- ⁶⁸ H-H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 277. Doctrina italiană definește obiectele juridice universale, drept obiecte juridice supraindividuale. A se vedea R. Riz, *op. cit.*, p. 69-70, G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, p. 15 și urm.
- ⁶⁹ R. Hefendehl, *op. cit.*, p. 4.
- ⁷⁰ P. Cuesta Pastor, *op. cit.* apud. M. Lacaze, *op. cit.*, p. 210, nota 762.
- ⁷¹ R. Hefendehl, *op. cit.*, p. 5.
- ⁷² Pe larg, I. Barat, *Genocidul. Aspecte juridico-penale*, teză, Chișinău, 2012, p. 14 și urm.
- ⁷³ R. Hefendehl, *op. cit.*, p. 9. A se vedea și B. Schünemann, *op. cit.*, p. 555. Autorul susține că persoana care consumă droguri lezează sănătatea publică în egală măsură cu persoana care mănâncă o friptură de porc. În același sens, un alt autor declara ironic că “numai incriminarea dobândirii substanțelor interzise prin succesiune, mai lipsește din repertoriul legiuitorului (*pariuntur montes, nascetur ridiculus mus!*)”. Pe larg, O. Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, p. 318, 335.
- ⁷⁴ A se vedea Camara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, cauza nr. 23.552, pe www.derechopenalonline.com. Decizia s-a bazat pe concepția cum că, neinteracționând cu nimeni, inculpatul nu avea cum să lezeze sănătatea “publică” ca și obiect juridic universal.
- ⁷⁵ Potrivit doctrinei argentinene, efectul acestui paragraf cu aer biblic este de a constituționaliza concepția subiectivă asupra teoriei obiectului juridic. Pe larg, L. E. Chiesa Aponte, *Normative Gaps in the Criminal Law: A Reasons Theory of Wrongdoing*, în *New Criminal Law Review*, Vol. 10, Issue 1, 2007, p. 132. În realitate, credem că acest articol instaurează principiul ofensivității, ca principiu cu valoare constituțională, precum în Italia. Pentru detalii, a se vedea R. Riz, *op. cit.*, p. 76 și urm, F. Mantovani, *op. cit.*, p. 192 și urm.
- ⁷⁶ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 3e éd. Litec, Paris, 2007, p. 110.

- ⁷⁷ A. von Hirsch, *op. cit.*, p. 48. Autorul merge și mai departe, aducând și obiectele juridice specifice contravențiilor, în discuție. Astfel, acesta afirmă că, din perspectiva în care nu au cum să lezeze interesele terților, anumite contravenții, precum necuplarea centurii sau conducerea unei motocicletă fără a purta cască, trebuie să dispară.
- ⁷⁸ A se vedea în acest sens, V. Dongoroz și S. Kahane, în V. Dongoroz și colab, vol III, *op. cit.*, p. 179 sau P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, *op. cit.*, p. 17. Autorii din urmă susțin chiar faptul că Statul ar fi subiect pasiv al infracțiunii de omor, părere pe care o considerăm “expirată” de câteva decenii bune.
- ⁷⁹ S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 162. Autorul vorbește despre “interesele difuze” ale Statului ca și obiecte juridice universale.
- ⁸⁰ În același sens și C. Roxin, *op. cit.*, p. 526.
- ⁸¹ E. Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 298, H. H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 408.
- ⁸² “Negarea valorii consimțământului ce autorizează o expunere la pericol implică negarea autonomiei voinței în sfera valorilor sociale disponibile.” P. Munteanu, *Incidența cauzelor justificative în cazul infracțiunilor din culpă*, în C.D.P., nr. 2-3/2007, p. 120.
- ⁸³ În acest sens, C. Roxin, *op. cit.*, p. 512 și E. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 292.
- ⁸⁴ În același sens și O. Bugnar, *Consimțământul victimei în cazul faptelor din culpă*, în C.D.P., nr. 1/2012, p. 55.
- ⁸⁵ T. Lenckner, *The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification*, în Brigham Young University Law Review, Vol. 1, Issue 3, 1986, p. 655.
- ⁸⁶ N. T. Buzea, *Infracțiunea penală și culpabilitatea*, Tipografia Sabin Solomon, Alba-Iulia, 1944, p. 602-603.
- ⁸⁷ Actualmente se susține faptul că duelul nu are nevoie de o incriminare distinctă, deoarece atât duelistii cât și cei care îi ajută, punându-le la dispoziție arme sau un loc unde să se dueleze, sau cei care îi instigă spre acest comportament, vor răspunde pentru o infracțiune împotriva persoanei în funcție de datele problemei. Pe lângă omor, “duelistii” ar putea răspunde pentru o determinare reciprocă la sinucidere condiționată de ceea ce va decide hazardul, în cazul așa-numitului “duel american” sau mai exact sinuciderea prin sorți incriminată în trecut în cadrul art. 469 din Codul Penal Carol al II-lea. A se vedea pe larg, C. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. G. Periețeanu, V. Dongoroz, H. Asnavorian, T. Pop, M. I. Papadopolu, N. Pavelescu, *Codul Penal Carol al II-lea adnotat*, vol III, Ed. Librăria Socec & Co, București, 1937, p. 105-106. Totuși, s-a afirmat că se impune o reglementare distinctă, deoarece participanții la duel își dau un consimțământ indirect pentru suprimarea propriilor vieți, viitoarea victimă primind să fie ucisă ca urmare a unei întreceri, a unei lupte sau a unei înțelegeri. Pentru detalii, N. T. Buzea, *op. cit.*, p. 604.
- ⁸⁸ C. Roxin, *op. cit.*, p. 686.
- ⁸⁹ În aceeași ordine de idei, menționăm că un consimțământ valabil și actual al victimei va putea atrage incidența unor forme atenuante ale infracțiunii de omor, precum uciderea la cererea victimei, prevăzută de art. 190 din noul Cod penal.
- ⁹⁰ Potrivit art. 16 din Legea nr. 678/2001, “consimțământul persoanei, victimă a traficului, nu înlătură răspunderea penală a făptuitorului.”
- ⁹¹ Practic, din perspectiva în care minorul nu este deplin familiarizat cu ceea ce presupune implicarea lui într-o relație sexuală, legiuitorul presupuse că acest consimțământ este oarecum viciat, dar nu atât de grav încât fapta să fie calificată drept viol. S. Bogdan, *Drept penal. Partea specială*, ed a 3-a, Ed. Univ. Juridic, București, 2009, p. 174.

- ⁹² A se vedea în acest sens, Î.C.C.J., Secțiile Unite, decizia nr. XVI/2007, pronunțată în recurs în interesul legii.
- ⁹³ Explicația rezidă în art. 2 alin. (4) din Directiva nr. 2011/36/UE, potrivit căreia, consimțământul unei victime a traficului de persoane la exploatare, indiferent dacă este intenționat sau efectiv, este irelevant atunci când a fost folosit oricare dintre mijloacele prezentate la alineatul (1) (amenințare, uz de forță, constrângere etc.). Efectiv, și în această situație există o prezumție a vicierii consimțământului.
- ⁹⁴ A se vedea concepțiile expuse de Schmidhäuser în C. Roxin, *op. cit.*, p. 532.
- ⁹⁵ Așa-numita teorie solidaristă, sugerează că, trăind în societate, de la care are atâtea beneficii, omul își pierde dreptul de a dispune de persoana lui fizică, fiindcă el aparține și societății, care, prin organizarea ei, l-a format și conservat ca o forță socială. O ipotecă în folosul societății grevează, oarecum, persoana sa. Pe larg, N. T. Buzea, *Principii de drept penal*, vol I, Institutul de Arte Grafice “Albina Românească”, Iași, 1937, p. 457. În același sens și F. Streteanu, *op. cit.*, p. 533. A se vedea și cazul persoanei care i-a solicitat dentistului să îi extragă toți dinții din partea superioară, deoarece aflase că aceștia îi provocau durerile de cap de care suferea în K. Amelung, *Competency to Consent - A German Approach*, în *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8, Issue 2000, p. 3 și urm. Dentistul a fost tras la răspundere penală, dar decizia a fost puternic criticată în doctrina germană deoarece, în mod evident, victima putea oferi un consimțământ valabil cu privire la extragerea întregii danturi superioare.
- ⁹⁶ În sens asemănător, O. Bugnar, *op. cit.*, p. 67.
- ⁹⁷ În sensul infirmării celei de-a doua teze, F. Streteanu, *op. cit.*, p. 533.
- ⁹⁸ În dorința de a sublinia importanța vieții ca valoare socială supremă, Vespasian V. Pella afirma că “în momentul în care omor un om, distrug ceva pe care geniul omenesc nu l-a putut încă crea, săvârșesc o faptă care nu se mai poate îndrepta.” Pe larg, V. V. Pella, *op. cit.*, p. 70.
- ⁹⁹ Unii autori propun ierarhii elaborate, cum ar fi, persoana, proprietatea, națiunea, Statul, pacea publică ș. a. m. d. A se vedea în acest sens, G. Antoniu, *Reforma penală și ocrotirea valorilor fundamentale*, în R.D.P. nr. 2/1996, p. 11. Chiar și așa, considerăm că ierarhia propusă de noi este, în fapt, mai bună, deoarece este imposibil să comparăm anticipat o componentă patrimonială cu o valoare socială de sorginte statală, în *abstracto*, fără să cunoaștem valențele concrete ale acestora.
- ¹⁰⁰ F. Antolisei, *op. cit.*, p. 182.
- ¹⁰¹ F. Streteanu, *op. cit.*, p. 348.
- ¹⁰² C. Mitrache, Cr. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ed a VI-a, Ed. Univ Juridic, București, 2007, p. 117 sau M. Basarab, *Drept penal. Partea generală*, vol I, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 46-47, apud. F. Streteanu, *op. cit.*, p. 346.
- ¹⁰³ F. Streteanu, *op. cit.*, p. 346-347.
- ¹⁰⁴ A se vedea în acest sens A. N. Trainin, *op. cit.*, p. 121.
- ¹⁰⁵ Pentru detalii, G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, p. 411-412.
- ¹⁰⁶ Potrivit art. 101 C. pen. italian, “sunt considerate fapte de aceeași natură, nu numai cele care încalcă aceeași dispoziție legală, ci și acelea care, fie că fac parte din Cod, fie că apar în legi speciale, din perspectiva mobilului sau a naturii, prezintă caractere fundamentale comune.” Prevedere se regăsește parțial și în dreptul francez, în cadrul art. 132-10 C. pen., sub numele de “recidivă specială delictuală”, formă a pluralității infracționale bazate, din nou, pe obiectul juridic. Pe larg, M. Lacaze, *op. cit.*, p. 174-175.
- ¹⁰⁷ În sens contrar, V. V. Pella, *op. cit.*, p. IX, 2. “Între ceea ce se pedepsește și ceea ce ar trebui să se pedepsească, este o atît de mare deosebire, încât nenumărate fapte de o evidentă imoralitate ies din domeniul dreptului penal, cu toate că lovesc direct în ordinea și armonia socială.”

¹⁰⁸ V. V. Pella, *op. cit.*, p. 13, 40.

¹⁰⁹ I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 992.

¹¹⁰ C. Roxin, *Derecho... precit.*, p. 52.

¹¹¹ A se vedea în acest sens părerea exprimată de Tribunalul Constituțional Federal al Germaniei în anul 1962, potrivit căreia, "comportamentele homosexuale reprezintă acte abominabile pentru opinia publică". Pe larg, C. Roxin, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, în Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nr. 15/2013, p. 16. Pe aceleași considerente, incriminarea în Codul penal Carol al II-lea al faptelor de acest tip era întotdeauna condiționată de generarea unui "scandal public", deși unii doctrinari militau în favoarea sancționării generale a acestui tip de fapte, susținând că "aceste aberațiuni patologice sunt niște crime monstruoase care lovesc specia umană". Pe larg, V. V. Pella, *op. cit.*, p. 103 și urm.

¹¹² C. Roxin, *Derecho... precit.*, p. 54.

¹¹³ În sens asemănător, E. Gimbernat Ordeig, *op.cit.*, în R. Hefendehl, *Teoria... precit.*, p. 15.

¹¹⁴ V. V. Pella, *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁵ Tr. Pop, *Drept penal... precit.*, vol I, p. 5.

¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹⁷ Menționăm că Vespasian Pella a militat puternic în favoarea incriminării "minciunii care a produs prejudicii"! V. V. Pella, *op. cit.*,

¹¹⁸ Ideea este preluată din E. Ferri, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁹ V. V. Pella, *op. cit.*, p. 38.

¹²⁰ *Idem.*, p. 103.

¹²¹ În orice caz nu poate fi vorba strict despre legiuitor, trebuind să existe o tendință a populației generale de a reprima un anumit comportament. Potrivit unei decizii relativ recente din Statele Unite ale Americii, decizia Lawrence v. Texas, Curtea Supremă a statuat că "determinarea de către o majoritate guvernamentală a faptului că un anumit comportament este imoral este insuficientă pentru incriminarea respectivului comportament". Pe larg, S.B. Goldberg, *Morals-Based Justifications for Lawmaking: Before and after Lawrence v. Texas*, în Minnesota Law Review, Vol. 88, Issue 5, 2004, p. 1233 și urm.

¹²² În mod asemănător, E. Ferri, *op. cit.*, p. 100.

¹²³ A se vedea cei citați în notele 11, 12, 13 în C. Roxin, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁴ P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1962, p. 76. apud S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 163, Y. Mayaud, *op. cit.*, p. 596.

¹²⁵ S. Moccia, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*, în J. M. Silva-Sanchez, *Política criminal y nuevo derecho penal : libro homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 121, F. Mantovani, *op. cit.*, p. 207 și urm.

¹²⁶ G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁷ F. Mantovani, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo Codice penale*, în Rivista Italiana di Diritto e procedura penale, nr. 2/1997, p. 313-314.

¹²⁸ Un bun exemplu în cadrul căruia este identificat procesul de formare a unei infracțiuni, îl constituie incriminarea în august 2012 a faptelor prevăzute de art. 296¹ alin. (1) lit. n), o) și p) din Codul fiscal. Potrivit expunerii de motive, finalitatea implementării acestor texte este de a proteja interesele fiscale ale Statului, semnalându-se prezența anumitor "relații sociale", a unei veritabile opinii publice cu privire la oportunitatea incriminării. Astfel, s-a motivat că introducerea infracțiunilor de la literele n), o) și p), a fost necesară datorită raportului dintre nivelul accizelor pentru produsele de tip păcură și motorină (1 la 25). Astfel, deși produsele de tip păcură sunt destinate a fi folosite drept combustibil

- pentru încălzire, există cazuri în care aceste produse sunt utilizate drept combustibil pentru motor. În această situație, potrivit art. 206¹⁶ alin. (4) și (4¹) Cod fiscal, aceste produse ar trebui accizate la nivelul combustibilului pentru motor echivalent, respectiv motorină. În acest context trebuie subliniat faptul că nivelul accizelor pentru păcură este de 15 euro la tonă iar pentru motorină este de 374 euro la tonă. Practic, există multe cazuri în care diverși indivizi folosesc păcură drept motorină pentru a evita plata taxelor aferente acesteia din urmă.
- ¹²⁹ G. Antoniu, *Reforma penală și Constituția*, în R.D.P., nr. 1/1996, p. 23. Ca o scurtă analogie bazată pe partea generală a dreptului penal, susținem că rațiunea incriminării reprezintă mobilul, pe când obiectul juridic reprezintă scopul acesteia.
- ¹³⁰ Tr. Pop, *op. cit.*, p. 277, V. Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală*, ed. a II-a, Ed. Univ. Juridic, București, 2012, p. 149, R. Riz, *op. cit.*, p. 69, 75, E. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 212, Șt. Daneș, *Drept penal. Partea Generală*, Ed. Sylvi, București, 2001, p. 112.
- ¹³¹ F. Streteanu, *op. cit.*, p. 345.
- ¹³² "Negarea, contestarea, aprobarea sau justificarea, prin orice mijloace, în public, a Holocaustului, genocidului sau a crimelor contra umanității ori a efectelor acestora se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani și interzicerea unor drepturi sau cu amendă."
- ¹³³ Ne referim aici la un obiect juridico-penal, așa cum l-a numit profesorul Santiago Mir Puig, fiind evident că orice faptă, fie ea penală, contravențională, administrativă sau chiar civilă se raportează la un anumit interes, la o valoare socială. Tocmai la acest aspect se raportează caracterul *ultima ratio* al dreptului penal, la protejarea exclusivă a obiectelor juridice penalmente relevante. B. Schünemann, *op. cit.*, p. 557.
- ¹³⁴ În sens asemănător și în D. S. Chertes, *Aspecte controversate privind infracțiunile prevăzute de O.U.G. nr. 31/2002*, în C.D.P., nr. 1/2005, p. 91.
- ¹³⁵ În același sens și E. Gimbernat Ordeig, *Presentación* în R. Hefendehl, *La teoría... precit.*, p. 20. În mod asemănător, Claus Roxin afirmă că, negarea unor fapte istorice nu poate fi dăunătoare persoanelor în viață, ci numai promovarea concepțiilor care au stat la baza respectivelor evenimente.
- ¹³⁶ D. Gomien, *Introducere în Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Ed. All, București, 1996, p. 85, apud. D. S. Chertes, *op. cit.*, p. 91, nota 28.
- ¹³⁷ Aceasta deoarece, potrivit jurisprudenței Curții, negarea holocaustului iese din sfera de protecție a art. 10 ca efect al art. 17 din Convenție. A se vedea în acest sens cauza Garaudy c. Franța, Lehideux și Isorni c. Franța, Chauvy și alții c. Franța. Potrivit acestei ultime decizii, Convenția interzice negarea unor evenimente istorice importante care au fost ferm stabilite. (<http://www.echr.coe.int>)
- ¹³⁸ Revenind, cât timp rațiunea incriminării există, motivele de interzicere a acestui comportament fiind destul de clare, credem că, din prisma obiectului juridic, sancționarea contravențională a acestui tip de fapte ar fi cea mai bună soluție.
- ¹³⁹ I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 387-388.
- ¹⁴⁰ A. Pagliaro, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, în Studi in onore di Antolisei, vol. II, Milano, 1965, p. 391.
- ¹⁴¹ O. Vannini, *op. cit.*, p. 7.
- ¹⁴² Este exemplul alcoolului care a fost prohibit o bună perioadă de timp în S.U.A, decizie asupra căreia s-a revenit într-o asemenea manieră încât, actualmente, alcoolul se găsește în orice magazin. Deși până acum am vorbit numai despre "devalorizarea" obiectelor juridice, acestea pot și crește în importanță, cum este cazul sănătății publice raportată la fumat. Astfel, în anul 1994 urmăream naționala de fotbal zburând spre S.U.A, iar toți membrii staff-ului (chiar și unii jucători) fumau în avion, pe când astăzi, în 2013, este dificil de găsit un loc de fumat în Europa, iar orice încălcare a

- interdicției generale de a fuma în locuri publice este sancționată administrativ, contravențional (sau chiar penal, potrivit mesajelor afișate în timpul zborului în unele avioane (sic!)).
- ¹⁴³ În același sens și Tr. Pop, *Drept... precit.*, vol II, p. 277. “Nu orice lucru, bun, interes sau drept poate fi obiectul unei infracțiuni, ci numai acela care are valoare juridică penală.”
- ¹⁴⁴ [...] constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.
- ¹⁴⁵ V. Cioclei, *Drept penal partea specială. Infracțiuni contra persoanei*, Ed. Univ. Juridic, București, 2007, p. 213
- ¹⁴⁶ F. Mantovani, *Il principio... precit.*, p. 316. Totuși, este de menționat faptul că Ferrando Mantovani este un puternic susținător al concepției potrivit căreia o mare parte a infracțiunilor sunt, în fapt, lipsite de obiect juridic.
- ¹⁴⁷ F. Mantovani, *op. cit.*, p. 193-194.
- ¹⁴⁸ C. Roxin, *op. cit.*, p. 60.
- ¹⁴⁹ Totuși, chiar și această protecție anticipată ar trebui să aibă o limită inferioară bine stabilită.
- ¹⁵⁰ J. L. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3^e édition, tome I, Ed. Henri Plon, Paris, 1863, p. 568.
- ¹⁵¹ M. Lacaze, *op. cit.*, p. 110.
- ¹⁵² Tocmai pe baza gradului de lezare a obiectului juridic își justifică existența infracțiunile de obicei (lezare repetată).
- ¹⁵³ Tr. Pop, *op. cit.*, p. 277.
- ¹⁵⁴ F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.*, p. 456, N. T. Buzea, *Principii... precit.*, p. 170.
- ¹⁵⁵ F. Streteanu, *op. cit.*, p. 640, G. Jakobs, *op. cit.*, p. 873-879, N. T. Buzea, *op. cit.*, p. 218, S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 364. Autorul ne oferă exemplul persoanei care, săvârșind un adulter, are impresia eronată cum că a comis o infracțiune.
- ¹⁵⁶ A se vedea Cass. crim., decizia din 11 mai 2004. Curtea franceză a apreciat că furtul propriului bun nu constituie infracțiune. În același sens și F. Streteanu, *op. cit.*, p. 645.
- ¹⁵⁷ G. Solomonescu, *Infracțiunile imposibile*, Tipografia și Legătoria Închisorii “Văcărești”, București, 1925, p. 20.
- ¹⁵⁸ V. V. Pella, *op. cit.*, p. 145. În același sens și N. T. Buzea, *op. cit.*, p. 217, F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.*, p. 416.
- ¹⁵⁹ G. Solomonescu, *op. cit.*, p. 21.
- ¹⁶⁰ R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3e éd, tome I, Ed. Sirey, Paris, 1913, p. 242. În același sens și R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, Ed. Cujas, Paris, 1967, p. 646-647.
- ¹⁶¹ G. Stefani, G. Levasseur, *Droit pénal spécial*, Ed. Dalloz, Paris, 1973, p. 181 apud. A. Filipaș, *op. cit.*, p. 55.
- ¹⁶² *Ibidem*.
- ¹⁶³ X. Pin, *op. cit.*, p. 121.
- ¹⁶⁴ *Ibidem*.
- ¹⁶⁵ F. Streteanu, *op. cit.*, p. 632-633, S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 347.
- ¹⁶⁶ În acest sens F. Streteanu, *op. cit.*, p. 641, J. Pradel, M. Danti-Juan, *Manuel de droit pénal spécial*, ed. 4, Ed. Cujas, Paris, 2007, p. 32. În sens contrar, N. T. Buzea, *Principii... precit.*, p. 171, P. I. Pastion, M. I. Papadopolu, *op. cit.*, p. 381.
- ¹⁶⁷ C. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. G. Periețeanu, V. Dongoroz, H. Asnavorian, T. Pop, M. I. Papadopolu, N. Pavelescu, *Codul Penal Carol al II-lea adnotat*, vol I, Ed. Librăria Socec & Co, București, 1937, p. 242-243.

- ¹⁶⁸ A se vedea și cazul persoanei care a încercat să își omoare soția, servindu-i un ceai de mușețel amestecat în prealabil cu mercurul dintr-un termomentru, Trib. Suprem colegiul penal, decizia nr. 1754/1966, în Revista Română de Drept 1/1967 și cazul Cas. II, dec. 1206/1937 în V. Papadopol, I. Stoenescu, G. V. Protopopescu, *Codul Penal al R.P.R. adnotat*, Editura de Stat pentru Literatura Juridică, București, 1948, p. 494
- ¹⁶⁹ A se vedea o soluție de avarie propusă de anteproiectul de Cod penal elvețian din 1908 (art. 22) “Dacă mijlocul cu care cineva încearcă să comită o infracțiune sau obiectul față de care el încearcă să săvârșească infracțiunea este în așa fel că infracțiunea cu un astfel de mijloc sau față de un astfel de obiect nu ar putea să fie executată, judecătorul va putea să micșoreze pedeapsa fără limită.” sau Codul penal prusac din 1838-1843 (art. 57) “Pedepsirea unei tentative nu este exclusă prin aceea că autorul s-a servit de un mijloc neapt sau că acțiunea sa s-ar fi îndreptat către un obiect față de care nu poate fi realizat efectul ilicit. În acest caz, judecătorul va putea să micșoreze pedeapsa fără limită.” Pe larg, G. Solomonescu, *op. cit.*, p. 117-118.
- ¹⁷⁰ Tocmai pe aceste considerente, în situația în care A trage după B și îl omoară pe C (*aberatio ictus*), se va reține un concurs între ucidere din culpă și tentativă de omor, deoarece, practic, o viață a fost distrusă, pe când existența celeilalte a fost periclitată.
- ¹⁷¹ Ca o adaptare a vorbelor lui Scherer, “un om mort nu este ocrotit de lege, asemănându-se din acest punct de vedere cu o piatră. Or a constata că e posibil să omori un om mort, crezând că e în viață, înseamnă a constata că e posibil să omori o piatră, crezând că e un om în viață”. Pe larg, M. Scherer, *Ueber die Strafbarkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objekt und mit absolut untauglichen Mitteln*, G.S., vol 29, 1878, p. 1 apud. G. Solomonescu, *op. cit.*, p. 52.
- ¹⁷² În același sens, Feuerbach spunea “decât să sancționăm un om care nu a produs niciun rău material, niciun pericol, nicio alarmă rezonabilă, un nebun care a încercat să facă un act imposibil, mai rezonabil ar fi să îi pedepsim pe oamenii notoriu vicioși și cu obiecțiuni funeste”. G. Solomonescu, *op. cit.*, p. 48.
- ¹⁷³ G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, p. 12-15.
- ¹⁷⁴ B. Schünemann, *op. cit.*, p. 556
- ¹⁷⁵ În acest sens, G. Antoniu, *op. cit.*, p. 10.
- ¹⁷⁶ F. Mantovani, *op. cit.*, p. 210.
- ¹⁷⁷ În mod asemănător, F. Streteanu, *op. cit.*, p. 81.
- ¹⁷⁸ G. Vidal, J. Magnol, *Cours de droit criminel et de science penitentiaire*, 7e. éd, Librairie Arthur Rousseau, 1928, p. 67, apud J. Pradel, *Constituționalizarea dreptului penal în Franța*, în C.D.P., nr. 3/2010, p. 2. Chiar și așa, în trecut legiuitorul român și-a fundamentat concepțiile pe starea moralei sociale. Ne referim aici la abrogarea “temporară”, de după Revoluție, a infracțiunii de trecere frauduloasă a frontierei (reinstăuită în 1992) sau a celei de avort (reintrodusă prin Legea nr. 140/1996). După cum bine s-a constatat în doctrina timpurie, evoluția progresistă a dreptului constituțional se va repercuta cu toată puterea asupra dreptului penal, înlocuind regimul de prohibițiune cu acela de toleranță și libertate. Pe larg, Tr. Pop, *Drept penal*, vol I, Tipografia “Libertatea”, Orăștie, 1921, p. 8.
- ¹⁷⁹ În mod asemănător, G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, p. 14. Pentru opinia cum că protecția mediului trebuie raportată la o “protecție patrimonială a generațiilor viitoare” a se vedea, B. Schünemann, *op. cit.*, p. 554.
- ¹⁸⁰ Pe larg, G. Fiancada, E. Musco, *op. cit.*, p. 23-24. Pentru discuții cu privire la abrogarea, în aceeași manieră, a articolului 238 din Codul penal, a se vedea F. Streteanu, *op. cit.*, p. 81
- ¹⁸¹ Menționăm că nu numai natura obiectului juridic trebuie luată în considerare, ci și gradul de lezare a acestuia.

¹⁸² E. Ferri, *op. cit.*, p. 93.

¹⁸³ Utilizând teoria expusă anterior, multe infracțiuni din Codul penal (și nu numai) ar trebui să dispară peste noapte. În mare, este vorba despre infracțiunile care urmează a fi transformate în contravenții prin adoptarea Legii de punere în aplicare a noului Cod penal (Legea nr. 187/2012).

¹⁸⁴ Șt. Daneș, V. Papadopol, *Individualizarea juridică a pedepselor*, ed a II-a, Ed. Juridică, București, 2004, p. 14.

¹⁸⁵ C. Lombois, *Droit pénal général*, Ed. Hachette, Paris, 1994, p. 11

¹⁸⁶ A se vedea art. 283 și art. 201 din noul Cod penal. Totuși, credem că anumite discrepanțe există în continuare, din perspectiva în care, spre deosebire de infracțiunea de lipsire de libertate în mod ilegal, represiunea nedreaptă nu are incriminată tentativa.

¹⁸⁷ A. Dincu, *Drept penal. Partea generală*, vol I, București, 1975, p. 116.

¹⁸⁸ În acest sens, Decizia de îndrumare a Plenului Tribunalului Suprem nr. 12 din 10 noiembrie 1966 în G. Antoniu, V. Papadopol, M. Popovici, B. Ștefănescu, *Îndrumările date de Plenul Tribunalului Supre și noua legislație penală*, Ed. Științifică, București, 1971, p. 74.

¹⁸⁹ J. Grigoraș, *Individualizarea pedepsei*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 103, 109-110.

¹⁹⁰ F. Antolisei, *op. cit.*, p. 180.

¹⁹¹ Expresia nu ne aparține, ci reprezintă rodul imaginației lectorului universitar dr. Daniel Nițu.

¹⁹² În același sens E. Ferri, *op. cit.*, p. 239. Autorul arată că, din punct de vedere cantitativ, pericolozitatea infractorului are o deosebită graduare, în funcție de importanța obiectului juridic pe care îl lezează și de maniera în care acesta a fost lezat. A se vedea și Șt. Daneș, V. Papadopol, *op. cit.*, p. 118. Autorii susțin că importanța obiectului juridic se reflectă în limitele de pedeapsă fixate.

¹⁹³ Potrivit anumitor păreri, lezarea obiectului juridic este o condiție a antijuridicității faptei. În acest sens, s-a arătat că obiectul juridic este reprezentat de sancționarea efectivă a faptei, astfel încât acesta nu reprezintă un element intrinsec infracțiunii, ci consecința ei juridică, imprimând caracterul de ilicit penal acțiunilor reprimite de legea penală. I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 988.

¹⁹⁴ În același sens, F. Streteanu, *op. cit.*, p. 344.

¹⁹⁵ C. Bulai în V. Dongoroz și colab., vol IV, *op. cit.*, p. 728, O. Loghin, A. Filipaș, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 360, O. Stoica, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 443, P. Dungan în M. Basarab, V. Pașca, Gh. Mateuț, T. Medeanu, C. Butiuc, M. Bădilă, R. Bodea, P. Dungan, V. Mirișan, R. Mancaș, C. Miheș, *Codul penal comentat. Partea specială*, vol II, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 1020. Alți autori adaugă și demnitatea persoanei ca și obiect juridic secundar, T. Vasiliu și colab, *Codul penal al R.S.R comentat și adnotat. Partea specială*, vol II, Ed. Științifică și enciclopedică, București, 1977, p. 470.

¹⁹⁶ Cu această ocazie subliniem un alt neajuns al teoriei lui Günther Jakobs, în conformitate cu care, impunitatea nu ar fi fost incidentă.

¹⁹⁷ În acest sens, S. Bogdan, *op. cit.*, p. 161 și D. Nițu, *Perversiunea sexuală, corupția sexuală și incestul. Infracțiuni contra persoanei sau contra moralei?*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, nr. 1-2/2004, p. 27.

¹⁹⁸ În mod evident, un raport sexual oral sau anal între doi frați lezează la fel de mult (dacă nu cumva mai mult) opinia publică ca și un raport sexual normal.

¹⁹⁹ V. Cioclei, *Critica rațiunii penale. Studii de criminologie juridică și drept penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 50.

²⁰⁰ În același sens și Șt. Daneș, V. Papadopol, *op. cit.*, p. 190.

- ²⁰¹ În Codul penal Carol al II-lea, exista o cauză de nepedepsire a “seducătorului” care, mai înainte de rămânerea definitivă a hotărârii, se căsătorea cu victima sa. A se vedea în acest sens, Cas. II. dec. 1082/1946 și Cas. dec. 599/1940 în V. Papadopol, I. Stoescu, G. V. Protopopescu, *op. cit.*, p. 459. Este de menționat că infracțiunea de seducție este dezincriminată în noul Cod penal.
- ²⁰² G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1978, p. 759.
- ²⁰³ V. Papadopol, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Științifică, București, 1957, p. 325.
- ²⁰⁴ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei Române, București, 1995, p. 211.
- ²⁰⁵ V. Drăghici, *op. cit.*, p. 95.
- ²⁰⁶ E. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 373.
- ²⁰⁷ În acest sens C. Roxin, *op. cit.*, p. 608, E. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 361, H-H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 282. Totuși, se prevede posibilitatea reținerii unei legitime apărări a unui obiect juridic universal, doar dacă prin lezarea acestei valori, s-ar pune în pericol un obiect juridic individual. C. Roxin, *op. cit.*, p. 626. În sens contrar, Hans Welzel susține că toate obiecte juridice (deci și cele non-penale) pot fi apărare legitimă. Pe larg, H. Welzel, *op. cit.*, p. 96. Practic, raportându-ne la prevederile naționale germane și spaniole, partizanii acestei teorii au dreptate întru totul, deoarece textele legislațiilor amintite anterior, nu fac referire la un “interes obștesc”, precum art. 44 C. pen.
- ²⁰⁸ F. Streteanu, *op. cit.*, p. 489.
- ²⁰⁹ H. Welzel, *op. cit.*, p. 91.
- ²¹⁰ F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.*, p. 701
- ²¹¹ C. Roxin, *op. cit.*, p. 685.
- ²¹² A se vedea în acest sens art. 37 alin. (6) din Legea nr. 51/1995. Menționăm că, pentru a beneficia de această imunitate, apărărea avocatului trebuie să fie în legătură cu apărarea în cauză și să fie necesare aflării adevărului. F. Streteanu, *op. cit.*, p. 230.
- ²¹³ M-L. Rassat, *Droit pénal général*, P.U.F., Paris, 1999, p. 596, apud. F. Streteanu, *op. cit.*, p. 231.
- ²¹⁴ Pentru orice nelămurire cu privire la imunitatea șefului de stat, a se vedea D. Nițu, *Imunitatea șefului de stat în dreptul penal*, Ed. Univ. Juridic, București, 2012, p. 32 și urm.
- ²¹⁵ F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.*, p. 680-681. Autorii arată că existența acestor imunități este justificată de necesitatea prezervării structurii familiale.
- ²¹⁶ În același sens și M. Lacaze, *op. cit.*, p. 178-179.
- ²¹⁷ “Neexecutarea unei hotărâri judecătorești definitive privind reintegrarea în muncă a unui salariat constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 1 an sau cu amendă”.
- ²¹⁸ Este de precizat faptul că, în cadrul art. 287 alin. (1) lit. d) din noul Cod penal, această faptă se va urmări numai la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, cu mențiunea că împăcarea nu va mai putea opera.
- ²¹⁹ Textul incriminează deținerea de către orice persoană în afara antrepozitului fiscal sau comercializarea pe teritoriul României a produselor accizabile supuse marcării, potrivit titlului VII, fără a fi marcate sau marcate necorespunzător ori cu marcaje false, peste limita a 10.000 țigarete, 400 de țigări de foi de 3 grame, 200 țigări de foi mai mari de 3 grame, peste 1 kg tutun de fumat, alcool etilic peste 40 de litri, băuturi spirtoase peste 200 litri, produse intermediare de alcool peste 300 litri, băuturi fermentate, altele decât bere și vinuri, peste 300 de litri.
- ²²⁰ Este vorba despre contravenția prevăzută de art. 221³ alin. (2) lit. b) din Codul Fiscal și anume, “deținerea în afara antrepozitului fiscal sau comercializarea pe teritoriul României a produselor accizabile supuse marcării, potrivit prezentului titlu, fără a fi marcate sau marcate necorespunzător ori cu marcaje false sub limitele prevăzute la art. 296¹ alin. (1) lit. l) din titlul IX¹”.

ARTICOLE

VERTRAGSSTRAFE UND PAUSCHALIERTER SCHADENSERSATZ IM DEUTSCHEN RECHT¹

Jakob Fortunat STAGL*

Zusammenfassung: *Der Beitrag bietet einen Überblick über die Vertragsstrafe und den pauschalierten Schadensersatz im deutschen Recht. Er bemüht sich insbesondere die von Windscheid propagierte und von Knütel weiterentwickelte Theorie der "Verfallsbereinigung" zu stärken, nach welcher die Vertragsstrafe dann entfällt, wenn der Schuldner – nach Verfall der Strafe – den mit ihr bezweckten Erfolg herbeiführt. Diese Theorie wurde und wird wegen begriffsjuristischer Engpaßführungen weitestgehend ignoriert.*

Stichworte: *Vertragsstrafe, selbständiges und unselbständiges Strafversprechen, pauschalierter Schadensersatz, Verfallsbereinigung*

1. Unselbständiges Strafversprechen

a) Begriff der Vertragsstrafe

Bei vielen Typen von Verträgen ist es üblich, dass die Parteien eine Strafe für den Fall vereinbaren, dass die eine Seite ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht gebührend erfüllt, also zu spät, gar nicht oder schlecht leistet. Solche unselbständigen (zu den selbständigen siehe sub. 2) Vertragsstrafeversprechen finden sich in der Praxis vor allem unter Kaufleuten und außerhalb des Handelsrechts im Arbeitsrecht und Werkvertragsrecht. Ein *Beispiel* für ein Vertragsstrafeversprechen aus einem anderen Bereich ist BGHZ 97, 372:² Herr M und Frau F leben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Da aus der Verbindung nach dem ursprünglichen Willen der beiden keine Kinder hervorgehen sollen, verpflichtet sich F gegenüber M, die „Pille“ zu nehmen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wird vereinbart, dass F dem M eine Vertragsstrafe von 10.000 Euro zahlen soll. Nach einiger Zeit setzt F die „Pille“ heimlich ab, um M durch die Geburt eines Kindes an sich zu binden. Tatsächlich ist F wenig später schwanger. M verlangt von F Zahlung der 10.000 Euro. Der Bundesgerichtshof hielt das Versprechen für unwirksam: Da der höchstpersönliche Bereich der privatautonomen Gestaltung entzogen sei, könnten Vereinbarungen über die Einnahme empfängnisverhütender Mittel keine rechtliche Wirksamkeit beanspruchen. Denn der Schutz der Entscheidungsfreiheit in

höchstpersönlichen Fragen dürfe nicht durch die Anerkennung eines mittelbaren Erfüllungszwangs umgangen werden.

Wie dies Beispiel zeigt, ist die Strafabrede ein aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen, wobei die Leistung die versprochene Strafe ist und nicht das Verhalten, das durch die Strafe erzwungen werden soll. Verhält der Schuldner sich so wie gewünscht, tritt die Bedingung nicht ein, verhält er sich so wie nicht gewünscht, tritt die Bedingung ein, ist also die Strafe verwirkt.³ Hieraus ergibt sich auch, dass die Vertragsstrafe nur *zukünftiges Verhalten* erzwingt: Eine Bedingung ist ja definitionsgemäß ein künftiges ungewisses Ereignis.⁴ Wird ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten mit einer Strafe bestärkt, so spricht man von einer Garantie.⁵

Es liegt Nahe, dass bei einem Institut wie der Vertragsstrafe die Versuchung für die Rechtsprechung besonders stark ist, mit der Generalklausel von ‚Treu und Glauben‘ des § 242 BGB⁶ zu operieren. Oftmals werden sich nämlich die Schuldner des hohen Risikos ihres Versprechens nicht bewußt sein, da sie – wie die meisten Menschen – die Zukunft zu optimistisch einschätzen. So hatte etwa das LG Berlin einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Kaufmann versprochen hatte 1.470 in der Stadt aufgehängte Plakate wieder abzunehmen. Das Gericht entschied, dass gemäß § 242 BGB die Vertragsstrafe von 20.000 Deutsche Mark auf 1.000 Deutsche Mark herabzusetzen sei, da nur *ein einziges* Plakat hängen geblieben sei⁷ – genau auf dieses eine Plakat kann es aber dem Gläubiger angekommen sein! Diese Tendenzen sind natürlich der Vertragsfreiheit und damit der Rechtssicherheit nicht förderlich.

b) Zweck der Vertragsstrafe

Zweck der Vereinbarung einer Privatstrafe ist es natürlich, den Schuldner der Sachleistung dazu anzuhalten, seine Verpflichtungen realiter und pünktlich zu erfüllen (Beugefunktion).⁸ Das zeigt der „Pillen-Fall“ sehr deutlich: Was der Mann hier will, ist, dass die Frau die „Pille“ nimmt, also eine tatsächliche Handlung setzt. Die Strafe hat primär den Zweck, dieses Verhalten herbeizuführen. Zu diesem Mittel greift man natürlich nur deshalb, weil man das allgemeine Recht der Leistungsstörungen und der Gewährleistung nicht dafür ausreichend hält, den Schuldner zur Pflichterfüllung anzuspornen.

Ein weiterer legitimer und in der Praxis gebräuchlicher Grund für ein Vertragsstrafeversprechen liegt darin, dass der Gläubiger hierdurch auch solche Schäden ersetzbar macht, die nicht in Vermögensschäden bestehen. Hierzu besteht ein Bedürfnis deshalb, weil nach § 253 BGB⁹ der Ersatz von Nichtvermögensschäden nur in den vom Gesetz besonders angeordneten Fällen zulässig ist.¹⁰ Ein weiterer Grund liegt für den Gläubiger darin, dass er auf diese Weise der peinlichen Notwendigkeit entgeht, seinen Schaden der Höhe nach nachweisen zu müssen (Ersatzfunktion).¹¹ *Beispiel:* Ein Kegelverein lädt einen Sänger zu einem Auftritt auf der Weihnachtsfeier vor seinen Mitgliedern ein. Der Sänger erscheint nicht. Hier einen Vermögensschaden zu beweisen, dürfte praktisch unmöglich sein.¹²

c) Abgrenzung zu verwandten Instituten

Die Vertragsstrafe bedarf der Abgrenzung, zunächst zur Garantie. Die Garantie¹³ teilt mit der Vertragsstrafe die Funktion, einen Ersatz für die nichterhaltene Leistung zu bieten. Ihr fehlt aber die Straffunktion, sie setzt dementsprechend auch kein Verschulden voraus.¹⁴ In der Praxis werden oftmals strafbewehrte Bieterklärungen abgegeben, mit denen Teilnehmer an öffentlichen Ausschreibungen versichern, ihre Gebote nicht mit Konkurrenten abgesprochen zu haben. Nach richtiger Auffassung des BGH handelt es sich hierbei nicht um Vertragsstrafversprechen, sondern Garantien. Das hat zur Folge, daß die §§ 339 ff. BGB keine Anwendung finden.¹⁵ Das Abgrenzungskriterium liegt, wie bereits gesagt, in diesen Fällen darin, daß es sich hier um ein in der Vergangenheit liegendes Ereignis handelt und damit nicht um zukünftiges Verhalten des Schuldners.

Das Reuegeld aus § 353 BGB¹⁶ ist keine Strafe, sondern eine Leistung, die dafür erbracht wird, sich vom Vertrag lösen zu dürfen. Kauft sich der Schüler in einem Unterrichtsvertrag von der Leistungspflicht frei, ohne auf den Gestaltungsakt des Rücktritts zurückzugreifen,¹⁷ so handelt es sich auch hier nicht um eine Vertragsstrafe, sondern einen Fall der Ersetzungsbefugnis: Der Schüler hat die Wahl, die Unterrichtsstunden zu bezahlen oder eben eine bestimmte Summe.¹⁸ Dasselbe gilt für Stornogebühren eines Reiseveranstalters.¹⁹ Rieble betont gegen Gernhuber²⁰ zu Recht, dass es für die Abgrenzung nicht darauf ankommt, ob der Schuldner zurücktreten muss oder nicht – das ist eine Frage, wie man sein reales Handeln, die Leistung nicht entgegenzunehmen, interpretiert. Abgrenzungskriterium ist, ob durch die Stornogebühr der Schuldner zur Leistung angehalten werden soll (dann Vertragsstrafe) oder ob er frei sein soll und sich die Freiheit, durch die Stornogebühr erkauft.²¹

Nach richtiger Auffassung²² geht es daher auch nicht um eine Vertragsstrafe, wenn der Schuldner für eine einvernehmliche Vertragsaufhebung etwas zahlen soll: Hier geht es gerade nicht darum, den Schuldner in Richtung Vertragserfüllung zu lenken, hat er es doch in der Hand, zu erfüllen.²³

Ebenfalls keine Vertragsstrafe ist das ‚Entgelt für in Anspruch genommene Leistung‘: Hierunter ist eine Vereinbarung zu verstehen, nach welcher der Schuldner optieren kann, eine bestimmte Leistung des Gläubigers in Anspruch zu nehmen, in diesem Fall aber eine besondere Gegenleistung zu erbringen hat. Ein Beispiel hierfür sind etwa Überziehungszinsen einer Bank.²⁴ Das hat insbesondere zur Folge, dass eine Preiskontrolle über § 343 BGB²⁵ (siehe sub e) nicht stattzufinden hat. Hier kann es ja durchaus im Interesse des Gläubigers liegen oder ihm egal sein, dass der Schuldner diese Option zieht. Bei der Vertragsstrafe kommt es aber dem Gläubiger gerade auf das Verhalten des Schuldners an. Er will die Leistung, wie gesagt, realiter und nicht das Geld. Das Geld ist bei der Vertragsstrafe primär ein Zwangsmittel.

d) Ist die Vertragsstrafe eine Form der Privatstrafe?

Eine Privatstrafe im Sinne der US-amerikanischen *punitive damages* ist im deutschen Recht unzulässig: Eine Strafe, deren primärer Zweck die Strafe um des Schutzes

der Rechtsordnung willen ist, muss – so die Begründung – dem Staat vorbehalten sein. Dementsprechend verstößt die Zwangsvollstreckung einer Forderung, die aus einer ausländischen *punitive damage* herrührt, gegen den deutschen *ordre public*.²⁶ Es stellt sich angesichts dessen die Frage, inwieweit die Vertragsstrafe als Privatstrafe zu verstehen ist – wenn das der Fall wäre, so wäre sie unzulässig bzw. würde eine entsprechende Qualifikation der richterlichen Inhaltskontrolle natürlich Tür und Tor öffnen. Das ist nach herrschender deutscher Auffassung nicht der Fall: Die Vertragsstrafe beruht nämlich auf dem Willen beider Seiten, sie wirkt also relativ und gerade nicht wie eine Privatstrafe gegenüber jedermann, also *erga omnes*.²⁷

e) Gesetzliche Regelung der Vertragsstrafe und ihre Teleologie

Die Vertragsstrafe ist im BGB recht ausführlich geregelt in den §§ 339 ff.:

§ 339 BGB Verwirkung der Vertragsstrafe: ¹Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. ²Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

§ 340 BGB Strafversprechen für Nichterfüllung: (1) ¹Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. ²Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. (2) ¹Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. ²Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

§ 342 BGB Andere als Geldstrafe: Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

§ 343 BGB Herabsetzung der Strafe: (1) ¹Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. ²Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. ³Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. (2) Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

§ 344 BGB Unwirksames Strafversprechen: Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

§ 345 BGB Beweislast: Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

Bevor wir diese Vorschriften und die zu ihnen entwickelte Rechtsprechung im einzelnen betrachten, ist es notwendig klarzustellen, welches ihre Teleologie ist. Der primäre Zweck der §§ 339 ff. BGB ist der Schutz des Schuldners.²⁸ Wegen der allgemeinen menschlichen Tendenz, die Zukunft optimistisch zu sehen, besteht oftmals die Gefahr, dass der Schuldner leichtfertig ein Strafversprechen abgibt, ohne sich über die Folgen so recht im Klaren zu sein. Das BGB hindert aber den Schuldner nicht generell daran, solche Versprechen abzugeben, das wäre im Rahmen der Privatautonomie auch nicht möglich. Auch knüpft es – anders als bei der Bürgschaft (§ 766 BGB²⁹) – das Vertragsstrafversprechen nicht an eine bestimmte Form mit ihrer Warn-, Schutz- und Beweisfunktion. Das Gesetz ermöglicht es hingegen, das eingegangene Versprechen nach § 343 BGB – der Zentralnorm der Vertragsstrafe – durch richterlichen Gestaltungsakt auf erträgliches Maß zu ermäßigen. Der Schutz des Schuldners erfolgt also *ex post* und im Einzelfall. Es liegt auf der Hand, dass angesichts dieser Analyse bestimmte Gruppen eines besonders intensiven Schutzes bedürfen: also Verbraucher, Mieter und Arbeitnehmer (hierzu weiter unten). Ebenfalls dem Schutz des Schuldners dient das sogleich zu besprechende Akzessorietätsprinzip: Er soll nicht eine Strafe zahlen müssen, obwohl die Primärverpflichtung – um deren Erfüllung willen sie versprochen worden war – überhaupt nicht besteht.³⁰

f) Geltungsgründe eines Vertragsstrafversprechens

Ein Vertragsstrafversprechen gilt primär dann, wenn es vertraglich vereinbart wurde. An einer solchen vertraglichen Vereinbarung fehlt es zunächst beim Ladendieb: Er ist mit einer solchen Vereinbarung nicht einverstanden.³¹ Beim Schwarzfahrer kann die Vertragsstrafe freilich hoheitlich angeordnet sein (hierzu zugleich). Auch in öffentlich-rechtlichen Verträgen (§§ 54 ff. Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVfG)) kann eine Vertragsstrafe bedungen werden.³² Eine Besonderheit gilt bei Vereinsstrafen. Nach einer grundlegenden Entscheidung des BGH sind in der Satzung eines Vereines vorgesehene Strafen keine Vertragsstrafen, sondern beruhen vielmehr auf der Unterwerfung unter die Satzung.³³ Hintergrund ist der folgende: Zu den Hauptproblemen des Vereinsrechts gehört das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen des Vereins. Nach traditioneller Auffassung ist der Umfang der gerichtlichen Kontrolle durch die Vereinsautonomie eingeschränkt. Das Reichsgericht prüfte anfangs nur, ob sich der Verein an die eigenen Satzungsbestimmungen gehalten hatte. Es führte sodann auch eine auf grobe Verstöße bezogene Inhaltskontrolle ein und unterwarf die Vereinsstrafen einer Kontrolle auf Sittenwidrigkeit, Unbilligkeit und soziale Härte. Nach der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs kann bei Vereinsstrafen vom ordentlichen Gericht nur nachgeprüft werden, ob die Strafe

- in einer satzungsmäßigen Ermächtigung eine Stütze findet, die nicht gesetz- oder sittenwidrig ist,
- in einem satzungsmäßig vorgeschriebenen und fairen Verfahren verhängt worden ist und
- nicht gesetzwidrig, sittenwidrig oder offenbar unbillig ist.

Eine wichtige Erweiterung brachte im Jahr 1983 das Urteil des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 87, 337: „Die Tatsachenermittlung im vereinsrechtlichen Disziplinarverfahren unterliegt der Nachprüfung durch die staatlichen Gerichte.“ Es hat damit einer Forderung der Literatur entsprochen. Darüber hinaus fordert ein erheblicher Teil des Schrifttums eine vollständige Prüfung nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen.³⁴ Ebenso wenig, wie sich das Mitglied einer Strafgewalt für nicht begangene Verstöße unterwirft, unterwirft es sich irgendeiner sonst unberechtigten Vereinsstrafe. Rechtsschutzexklaven sind, wie *Karsten Schmidt* sagt, nicht zuzugestehen.

Neben der privatautonomen Vertragsstrafe gibt es auch den Geltungsgrund staatlicher Anordnung, sei es in unmittelbar durch Gesetz oder aufgrund öffentlich-rechtlicher Verordnungen und Satzungen.³⁵

g) Verschuldensprinzip in § 339

Das Vertragsstrafeversprechen ist für den Schuldner, wie gesagt, sehr gefährlich. Aus diesem Grunde kommt ihm das Gesetz zu Hilfe: Nach § 339 BGB ist die Vertragsstrafe nur dann verwirkt, wenn der Schuldner mit seiner Leistungspflicht „in Verzug kommt“.³⁶ Und in Verzug kommt man nach deutschem Recht nur dann, wenn man schuldhaft³⁷ nicht geleistet hat³⁸. Nach dem Gesetz ist die Vertragsstrafe also nur dann verwirkt, wenn der Schuldner die Verantwortung dafür trägt, daß die die Strafe auslösende Bedingung eingetreten ist. Den Beweis mangelnden Verschuldens hat freilich der Schuldner zu führen.³⁹ Das ist für ein Verhalten, das in einem positiven Tun besteht, eindeutig vom Gesetz so vorgesehen. Beim Unterlassen ist die Rechtslage nicht ganz so klar: siehe Satz 2 des § 339 BGB. Doch hat der Bundesgerichtshof (BGH) 1972 entschieden, dass das Verschuldensprinzip auch für das Unterlassen gilt.⁴⁰

Es ist allerdings nicht erforderlich, dass dem Gläubiger durch das Handeln des Schuldners ein Schaden entstanden ist, noch muss ein Schaden überhaupt möglich gewesen sein.⁴¹ Hat der Gläubiger dazu beigetragen, dass die Bedingung eintritt, an welche die Strafe geknüpft ist, so ist nach § 162 Absatz 2 BGB⁴² die Strafe als nicht verwirkt anzusehen: Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.

h) Abdingbarkeit der §§ 339 ff.

Nun ist § 339 BGB aber kein zwingendes Recht, sondern abdingbar.⁴³ Diese Abdingbarkeit ist freilich in der Praxis weit weniger stark ausgeprägt, als es auf den ersten Blick scheinen mag.⁴⁴ Dem Schuldner kommt das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Hilfe (§§ 305-310 BGB). Dieses Regime findet wegen § 310 Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB auch für Kaufleute Anwendung.⁴⁵ § 309 BGB (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit) bestimmt:

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam... (Nummer 6 Vertragsstrafe): eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird.

Diese Vorschrift hat freilich wegen ihres engen Anwendungsbereichs nur geringe praktische Bedeutung für das Rechtsleben gewonnen.⁴⁶ Entscheidend ist vielmehr die Generalklausel des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 307 BGB (Inhaltskontrolle), die insbesondere auch im Verhältnis von Unternehmer/Kaufmann zu Unternehmer/Kaufmann Anwendung findet.⁴⁷

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Aus dieser Vorschrift leitet die Rechtsprechung ab, dass unter besonderen gewichtigen Gründen, das Verschuldenserfordernis des § 339 BGB in durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeführten Vertragsstrafeversprechen abbedungen werden kann.⁴⁸ So wurde entschieden, dass eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe nicht zulässig ist bei Bauverträgen⁴⁹, bei Bierlieferungsverträgen⁵⁰ oder bei Automatenaufstellungsverträgen⁵¹.

i) Höhe der Vertragsstrafe

Besonderen Schutzes bedarf der Schuldner naturgemäß hinsichtlich der Höhe der von ihm versprochenen Strafe. Nach § 317 BGB⁵² kann die Leistung und damit auch die Höhe der Vertragsstrafe einem Dritten überlassen werden.⁵³ Dem Gläubiger kann die Bestimmung aber nicht überlassen werden – dies würde zu einem nach § 138 BGB⁵⁴ unzulässigen ‚Strafdiktat‘ führen.⁵⁵ Weiterer Schutz ergibt sich aus § 343 BGB ‚Herabsetzung der Strafe‘. Diese Vorschrift ist zwingend.⁵⁶ Sie gilt jedoch nicht, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen wird (§ 348 Handelsgesetzbuch (HGB))⁵⁷. Doch greift auch hier wieder die Generalklausel des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 307 BGB ein.⁵⁸ Die Höhe der versprochenen Strafe muss in einem ‚sachgerechten Verhältnis‘ zur Bedeutung des Strafverstoßes stehen.⁵⁹ Unwirksam ist eine Vertragsstrafe in mehrfacher Höhe des vom Gläubiger mit seinem Geschäft zu erzielenden Gewinns.⁶⁰ Nach einer neueren Rechtsprechung ist vor allem bei Werkverträgen im Baubereich von einer Obergrenze von 5 % des

Auftragsvolumens auszugehen.⁶¹ Insgesamt lassen sich hier allgemeine Linien kaum ziehen und kommt es vor allem auf den Einzelfall an. Bei der notwendigen Abwägung ist auf Gläubigerseite zu fragen, ob die durch die Vertragsstrafe gesicherte Pflicht bedeutsam ist (Schikaneverbot), ob es keine anderen Durchsetzungsmöglichkeiten gibt, sowie nach dem drohenden Schaden im Falle der Nichterfüllung. Auf Schuldnerseite ist zu fragen, ob von der Strafe eine Existenzgefährdung ausgeht, ob man sich mit einer Herabsetzung nach § 343 BGB behelfen kann und ob eine Beschränkung der Strafe auf vorsätzliche Verstöße möglich gewesen wäre.⁶² Auf jeden Fall muss das Vertragsstrafeversprechen (Transparenzgebot aus § 307 Absatz 1 BGB!) eine Bestimmung der Höchstsumme enthalten.⁶³

Neben dem Schutz aus § 307 BGB ist noch eine Herabsetzung der Strafe nach § 242 BGB möglich (ein Gläubiger hatte über Jahre hinweg Belege von Vertragsverletzungen gesammelt und in einer Klage gebündelt, die den vordringlichen Sinn hatte, den Schuldner wirtschaftlich in die Knie zu zwingen)⁶⁴ und wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB⁶⁵) möglich.⁶⁶ Eine Herabsetzung nach § 242 spielt vor allem unter Kaufleuten eine Rolle, für die wegen § 348 HGB § 343 BGB nicht gilt. In diesem Fall ist die Vertragsstrafe nicht auf die nach § 343 BGB angemessene Höhe, sondern nur auf das Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen des Gerichts nach § 242 BGB noch nicht rechtfertigen würde. In diesem Fall ist die Vertragsstrafe nicht auf die nach § 343 BGB angemessene Höhe, sondern nur auf das Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen nach § 242 BGB noch nicht rechtfertigen würde.⁶⁷

Soweit § 343 BGB demnach Anwendung findet, gilt folgendes: Die Herabsetzung der Strafe ist eine Form richterlicher Vertragskontrolle und als solche ein Fremdkörper in dem auf Privatautonomie ausgelegten System des BGB.⁶⁸ Die richterliche Straferabsetzung ist technisch gesehen ein echter konstitutiver Gestaltungsakt. Erst die richterliche Entscheidung beseitigt die Leistungspflicht des Schuldners. Dementsprechend muss der Schuldner mit einer Gestaltungsklage gegen die aus seiner Sicht zu hohe Strafe vorgehen.⁶⁹ Allerdings muß der Schuldner nicht eine zu hohe Strafforderung einfach erdulden und sich durch Entrichtung der Strafe der Möglichkeit berauben, diese herabzusetzen (§ 343 Absatz 1 Satz 3 BGB). Vielmehr steht ihm die ‚Einrede der Herabsetzbarkeit‘ zu. Diese – anspruchshindernde – Einrede nimmt – wenn sie begründet ist und erhoben wurde – dem Gläubiger die Möglichkeit, die Strafforderung im Wege der Klage oder Aufrechnung durchzusetzen.⁷⁰

Klagt der Schuldner auf Herabsetzung der Strafe, so muss der Richter sie reduzieren. Den Parteien kommt hierbei ein Einschätzungsspielraum zu, den der Richter zu respektieren hat. Erst wenn die Grenze einer unverhältnismäßigen, disproportionalen Strafe erreicht ist, kann der Richter eingreifen. Die Feststellung dieser Grenze ist seine wesentliche Aufgabe.⁷¹

Für die Angemessenheit der Strafe ist maßgeblich die Frage, ob die Strafe *in dieser Höhe* erforderlich ist, um den Schuldner zu einem vertragstreuen Handeln zu motivieren.⁷² Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls, so die Schwere des Vertragsverstößes in objektiver ‚Pflichtverletzung‘ im Sinne von § 280 BGB⁷³) und

subjektiver (Verschulden im Sinne von § 276 BGB) Hinsicht und die Vermögenslage des Schuldners.⁷⁴ Übersteigt die Strafe den tatsächlich entstandenen Schaden nicht, so kann sie nicht herabgesetzt werden.⁷⁵ § 343 BGB findet natürlich nur Anwendung soweit der in Rede stehende Vertrag überhaupt wirksam und nicht nach § 138 BGB nichtig ist. Das ist etwa beim ‚Knebelungsvertrag‘ der Fall, bei dem jede noch so kleine Verfehlung unter Strafe gestellt wird.⁷⁶ Die Unangemessenheit der Strafe ist eine Rechtsfrage und keine Tatfrage. Es gibt für die Unangemessenheit dementsprechend auch keine Beweislast.⁷⁷

Neben § 343 BGB kann die Höhe der Strafe auch über die Generalklausel der guten Sitten, § 138 BGB, kontrolliert werden. Hier geht es zumeist um Fälle, bei denen nicht so sehr die Höhe der Strafe das Problem ist, sondern wo noch besondere Umstände hinzukommen, die der Strafe den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken: etwa eine Strafe, die so hoch ist, dass sie bei zu erwartend gleichbleibender Höhe nicht zurückgezahlt werden kann.⁷⁸

j) Art der Strafe

In aller Regel besteht die zu leistende Strafe in der „Zahlung einer Geldsumme“ (§ 339 BGB). Ein Sonderfall ist die Zinsstrafe (nicht der Überziehungszins der Bank, er ist Gegenleistung, siehe oben): also eine Strafe dafür, daß der Schuldner ein Darlehen nicht rechtzeitig zurückzahlt, wie vom Gläubiger gewünscht. Solche Zinsstrafen werden sehr selten vereinbart, weil § 309 Nummer 6 BGB Vertragsstrafen für Zahlungsverzug im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen *stricte* verbietet. Neben der Zahlung von Geld kommt auch der Verfall von Rechten in Betracht: Die Parteien können vereinbaren, dass die Strafe im Verlust eines Anspruches besteht; insoweit handelt es sich bei der Strafe um einen auflösend bedingten Erlassvertrag (§ 397 BGB⁷⁹). Ähnlich wirken Klauseln, die ein dem Schuldner ‚an sich‘ zustehendes Recht beschränken oder ausschließen. Klassischer Fall ist die Regelung, dass der Gläubiger frei sein soll, wenn der Schuldner eine Reparatur durch einen anderen als den Vertragshändler vornehmen läßt oder eine Mitteilungspflicht nicht erfüllt.⁸⁰ Strafe kann auch der Verfall bereits erbrachter Leistungen sein, hierzu ein interessanter Fall des Bundesgerichtshofs:⁸¹ Bezüglich eines Kaufes hatten die Parteien vereinbart: „Kaufpreis: (1) Der Kaufpreis beträgt 200.000 DM ... Der Kaufpreis ist wie folgt zur Zahlung fällig: Die 1. Rate bei Übernahme des Kaufobjekts 100.000 DM ... Die 2. Rate in Höhe von 100.000 DM ... 15. 12. 1986. (2) Sollten die Käufer ihre Zahlungen nicht in der vereinbarten Frist leisten, dann steht dem Verkäufer ein uneingeschränktes Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag zu. Der Verkäufer hat dann das Recht, das Kaufobjekt am 1. 1. 1987 wieder vollumfänglich zu übernehmen. (3) Bis dahin geleistete Zahlungen auf den Kaufpreis und Investitionen in das Kaufobjekt gehen dann entschädigungslos in das Eigentum des Verkäufers über [sog. Verfallklausel]“. ... Der Bundesgerichtshof (BGH) qualifizierte diese Klausel als der Vertragsstrafe ähnlich, hielt sie im konkreten Fall aber für sittenwidrig (§ 138 BGB).

In diesen Zusammenhang gehört auch § 28 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)⁸²: Der Versicherer kann sich von seiner Leistungspflicht freizeichnen, wenn der

Versicherungsnehmer gegen eine Obliegenheit verstoßen hat: zum Beispiel die Bewachungsklausel bei einer Juwelierversicherung vorsätzlich nicht beachtet hat.⁸³ Obwohl es sich hier um Vertragsstrafen handelt, hat der Bundesgerichtshof (BGH) § 343 BGB bislang sehr zurückhaltend angewandt und seit der VVG-Reform 2008 (BGBl I 2631) sind die §§ 339 ff. BGB nicht mehr auf § 28 VVG anwendbar.⁸⁴

k) Strafanspruch und Erfüllungsanspruch

Der *Strafanspruch* aus dem Vertragsstrafeversprechen ist ein selbständiger Anspruch, der mit dem primären *Erfüllungsanspruch* nicht identisch ist. Das macht es notwendig, das Verhältnis von Strafanspruch und Erfüllungsanspruch zu klären. Das Gesetz verwendet verschiedene Regelungsmechanismen:

Erstens: Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung und Strafe wegen Nichterfüllung (§ 340 Absatz 1 BGB); zweitens: Wahlrecht des Gläubigers zwischen Schadensersatz statt der Leistung und einer Strafe, die nicht in Geld besteht (§ 342 BGB); drittens: Anrechnung der Geldstrafe auf Schadensersatzansprüche des Gläubigers aus dem primären Erfüllungsanspruch (§§ 340 Absatz 2 und § 341 Absatz 1 BGB); viertens: Kumulation von Strafe und Erfüllung bei § 341 BGB (allerdings nur unter den Voraussetzungen von Absatz 3).

Die Anwendung dieser unterschiedlichen Prinzipien ist von verschiedenen tatbestandlichen Voraussetzungen abhängig. § 340 Absatz 1 (Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung und Strafe wegen Nichterfüllung) BGB ist nur einschlägig, wenn „der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen“ hat, „dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt“. Für diesen Fall hat der Gläubiger das Wahlrecht zwischen Strafe und Erfüllung in Gestalt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Diese Vorschrift hat den Zweck zu verhindern, dass der Schuldner das *Erfüllungsinteresse* mehrfach leisten muss.⁸⁵ Insoweit ist die Vorschrift zwingend. Allerdings kann es vertraglich vereinbart werden, ob die vereinbarte Strafe das Erfüllungsinteresse umfasst, was *de facto* darauf hinausläuft, daß die in § 340 Absatz 1 BGB ausgesprochene Beschränkung auf das Erfüllungsinteresse doch disponibel ist.⁸⁶

Ob die Vertragsstrafe das Interesse an der ganzen Vertragserfüllung decken soll (mit der Folge der Anwendung des § 340 BGB) oder ob sie sich nur auf die Zuwiderhandlung gegen einzelne Vertragspflichten bezieht (dann ist § 341 BGB anzuwenden mit der Möglichkeit der Kumulation), kann nur durch Auslegung der Parteivereinbarung ermittelt werden.

Ist der Anwendungsbereich von § 340 Abs. 1 (Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung und Strafe wegen Nichterfüllung) BGB eröffnet, gilt folgendes: Erfüllt der Schuldner überhaupt nicht, so kann der Gläubiger die Strafe als unwiderlegbaren Mindestschaden statt der Leistung verlangen. Tut er dies, so ist sein Anspruch auf Erfüllung damit ausgeschlossen.⁸⁷ Die Erklärung dessen ist ein Gestaltungsakt.⁸⁸ Vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung kann der Schuldner den Gläubiger nicht zu einer bestimmten Wahl zwingen.

Allerdings wird diskutiert, ob der Schuldner der bereits verfallenen Strafe entgehen kann, indem er die Leistung anbietet, den Gläubiger also indirekt zwingt auf die Strafe zu verzichten (sog. Verfallsvereinbarung). Hierfür hat *Knütel* unter Rückgriff auf das römische Recht und die Pandektistik des 19. Jahrhunderts, namentlich *Windscheid*, plädiert⁸⁹ und *Larenz* ist ihm hierin gefolgt⁹⁰. *Knütel* macht für seine Auffassung insbesondere geltend, daß die Vertragsstrafe ihre Funktion, den Schuldner zur Leistung anzuhalten (Beugefunktion) gerade erfüllt, wenn er die Leistung anbietet. Der Gläubiger bekommt das, was ihm zusteht.⁹¹ Diese zutreffende Auffassung hat sich freilich nicht durchsetzen können. *Gernhuber*⁹² und *Rieble*⁹³ etwa meinen, dass für den Fall einer solchen Möglichkeit zur Verfallsvereinbarung die Vertragsstrafe ihre präventive Funktion verlöre. Damit wird die Vertragsstrafe aber für die Durchsetzung einer bestimmten Moral instrumentalisiert – und das rückt sie in die Nähe einer unzulässigen Privatstrafe. Auch scheint man sich nicht im klaren darüber zu sein, dass man solche Institute wie die Vertragsstrafe nach der *Maxime Fortiter rei suaviter modo* handhaben muss, sonst werden sie von der Rechtsprechung über die Generalklauseln vollständig zerbröseln.

Der Gläubiger kann aber auch weiterhin ohne weitere Erklärung die Erfüllung verlangen. Dann bleibt ihm die Möglichkeit, noch solange die Vertragsstrafe zu verlangen, als der primäre Leistungsanspruch nicht durch Erfüllung untergegangen ist (§ 362 BGB). Eine Bindung des Gläubigers erfolgt also in diesem Fall erst durch die Erfüllung.⁹⁴

§ 340 Absatz 2 BGB (Anrechnung der Geldstrafe auf Schadensersatzansprüche des Gläubigers aus dem primären Erfüllungsanspruch) enthält eine besondere Regelung für den Fall, dass ein „Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung“ (nach der modernen Terminologie des § 281 BGB⁹⁵ müsste es heißen: „statt der Leistung“) an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruches getreten ist, etwa wegen Unmöglichkeit §§ 280, 283 BGB oder Vertragsverletzung § 280 BGB. In der Situation des § 341 Absatz 2 BGB, der auf § 340 Absatz 2 BGB verweist, ist vor allem an Verzugsschadensersatz (§§ 280, 286 BGB⁹⁶) zu denken. § 340 Absatz 2 BGB ist Ausdruck des einleuchtenden und den Schuldner schützenden Grundsatzes, dass die doppelte Entschädigung desselben Interesses grundsätzlich ausgeschlossen ist.⁹⁷ Die Anrechnung findet daher dann statt, wenn die Vertragsstrafe nach ihrer Zweckbestimmung dasselbe Interesse kompensieren soll, das auch von dem Schadensersatzanspruch umfaßt ist: Wird etwa bei einem Bauvorhaben eine nach Tagen berechnete Vertragsstrafe bedungen, dann dient die Strafe wie der Schadensersatz wegen Verzuges demselben Interesse an rechtzeitiger Fertigstellung des Baus. Wenn also Mieteinnahmen wegen der verspäteten Leistung ausfallen, so ist auf den Schadensersatzanspruch bezüglich der ausgefallenen Mieten die verfallene Vertragsstrafe anzurechnen.⁹⁸ Sind die in Rede stehenden Interessen nicht ident, verfolgte also die Strafe einen anderen Zweck als der Schadensersatzanspruch, so findet eine Anrechnung nicht statt, lebt die Eigenständigkeit der beiden in Anspruchskonkurrenz stehenden Ansprüche wieder auf.

Auch bei § 340 Absatz 2 BGB hat der Gläubiger ein Wahlrecht: Er kann den Strafanspruch geltend machen und den Schadensersatzanspruch. Beide Ansprüche haben

hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast im Prozeß für den Gläubiger Vorteile und Nachteile.⁹⁹

Berechtigt der Umstand, der zum Verfall der Strafe führt, auch zum Rücktritt vom Vertrag, so kann der Gläubiger Rücktritt und Strafbegehren kumulieren. Das ergibt sich jetzt zweifelsfrei aus § 325 BGB¹⁰⁰, war aber vorher umstritten.¹⁰¹

Für die Schlechterfüllung, insbesondere den Verzug, trifft § 341 (Kumulation von Strafe und Erfüllung) BGB eine besondere Regelung, die nur im Zusammenhang mit § 340 BGB zu verstehen ist. An die Stelle der Alternativität von § 340 Absatz 1 BGB tritt in § 341 Absatz 1 BGB die Kumulation in den Fällen, in denen der Schuldner „die Strafe für den Fall versprochen hat, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt“. § 341 Absatz 1 BGB stellt klar, dass die Alternativität der beiden Ansprüche in § 340 Absatz 1 BGB angesichts der Tatsache, daß der Strafanspruch und der Erfüllungsanspruch selbständig nebeneinander stehen (Anspruchskonkurrenz) die besondere Ausnahme ist. In Absatz 2 beläßt § 341 BGB es denn auch bei dem Prinzip der Anrechnung, sofern die Interessen ident sind.

Besondere Bedeutung hat der Absatz 3 von § 341 BGB. Ist die Strafe verwirkt und nimmt der Gläubiger die ihm angebotene Leistung gleichwohl an, so entfällt im Anwendungsbereich von § 340 BGB automatisch sein Strafanspruch, denn die Erfüllung beendet die elektive Konkurrenz von Strafanspruch und Leistungsanspruch. Dies findet – im Zweifel – auch bei § 341 BGB statt. Denn in aller Regel wird sich der Gläubiger die Geltendmachung der Strafe bei Annahme der Leistung nicht vorbehalten, sondern sagen ‚Ende gut, alles gut‘ und zwar schon allein deshalb, um die von ihm begehrte Leistung auch tatsächlich vom Schuldner zu erhalten. § 341 Absatz 3 BGB gibt also dem Schuldner die Chance, die verfallene Strafe zu bereinigen.¹⁰²

Der Vorbehalt muss ausdrücklich erklärt werden, Stillschweigen genügt nur in Ausnahmefällen.¹⁰³ Der Vorbehalt muss bei „Annahme der Erfüllung“ erklärt werden. Dies Erfordernis ist streng auszulegen: Ein früher oder später erklärter Vorbehalt genügt nicht.¹⁰⁴ Eine Vorbehaltserklärung ist auch noch dann erforderlich, wenn der Gläubiger bezüglich der Strafe die Aufrechnung erklärt hat¹⁰⁵ oder über den Strafanspruch eine vollstreckbare Urkunde errichtet worden ist.¹⁰⁶ Erklärt ein vollmachtloser Vertreter den Vorbehalt, so muss die Vorbehaltserklärung unverzüglich nachgeholt werden.¹⁰⁷ Die Tendenz dieser Rechtsprechung geht dahin, die von *Knütel* geforderte Verfallsbereinigung durch nachträgliche Leistung dadurch herbeizuführen, dass die Kumulation von Leistung und Strafanspruch an der Hürde des § 341 Absatz 3 BGB scheitert.

2. Selbständiges Strafversprechen

Nach der Vorstellung des § 339 BGB verspricht der Schuldner die Leistung einer Strafe für den Fall, dass er „seine Verbindlichkeit“ nicht oder nicht gehörig erfüllt. Das unselbständige Vertragsstrafversprechen setzt somit das Bestehen einer Verbindlichkeit voraus, es ist zu diesem akzessorisch. Ähnlich wie bei den nicht-akzessorischen

Sicherheiten (der Grundschild zum Beispiel) kann auch hier aber durchaus das legitime Bedürfnis bestehen, dass die Vertragsstrafe auch für den Fall geschuldet ist, dass der Vertrag aus irgendeinem Grunde nicht wirksam ist. Daneben gibt es auch den Fall, dass der Schuldner eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Handlung setzt (oder nicht setzt), zu der er sich von Rechts wegen nicht verpflichtet hat, weil er sich dazu nicht verpflichten konnte.¹⁰⁸

Die Kategorie des selbständigen Strafversprechens ist nicht unumstritten. Es dürfte dem regelmäßigen Parteiwillen entsprechen, dass eine Strafe nur für den Fall versprochen ist, dass das Schuldverhältnis, zu dessen Bestärkung das Strafversprechen dient, auch wirksam ist. Das nicht-akzessorische selbständige Strafversprechen ist daher der begründungsbedürftige Ausnahmefall. Selbständiges und unselbständiges Strafversprechen stehen also nicht in der scharfen Opposition eines Entweder-Oder, sondern sind Früchte desselben Stammes und es geht letztlich – wie im Bereich der Privatautonomie gewöhnlich – um die Ermittlung dessen, ob die Parteien die Akzessorietät des Strafversprechens wollten (wovon auszugehen ist) oder nicht.¹⁰⁹

In der Praxis fand das selbständige Strafversprechen Anwendung in folgendem *Beispiel* (LAG Hamm NZA¹¹⁰ 2003, 499): Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten im Arbeitsvertrage, dass wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht antritt oder wegen Vertragsbruchs auflöst, der Arbeitnehmer eine Vertragsstrafe in Höhe eines Brutto-Monatsgehalts zahlen muss.

Ein Beispiel für eine ansonsten nicht rechtsbewährte Pflicht ist etwa das Versprechen nicht zu trinken oder nicht zu rauchen. Dieses Versprechen wird über das selbständige Strafversprechen verschärft und sein Ziel ist von der Rechtsordnung nicht mißbilligt.¹¹¹

Auf das selbständige Strafversprechen finden die Regelungen über das selbständige Strafversprechen weitestgehend Anwendung: Die Möglichkeit der Herabsetzung ist in § 343 Absatz 2 BGB ausdrücklich auch für das selbständige Strafversprechen angeordnet.¹¹² Auch § 339 BGB wird entsprechend angewandt:¹¹³ Die Strafe ist also – in aller Regel – nur dann verwirkt, wenn der Schuldner die Vornahme oder Nichtvornahme der geschuldeten Handlung zu vertreten hat.

Selbstverständlich kann das selbständige Strafversprechen nicht dazu verwendet werden, ein Versprechen, das an sich nicht unter dem Schutz der Rechtsordnung steht, ja ihr sogar widerspricht, indirekt doch rechtlich erzwingbar zu machen. Das erklärt § 344 BGB (Unwirksames Strafversprechen):

Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

In der Praxis spielt § 344 BGB eine Rolle vor allem bei Grundstückskaufverträgen. Solche Verträge bedürfen nach § 311b BGB¹¹⁴ der notariellen Beurkundung. Wird im Rahmen eines formnichtigen (§ 125 BGB¹¹⁵) Grundstückskaufvertrages eine Vertragsstrafe vereinbart, so teilt diese Vereinbarung die Nichtigkeit des Hauptvertrages.¹¹⁶ Bedeutung

gewinnt in diesem Zusammenhang auch das selbständige Strafversprechen: Soll eine Anzahlung auf den Kaufpreis verfallen, wenn der Grundstückskaufvertrag nicht zustande kommt¹¹⁷ oder soll der Kunde dem Makler die Provision schulden, auch wenn er nicht kauft (sog. Reueprovision¹¹⁸) so üben diese selbständigen Strafversprechen indirekten Zwang aus, einen Grundstückskaufvertrag abzuschließen und unterliegen damit im Wege teleologischer Auslegung dem Formzwang des § 311b Absatz 1 BGB. Dementsprechend ist ein solches Strafversprechen formnichtig, wenn es nicht notariell beurkundet wurde.¹¹⁹

3. Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz

Die Parteien können vereinbaren, der Schuldner müsse im Falle einer von ihm zu vertretenden Leistungsstörung einen bestimmten Betrag als ‚Schadensersatz‘ oder ‚pauschalierter Mindestschaden‘ zahlen, vorbehaltlich des Nachweises eines höheren Schadens. Dies hat für den Gläubiger den Vorteil, dass er bis zur Höhe des pauschalierten Schadensersatzes keinen Nachweis über den Schaden zu führen braucht. Solche Vereinbarung sind grundsätzlich zulässig, da sie auf das legitime Ziel der Beweiserleichterung gerichtet sind, welches nicht nur im Interesse des Gläubigers, sondern auch in dem des Schuldners liegt, insoweit Beweiserhebungen sehr viel Geld kosten können.¹²⁰ Besonders im Massenverkehr haben solche Pauschalierungen einen Rationalisierungseffekt.¹²¹

Es liegt auf der Hand, dass der Schuldner auch hier sehr gefährdet ist und er eines dem § 343 BGB vergleichbaren Schutzes bedarf. Haben die Parteien den Schaden vor ihrer Vereinbarung ernsthaft geschätzt und diese Schätzung ihrer Vereinbarung zugrunde gelegt, so handelt es sich nicht um eine Vertragsstrafe. Haben hingegen die Parteien dies nicht getan, so handelt es sich bei der Vereinbarung um ein Vertragsstrafeversprechen mit der Folge, dass die §§ 339 BGB ff. auf dieses Versprechen anzuwenden sind. Auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung¹²² oder sonstige theoretische Aussagen über die Natur der von ihnen getroffenen Vereinbarung kommt es nicht an.¹²³

In der Praxis von entscheidender Bedeutung ist auch hier das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. § 309 BGB (Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit) bestimmt:

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen) die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder

b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale.

In der Praxis sind Gegenstand von Schadenspauschalierungen ganz überwiegend Ansprüche aus § 280 BGB (Positive Vertragsverletzung), weniger aus § 281 BGB (Schadensersatz statt der Leistung). Dem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist es anders als bei § 340 Absatz 2 BGB nicht vorbehalten, in den AGB den Mindestschaden festzulegen und im Übrigen einen höheren Schaden – vorbehaltlich seiner Nachweisbarkeit – geltend zu machen.¹²⁴ Denn aus Sicht des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die Pauschalierung des Schadensersatzes überhaupt nur wegen des Rationalisierungseffekts der Pauschalierung erträglich, kommt dieser doch auch dem AGB-Kunden zugute. Wenn sich aber der AGB-Verwender die Geltendmachung höheren Schadensersatzes vorbehält, dann würde genau dieser Effekt zunichte gemacht. Daher das Motto: „Wer pauschaliert, bindet sich“.¹²⁵ Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 309 Ziffer 5 BGB ist der komplette Wegfall der Klausel in den AGB, welche die Schadenspauschalierung enthält.¹²⁶ Dies ergibt sich aus dem, dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde liegenden ‚Verbot der geltungserhaltenden Reduktion‘.¹²⁷ Es würde der Teleologie des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen widersprechen, wenn es gestattet wäre, unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden und dabei als Sanktion nur gewärtigen zu müssen, dass diese unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ein gerade noch wirksames Maß reduziert werden.¹²⁸ Dieses Regime gilt auch für Kaufleute/Unternehmer.¹²⁹

4. Vertragsstrafe im Mietrecht und Arbeitsrecht

§ 555 BGB¹³⁰ verbietet kategorisch Vertragsstrafen zu Lasten des Mieters bei der Wohnraummiete. Diese Vorschrift ist weit auszulegen. So verbietet diese Vorschrift überhöhte Bearbeitungsgebühren seitens des Vermieters, Verzugszinsen, den Verfall der Kautions bei vorzeitigem Auszug des Mieters und Pauschalabfindungen zugunsten des Vermieters in einem Mietaufhebungsvertrag.¹³¹ § 139 BGB (Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde) ist in der Regel nicht anwendbar,¹³² mit der Folge, dass nur die einzelne gegen § 555 BGB verstoßende Klausel nichtig ist, aber nicht der gesamte Mietvertrag oder Aufhebungsvertrag.

Die Vereinbarung der Vertragsstrafe für den Fall, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder gegen ein Wettbewerbsverbot verstößt, sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und nach der überwiegenden Ansicht zulässig: ein generelles Verbot der Vertragsstrafe im Arbeitsrecht hat sich nicht durchgesetzt.¹³³ Dies wird insbesondere damit begründet, dass der Mechanismus der Vertragsstrafe am besten geeignet ist, den Arbeitgeber gegen die Folgen eines Vertragsbruchs seitens des Arbeitnehmers zu schützen.¹³⁴ Die anderen ihm zur Verfügung stehenden Mittel, a) der Leistungsklage, b) des Schadensersatzes und c) der Kündigung sind nämlich stumpfe Schwerter: Die Leistungsklage ist gem. § 888 Absatz 3 ZPO¹³⁵ nicht vollstreckbar, die Kündigung durch das Kündigungsschutzgesetz sehr stark beschränkt und

Schadensersatzansprüche scheitern regelmäßig an der Nachweisbarkeit des Schadens.¹³⁶ Ohne Vertragsstrafe wäre also das Prinzip der ‚Waffengleichheit‘ verletzt, mit dessen Hilfe z.B. auch die Aussperrung im Falle des Streiks begründet wird.

Allerdings unterliegen Vertragsstrafevereinbarungen der Inhaltskontrolle des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Entgegen § 309 Nummer 6 BGB ist die Vereinbarung der Vertragsstrafe in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als „arbeitsrechtliche Besonderheit“ gemäß § 310 Absatz 4 Satz 2 Halbsatz 1 BGB¹³⁷ grundsätzlich zulässig.¹³⁸ Eine Unwirksamkeit der Klausel kann sich aber aus der unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers gemäß § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB ergeben.¹³⁹ Insbesondere die Höhe der Vertragsstrafe kann zu einer unangemessenen Benachteiligung führen.¹⁴⁰ Ferner ist bei der Formulierung der Klausel der Bestimmtheitsgrundsatz (Transparenzgebot) nach § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB zu beachten.¹⁴¹ Die sanktionierte Pflichtverletzung muss so klar bezeichnet werden, dass der Arbeitnehmer sich darauf einstellen kann.¹⁴² Schließlich darf die fristgerechte Kündigung des Arbeitnehmers nicht mit einer Vertragsstrafe sanktioniert werden.¹⁴³ Die unangemessene Benachteiligung führt nach § 307 Absatz 1 BGB zur Unwirksamkeit der vollständigen Klausel (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion), § 343 BGB findet also keine Anwendung.¹⁴⁴

IV. Zur Geschichte der Vertragsstrafe und Kritik der gesetzlichen Regelung

Die §§ 339 ff. sind seit Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 nicht geändert worden. Sie gehen zurück auf das römisch-gemeine Recht, das in Deutschland in vielen Territorien bis unmittelbar galt und wegen der überragenden Bedeutung der Pandektenwissenschaft auch überall dort die höchste Autorität hatte, wo es bereits Kodifikationen gab, wie das Preußische Allgemeine Landrecht oder den Code Civil deutscher Übersetzung.¹⁴⁵ Unter den Lehrbüchern des Pandektenrechts war das *book of authority*¹⁴⁶ schlechthin das Pandektenrecht von *Windscheid*.¹⁴⁷ Dort lesen wir unter Bezugnahme auf die Quellen des *Corpus Iuris Civilis* und die gesamte europäische Literatur in wenigen kurzen Sätzen die Grundzüge der Vertragsstrafe, so wie sie heute im BGB stehen.¹⁴⁸ Für die §§ 339 ff. BGB gilt also das, was *Josef Unger*, ein bedeutender Pandektist aus Österreich,¹⁴⁹ über das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch gesagt hatte, dass es sich nämlich um ein „modernes, in anmerkungslose Paragrafen gebrachtes, kurz gefasstes Lehrbuch des Pandektenrechts“ handele.¹⁵⁰

Es besteht freilich ein entscheidender Unterschied zwischen den glücklichen Tagen des Pandektenrechts zur Rechtsanwendung unter Geltung des BGB: Wir lesen bei *Windscheid* immer wieder, es komme entscheidend „auf den Sinn der Vereinbarung“ an und auf den „Willen der Parteien“. Für den Juristen, der im Rahmen einer Kodifikation arbeitet, noch dazu einer so ausführlichen und kasuistischen Kodifikation wie dem BGB, besteht bei der Lösung von Fällen die ungeheure Versuchung, ‚das Gesetz anzuwenden‘ und sich dabei nicht genügend klar zu machen, was denn dieses Gesetz genau ist. Der größte Teil der Normen über die Vertragsstrafe sind dispositives Recht und das dispositive

Recht ist nicht sehr viel mehr als geronnener Parteiwille.¹⁵¹ Statt also die in einem Fall einschlägige Vertragsstrafevereinbarung auf das Prokrustesbett der §§ 339 ff. BGB vorzunehmen oder waghalsige Abgrenzungen vorzunehmen, wenn man antizipiert, dass diese Behandlung dem Probanden nicht bekommen wird, sollte man sich verstärkt auf das konzentrieren, was auch für *Windscheid* im Vordergrund bei einem so sehr von der Privatautonomie getragenen Institut stand, nämlich "auf den Sinn der Vereinbarung" und auf den "Willen der Parteien". Nur wegen des teilweise gedankenlosen und damit methodisch äußerst fragwürdigen Positivismus der deutschen Zivilistik, die eben verkennt, dass es hier primär um – gegebenenfalls ergänzende – Vertragsauslegung geht, kann es dazu kommen, dass eine so altehrwürdige und richtige Lehre, wie die von *Knütel* und von *Windscheid* (mit Bezug auf den Willen der Parteien!) propagierte 'Verfallsbereinigung' nicht akzeptiert wird. Hinter dieser Ablehnung steht in Wahrheit zum einen der Umstand, dass die 'Verfallsbereinigung' nicht im Gesetz steht – was aber wegen des privatautonomen Charakters eines Vertragsstrafeversprechens keine Rolle zu spielen hat! – und zum anderen die stumpfmechanische 'Anwendung' des § 339 BGB „so ist die Strafe verwirkt, wenn er [der Schuldner] in Verzug kommt“. So darf man aber mit § 339 BGB nicht umgehen. Die Vorschrift ist bestenfalls als Vermutung zu lesen: so ist die Strafe verwirkt, wenn er [der Schuldner] in Verzug kommt, *es sei denn aus Sinn und Zweck der Vereinbarung ergibt sich unter Rückgriff auf § 157 etwas anderes, nach welcher Vorschrift, Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern*.

¹ Dieser Artikel ist Teil des "Proyecto Anillo de investigación asociativa SOC 1111".

* Universidad Bernardo O'higgins; jakob.stagl@yahoo.de

² Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; Siehe hierzu *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage (2010) Randnummer 810.

³ Staudinger/*Rieble*, Bürgerliches Gesetzbuch, (2009) Vorbemerkung zu den §§ 399 ff. Randnummer 1; Jauernig/*Stadler*, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage (2014) § 339 Randnummer 1; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/*Gottwald*, 6. Auflage (2012) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 2.

⁴ Bedingung nach § 158 BGB ist eine rechtsgeschäftliche Bestimmung, die eine Abhängigkeit von einem künftigen Ereignis bestimmt. Siehe Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage (2011) Randnummern 1252 ff..

⁵ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 23; Münchener Kommentar/*Gottwald* (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 45; Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar/*Schulze*, 6. Auflage (2009) § 339 Randnummer 5.

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (im F.n BGB); § 242 BGB Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁷ Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, 1142.

⁸ Huber, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 210 (2010), 322, meint, in der Praxis sei der Anspruch auf Geld gegenüber der *specific performance* im Vordergrund. Die Vertragsstrafe spricht dagegen.

⁹ § 253 BGB Immaterieller Schaden (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen

Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

¹⁰ Siehe auch Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 3.

¹¹ Mehr zu der sogenannten „Doppelfunktion der Vertragsstrafe“ siehe: Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 14 ff.; Münchener Kommentar / Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 6; Erman/Schaub, BGB, 13. Auflage (2011), Vorbemerkung zu den §§ 339-345 Randnummer 1.

¹² Nach Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage (1987), Seite 347.

¹³ Allgemein hierzu Staudinger/Horn, (oben Fußnote 2), Vorbemerkung zu den §§ 765 ff. Randnummern 194 ff.; Münchener Kommentar/Habersack, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 765 ff. Randnummern 16 ff.; Looschelders, (oben Fußnote 1) Randnummern 531 ff.

¹⁴ Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu §§ 339 ff. Randnummer 43; Münchener Kommentar/Habersack, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 765 ff. Randnummer 16.

¹⁵ Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 105, 24.

¹⁶ § 353 BGB Rücktritt gegen Reugeld: Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugelds vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Teil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird.

¹⁷ Fall aus KG Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1989, 1075.

¹⁸ Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 68; Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage (2014) § 339 Randnummer 5.

¹⁹ Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 68; Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 42.

²⁰ Gernhuber, Das Schuldverhältnis (1989), § 34 I 3b.

²¹ Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 68; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 5; Münchener Kommentar zum BGB/Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 42.

²² Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 68/69.

²³ Anders Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985, 57.

²⁴ Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 69; Allgemein zu Vorschusszinsen siehe auch Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch Randnummern 71/72; ausführlich dazu Servatius: Die AGB-rechtliche Behandlung von Vorschusszinsregelungen im Sparverkehr in BKR 2005, 295 sowie Rösler, Wimmer: Angemessenheit der Höhe von Vorschusszinsen - Eine kombiniert rechtlich-finanzmathematische Analyse als Diskussionsbeitrag zu Servatius, BKR 2005, 295 in BKR 2007, 8.

²⁵ § 343 BGB Herabsetzung der Strafe: (1) Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. (2) Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

²⁶ Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 118, 312, 344.

²⁷ Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 36-42, 126 f.; Münchener Kommentar zum BGB/Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 6 ff.; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 17.

- ²⁸ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20. Auflage (2012) Randnummer 547; Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1971, 1126; *Looschelders*, (oben Fußnote 1) Randnummer 824.
- ²⁹ § 766 BGB Schriftform der Bürgschaftserklärung: Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Die Erteilung der Bürgschaftserklärung in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt.
- ³⁰ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 89 ff., § 339 Randnummern 14 ff.; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 14; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 17 ff.
- ³¹ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 29; *Larenz*, (oben Fußnote 11) S. 385-387.
- ³² Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 98, 58.
- ³³ Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 21, 370. Weitere Nachweise bei Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 186 ff.; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 13.
- ³⁴ So auch *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2002) § 24 V 3f; kritisch Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 95 f.
- ³⁵ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 202 ff.; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 14; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 32; Schulze/*Schulze*, (oben Fußnote 4) § 339 Randnummer 11.
- ³⁶ § 339 BGB Verwirkung der Vertragsstrafe: Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.
- ³⁷ § 276 BGB Verantwortlichkeit des Schuldners: (1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung. (2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. (3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.
- ³⁸ § 286 BGB Verzug des Schuldners: (1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich (...) (4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.
- ³⁹ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1972, 1893/2264 mit Anmerkungen von Lindacher; *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 348; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 19.
- ⁴⁰ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1972, 1893; *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 348; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 15; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 19; Soergel/*Lindacher*, 13. Auflage (2010) § 339 Randnummer 19; Bamberger/*Roth/Becker*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage (2007) = aktuell: Beck Online-Kommentar Stand 1.2.2014 Edition 30 § 309 Nummer 6 Randnummer 15.
- ⁴¹ Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 103, 99; Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1969, 491. Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 268; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 14; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 18.

- ⁴² § 162 BGB Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts: (1) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. (2) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.
- ⁴³ Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 339 Randnummer 15.
- ⁴⁴ Sehr kritisch und mit guten Gründen zur Abdingbarkeit Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 313 f.
- ⁴⁵ § 310 BGB Anwendungsbereich: (1) § 305 Absatz 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Absatz 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.
- ⁴⁶ Ulmer/*Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Auflage (2011) § 309 Nummer 6 Randnummer 1.
- ⁴⁷ Ulmer/*Brandner/Hensen*, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 6 Randnummer 18; *F. Graf von Westphalen/G. Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 34. Ergänzungslieferung (2013), 43. Vertragsstrafe, Randnummer 14 ff.; andere Ansicht Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 91.
- ⁴⁸ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1997, 135; Bamberger/*Roth/Becker*, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 6 Randnummern 15 ff.; Erman/*Schaub*, (oben Fußnote 10) § 339 Randnummer 6; *F. Graf von Westphalen/G. Thüsing*, (oben Fußnote 46) Randnummer 23; andere Ansicht Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 103/104, Soergel/*Lindacher*, (oben Fußnote 39) § 339 Randnummer 20.
- ⁴⁹ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 3488; Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 2008, 615.
- ⁵⁰ Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM) 2008, 611.
- ⁵¹ Landgericht (LG) Aachen, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1987, 948.
- ⁵² § 317 BGB Bestimmung der Leistung durch einen Dritten: (1) Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.
- ⁵³ Bamberger/*Roth/Janoschek*, (oben Fußnote 39) § 339 Randnummer 2; Bundesgerichtshof (BGH), Wohnungswirtschaft & Mietrecht (WM) 1971, 165; Erman/*Schaub*, (oben Fußnote 10) § 339 Randnummer 2.
- ⁵⁴ § 138 BGB Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher: (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.
- ⁵⁵ *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 347; andere Ansicht: Bamberger/*Roth/Janoschek*, (oben Fußnote 39) § 339 Randnummer 2; Erman/*Schaub*, (oben Fußnote 10) § 339 Randnummer 2; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 28.
- ⁵⁶ *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 348; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 3; Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 52, 623; Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 68, 1625.
- ⁵⁷ § 348 HGB: Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.
- ⁵⁸ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 105 ff.; Bamberger/*Roth/Becker*, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 6 Randnummern 23-24; andere Ansicht *Knütel/Rieger*, Pönalen wegen

Verzugs oder Minderleistungen in Individualvereinbarungen und AGB, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)*, 285, 287.

⁵⁹ Bundesgerichtshof (BGH), *Betriebsberater (BB)* 2004, 1740.

⁶⁰ Bundesgerichtshof (BGH), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 1998, 1159.

⁶¹ Bundesgerichtshof (BGH) *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2003, 1805.

⁶² *Staudinger/Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den § 339 Randnummern 59 f.; *Jauernig/Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 22; *Münchener Kommentar/Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 29.

⁶³ Bundesgerichtshof (BGH) *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1998, 3488; siehe auch *F. Graf von Westphalen/G. Thüsing*, (oben Fußnote 46) Randnummern 14 ff.

⁶⁴ Bundesgerichtshof (BGH) *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1998, 1144. Vergleiche. *Jauernig/Stadler*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 3.

⁶⁵ § 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage: (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

⁶⁶ Bundesgerichtshof (BGH) *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1954, 998; *Bamberger/ Roth/ Janoschek*, (oben Fußnote 39) § 343 Randnummer 2.

⁶⁷ Bundesgerichtshof (BGH) *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2009, 1882.

⁶⁸ *Canaris*, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit*, in *Festschrift Lerche*, München 1993, 873, 886 f.

⁶⁹ *Staudinger/Rieble*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummern 50 f.; *Münchener Kommentar/Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 1; *Schulze/Schulze*, (oben Fußnote 4) § 343 Randnummer 5.

⁷⁰ *Staudinger/Rieble*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummern 93 f.; *Münchener Kommentar/Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummern 12/13; *Palandt/Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 5.

⁷¹ *Staudinger/Rieble*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 100; *Münchener Kommentar/Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 18.

⁷² Bundesgerichtshof (BGH) *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2000, 2106; *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 349; *Jauernig/Stadler*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 6.

⁷³ § 280 BGB Schadensersatz wegen Pflichtverletzung: (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

⁷⁴ *Bamberger/Roth/Janoschek*, (oben Fußnote 39), § 343 Randnummer 8 mit weiteren Nachweisen; *Palandt/Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 6.

⁷⁵ Überblick zur Rechtsprechung bei *Palandt/Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 6.

⁷⁶ Bundesgerichtshof (BGH), *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1998, 2531; *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 348; *Jauernig/Stadler*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 3.

- ⁷⁷ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 124; lediglich die Beweislast für die Tatsachen, auf denen die Unverhältnismäßigkeit beruhen soll, trägt der Schuldner, siehe Schulze/*Schulze*, (oben Fußnote 4) § 343 Randnummer 7; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 343 Randnummer 18.
- ⁷⁸ Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 68, 229.
- ⁷⁹ § 397 BGB Erlassvertrag, negatives Schuldanerkenntnis: (1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt. (2) Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältnis nicht bestehe.
- ⁸⁰ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1991, 1013.
- ⁸¹ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1993, 243
- ⁸² § 28 VVG Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit: (1) Bei Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit, die vom Versicherungsnehmer vor Eintritt des Versicherungsfalles gegenüber dem Versicherer zu erfüllen ist, kann der Versicherer den Vertrag innerhalb eines Monats, nachdem er von der Verletzung Kenntnis erlangt hat, ohne Einhaltung einer Frist kündigen, es sei denn, die Verletzung beruht nicht auf Vorsatz oder auf grober Fahrlässigkeit. (2) ¹Bestimmt der Vertrag, dass der Versicherer bei Verletzung einer vom Versicherungsnehmer zu erfüllenden vertraglichen Obliegenheit nicht zur Leistung verpflichtet ist, ist er leistungsfrei, wenn der Versicherungsnehmer die Obliegenheit vorsätzlich verletzt hat. ²Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer.
- ⁸³ Römer/*Rixecker*, Versicherungsvertragsgesetz: VVG Kommentar, 4. Auflage 2014 § 28 Randnummer 14; Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 375.
- ⁸⁴ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummern 166, 378.
- ⁸⁵ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 6; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 1; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 1.
- ⁸⁶ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummern 7 f.; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 3.
- ⁸⁷ Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, 2849; *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 349; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 343 Randnummer 4; Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummern 38 ff.; Bamberger/*Roth/Janoschek*, (oben Fußnote 39) § 340 Randnummer 2; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 5.
- ⁸⁸ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 34; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 11.
- ⁸⁹ Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 175 (1975), 44 ff.. *Bernhard Windscheids* Auffassung ist dargelegt in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt am Main, 1900, § 287 Note 1, Bd. 2 S. 152.
- ⁹⁰ *Larenz*, (oben Fußnote 11) S. 376 f.
- ⁹¹ Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 175 (1975), 56 ff.
- ⁹² Das Schuldverhältnis, (1989) § 34 I 3b.
- ⁹³ Etwa Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 29 f.

- ⁹⁴ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 47; Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 5; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 10; Erman/*Schaub*, (oben Fußnote 10) § 340 Randnummer 4.
- ⁹⁵ § 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung: (1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.
- ⁹⁶ § 286 BGB Verzug des Schuldners: (1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.
- ⁹⁷ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 61; Palandt/*Grüneberg*, (oben Fußnote 17) § 340 Randnummer 7; Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, 2849.
- ⁹⁸ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 67.
- ⁹⁹ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 72.
- ¹⁰⁰ § 325 BGB Schadensersatz und Rücktritt: Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.
- ¹⁰¹ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 80; Münchener Kommentar/*Gottwald*, (oben Fußnote 2) § 340 Randnummer 16.
- ¹⁰² Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 85, 240, 243; Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1983, 384; Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 341 Randnummer 63.
- ¹⁰³ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, 1163.
- ¹⁰⁴ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1961, 115; 1983, 384 (ständige Rechtsprechung).
- ¹⁰⁵ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1977, 1293
- ¹⁰⁶ Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, 1163.
- ¹⁰⁷ Bundesgerichtshof (BGH), Baurecht 1992, 232.
- ¹⁰⁸ Siehe *F. Graf von Westphalen/G. Thüsing*, (oben Fußnote 46) Randnummer 2.
- ¹⁰⁹ So überzeugend Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 8 f.
- ¹¹⁰ Landesarbeitsgericht Hamm, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
- ¹¹¹ *Larenz*, (oben Fußnote 11) Seite 353.
- ¹¹² Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342 BGB, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.
- ¹¹³ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 199, 203; andere Ansicht Jauernig/*Stadler*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 6.
- ¹¹⁴ § 311b BGB Verträge über Grundstücke, das Vermögen und den Nachlass: (1) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auffassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

- ¹¹⁵ § 125 BGB Nichtigkeit wegen Formmangels: Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.
- ¹¹⁶ Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 107, 39, 40.
- ¹¹⁷ Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1979, 307.
- ¹¹⁸ Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1970, 1915.
- ¹¹⁹ Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) § 344 Randnummer 13; Palandt/Grüneberg, (oben Fußnote 17) § 344 Randnummer 1.
- ¹²⁰ Ulmer/Brandner/Hensen, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 5 Randnummer 10; Münchener Kommentar/Kieninger, (oben Fußnote 2) § 309 Nummer 5 Randnummer 1.
- ¹²¹ Larenz, (oben Fußnote 11) Seite 353; Münchener Kommentar/Kieninger, (oben Fußnote 2) § 309 Nummer 5 Randnummer 1.
- ¹²² So aber: Soergel/Lindacher, (oben Fußnote 39) Vorbemerkung zu § 339 Randnummer 23; Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 5 Randnummer 7.
- ¹²³ Münchener Kommentar/Gottwald, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu § 339 Randnummern 34 f.; F. Graf von Westphalen/G. Thüsing, (oben Fußnote 46) Randnummer 3; gegen den Unterschied zwischen dem pauschalierten Schadenersatz und der Vertragsstrafe siehe Knütel/Rieger, (oben Fußnote 57) 285, 286 ff.; differenzierter Jauernig/Stadler, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 10; Staudinger/Rieble, (oben Fußnote 2) Vorbemerkung zu den §§ 339 ff. Randnummern 54 ff.; siehe auch Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 6 Randnummern 3-4.
- ¹²⁴ Vergleiche Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 5 Randnummer 34.
- ¹²⁵ Ulmer/Brandner/Hensen, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 5 Randnummer 24; andere Ansicht Bundesgerichtshof (BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1982, 2316; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Gesetz, 6. Auflage (2013) § 309 Nummer 5 Randnummern 100, 101.
- ¹²⁶ Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 5 Randnummern 46 ff. mit weiteren Nachweisen.
- ¹²⁷ Ulmer/Brandner/Hensen, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 5 Randnummer 26.
- ¹²⁸ Jakob Fortunat Stagl, Geltung und Transparenz Allgemeiner Geschäfts- und Versicherungsbedingungen (nach österreichischem Recht) 2006, passim.
- ¹²⁹ Ulmer/Brandner/Hensen, (oben Fußnote 45) § 309 Nummer 5 Randnummern 27 ff.; vergleiche Bamberger/Roth/Becker, (oben Fußnote 39) § 309 Nummer 5 Randnummern 39 ff.
- ¹³⁰ § 555 BGB Unwirksamkeit einer Vertragsstrafe: Eine Vereinbarung, durch die sich der Vermieter eine Vertragsstrafe vom Mieter versprechen lässt, ist unwirksam.
- ¹³¹ Jauernig/Teichman (oben Fn. 2) § 555 Rn. 1.
- ¹³² Jauernig/Teichmann (oben Fn. 2) § 555 Rn. 1.
- ¹³³ Bundesarbeitsgericht (BAG) 23. 5. 1984, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, 255.
- ¹³⁴ Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Müller-Glöge, 11. Auflage (2011), BGB § 345 Randnummer 8; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Reichold, Band 1, 3. Auflage (2009), § 39 Randnummer 48.
- ¹³⁵ § 888 ZPO Nicht vertretbare Handlungen: (1) ¹Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei... (3) Diese Vorschriften kommen im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.

- ¹³⁶ Staudinger/*Rieble*, (oben Fußnote 2) § 339 Randnummer 141; Soergel/*Lindacher*, (oben Fußnote 39) Vorbermerkung zu den §§ 339 ff. Randnummer 16.
- ¹³⁷ § 310 BGB Anwendungsbereich: (2) Bei der Aufwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen.
- ¹³⁸ Vergleiche Bundesarbeitsgericht (BAG) 4.3.2004, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE) 110, 8.
- ¹³⁹ Staudinger/*Richardi/Fischinger*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 726; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Reichold*, (oben Fußnote 132) § 50 Randnummer 6.
- ¹⁴⁰ Bundesarbeitsgericht (BAG) 25.9.2008, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, 1629; Staudinger/*Richardi/Fischinger*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 726.
- ¹⁴¹ Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Reichold*, (oben Fußnote 132) § 39 Randnummer 50.
- ¹⁴² Bundesarbeitsgericht (BAG) 14.12.1988 – 5 AZR 10/88, Gewerkschafter 1989 Nr. 338; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/*Müller-Glöge*, (oben Fußnote 132) BGB § 345 Randnummer 12 mit weiteren Nachweisen.
- ¹⁴³ Staudinger/*Richardi/Fischinger*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 727; Münchener Kommentar/*Müller-Glöge*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 1051.
- ¹⁴⁴ Staudinger/*Richardi/Fischinger*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 726; andere Ansicht Münchener Kommentar/*Müller-Glöge*, (oben Fußnote 2) § 611 Randnummer 1053; differenzierter: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/*Reichold*, (oben Fußnote 132) § 39 Randnummer 54.
- ¹⁴⁵ Zur Bedeutung der Pandektenwissenschaft *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 430 ff.
- ¹⁴⁶ Zu diesem Phänomen von Lehrbüchern mit Gesetzesautorität *Paul Koschaker*, Europa und das römische Recht, 4. Aufl., 1966, S. 99 ff.
- ¹⁴⁷ Zu ihm *Ulich Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid (1989) *passim*.
- ¹⁴⁸ Windscheid (oben Fn. 87) § 285, Bd. 2 S. 150 ff.
- ¹⁴⁹ Zu ihm *Jakob Fortunat Stagl*, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2007, S. 37-55.
- ¹⁵⁰ *Josef Unger*, Der revidierte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für daß Königreich Sachsen, Leipzig 1861, S. 3.
- ¹⁵¹ Etwa *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1992) § 16, 4a.

VARIA

**CONGRESUL ANUAL AL ASOCIAȚIEI "HENRI CAPITANT" A PRIETENILOR CULTURII
JURIDICE FRANCEZE / JOURNÉES INTERNATIONALES DE L'ASSOCIATION
„HENRI CAPITANT” DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE –
BARCELONA ȘI MADRID, 19-23 MAI 2014**

Mircea Dan BOB*

Reuniunea anuală internațională a Asociației Capitant a avut loc anul acesta în Spania. Tema generală fixată spre analiză a fost „L'immatériel”, divizată – conform obiceiului – în patru subteme: „Bien et immatériel”, „Contrat et immatériel”, „Procédure et immatériel” și „Droit nternational privé et immatériel”.

Primirea participanților a avut loc în după-masa zilei de 18 mai, găzduită la Barcelona de Camera Notarilor din Catalonia. Sesiunea de deschiderea desfășurată cu această ocazie a beneficiat de intervențiile câte unui reprezentant al principalelor corpuri profesionale.

Dl. Daniel Sédar-Senghor, președintele în exercițiu al UINL, a analizat soluții posibile la confruntarea actuală între tradițiile juridice de tip continental și de *common law*. În optica domniei sale, deși rapoartele „Doing bussiness” sunt contestabile în numeroase puncte, nu are sens să fie atacate direct, datorită impactului deosebit al celor care le promovează. Dar se poate ține seama de faptul că anglo-americanii sunt oameni pragmatici, deci receptivi la critici, pe care o teză convingător fundamentată științific îi poate face să-și schimbe punctul de vedere. Vorbitorul recomanda în consecință să se studieze atuurile dreptului continental european și scăderile *common law*, pentru a se salva măcar ceea ce este bun în tradiția de drept civil.

Dl. Xavier Roca Ferrer, reprezentantul notariatului spaniol și literat cunoscut la nivel internațional, a prezentat o introducere asupra temei generale a congresului. Expunerea sa a făcut referire la rădăcinile romane, arătând că în dreptul roman a existat un rudiment de protecție a creației în materia accesunii prin amestec și *specificatio*. Gaius trata aici exemplul picturii realizate pe pânza altuia, iar Iustinian prelua soluția acestuia. Tot prin intermediul accesunii a pătruns protecția imaterialului și în Evul mediu occidental.

Următoarea vorbitoare a fost d-na. Maria Encarnación Roca Trias, judecător la secția civilă a Tribunalului Suprem și o personalitate aparte în lumea dreptului spaniol: prima femeie care, în 1978, a devenit profesor deplin (*catedrática*) de drept civil și tot așa, prima femeie din Spania care, în 2011, a devenit membră a Academiei regale de jurisprudență

și legislație. Domnia sa a realizat o prezentare sintetică a persistenței influenței juridice franceze asupra dreptului spaniol. Codificarea spaniolă este și astăzi tributară acestei influențe, în timp ce disputa politică din Catalonia a imprimat o direcție diferită. Codificarea catalană a ales să urmeze ideile lui von Savigny și a ajuns astfel să se opună codificării de tip francez, receptată în restul Spaniei. Juriștii din regiune au văzut în această manieră de procedare calea de a prezerva limba locală. De aceea, ei au încercat să prezerve cutumule catalane, argumentând în acest sens cu tezele juristului german. De aici a rezultat preocuparea constantă a Parlamentului catalan de a adopta un cod civil regional, în baza competențelor federale date de Constituția din 1978. Acest cod a fost vizat ca o formă de exprimare culturală locală și ca un instrument politic. În concluzie, vorbitoarea a arătat cum codul civil spaniol a fost unul raționalist, influențat de cel francez, în timp ce Catalonia s-a apropiat în timp de Germania, prin prisma intereselor sale politice. Astfel, dreptul francez este mult mai puțin prezent în provincie nu datorită desconsiderării sale, ci datorită imperativelor local asumate de opunerea la politica de incorporare spaniolă.

Ziua de 19 mai 2014 a fost afectată prezentării raportului general și discutării prin intervențiile coordonate ale raportorilor naționali pe tema „Bunurile și imaterialul”. Ca și juriștii romani acum două milenii, raportorul general (dl. prof. Javier Hualde Sánchez, Barcelona), a subliniat importanța temei prin abordarea câtorva interogații: este posibilă posesiunea și uzucapiunea unui bun material? Dar transmisiunea *inter vivos* și cea succesorală? În ce manieră? Raportorul național din Québec a subliniat în intervenția sa cum dezvoltarea valorilor imateriale busculează regimul clasic al proprietății din codul civil. Raportorul francez a prezentat o problemă practică: putem ceda un volum de aer pentru o construcție viitoare? Ce se vinde? Notarii francezi au văzut în volumul respectiv un imobil prin natura sa. A arătat și că, în materie de accesiune, codul civil este legat conceptual de materialitate. Dar Curtea de casație franceză acceptase accesiunea a două fonduri de comerț - bunuri imateriale. Per ansamblu, dezvoltarea bunurilor imateriale aduce o criză a dreptului bunurilor, care nu poate ignora atracția modelului dar nici nu se poate debarasa de tradiție. Raportorul belgian arată cum, pentru dreptul său, există o singură decizie din anii șaptezeci a Curții de justiție europene în care se folosește noțiunea de bun imaterial. Există însă concluzii ale avocaților generali care o folosesc adeseori.

Cel mai bun raport general prezentat la congres a fost fără îndoială cel al d-lui. profesor Matthias Lehmann, de la Universitatea din Halle-Wittenberg, Germania. În ziua a doua a reuniunii (20 mai, Barcelona), domnia sa a abordat tema „Contractului și imaterialului” pornind de la o realitate incontestabilă: putem astăzi încheia contracte cu oricine, în orice formă și cu referire la o mare varietate de bunuri. Se mai potrivesc vechile canoane juridice? Dreptul contractelor trebuie să se adapteze noilor tehnologii, iar curentul novator între specialiști este cel care susține adaptarea la impactul ultimelor. Spațiul virtual nu trebuie să fie un spațiu de non drept și nici nu trebuie să devină o capcană pentru cei care nu au abilitatea de a utiliza mijloacele informatice. În acest context, raportorul general a discutat două aspecte esențiale:

1) dematerializarea contractului, parafrazându-l în prezentarea sa pe celebrul scriitor ceh de limbă franceză, Jan Kundera: „L’insupportable légèreté du contrat”. Curentul clasic susține că putem aplica regulile clasice pentru orice contract electronic. Dar cum semnăm un contract electronic? Comisia Națiunilor Unite a trebuit să propună o nouă lege-cadru pentru semnătură. Au venit apoi Regulile de infomare precontractuală, pentru a preveni erorile cauzate de necunoașterea medului virtual. A apărut și dreptul de retractare, oferta putând fi retrasă când se pierde interesul pentru încheierea contractului. În dreptul modern asistăm la o procedurizare a contractului, pentru că un contract electronic nu se mai încheie într-o secundă, ci este temporizat. Ca urmare, vorbitorul a constatat existență unei avalanșe a dreptului consumației în dreptul clasic al contractelor.

2) dematerializarea obiectului contractului, reflectată bine într-un exemplu practic simplu: se descarcă un joc de pe internet și plătim cu cardul bancar. Ce se întâmplă dacă jocul nu funcționează? Cum se restituie un conținut digital? Cum se restituie prețul virtual? Se vede din aceste interogații cum dificultățile sunt mult mai mari decât cele de la încheierea contractului. Există un număr imens de contracte electronice ce nu se reflectă în conținutul codurilor civile: contractul de *streaming*, de *clouding* etc. Curentul conservator încearcă asimilarea acestora cu contractele clasice: *e.g.*, contractul de *clouding* este tratat ca depozit. Dar există contracte ce nu pot fi decât nenumite. Există contractanți din state diferite, care intră pe internet cu pseudonime: cum se vor judeca în caz de litigiu? Dreptul clasic nu ne oferă soluții în acest sens. Vedem cum Facebook și Google fac autoregularizare prin reguli pe care le prevăd ei înșiși pentru soluționarea divergențelor. Dar se poate avea încredere în așa ceva? Ca urmare, dreptul public intră în scenă și rezolvă problemele, mai ales dreptul administrativ. Dreptul contractelor ar trebui să-și reia însă domeniul de competență specific.

Raportorul general a adus în atenție o problemă de proprietate intelectuală: există situri ce oferă căsuțe de poștă electronică numai în scopul de a culege datele personale ale utilizatorului, ce sunt niște valori. Apare aici și o linie incestuoasă între consimțământul utilizatorului prin clic făcut pe condițiile generale și utilizarea datelor. Clicul este o caricatură a consimțământului și dreptul contractelor trebuie să reacționeze: *e.g.*, în unele țări consimțământul poate să fie revocat. Dar astfel se ajunge uneori la infantilizarea utilizatorului.

În concluzie, dl. Lehmann a arătat că există noi construcții în dreptul contractelor. Acest șantier depășește însă domeniul redus al contractelor electronice, pentru că lumea virtuală transformă integral realitatea înconjurătoare – căci mai nou vedem cum până și un automobil arată tot mai mult ca un site internet.

Ziua de 22 mai 2014 a avut loc la Universitatea Complutense din Madrid și a fost dedicată temei „Procedură și imaterial”. Raportorul general, profesorul canadian Karim Benyekhlef, a pus în dezbaterea raporturilor naționale și a sălii mai multe probleme punctuale. Un subiect interesant a fost cel al limitelor și utilității conceptului de *cyberjustice*: se poate face dreptate la distanță? Este vorba de un concept care sperie prin depersonalizarea ce o implică. S-a conchis că trebuie însă găsită o cale mediană, care să

evite acest aspect și să integreze noile tehnologii. În final, acestea pot prin matematica lor să pună unitate și ordine în diversele practici ale diverselor jurisdicții.

Ultima zi a lucrărilor, 23 mai, a fost dedicată aspectelor de drept internațional privat în materia bunurilor și a comunicațiilor imateriale "DIP et l'immatériel"¹. Raportul de sinteză, elaborat de Tristan Azzi, profesor la Universitatea Paris II „Panthéon-Assas”, a fost centrat pe dificultățile de abordare din perspectiva relațiilor private internaționale a imaterialității (fiind vizate în principal drepturile de proprietate intelectuală și industrială și comunicațiile electronice).

Problema de a ști dacă bunurile corporale justifică un tratament diferit de acela rezervat bunurilor corporale a suscitat discuții intense; acestea au scos în evidență autonomia de principiu a materiei, reflectată de reglementarea prin numeroase instrumente particulare de sursă supranațională, mai mult sau mai puțin recente, cu o specificitate proprie și abordând chestiuni precum condiția străinului sau existența și protecția bunurilor corporale în context transfrontalier. Larg receptate în dreptul comparat, acestea lasă să subziste totuși uneori particularități naționale - cum este de exemplu cazul articolului 2624 NCC care, dispunând aplicarea lui *lex originis* în ceea ce privește nașterea, conținutul și stingerea dreptului de autor, reflectă o poziție cu totul izolată în dreptul comparat, dar aduce în discuție eficacitatea sau oportunitatea unor soluții aparent incontestabile (precum competența lui *lex loci protectionis*). În același timp, majoritatea rapoartelor naționale au scos în evidență limitele acestei autonomii: pentru că în planul dreptului internațional privat contează mai puțin specificitățile obiectului în discuție - aici, incorporabilitatea/imaterialitatea - și mai mult drepturile corespondente acestuia, bunurile corporale sunt frecvent tratate, atât din perspectiva legii aplicabile, cât și a competenței jurisdicționale, în același mod ca și bunurile corporale, așa cum o ilustrează de exemplu soluțiile reținute cu privire la transmiterea lor pe cale contractuală sau la răspunderea derivată din încălcările acestora.

În ceea ce privește virtualitatea, atât raportorul general, cât și raportorii naționali au scos în evidență faptul că aceasta nu a fost de natură să revoluționeze dreptul internațional privat din perspectivă metodologică: regulile clasice privitoare la competența instanțelor (de ex., în UE, regulamentul *Bruxelles I*) sau la legea aplicabilă (de ex., în UE, regulamentele *Roma I* și *II*) au fost și sunt aplicabile în litigiile ce implică comunicații imateriale, interpretarea, înțelegerea sau aplicarea lor nefiind profund bulversate de contextul electronic. Desigur, o adaptare a soluțiilor tradiționale s-a dovedit necesară pentru o serie de ipoteze particulare - precum, în materie de contracte internaționale de consum sau licitații organizate pe internet -, pentru a răspunde noilor realități și a asigura persoanelor interesate atât previzibilitate, cât și un minim de protecție; pentru altele, dificultățile sunt încă nerezolvate - de exemplu, identificarea locului de executare a obligației contractuale litigioase, atât de importantă în aprecierea competenței internaționale a instanțelor, sau determinarea locului de realizare a cyber-delictului (contrafacere, atingere a vieții private ...) ori de producere a prejudiciului aferent - ceea ce a permis, încă o dată, aducerea în lumină a particularităților naționale, cât și schimburi de idei utile în găsirea unor soluții adecvate.

Raportorul de sinteză are menirea de a reuni cele patru rapoarte generale aferente fiecărei subteme cu remarcile ivite cu ocazia dezbaterilor din fiecare zi a congresului, pentru a prezenta o imagine de ansamblu a problemei. Onoranta misiune a revenit în acest an cunoscutului profesor Remy Cabrillac, de la Universitatea Montpellier. Afirmat prin cercetările sale de teorie generală a dreptului și de drept privat, a realizat un raport de sinteză de înaltă ținută, al cărui text complet va fi publicat în volumul anual tradițional intitulat „Travaux de l'Association Henri Capitant”. Invităm cititorul să găsească acolo detalii și cu privire la restul rapoartelor naționale și generale. Ultimele două sunt deja integral publicate online, pe situl Asociației Capitant, de unde pot fi descărcate gratuit: <http://henricapitant.org/node/12>.

Închiderea lucrărilor a fost precedată de o festivitate emoționantă, ocazionată de retragerea d-lui. Jean-Louis Baudoin din funcția de președinte al grupului canadian. Fost judecător la Curtea de Apel din Québec, intrat în avocatură după pensionare, membru de-a lungul timpului în numeroase comisii de reformă legislativă, actualmente profesor asociat al Universității din Montréal, a prezidat timp de patruzeci și unu de ani grupul din Québec al Asociației Capitant. Vârsta l-a obligat acum să se retragă în postura de președinte onorar al grupului, lăsând președinția efectivă profesorului Benoît Moore, de la Universitatea din Montréal. Toți cei de față l-au omagiat pentru activitatea sa.

După închiderea lucrărilor, a avut loc reuniunea președinților și secretarilor generali, unde s-au fixat datele și temele următoarelor congrese ale Asociației, au fost prezentate activitățile grupurilor naționale și inițiativele viitoare. Congresul din mai 2015 va fi găzduit de Panama, tema aleasă fiind „*Les tiers*” („Terții”). Germania va fi gazda următoarei reuniuni (mai 2016), tema generală „*La mondialisation*” („Globalizarea”) urmând a fi dezbătută la Berlin și Münster. Vor urma în ordine: Québec (2017), Italia (2018) și Turcia (2019).

Grupul român al Asociației Capitant (www.capitant.ro) a fost prezent în Spania prin d-na. Alina Oprea (lector, UBB Cluj-Napoca, raportor la tema IV), d-na. Andra-Roxana Trandafir (secretar general al grupului român, asistent, Universitatea București, raportor la tema III), dl. Marius Harosa (conferențiar, UBB Cluj-Napoca, raportor la tema I), dl. Răzvan Dincă (conferențiar, Universitatea București, raportor la tema II) și de dl. Mircea Dan Bob (președintele grupului român al Asociației (conferențiar, UBB Cluj-Napoca). Grupul român felicită și își exprimă și pe această cale recunoștința față de d-na. profesor Elena Lauroba și de dl. profesor Pedro Robles, președintele și secretarul general al grupului spaniol, pentru excelența primire și organizare.

* Conferențiar, UBB Cluj-Napoca; mirceabob@law.ubbcluj.ro.

¹ Această secțiune, dedicată internațional privat, ne-a fost furnizată de raportorul român, d-na. lector dr. Alina Oprea.