

**STUDIA**  
**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI**  
**IURISPRUDENTIA**

**Nr. 3/2020**  
**iulie – septembrie**

## **COLEGIUL REDACȚIONAL**

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

**REDACTOR-COORDONATOR: asist. Dorin JOREA**

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

### **MEMBRI:**

**prof.dr. Paul VASILESCU**

**prof.dr. Mircea Dan BOB**

**prof. dr. Ovidiu PODARU**

**prof. dr. Sergiu BOGDAN**

**conf. dr. Cosmin COSTAȘ**

### **REFERENȚI:**

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

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

**Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec**

**Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal**

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

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

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

## CUPRINS/TABLE OF CONTENTS

- » **Studii:** Ovidiu PODARU, Andreea-Carla LOGHIN: *Pârâtul în contenciosul administrativ: istoria romanțată a unei brambureli judiciare /The defendant in the administrative litigation: a romanticized tale of a judicial stampede* ..... 5-54
- » **Studii:** Iulia OPREA: *Reprezentarea ca putere în dreptul civil și societar /The power of attorney in civil and commercial law* ..... 55-90
- » **Articole:** Paul VASILESCU: *Discursul juridic. O introducere. (I) /The legal discourse. O(ne) introduction. (I)* ..... 91-112
- » **Articole:** László PRIBULA: *Hungarian Civil Procedure Provisions during the state of danger* ..... 113-140
- » **Articole:** Amar LAIDANI: *The role of the natural law in the French second colonial Empire. The example of the French colonial law in Algeria (1830-1930)* ..... 141-181
- » **Articole:** Christian-Dorel GROSU: *Contractele clickwrap – terenul propice al clauzelor abuzive. O analiză de caz /Clickwrap contracts - the suitable terrain for abusive clauses. A case study* ..... 182-193



STUDII

PÂRÂTUL ÎN CONTENCIOSUL  
ADMINISTRATIV: ISTORIA ROMANȚATĂ A  
UNEI BRAMBURELI JUDICIARE

---

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).3.1  
Data publicării online: 09.03.2021

---

Ovidiu PODARU, Andreea-Carla LOGHIN\*

Acest studiu a fost inițial susținut sub titlul „**Un trio imposibil: Codul administrativ, capacitatea administrativă (restrânsă) și calitatea procesuală pasivă în contenciosul administrativ**”, la Conferința bienală de la Timișoara (6-7 noiembrie 2020), la Secțiunea Drept public (Contenciosul constituțional și contenciosul administrativ – garanții juridice ale respectării drepturilor și libertăților fundamentale). Concluziile preliminare susținute acolo au fost însă parțial modificate ulterior, prin reinterpretarea unor surse doctrinare găsite și prelucrate între timp de d-ra Andreea-Carla LOGHIN, a cărei contribuție la această formă finală a studiului este, astfel, una substanțială (n. Ov.P.).

**Rezumat:** Contenciosul administrativ român se remarcă prin lipsa unei unități de opinii asupra chestiunii calității procesuale pasive și, totodată, prin existența unei cutume înrădăcinate – posibilitatea chemării în judecată a organului emitent al actului administrativ, ca unic pârât, – cutumă lipsită în prezent de un fundament legal expres. Pornind de la aceste premise, studiul urmărește la nivel conceptual, dar și din perspectivă diacronică, evoluția „pârâtului” în contenciosul administrativ, concluzionând că se impune abandonarea cutumei arătate.

---

\* Ovidiu PODARU este profesor universitar doctor în cadrul Facultății de Drept a Universității Babeș-Bolyai, Departamentul de Drept public, avocat în Baroul Cluj; contact: [ovidiu.podaru@law.ubbcluj.ro](mailto:ovidiu.podaru@law.ubbcluj.ro); Andreea-Carla LOGHIN este student-masterand, avocat în Baroul Cluj; contact: [andreea-carla.loghin@law.ubbcluj.ro](mailto:andreea-carla.loghin@law.ubbcluj.ro).

Calitatea procesuală pasivă a organului emitent, chiar lipsit de personalitate juridică, a fost justificată de recunoașterea pe cale doctrinară a teoriei capacității juridice restrânse (sau de drept administrativ), dezvoltată de profesorul Ilie Iovănaș cu jumătate de secol în urmă. Această teorie a fost precedată însă de o succesiune de reglementări, opinii doctrinare și soluții jurisprudențiale care, la o analiză atentă, mai degrabă au contrazis-o decât să o fundamenteze.

Astfel, încă din perioada interbelică s-a realizat distincția între organele administrative cu personalitate juridică și cele fără personalitate juridică, concluzia generală fiind aceea că personalitatea juridică este singurul temei al calității procesuale pasive. În lipsa acesteia, organele administrative (sau, mai exact persoanele fizice care ocupau funcția de conducere în cadrul acestora) nu puteau sta în justiție decât ca reprezentante ale persoanei juridice de drept public – statul, unitățile administrativ-teritoriale, stabilimentele publice. Dar, chiar și în contextul politico-juridic creat de Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice și de Legea nr. 1/1967 a contenciosului administrativ, calitatea procesuală pasivă era indisolubil legată de personalitatea juridică a unei entități de drept public, căci indiferent de pretenția formulată de reclamant, cel puțin unul dintre pârâți trebuia să fie persoană juridică: în măsura în care organul emitent al actului atacat nu avea personalitate juridică, el putea sta în justiție numai în coparticipare procesuală cu persoana juridică care-i asigura condițiile de existență (deci de care depindea din punct de vedere patrimonial). Mai mult, în ipoteza existenței unui petit în despăgubiri, coparticiparea procesuală era necesară întrucât, din punct de vedere juridic, este de neconceput ca o entitate fără patrimoniu propriu să poată fi obligată judiciar la satisfacerea unei pretenții patrimoniale formulate de un alt subiect de drept.

În concluzie, la momentul creării ei, teoria capacității juridice restrânse a fost dezvoltată de profesorul Ilie Iovănaș, pentru a fundamenta suficiența conceptului de capacitate administrativă (parte a capacității juridice, alături de cea civilă) pentru justificarea calității procesuale pasive a organului emitent.

Odată însă cu schimbările politico-juridice din anul 1989, primplanul este ocupat subit de conceptul de unitate administrativ-teritorială, persoană juridică de drept public cu patrimoniu propriu, organele administrative fiind, concomitent, „depersonalizate” (private de personalitatea lor juridică) prin regândirea lor conceptuală. Cu toate acestea, pentru a justifica calitatea procesuală pasivă a organului emitent, doctrina și jurisprudența utilizează în continuare teoria capacității administrative (restrânse), introducerea conceptului de autoritate administrativă/publică prin legile succesive în materie de contencios administrativ facilitând păstrarea acestei cutume nefericite.

În prezent, temeiul juridic pe care doctrina îl utilizează pentru a fundamenta legal teoria capacității administrative, este legat de noțiunea de autoritate publică, așa cum este ea definită de art. 2 alin. (1) lit. b) Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, și apoi utilizată în cuprinsul prevederilor art. 1 și 13 din același act normativ. Această construcție teoretică este cel puțin discutabilă: pe de o parte, noțiunea este una incoerentă, în sine o sursă de ambiguitate, căci asimilează în mod

nejustificat (și nefundamentat) o entitate cu personalitate juridică deplină (de drept privat) uneia fără personalitate juridică (de drept public), zădărniciind din fașă orice încercare de a face ordine în această materie. Pe de altă parte, insuficiența acestei noțiuni rezultă din faptul că ea nu tranșează toate situațiile în care, în practică, ar apărea nevoia determinării organului emitent al unui act administrativ.

În consecință, ținând cont de faptul că orice tip de capacitate, indiferent de faptul că ar fi una de drept material ori procesual, nu poate exista, la nivel teoretic, în afara personalității juridice, căci fiecare capacitate „specială” constituie doar o parte a capacității juridice (generale), și de faptul că orice fel de excepție în materie de capacitate trebuie să fie expres prevăzută de lege (una de procedură, în cazul capacității de a sta în fața instanței de contencios administrativ, ca pârât), cu siguranță singura soluție teoretic corectă și practic lipsită de riscuri pentru reclamant ar fi aceea ca, indiferent de pretenția concretă a acestuia în instanță, calitate procesuală pasivă să aibă persoana juridică de drept public al cărei organ a emis actul ilegal, respectiv are competența să soluționeze cererea reclamantului. Această soluție este în acord și cu respectarea principiului securității raporturilor juridice (claritatea și previzibilitatea dreptului), mai ales că însuși persoanei juridice de drept public i se poate recunoaște calitatea de autoritate emitentă. Această soluție se întemeiază, pe de o parte, pe prevederile Codului civil (art. 218, 219, 221) care, dobândind aplicabilitate în materia contenciosului administrativ în temeiul art. 28 din Legea nr. 554/2004 și asimilând din anumite puncte de vedere persoana juridică de drept public cu cea de drept privat, supun regulilor mandatului raporturile dintre persoana juridică și organele sale, iar, pe de altă parte, pe cele ale Codului administrativ, dat fiind faptul că noțiunea de capacitate administrativă a dobândit astăzi, prin art. 5 lit. o) din O.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, o cu totul altă semnificație.

**Cuvinte cheie:** contencios administrativ, organ emitent, calitate procesuală pasivă, unitate administrativ-teritorială, capacitate administrativă (restrânsă), autoritate publică, personalitate juridică.

## THE DEFENDANT IN THE ADMINISTRATIVE LITIGATION: A ROMANTICIZED TALE OF A JUDICIAL STAMPEDE

**Abstract:** The Romanian administrative litigation is distinguished by the lack of unity of opinion on the passive procedural quality and, at the same time, by the existence of an ingrained custom – the possibility of suing the issuing body of the administrative act, as the sole defendant, – a custom currently lacking a particular legal basis. Starting from these premises, the study investigates at a conceptual level and from a diachronic perspective, the evolution of the defendant” in the administrative litigation, concluding that it is necessary to abandon the described custom.

The passive procedural quality of the issuing body, even without legal personality, was justified by the doctrinal recognition of the theory of restricted legal capacity (or administrative law capacity) developed by Professor Ilie Iovănaș half a century ago. However, this theory was preceded by a succession of regulations, doctrinal opinions, and jurisprudential solutions, which, on careful analysis, contradicted it rather than substantiate it.

Thus, since the interwar period, a distinction has been made between administrative bodies with legal personality and those without legal personality, the general conclusion being that legal personality is the only basis for passive procedural quality. In its absence, the administrative bodies (or, more precisely, the natural persons who held the leading position within them) could stand in court only as representatives of the legal person under public law – the state, the administrative-territorial units, the public establishments. But, even in the political-legal context created by Decree no. 31/1954 regarding natural and legal persons and by Law no. 1/1967 of the administrative contentious, the passive procedural quality was inextricably linked to the legal personality of a public law entity, because regardless of the claim made by the plaintiff, at least one of the defendants had to be a legal entity: insofar as the issuing body the defendant did not have legal personality, it could stand trial only in procedural co-participation with the legal person who ensured its existence (the one that which it depended from a patrimonial point of view). Moreover, in the event of the existence of an appeal for damages, procedural co-participation was necessary because, from a legal point of view, it is inconceivable that an entity without its own patrimony could be legally obliged to satisfy a patrimonial claim made by another legal subject.

In conclusion, at the time of its creation, the theory of restricted legal capacity was developed by Proffessor Ilie Iovănaș to substantiate the sufficiency of the concept of administrative capacity (part of legal capacity, along with the civil one) to justify the passive procedural quality of the issuing body.



However, with the political-legal changes of 1989, the foreground is suddenly occupied by the concept of unitary local authority a legal person under public law having its own patrimony, the administrative bodies being, at the same time, “depersonalized” (deprived of their legal personality) by their conceptual rethinking. However, in order to justify the passive procedural quality of the issuing body, the doctrine and the jurisprudence are continuing to use the theory of (restricted) administrative capacity, introducing the concept of administrative/public authority through successive laws on administrative litigation facilitating the preservation of this unfortunate custom.

Currently, the legal basis that the Romanian doctrine uses to legally substantiate the theory of administrative capacity is related to the notion of public authority, as it is defined by art. 2 para. (1) letter b) of Law no. 554/2004 of the administrative contentious, and then used in the provisions of art. 1 and 13 of the same normative act. This theoretical construction is at least debatable: on the one hand, the notion is incoherent, a source of ambiguity in itself because it unjustifiably (and unfoundedly) assimilates an entity with full legal personality (private law) to one without legal personality (public law), ruining any attempt to bring order in this matter. On the other hand, the inadequacy of that concept results from the fact that it does not resolve all the situations in which, in practice, there would be a need to determine the issuing body of an administrative act.

Consequently, taking into account the fact that any type of capacity, regardless of whether it is a material or procedural law, cannot exist, in theory, outside the legal personality, because each type of capacity is only a part of the juridical capacity (general), and the fact that any exception to this capacity must be expressly provided for by law (a procedural one, in the case of the capacity to stand as a defendant before the administrative court), it is undoubted that the only solution theoretically correct and practically risk-free for the plaintiff would be that, regardless of their concrete claim in court, the legal person of public law whose body issued the illegal act, the one that has the power to resolve the plaintiff’s claim must have passive procedural capacity. This solution is also in line with the principle of security of legal relations (clarity and predictability of the law), especially since a legal person under public law can be recognized as *issuing authority*. This solution is based, on the one hand, on the provisions of the Romanian Civil Code (art. 218, 219, 221) which, acquiring applicability in the matter of administrative contentious pursuant to art. 28 of Law no. 554/2004 and assimilating from specific points of view the legal person of public law with that of private law, subjecting to the rules of the mandate the relations between the legal person and its bodies, and, on the other hand, those of the Romanian Administrative Code, given that the notion of administrative capacity acquired today, through art. 5 letter o) of the Romanian Administrative Code has an entirely different meaning.

**Keywords:** administrative litigation, issuing body, passive procedural quality, administrative-territorial unit, restricted legal capacity, public authority, legal personality.

## Cuprins

I.	Un prezent plin de îndoieli. Și o cutumă apărută parcă de nicăieri.....	11
II.	Sursele teoriei capacității procesuale restrânse: o incursiune în trecut .....	17
<b>A.</b>	<b>Perioada interbelică: prevalența fondului asupra formei (procedurii)..</b>	<b>18</b>
<b>B.</b>	<b>Organizarea administrativ-teritorială socialistă și teoria „capacității administrative restrânse” .....</b>	<b>21</b>
	1.Capacitatea administrativă și cea de drept civil – cele două fațete ale personalității juridice .....	22
	2.Capacitatea administrativă și teoria coparticipării procesuale în contenciosul administrativ.....	25
III.	Metamorfoza contextului politico-juridic și adaptarea teoriei la noile împrejurări .....	29
<b>A.</b>	<b>O schimbare de decor .....</b>	<b>30</b>
<b>B.</b>	<b>Justificarea legală actuală a teoriei capacității administrative și o critică a acesteia .....</b>	<b>33</b>
	1.Noțiunea de „autoritate publică” .....	33
	2.Critica acestei teorii.....	38
IV.	Cum arată viitorul? .....	42
<b>A.</b>	<b>Un punct de cotitură.....</b>	<b>42</b>
<b>B.</b>	<b>Calitatea procesuală pasivă în contenciosul administrativ și cei trei piloni ai săi.....</b>	<b>44</b>
	1.Codul civil.....	44
	2.Codul de procedură civilă .....	46
	3.Codul administrativ .....	49
V.	În loc de concluzii.....	53

## I. Un prezent plin de îndoieli. Și o cutumă apărută parcă de nicăieri

*Câte capete, atâtea păreri*, spune o vorbă din popor. Iar în drept, adesea caracterizat prin relativitate, zicala este cu atât mai adevărată, căci rareori jurisprudența este unitară, atunci când apare o chestiune juridică nouă. De regulă însă, după pronunțarea unor hotărâri greșite, cu timpul, orientările deviate sunt abandonate și soluția juridică corectă se cristalizează treptat. Însă o problemă juridică comună (cum e aceea a stabilirii pârâtului într-un anumit tip de litigiu) să se afle chiar și după un secol de jurisprudență într-o incertitudine dătătoare de fiori, cu o tendință de generalizare a unei soluții contrare legii ... asta într-adevăr este rarissim.

Stabilirea pârâtului într-un litigiu de contencios administrativ, un lucru nu tocmai facil, reprezintă una dintre acele probleme de drept clădite în timp pe nisipuri mișcătoare:

Pentru anularea unui act administrativ emis de organul X, este logic să fie chemat în judecată chiar organul X? E logic, dar nu e sigur! Iar pentru a obține despăgubiri, este suficient ca cererea să fie formulată împotriva unei persoane juridice de drept public? În teorie da, dar nu se știe dacă, în cele din urmă, acțiunea va fi considerată admisibilă! Sisteme politice și concepții juridice s-au tot configurat și destructurat în jur, reglementări generale și speciale s-au tot adoptat și abrogat succesiv, însă problema a rămas: pe cine trebuie să cheme în judecată particularul vătămat printr-un act administrativ ori prin refuzul unei autorități de a-i soluționa o cerere? Întrebarea poate fi privită și ca un subtil puzzle teoretic, dar pentru reclamantul presat de timp (căci termenele reglementate în această materie sunt, uneori, injust de scurte) este mult mai mult de atât: alegerea greșită îi atârână deasupra capului ca o veritabilă sabie a lui Damocles, căci un cadru procesual greșit alcătuit reprezintă un fine de neprimire pentru acțiunea în contencios administrativ. Și cine stabilește ce este legal și ce nu, cu

privire la o problemă juridică de maximă relativitate? Totul depinde de concepția judecătorului, însă atunci când acesta își dezvăluie orientarea, (cu ocazia pronunțării, așadar), este, deja, mult prea târziu...

Toți cei care au trecut printr-o asemenea situație (re)simt nevoia unei soluții raționale și predictibile. Pentru asta însă, după o succintă (dar exactă) radiografiere a prezentului este necesară sondarea surselor acestuia, pentru că numai așa putem înțelege ce anume s-a „defectat” în materie, în ce moment și cum ar trebui reparat.

Pentru cei familiarizați, măcar într-o oarecare măsură, cu tiparul acțiunii în contenciosul administrativ, este notorie azi *uzanța* de a formula (sau de a vedea formulat) petitul de anulare a actului administrativ nelegal în contradictoriu cu **organul emitent<sup>1</sup> al acestuia**. Astfel, se ajunge ca *primarul, consiliul local<sup>2</sup>, consiliul județean, un prefect ori un ministru* să fie

---

<sup>1</sup> Noțiunea de *organ (administrativ) emitent* conține, însă, o oarecare doză de ambiguitate: lipsită de o definiție stabilă pe cale legală, ea a rămas neexplorată și, deci, neexplicată suficient în literatura de specialitate. În acest sens, referitor la capacitatea procesuală pasivă în litigiile de drept administrativ, în doctrină s-a arătat că „În acțiunea de contencios administrativ, indiferent de caracterul său obiectiv sau subiectiv, calitatea de pârât o are **autoritatea publică emitentă** a actului atacat (a cărui anulare se cere), aceasta fiind reprezentată în proces de către conducătorul său (...)” (a se vedea A. TRĂILESCU, A. TRĂILESCU, *Legea contenciosului administrativ: comentarii și explicații*, ed. a 3-a, rev., Ed. C. H. Beck, București, 2017, p. 8). În același sens, se arată că „**Autoritatea publică emitentă**, în cadrul litigiilor de contencios administrativ, are calitate procesuală pasivă (...)” (a se vedea I. RÎCIU, *Procedura contenciosului administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 163). Iar ambiguitatea este legată nu de noțiunea de autoritate publică, în sine, ci de ideea de „emitent”: oare dacă vorbim despre un **ordin**, ar trebui să considerăm că *ministrul* semnatar al acestuia are această calitate sau *ministerul* pe care îl conduce? Este o chestiune pe care o vom clarifica mai târziu.

<sup>2</sup> În justificarea calității procesuale pasive a *consiliului local*, în jurisprudență s-a stabilit că „Dreptul de a reprezenta în justiție o unitate administrativ-teritorială nu trebuie confundat cu calitatea procesuală pasivă pe care o are emitentul actului administrativ a cărui anulare se cere. Astfel, dacă hotărârea a cărei anulare se solicită a fost emisă de consiliul local, atunci acesta are

chemați în instanță în calitate de pârâți de către particularul vătămat în dreptul sau interesul său legitim.

Însă dacă acum douăzeci de ani această situație se reducea la litigiile de contencios administrativ îndreptate împotriva organelor administrative „tradiționale” (de principiu cele enumerate mai sus), ulterior, un observator atent a putut fi martorul unei continue extinderi a acestui tipar procesual, ajungându-se în prezent ca particularul să trebuiască să formuleze acțiunea (cu riscul, în cazul nerespectării regulii, de a și-o vedea declarată inadmisibilă) nu cu *universitatea*, bunăoară, ci cu *rectorul* sau *senatul* acesteia; nu cu *inspectoratul școlar județean*, ci cu *inspectorul* care îl conduce, ajungându-se, în situații de o complexitate deosebită chiar pentru un bun cunoscător al organizării administrative, ca reclamantul să trebuiască să-l scoată din uriașul „joben” al unei primării de municipiu pe ... *directorul serviciului de resurse umane(!)*, în cazul în care pretinde anularea unui act administrativ semnat de acesta. Practic, noțiunea de „emitent” ajunge azi să se identifice, de cele mai multe ori, cu aceea de **semnatar** al actului administrativ.

---

calitatea de a participa la judecată în calitate de pârât, ca emitent al actului administrativ unilateral (...)” (a se vedea CA Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1751/CA/2011, apud A. TRĂILESCU, A. TRĂILESCU, op.cit., p. 22). Statutul juridic al *consiliului local* a ajuns, în ultima vreme, să fie chiar mai denaturat în jurisprudență. Astfel, printr-o soluție pronunțată într-o speță recentă, Secția Civilă a înaltei curți, întemeindu-se pe unele texte exprese de lege, ajunge chiar să recunoască acestui organ administrativ un „patrimoniu”, statuând că în sarcina autorităților locale există obligația de identificare, capturare și escortare a câinilor fără stăpân, neidentificați și neînregistrați, obligație dedusă din interpretarea art. 7 alin. (1) din OUG nr. 55/2002 – care identifică consiliile locale ale unităților administrativ teritoriale ca fiind **proprietarii** câinilor fără stăpân care circulă liberi, fără însoțitori, în locurile publice – și art. 1, 2 și 4 din OUG nr. 155/2001 (a se vedea ÎCCJ, Secția I civilă, Decizia civilă nr. 1054 din 4 iunie 2020, publicată în Buletinul Casației nr. 1/2020, p. 67-79).

Această abordare are însă două mari neajunsuri. Primul – acela că nu-i putem găsi nicicum un fundament legal aplicabil în toate situațiile; al doilea, – că acești „emitenți” nu au personalitate juridică, și, prin urmare, pare destul de dificil de acceptat calitatea lor de pârâți într-un litigiu.

O apărare în acest sens este formulată constant de către autoritățile publice în litigiile având ca obiect anularea unui act administrativ nelegal. La fel de constant însă, instanțele o înlătură: argumentul utilizat de acestea este în sensul că lipsa personalității juridice este irelevantă în contenciosul administrativ, fiind suplinită de o capacitate administrativă (restrânsă<sup>3</sup>) de natură să confere acestor organe emitente un soi de calitate procesuală pasivă specială<sup>4</sup>, limitată la sfera litigiilor de contencios administrativ. Observăm că

---

<sup>3</sup> Noțiunea a fost definită ca fiind aptitudinea unui organ administrativ de a sta într-un raport juridic administrativ, în nume propriu și în mod independent, prin emiterea de acte administrative; a se vedea I. IOVĂNAȘ, *Dreptul administrativ și elemente de știința administrației*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 120-122.

<sup>4</sup> În acest sens, s-a pronunțat chiar instanța supremă în jurisprudența sa. Astfel, în justificarea calității procesuale pasive a emitenților actelor administrative, aceasta arată că „(...) într-un litigiu de contencios administrativ, pentru a avea calitatea de pârât sau intimat, este suficient să se facă dovada că acea autoritate publică este emitenta actului administrativ contestat, astfel cum este definit de art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004. De asemenea, în materia contenciosului administrativ, pentru verificarea calității procesuale **nu prezintă relevanță personalitatea juridică a autorității publice emitente [s.n.]**, astfel cum este definită prin art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 554/2004, ci capacitatea ei de drept administrativ, constând în aptitudinea prevăzută de lege de a realiza prerogativele de putere publică, asigurând organizarea executării și executarea în concret a legii (...)”; a se vedea ÎCCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3341 din 8 iunie 2011, <https://www.scj.ro/>, consultat la data de 21.11.2020. Într-o altă decizie, Înalta Curtea statuează în sensul că „(...) este suficientă capacitatea administrativă a autorității, respectiv posibilitatea emiterii de acte administrative ce determină și eventuala calitate procesuală pasivă într-un litigiu de contencios administrativ și, în final, determinarea instanței competente în raport de rangul autorității publice pârâte”; a se vedea ÎCCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 321 din 25 ianuarie 2012, <https://www.scj.ro/>, consultat la data de 21.11.2020. În același sens, a se vedea ÎCCJ, Secția de contencios

noțiunea de capacitate administrativă a fost preluată și în doctrină<sup>5</sup>, fără a avea însă un fundament legal expres. Căci nici la începuturile acestei teorii și nici în prezent nu există o prevedere expresă care să impună fără echivoc chemarea în judecată a organului emitent<sup>6</sup>.

Prin urmare, dacă pornim de la premisa că sursa obligativității chemării în judecată a emitentului o reprezintă un principiu format pe cale cutumiară (chiar dacă a pornit de la interpretarea corelată a anumitor texte

---

administrativ și fiscal, Decizia nr. 1845 din 4 aprilie 2012; ÎCCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 1237 din 18 martie 2015, ambele disponibile la <https://www.scj.ro/>, consultat la data de 21.11.2020; ÎCCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3092 din 15 iunie 2007, *apud* G. BOGASIU, *Legea contenciosului administrativ comentată și adnotată: cuprinde legislație, jurisprudență și doctrină*, ed. a 4-a, rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 77. Calitatea procesuală pasivă a organului emitent a fost exprimată și în jurisprudența altor instanțe, care au statuat că „Ceea ce determină capacitatea unei autorități publice de a sta în proces este **abilitarea legală de a elibera un anume act administrativ [s.n.]**”; a se vedea CA Timișoara, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 575 din 11 mai 2005, în *Curtea de Apel Timișoara, Buletinul jurisprudenței, Culegere de practică judiciară*, 2005, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 320-321, *apud* G. BOGASIU, op.cit., p. 79; CA Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 1539 din 18 noiembrie 2019 <http://rolii.ro/hotarari/5df83f60e490091418000055>, consultat la data de 21.11.2020.

<sup>5</sup> Astfel, în dezvoltarea teoriei potrivit căreia capacitatea administrativă constituie sursa calității procesuale pasive, s-a arătat că „*Pentru a avea calitate procesuală pasivă în acțiunea de contencios administrativ având ca obiect anularea unui act administrativ nu interesează calitatea de persoană juridică a autorității publice emitente a actului, ci este suficientă capacitatea administrativă a acesteia [s.n.]* (...) Astfel, de exemplu, primarul este o autoritate publică fără personalitate juridică civilă, însă dispune de capacitatea juridică de drept administrativ și de competența de a emite anumite acte administrative unilaterale (...) În calitatea sa de autoritate publică investită de lege cu anumite competențe (atribuții), primarul emite acte administrative în exercitarea acestor atribuții, iar actele emise îl angajează pe primar în raporturi de drept public, inclusiv procesuale, la care participă în nume propriu, ca subiect de drept public”; a se vedea A. TRĂILESCU, A. TRĂILESCU, op.cit., p. 9.

<sup>6</sup> Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, publicată în M.of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare, aplicabilă în lipsa unui Cod de procedură administrativă, nu conține nicio dispoziție în acest sens.

de lege care nu se potrivesc perfect), devine imperativ studiul fundamentelor sale căci, la o simplă observație, consecințele acestuia sunt, în majoritatea lor covârșitoare, negative. Astfel, una dintre acestea o reprezintă **multiplicarea**, adesea exagerată, a **numărului pârâților**<sup>7</sup>, fapt de natură a crea adesea serioase dificultăți pentru particularul care intenționează să se adreseze instanței de judecată. Contenciosul administrativ devine astfel un veritabil „hățiș” judiciar din care e aproape imposibil de ieșit, mai ales dacă reclamantul are și o pretenție cu conținut patrimonial (despăgubirile), când, între pârâți va figura obligatoriu și persoana juridică de drept public, având personalitate juridică și patrimoniu propriu<sup>8</sup>, al cărei organ administrativ a emis actul atacat.

Or, această multiplicare a pârâților, aducând cu sine multă incertitudine pentru particularul necunoscător al tuturor raporturilor din cadrul administrației, afectează însăși substanța dreptului său de acces la

---

<sup>7</sup> Ipoteza unui lanț de acte administrative sau aceea a unui refuz de a emite un act final, în condițiile în care structurile administrative cu atribuții pe parcursul procedurii refuză la rândul lor să emită avizele care stau la baza emiterii actului sunt cel puțin două situații cu o pluralitate de pârâți. Adesea însă, dilema rămâne pentru reclamant: dacă într-un lanț decizional unii dintre pârâți sunt de acord să-și îndeplinească atribuțiile dar condiționează acest lucru de conduita altor organe administrative care trebuie să-și îndeplinească propriile atribuții anterior acestui moment (un aviz care nu poate fi emis decât după un altul, ori după o propunere etc.) trebuie chemate în judecată toate organele administrative sau doar cele care refuză expres să soluționeze favorabil o cerere? Căci, raportat la cele care nu se opun acțiunii, interesul procesual este discutabil; dar, dacă și-ar schimba atitudinea după finalizarea litigiului în care, prin ipoteză, nu au fost parte pentru că inițial au fost de acord să soluționeze cererea particularului? Sunt întrebări care nu pot primi un răspuns ferm.

<sup>8</sup> Pentru situația în care particularul solicită și despăgubiri, în doctrină s-a arătat că „(...) *autoritățile publice vor avea, în principiu, calitate de pârât în litigiile de contencios administrativ, ele fiind emitentele actelor administrative ilegale, însă numai alături de persoana juridică de drept public atunci când se solicită și despăgubiri (...)*”; a se vedea D. -C. DRAGOȘ, *Legea contenciosului administrativ: comentarii și explicații*, ed. a 2-a, rev., Ed. C. H. Beck, București, 2009, p. 79. În același sens, a se vedea I. RÎCIU, op.cit., p. 166



justiție. Căci necesitatea chemării în judecată a tuturor actorilor emiterii actului administrativ este de natură să descurajeze particularul în inițierea unui demers în justiție mai ales atunci când acesta se trezește în mijlocul unei dileme: să aleagă mai degrabă riscul de a-și vedea acțiunea respinsă ca inadmisibilă pe motivul că vreunul dintre pârâți nu a fost chemat în judecată sau, dimpotrivă, să îi cheme pe toți cu riscul de a achita cheltuieli inutile de judecată (adesea într-un quantum deloc neglijabil)<sup>9</sup>? Și asta în situația fericită în care reclamantul este un bun cunoscător al realităților contenciosului administrativ și realizează existența unei asemenea dileme!

Există, așadar, o justificare teoretică și legală a acestei situații? Și, dacă ea nu s-ar mai justifica în prezent, cum putem schimba lucrurile?

## II. Sursele teoriei capacității procesuale restrânse: o incursiune în trecut

Așadar, teoria deja de notorietate în contenciosul administrativ este în sensul că organul emitent al actului administrativ nelegal poate (și trebuie!) să stea în calitate de pârât în justiție, fiindu-i atribuită doctrinar și jurisprudțial o capacitate administrativă (restrânsă). Însă pentru a înțelege justificarea acestui concept, trebuie să ne întoarcem înapoi în timp, pentru a-i regăsi sursa.

---

<sup>9</sup> Unele autorități administrative (*e.g.* ministerele) apelează adesea la ajutorul unor case de avocatură ale căror onorarii sunt consistente; de asemenea, uneori pârâții în contenciosul administrativ sunt persoane private care prestează un serviciu public (autorități administrative *asimilate*) care de asemenea au contracte de colaborare cu avocați cu o bună reputație pe piața de profil.

## A. Perioada interbelică: prevalența fondului asupra formei (procedurii)

Cu mult timp înainte de definirea conceptului de *capacitate administrativă* de către profesorul I. Iovănaș în manualul său dedicat dreptului administrativ, din anul 1977, (concept pe care se centrează prezentul studiu), doctrina a fost preocupată de problema capacității procesuale în litigiile având ca obiect anularea actelor administrative nelegale.

Astfel, art. 5 alin. (2) din Legea nr. 151/1925 pentru contenciosul administrativ prevedea că, în cauzele supuse acestei legi „*se vor cita reclamantul și **autoritatea administrativă a cărei decizie se atacă [s.n.]***”. În considerarea acestei prevederi, reputați autori din acea perioadă s-a exprimat însă în sensul că în procese nu puteau să aibă calitatea de pârât decât organele administrative **cu personalitate juridică**<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> C. G. RARINCESCU, *Contenciosul administrativ român*, București, 1937, p. 270 (?!), apud T. DRĂGANU, I. IOVĂNAȘ, *Capacitatea procesuală în cauzele privind atacarea actelor administrative ilegale*, în *Revista română de drept*, nr. 8/1972, p. 54. Se pare, totuși, că citarea este greșită: ediția a doua a lucrării prof. RARINCESCU este din 1936, iar la pagina indicată nu se vorbește de autoritatea pârâtă. În același sens, a se vedea E. D. TARANGUL, *Tratat de drept administrativ român*, 1944, p. 598 (de asemenea citat și de T. DRĂGANU, I. IOVĂNAȘ, op.cit., p. 54). Acesta arată însă că, în temeiul art. 5 din lege, citarea autorității pârâte „*se va face în persoana capului administrației [s.n.]*. Adică comunele sunt citate în persoana primarului, județele în persoana prefectului iar stabilimentele publice în persoana capului stabilimentului public respectiv (director general, administrator general, rector etc.)”. Calitatea de pârât este însă indisolubil legată de existența personalității juridice; tocmai de aceea „*nu se poate cita serviciul sanitar județean, care, fiind pendent de ministerul sănătății, nu are personalitate juridică și, ca atare, n-are calitatea de a sta în instanță, ci ministerul sănătății*”; „*uzina electrică Oradea, neavând personalitate juridică, nu poate fi chemată în judecată, decât primăria municipiului*” (*ibidem*, p. 598, nota 5).

Interpretând la rândul lor acest text de lege, autorii postbelici citați<sup>11</sup> au apreciat că de la regula conturată doctrinar în sensul arătat mai sus se admiteau totuși două excepții, și anume, pe de o parte, în cazul autorităților comunale, municipale și județene, iar pe de altă parte, în cazul ministerelor. Aceste organe nu aveau, potrivit legii lor de organizare, personalitate juridică și, prin urmare, dacă autoritățile mai sus amintite nu aveau capacitate procesuală *ca organe emitente*, în schimb acestea aveau posibilitatea de a sta în justiție *în reprezentarea comunelor, municipiilor, județelor, ori, după caz, a statului* – care aveau personalitate juridică, potrivit reglementărilor de la vremea respectivă<sup>12</sup>.

La o analiză mai atentă însă, situațiile expuse nu sunt veritabile excepții de la regulă. Iată, însă, mai întâi, un pasaj preluat integral din lucrarea Profesorului Rarincescu:

„În ce privește citarea Statului și a Ministerelor, legea contenciosului nu cuprinde nicio dispozițiune, neprezentând de altfel din punct de vedere logic nicio dificultate. Totuși din cauza unui text de lege, și anume a art. 10 din legea de organizare a ministerelor dela 2 August 1929, s`a produs la un moment dat o interpretare jurisprudențială excesiv de formalistă, care de altfel a fost părăsită repede. Acel articol are cuprinderea următoare: «Ministerele reprezintă interesele generale ale Statului, ce le sunt atribuite prin

---

<sup>11</sup> T. DRĂGANU, I. IOVĂNAȘ, op.cit., p. 54.

<sup>12</sup> Astfel, potrivit art. 9 alin. (1) teza I din Legea nr. 95 din 13 iunie 1925 pentru unificarea administrativă, (M.of. nr. 128 din 14 iunie 1925), „*Comuna și județul sunt persoane juridice*”. Apoi, potrivit art. 1 alin. (3) din Legea nr. 167 pentru organizarea administrațiunii locale din 3 august 1929, (M.of. nr. 170 din 3 august 1929), „*Județele, comunele și sectoarele comunale sunt persoane juridice*”. În fine, art. 1 alin. (2) teza I din Legea nr. 569 din 26 martie 1936, (M.of. nr. 73 din 27 martie 1938) stabilea că „*Județele și comunele sunt persoane juridice*”. De menționat și faptul că în anul 1938, Constituția și apoi Legea administrativă din 14 august 1938 introduceau o nouă unitate administrativ-teritorială, ținutul, care grupa mai multe județe și care avea, la rândul său, personalitate juridică.

prezenta lege. Ele nu au personalitate juridică proprie; pot *totuși sta în justiție și încheia acte juridice în numele Statului și pentru Stat*». Această dispozițiune este în fond o dispozițiune inutilă, dar tocmai pentru că este inutilă a dat naștere la interpretări defectuoase. În adevăr, Statul este o persoană juridică, după cum persoane juridice sunt și județul, comuna sau stabilimentele publice, și ca atare nu poate să intervină în viața juridică decât prin organele lui. Ori ministerele nu sunt altceva decât organele de conducere ale Statului și ca atare, fiecare în sfera lor de atribuțiuni reprezintă Statul, care singur, are ca atare personalitate juridică. Interpretând această dispozițiune a legii din 1929, Curtea de Casație, secțiunea III, a respins o acțiune pe motivul că ar fi fost rău sau neregulat îndreptată direct contra Ministerului, trebuind a fi fost îndreptate *contra Statului, prin reprezentantul său legal, Ministerul* cutare, etc.<sup>13</sup> ceea ce constituie un exces de formalism, prin nimic justificat. Asupra acestei deciziuni de altfel s`a revenit în complet de divergență<sup>14</sup>”.

Sunt trei concluzii extrem de importante care se pot desprinde din acest text și din jurisprudența citată, la o analiză mai atentă:

**a) calitatea procesuală pasivă este legată de personalitatea juridică:** în lipsa acesteia din urmă, organele administrative sunt doar reprezentante, în justiție, ale persoanelor juridice de drept public, tot așa cum, în planul dreptului material (administrativ) ele exercită atribuțiile care materializează capacitatea juridică a persoanei morale în cauză;

**b) calitatea de reprezentant al unui asemenea organ administrativ poate fi indicată expres în acțiune ori poate fi subînțeleasă;** în orice caz, o acțiune în contenciosul administrativ nu poate fi respinsă ca inadmisibilă pe motivul neindicării exprese a calității autorității

---

<sup>13</sup> Cas. III, Dec. 836/1933, Pand. Săpt., 1934, rezumatul Nr. 87, p. 216, (sursa originală a fost citată cu tot cu cele două note de subsol).

<sup>14</sup> Cas III, Dec. 184 bis/1935, după divergență, *Al. Săvulescu*, Pand. Săpt., 1935, pag. 267, *apud* C. G. RARINCESCU, op.cit., p. 368.

pârâte de reprezentant al statului ori unității administrativ-teritoriale, o soluție contrară fiind „excesiv de formalistă”, trebuind „părăsită repede”. Altfel spus, ceea ce contează cu adevărat este fondul litigiului, respectiv raportul juridic administrativ stabilit prin legea aplicabilă, iar nu indicarea formală a acestui raport (de mandat), de către reclamant în cuprinsul acțiunii sale;

**c) în fine, nu se poate susține că reprezentatul legal al persoanei juridice de drept public ar fi un organ administrativ lipsit de personalitate juridică.** Sintagma „citarea se face în persoana reprezentantului” trebuie interpretată în sensul că *persoana fizică* ocupantă a funcției de conducere (ministru, primar, președinte, rector etc.) reprezintă în justiție această persoană juridică.

Iată, deci, o concepție perfect coerentă, încheată, asupra personalității juridice în dreptul administrativ și a calității procesuale pasive în litigiile de contencios. La acel moment legislația, relativ similară celei în vigoare azi, era clară: aveau personalitate juridică statul, unitățile administrativ-teritoriale și stabilimentele publice; organele administrative (ale acestora) nu erau recunoscute ca persoane juridice.

## **B. Organizarea administrativ-teritorială socialistă și teoria „capacității administrative restrânse”**

„Penuria” specifică statului socialist centralizat a devenit vizibilă și în fața instanțelor de contencios administrativ: erau prea puțini curajoși gata să dea piept cu organele de stat și de partid. Cu toate acestea, s-au adunat suficiente spețe încât doctrina și jurisprudența să-și poată pune problema calității procesuale pasive în această materie. Teoria capacității de drept

administrativ a fost creată, **în planul dreptului material** prin raportare la capacitatea de drept civil (și la noțiunea, mai largă, de personalitate juridică) – (1), respectiv, **în plan procesual**, la teoria coparticipării procesuale în contenciosul administrativ (2).

1. Capacitatea administrativă și cea de drept civil – cele două fațete ale personalității juridice

Analizând modul în care a luat naștere teoria care ne preocupă, trebuie să pornim de la noțiunea de *personalitate juridică*. Reglementarea acesteia, în vigoare la momentul dezvoltării teoriei expuse, o reprezenta Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și la persoanele juridice<sup>15</sup>, ale cărui prevederi, așa cum vom arăta, ar fi fost în măsură să fundamenteze ideea potrivit căreia personalitatea juridică era la acel moment o condiție pentru a sta în judecată în calitate de pârât.

În acest sens, art. 26 din decret<sup>16</sup> realiza o enumerare clară a entităților calificate ca *persoane juridice*. Potrivit lit. a) din acest text legal, erau persoane juridice, pe de o parte, **organele locale ale puterii de stat, organele centrale locale ale administrației de stat** și, pe de altă parte,

---

<sup>15</sup> B.of. nr. 8 din 30 ianuarie 1954.

<sup>16</sup> Potrivit art. 26 din Decretul nr. 31/1954 „*Sînt, în condițiile legii, persoane juridice: a) organele locale ale puterii de stat, organele centrale locale ale administrației de stat și celelalte instituții de stat, dacă au un plan de cheltuieli propriu și dreptul sa dispună independent de creditele bugetare acordate; (...) e) orice altă organizație socialistă care are o organizare de sine stătătoare și un patrimoniu propriu afectat realizării unui anume scop în acord cu interesul obștesc*”. În plus, potrivit Legii nr. 57/1968 privind organizarea și funcționarea consiliilor locale (B.of. nr. 96 din 3 aprilie 1980) la nivel local existau organe locale ale puterii de stat (consiliile populare ale comunelor, orașelor, municipiilor și ale sectoarelor Municipiului București, precum și consiliile populare județene) și organe locale ale administrației de stat (comitetele și birourile executive ale respectivelor consilii populare).

**celelalte instituții de stat** –acestea din urmă doar în măsura în care aveau un plan de cheltuieli și dreptul de a dispune independent de creditele bugetare. Decretul realiza o distincție între situația organelor administrative, pe de o parte, și cea a celorlalte instituții de stat, pe de altă parte. În esență, regula o constituia recunoașterea personalității juridice a organelor administrative, fără alte condiții, dar și a altor instituții de stat, în măsura în care acestea din urmă dispuneau de un patrimoniu propriu.

Apoi, art. 37, tratând raporturile dintre stat și organele sale administrative sau, după caz, celelalte instituții etatice statua că „*Statul nu răspunde pentru obligațiile organelor și celorlalte instituții de stat, ale întreprinderilor și organizațiilor economice de stat, precum și ale oricăror alte organizații socialiste de stat, dacă ele sînt persoane juridice*”. Așadar, ideea care se desprinde din textul legal este simplă – dacă organele administrative, respectiv instituțiile de stat au personalitate juridică, atunci pentru propriile acte vor răspunde ele însele<sup>17</sup>; dacă însă nu sunt persoane juridice, atunci va răspunde statul pentru actele și faptele acestora. Ce putem deduce din aceste idei coroborate este că, dacă s-ar fi ajuns în instanță, **pârâatul trebuia întotdeauna să aibă personalitate juridică pentru a fi putut răspunde**. Aplicarea în plan procesual a textului determină astfel chemarea în judecată (i) *fie* a organului administrativ *cu personalitate juridică*, (ii) *fie* a Statului, atunci când s-ar fi încălcat o obligație de către celelalte instituții *fără personalitate juridică*.

---

<sup>17</sup> În mod firesc, „răspunderea” reunește și ipoteza de a da socoteală în fața instanței de judecată, în lipsa unei conduite voluntare care să acopere ipoteticul prejudiciu creat prin actul/faptul ilicit.

În fine, importante sunt și prevederile art. 35 și art. 36 din același decret<sup>18</sup>, ce reglementează raporturile dintre persoana juridică și organele sale de conducere, raporturi întemeiate în esență pe ideea de mandat, așa încât actele ori faptele acestor organe erau considerate actele ori faptele persoanei juridice înseși. Dar decretul amintit nu făcea, la acea dată, distincția între persoana juridică de drept public și persoana juridică de drept privat. Noțiunea de personalitate juridică era înțeleasă astfel ca un concept unitar aplicabil ambelor categorii.

Însă aceste prevederi și acest regim unitar al personalității juridice constituie totodată și una dintre sursele de ambiguitate căci, așa cum am remarcat, în acel context legislativ organul administrativ avea personalitate juridică, fiind, deci, el însuși persoană juridică! Dacă însă am face un exercițiu de imaginație și am înlocui, în textele art. 35 și 36 antementionate, termenul de „persoană juridică” cu cel de „organ administrativ”, s-ar putea ca rezultatul să fie bulversat: *„raportul dintre organul administrativ și organele sale”* constituie, în mod cert, o asociere de termeni generatoare de confuzie.

Dezvoltând teoria capacității administrative și a personalității juridice, prof. I. Iovănaș a văzut această capacitate „specială” ca parte a conceptului mai larg de capacitate juridică. În manualul de drept administrativ al acestuia,

---

<sup>18</sup> Potrivit art. 35 din Decretul nr. 31/1954, *„Persoana juridică își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile prin organele sale. Actele juridice făcute de organele persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost conferite, sînt actele persoanei juridice însăși. Faptele ilicite săvîrșite de organele sale obligă însăși persoana juridică, dacă au fost îndeplinite cu prilejul exercitării funcției lor. Faptele ilicite atrag și răspunderea personală a celui ce le-a săvîrșit, atît față de persoana juridică, cît și față de cel al treilea”*. Regimul raportului dintre persoana juridică și organele sale este arătat în art. 36 din Decret: *„Raporturile dintre persoana juridică și cei care alcătuiesc organele sale sînt supuse, prin asemănare, regulilor mandatului, dacă nu s-a prevăzut altfel prin lege, actul de înființare ori statut.”*



capacitatea administrativă este analizată în partea dedicată administrației publice și structurilor acesteia: la acel moment, prof. I. Iovănaș a tratat capacitatea administrativă exclusiv ca o instituție de drept material, nepreocupându-se de consecințele procesuale ale acesteia. Astfel, acesta arăta la vremea respectivă că organele administrative au, pe de o parte, capacitate administrativă și că, pe de altă parte, majoritatea lor au în plus și o capacitate civilă<sup>19</sup>. În mod firesc, un asemenea organ administrativ cu capacitate duală o va exercita pe cea de drept public atunci când intră în raporturi juridice de drept public și pe cea civilă, în ipoteza unui raport de drept civil.

În stabilirea regimului acestei capacități administrative, prof. I. Iovănaș o diferențiază de noțiunea de competență, subliniind că *„în timp ce capacitatea de drept administrativ este proprie numai organelor administrative, competență au atât organele administrative, cât și structurile lor organizatorice și funcționale<sup>20</sup>.”*

## 2. Capacitatea administrativă și teoria coparticipării procesuale în contenciosul administrativ

Intrarea în vigoare a Legii nr. 1/1967<sup>21</sup> în materie de contencios administrativ a accentuat problema calității procesuale pasive în procesele având ca obiect anularea actelor administrative nelegale, prin simplul fapt că aceasta nu cuprindea dispoziții care să reglementeze direct această materie.

---

<sup>19</sup> I. IOVĂNAȘ, op.cit., p. 122.

<sup>20</sup> I. IOVĂNAȘ, op.cit., p. 121.

<sup>21</sup> Legea nr. 1 din 26 iulie 1967 privind judecarea de către tribunale a cererilor celor vătămați în drepturile lor prin acte administrative ilegale, B.of., nr. 67 din 26 iulie 1967.

Lipsa de reglementare a condus însă la dezvoltarea unor teorii doctrinare care, în contextul analizei noastre, merită puțină atenție.

Plecându-se de la noțiunea personalității juridice, una dintre ideile vehiculate în doctrină a fost aceea că organele care sunt lipsite de calitatea de persoane juridice nu pot fi părți în procesele administrative, **atunci când în cadrul acestora se pretind și despăgubiri**<sup>22</sup>. Observăm în acest context că doctrina tindea să distingă între organele administrative lipsite de personalitate juridică și cele având personalitate juridică.

Necesitatea chemării în judecată, în calitate de pârât, a organului emitent, pentru ca acesta să-și poată exercita dreptul la apărare, a făcut obiectul Deciziei de îndrumare nr. 5/1970 a fostului Tribunal Suprem, care a stabilit în acest fel că, **în toate situațiile în care se cer și despăgubiri alături de anularea actului administrativ nelegal**, dacă organul emitent nu are personalitate juridică, părți în proces vor fi atât organul administrativ cu personalitate juridică, cât și organul administrativ emitent. Doctrina s-a exprimat în sensul că această decizie a avut ca efect recunoașterea capacității de drept administrativ tuturor organelor de stat, chiar în lipsa personalității juridice<sup>23</sup>, însă această capacitate administrativă este limitată doar la anumite situații și aduce cu sine unele condiționări. Astfel, decizia amintită nu a lămurit dacă această capacitate administrativă se poate manifesta în mod autonom sau, din contră, este condiționată de

---

<sup>22</sup> În asemenea situații se afirma că „(...) calitatea de pârât o va avea organul ierarhic superior – persoană juridică – care în baza dreptului de îndrumare pe care îl are va obliga organul subordonat să execute hotărârea judecătorească”; a se vedea A. BALOGH, Cîteva probleme privind aplicarea Legii nr. 1/1967, în Revista română de drept, nr. 1/1969, p. 85, apud T. DRĂGANU, I. IOVĂNAȘ, op.cit., p. 53.

<sup>23</sup> T. DRĂGANU, I. IOVĂNAȘ, op.cit., p. 54.

coparticiparea alături de organul cu personalitate juridică, căci raportat la prevederile art. 1 și art. 17 din Legea nr. 1/1967<sup>24</sup>, Tribunalul Suprem nu a stabilit o posibilă soluție pentru ipotezele în care fie particularul formulează un singur petit, având ca obiect fie anularea actului administrativ nelegal, fie doar despăgubiri.

**(i)** Pentru situația în care reclamantul solicită *exclusiv anularea actului nelegal*, două posibile soluții au fost propuse de aceeași autori. Prima, aceea în care emitentul fără personalitate juridică ar putea sta singur în justiție în calitate de pârât, a fost considerată criticabilă<sup>25</sup>. A doua, soluția contrară, se întemeiază pe argumente legate de necesitatea respectării art. 41 alin. (1) din vechiul Cod de procedură civilă<sup>26</sup> dar și de problemele ridicate în materia cheltuielilor de judecată ivite dacă ar fi fost acceptată prima soluție. Doctrina<sup>27</sup> a achiesat astfel la a doua soluție, considerând că, în situația în care reclamantul cere numai anularea actului nelegal sau obligarea la măsuri

---

<sup>24</sup> Potrivit art. 1 din Legea nr. 1/1967, „*Cel vătămat într-un drept al său printr-un act administrativ ilegal poate cere tribunalului competent, în condițiile prezentei legi, anularea actului sau obligarea organului administrativ chemat în judecată să ia măsura corespunzătoare pentru înlăturarea încălcării dreptului său, precum și repararea pagubei*”. Totodată, art. 17 din aceeași lege prevede că „*Dispozițiile prezentei legi sînt aplicabile, în mod corespunzător, și în cazurile în care cel vătămat într-un drept al său pretinde numai înlăturarea vătăării fără a cere și anularea actului administrativ, precum și în cazurile în care cel vătămat a cerut anularea actului administrativ, fără a cere în același timp și despăgubiri, întinderea pagubei nefiindu-i cunoscută la data judecării cererii de anulare. Termenul de prescripție, în asemenea cazuri, este cel prevăzut de dreptul comun*”.

<sup>25</sup> Soluția era susținută prin ideea că obiectul acțiunii în contencios administrativ îl constituia exclusiv cenzurarea legalității actului administrativ și nu se urmărea răspunderea patrimonială.

<sup>26</sup> Potrivit art. 41 alin. (1) Cod procedură civilă 1865, „*Orice persoană care are folosința drepturilor civile poate să fie parte în judecată*”.

<sup>27</sup> T. DRĂGANU, I. IOVĂNAȘ, op.cit., p. 57.

administrative, organul administrativ emitent nu va putea sta în judecată singur, ci numai în coparticipare cu organul ierarhic care are personalitate juridică.

(ii) A doua situație care nu se subsuma îndrumării date de Tribunalul Suprem era aceea în care se solicitau *exclusiv despăgubiri*, fie după ce în prealabil actul administrativ nelegal fusese anulat sau revocat, fie chiar fără să fi fost cerută în prealabil anularea acestuia. Pentru prima ipoteză, în mod absolut firesc, calitate procesuală pasivă avea doar organul cu personalitate juridică. În cea de-a doua, verificarea legalității actului urma să se facă pe cale de excepție, situație în care *putea fi citat* organul emitent în proces, calitatea sa procesuală pasivă fiind, din nou, condiționată de coparticiparea alături de organul cu personalitate juridică.

Iată deci că, în anii '70, teoria era aceea că nici chiar în ipoteza unui petit de anulare a actului nelegal, fără pretenții la despăgubiri, **organul administrativ emitent nu poate sta singur în justiție ca pârât**. Este conturată, așadar, o teorie a coparticipării procesuale speciale în litigiile de contencios administrativ.

Situația juridică a pârâtului în acest regim politico-juridic este, așadar, mai complicată decât cea sesizată în perioada interbelică; departe însă de situația aproape imposibilă de azi. Ea a avut la bază ideea că organele puterii de stat, respectiv organele administrației de stat, trebuie să fie persoane juridice, căci este de neconceput ca ele însele, *în nume propriu*, să nu poată juca un rol însemnat în viața juridică. Este adevărat că, în paralel, și unitățile

administrativ-teritoriale aveau o asemenea personalitate juridică<sup>28</sup> însă, cum aceasta nu era recunoscută prin chiar Decretul nr. 31/1954 ci printr-o lege specială, ea era eclipsată, într-o mare măsură, de personalitatea juridică a organelor sale de conducere care acționau de cele mai multe ori în numele lor propriu. Or, în acest context două concluzii pot fi formulate cu privire la această perioadă:

a) indiferent de pretenția formulată de reclamant, dacă organul emitent al actului atacat avea personalitate juridică atunci doar acesta va figura în calitate de pârât în contenciosul administrativ;

b) dacă organul emitent nu avea personalitate juridică, atunci, în temeiul deciziei de îndrumare a fostului Tribunal Suprem (completată cu doctrina relevantă), acesta urma să fie chemat în judecată, dar întotdeauna alături de persoana juridică în numele căreia a acționat. De semnalat și faptul că acest lucru se întâmplă doar în situația *organelor administrative*, dar *nu și a structurilor acestora*, care, chiar dacă prin lege ar avea competența de a emite acte administrative ori a efectua alte măsuri administrative, cum ele nu au capacitate nici măcar restrânsă, ele nu puteau sta în niciun caz în judecată.

### III. Metamorfoza contextului politico-juridic și adaptarea teoriei la noile împrejurări

Ceea ce s-a întâmplat în anul 1989 a fost o schimbare de sistem. Organele puterii de stat (cele de partid), având personalitate juridică, au

---

<sup>28</sup> Potrivit art. 50 din Legea nr. 57/1968 comitetele și birourile executive ale consiliilor populare „(...) exercită drepturile și îndeplinesc obligațiile pe care **le au ca persoană juridică județul, municipiul, sectorul municipiului București, orașul și comuna [s.n.]**”.

dispărut; organele administrației de stat, a căror personalitate juridică era de asemenea confirmată de lege, s-au transformat radical (de fapt, în noua reglementare, ele par să fi fuzionat cu cele din prima categorie). Ar fi fost de așteptat ca teoria capacității administrative să dispară; abilitățile sale cameleonice i-au permis însă nu numai să supraviețuiască, ci chiar să prospere: dar nimeni nu-și imagina că, alături de procedura prealabilă, va deveni unul din cei doi *siniștri criminali în serie* din contenciosul administrativ.

## A. O schimbare de decor

Astfel, la nivel teritorial (local și județean) conceptul de *unitate administrativ-teritorială* (județul, comuna, orașul, municipiul) apare ranforsat, acestea fiind înzestrate cu personalitate juridică prin chiar legile succesive de organizare administrativă. Consecința imediată a fost că organele administrative succesoare ale fostelor organe ale puterii, respectiv administrației de stat (care se bucurau inițial, așa cum am văzut, de personalitate juridică), au fost *depersonalizate*, private de aceasta. Situația creării consiliilor locale este ilustrativă pentru această transformare: după abrogarea Decretului-lege nr. 31/1954, niciun text de lege nu le-a mai recunoscut expres calitatea de persoană juridică.

Totodată, trebuie să remarcăm și modificările în ceea ce privește legile administrației publice, subsecvente anului 1989. În acest sens, dacă potrivit Legii nr. 69/1991 a administrației publice locale<sup>29</sup>, consiliul local putea încheia acte supuse circuitului civil, în baza calității de persoană juridică a localității

---

<sup>29</sup> M.of. nr. 238 din 28 noiembrie 1991.

pe care o reprezenta<sup>30</sup> (o nouă sursă legală de ambiguitate juridică), Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale<sup>31</sup> prevedea în art. 21 teza a II-a faptul că „Unitățile administrativ-teritoriale sunt titulare ale drepturilor și obligațiilor ce decurg din contractele privind administrarea bunurilor care aparțin domeniului public și privat în care acestea sunt parte, precum și din raporturile cu alte persoane fizice sau juridice, în condițiile legii”. Această succesiune de modificări legislative expuse au condus nu numai la lipsirea consiliului local de personalitate juridică, ci și la conștientizarea publică a noii realități juridice: unitățile administrativ-teritoriale rămâneau, la nivel local, singurele persoane juridice de drept public recunoscute ca atare, direct prin lege.

Însă chiar în aceste condiții, *mentalul judiciar* a rămas identic (în sensul că organul emitent, având acea „capacitate administrativă/restrânsă”, trebuie chemat în judecată). S-a schimbat doar justificarea doctrinară și jurisprudențială care să susțină această teorie. Ideea de bază a rămas următoarea: chiar dacă nu are capacitate juridică deplină (căci nu are capacitate civilă, fiindcă este lipsit de personalitate juridică), întrucât exercită puterea publică, organul emitent are capacitate administrativă – rămasă restrânsă, căci pe cea civilă a pierdut-o<sup>32</sup>. Acesteia i s-a adăugat ideea

---

<sup>30</sup> Potrivit art. 77 din Legea nr. 69/1991, „Consiliile locale și județene pot contracta, prin învoială sau licitație, în condițiile legii, lucrări și servicii de utilitate publică, în limita sumelor aprobate prin bugetul local și județean, după caz, sau a listei publice realizate”; a se vedea și D. APOSTOL TOFAN, *Drept administrativ*, ed. a 2-a, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 282.

<sup>31</sup> M.of. nr. nr. 123 din 20 februarie 2007.

<sup>32</sup> Iată ce statua doctrina în acest sens, în justificarea acestei teorii: „(...) când legea califică un subiect de drept ca fiind persoană juridică de drept public, vom înțelege că suntem în prezența unei personalități juridice depline, iar când legea stabilește, pentru un subiect de drept public,

respectării dreptului la apărare, potrivit căreia emitentul trebuie să își poată apăra propriul act<sup>33</sup>.

Așadar, cele două noțiuni - capacitatea administrativă (restrânsă) și calitatea procesuală pasivă – păreau să se afle într-un „mariaj” extrem de

---

*atribuții în realizarea puterii publice, fără a-l califica persoană juridică de drept public sau simplu, persoană juridică, vom înțelege că este vorba de o personalitate de drept public restrânsă, care presupune și calitatea de pârât, în litigiile de drept administrativ, cum este cazul multor instituții (organe) centrale și locale, inclusiv a consiliilor locale sau a consiliilor județene”; a se vedea A. IORGOVAN, *Noua Lege a administrației publice locale și personalitatea de drept public a unităților administrativ-teritoriale*, în *Dreptul nr. 9/2001*, p. 26-40. În aceeași lucrare autorul arată că „legea califică expres comuna, orașul și județul ca persoană juridică (...), reieșind că numai unitatea administrativ-teritorială este persoană juridică, nu și consiliul local, respectiv consiliul județean(...)” adăugând aceea că „dacă autoritatea publică nu este calificată expres persoană de drept public, ceea ce implică și capacitate de drept privat, suntem în prezența unei capacități juridice restrânse (de drept public), adică în prezența unui subiect de drept, care poate face acte de autoritate, poate sta în litigiile determinate de aceste acte, dar nu poate încheia acte juridice civile și nu poate sta în justiție în litigiile care privesc actele juridice civile, implicit fondurile unei persoane juridice”, a se vedea A. IORGOVAN, *op.cit.*, p. 38-40.*

<sup>33</sup> Așa cum am arătat în altă lucrare, acest argument a fost dedus din practica judiciară; a se vedea ÎCCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 633 din 22 februarie 2006, în G.V. BIRSAN, B. GEORGESCU, *Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 adnotată*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 40. Într-o altă lucrare (Ov. PODARU, *Drept administrativ. Vol. I – Actul administrativ, (I) Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu & Sfera juridică, București, 2010, nr. 54) am arătat că argumentul nu rezistă însă la o analiză mai atentă, întrucât: (1) el a fost ridicat în acele litigii în care administrația nu figura deloc ca parte (în cazul litigiilor în care fusese ridicată excepția de nelegalitate); (2) indiferent cine este chemat în judecată, în litigiu se vor prezenta efectiv aceiași juriști ori, în cazuri excepționale, avocați, care, fără îndoială, vor aduce în apărarea administrației aceleași argumente. Deci, în cazul concret, nu am putut identifica o atingere adusă dreptului la apărare. Oricum, nu a existat o jurisprudență unitară nici în contextul Legii nr. 215/2001. Astfel, aducem în vedere o decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție surprinzătoare nu doar prin simplitatea raționamentului expus, ci și prin faptul că provine de la secția comercială a curții. În acest sens, instanța statuează că „dispozițiile Legii nr. 215/2001 au stabilit limitativ atribuțiile autorităților administrative, consiliile locale având calitatea de autorități deliberative cărora le lipsește capacitatea de reprezentare în relațiile cu alte autorități administrative sau în justiție”; a se vedea ÎCCJ, Secția comercială, Decizia nr. 1103 din 18 martie 2008, <https://legeaz.net/spete-drept-comercial-iccj-2008/decizia-1103-2008>, consultat la 21.11.2020.



fericit, în ciuda contextului legislativ principal defavorabil. Doar că, dacă ne raportăm la categoria „vecinilor” (care sunt influențați de consecințele acestei teorii) – reclamanții în litigiile de contencios administrativ, lucrurile par să fie extrem de deranjante pentru aceștia. În primul rând, remarcăm că teoria nu are un fundament legal. În plus, aplicarea în concret a acestei teorii face ca persoana vătămată să aibă o poziție dezavantajoasă în contenciosul administrativ, nemaștiind pe cine să cheme în judecată. Or, această situație nu este, în mod evident, în consonanță cu liberul acces la justiție și cu principiul securității raporturilor juridice din perspectiva clarității dreptului. Acceptarea acestei teorii determină nu doar o multiplicare a pârâților, ci și o multiplicare a cheltuielilor de judecată, pentru toți participanții la procedură (reclamant, pârât, instanță) prin necesitatea depunerii tuturor documentațiilor în atâtea exemplare câte părți cu interese contrare sunt etc.

## **B. Justificarea legală actuală a teoriei capacității administrative și o critică a acesteia**

### **1. Noțiunea de „autoritate publică”**

Este binecunoscută, printre administratiști, „odiseea” Profesorului Antonie Iorgovan ale cărui eforturi au determinat, inclusiv prin modificări constituționale, metamorfoza pârâtului în contenciosul administrativ din „organ al administrației de stat” în „autoritate publică<sup>34</sup>”, noțiune definită în

---

<sup>34</sup> A. IORGOVAN, *Tratat de drept administrativ*, Ed. a 4-a, rev., Ed. ALL Beck, București, 2005, p. 575. Astfel, dacă Legea nr. 1/1967 concepea actul administrativ ca fiind opera exclusivă a *organelor administrației de stat*, Legea nr. 29/1990 a contenciosului administrativ (M.of. nr. 188 din 8 noiembrie 1990) revine la terminologia din 1925, folosind expresia *autoritate administrativă*, care lărgea practic obiectul acțiunii în contenciosul administrativ, înlesnind cenzura nu numai a actelor organelor administrației de stat, ci și a actelor organelor

prezent de art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 554/2004: „*orice organ de stat sau al unităților administrativ-teritoriale care acționează, în regim de putere publică, pentru satisfacerea unui interes legitim public; sunt asimilate autorităților publice, în sensul prezentei legi, persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, în regim de putere publică*<sup>35</sup>”.

O prevedere similară este o regăsim la art. 5 lit. k) C.adm.<sup>36</sup>: „*autoritate publică – organ de stat sau al unității administrativ-teritoriale care acționează în regim de putere publică pentru satisfacerea unui interes public*”.

Aceeași noțiune este folosită și în art. 13 alin. (1) teza a II-a din Legea nr. 554/2004, în ceea ce privește procedura în fața instanței de contencios administrativ, în sensul că „[...] **Autoritatea publică emitentă [s.n.]** va comunica împreună cu întâmpinarea actul atacat împreună cu întreaga documentație care a stat la baza emiterii lui, precum și orice alte lucrări

---

administrației locale (consiliul județean, consiliul local, primar). Apoi, Constituția revizuită a folosit, la art. 52, noțiunea de *autoritate publică*, o schimbare semnificativă față de reglementarea anterioară, căci permite atacarea în contenciosul administrativ atât a actului unei autorități *administrative*, cât și celui al unei autorități publice *de altă natură* (al unei structuri a legislativului, al unei autorități judecătorești, al Curții Constituționale etc.), inclusiv ale unor organisme *neguvernamentale* (barouri, asociații, institute, academii, universități etc.), autorizate prin lege sau de un organ guvernamental, în baza legii, să presteze servicii publice, în regim de putere publică. Aceeași sintagmă este utilizată în prezent și de art. 1 alin. (1) al Legii nr. 554/2004: „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o **autoritate publică** [...]”.

<sup>35</sup> Cu privire la autoritățile publice asimilate, doctrina arată că vorbim, în formularea din perioada interbelică, de categoria largă a „stabilimentelor de utilitate publică”, a se vedea A. IORGOVAN, op.cit., p. 581.

<sup>36</sup> OUG nr. 57 din 3 iulie 2019 privind codul administrativ, M.of. nr. 555 din 5 iulie 2019.

*necesare pentru soluționarea cauzei. Instanța poate solicita **emitentului [s.n.]** orice alte lucrări necesare pentru soluționarea cauzei”.*

Pornind de la aceste texte legale, în esență doctrina arată că **autoritățile publice** vor fi cele care au, în principiu, calitatea de pârât în litigiile de contencios administrativ, ele fiind emitentele actelor administrative ilegale, însă numai alături de persoana juridică de drept public atunci când sunt solicitate și despăgubiri. În ceea ce privește relația dintre *persoana de drept public și autoritatea publică emitentă*, se arată că acesta este asemănătoare relației dintre persoana juridică de drept privat și organele sale de conducere<sup>37</sup>. Alți autori subliniază că, în vederea existenței calității procesuale pasive în contenciosul administrativ, este necesară mai întâi încadrarea corectă a emitentului actului în sfera noțiunii de „autoritate publică”<sup>38</sup>.

Însă cele mai detaliate și (cel puțin aparent) mai convingătoare explicații în această direcție le regăsim în două lucrări ai căror autori au fost, la momentul publicării acestora, judecători la secția de contencios administrativ și fiscal a instanței noastre supreme.

Primul dintre aceștia arată că, așa cum rezultă și din art. 13 din Legea nr. 554/2004, autoritatea publică emitentă are calitate procesuală pasivă în

---

<sup>37</sup> D.-C. DRAGOȘ, op.cit., p. 78. În acest sens, exemplul oferit este acela că primarul este autoritatea publică care reprezintă persoana juridică de drept public – comuna sau orașul – în relațiile cu alte persoane și prin intermediul căreia se pune în aplicare principiul autonomiei locale.

<sup>38</sup> A. TRĂILESCU, A. TRĂILESCU, op.cit., p. 32. De altfel, chiar de la începutul demersului de conturare a sferei noțiunii de „autoritate publică emitentă”, autorii asociază acesteia calitatea procesuală pasivă în contenciosul administrativ.

cadrul litigiilor de contencios administrativ<sup>39</sup>. În acest sens, la primirea cererii, instanța dispune citarea părților și poate cere autorității al cărei act este atacat să îi comunice de urgență acel act, împreună cu întreaga documentație care a stat la baza emiterii lui, prin urmare, ca regulă generală, autoritatea publică emitentă ar avea calitate procesuală pasivă iar nu persoana juridică de drept public, în jurisprudență înregistrându-se soluții contradictorii ca urmare a confuziei între personalitatea juridică și capacitatea de drept administrativ.

Calitatea procesuală este o consecință a calității de subiect al raportului juridic de drept administrativ iar condiția esențială pentru ca o structură administrativă să între într-un raport juridic de drept administrativ o reprezintă competența. Pentru a avea calitate procesuală, este necesar și suficient ca autoritatea publică să aibă capacitate juridică de drept administrativ, adică să aibă competență. Competența reprezintă elementul cel mai important pentru definirea structurilor administrației publice și condiția esențială cerută structurilor administrative pentru a putea intra într-un raport juridic de drept administrativ și de a putea dobândi astfel calitate procesuală. Dar, subliniază autorul, atunci când într-un litigiu de drept administrativ există și capete de cerere privind repararea unor pagube materiale sau morale, este absolut necesar ca în raportul juridic respectiv să se afle entitatea care deține un patrimoniu în măsură să garanteze îndeplinirea obligațiilor ce vor fi stabilite de instanță. Deci, într-o astfel de situație, este necesar ca structura administrativă chemată în judecată să aibă personalitate juridică și nu doar capacitate juridică de drept administrativ,

---

<sup>39</sup> E. ALBU, *Dreptul contenciosului administrativ*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 163 și urm.

care, în acest caz, este o condiție necesară, dar nu și suficientă pentru dobândirea calității procesuale pasive.

Într-o altă lucrare, raportat la definiția noțiunii de autoritate publică din Legea nr. 554/2004, o primă observație care se impune este aceea că legea conferă calitate procesuală pasivă autorităților publice de stat sau locale, iar nu statului sau unităților-administrativ teritoriale, ca subiecte de drept public<sup>40</sup>.

Aptitudinea prevăzută de lege de a realiza prerogative de putere publică, asigurând organizarea executării și executarea în concret a legii, constituie capacitatea administrativă a autorității publice. Transpusă în plan procesual, capacitatea administrativă conferă capacitatea autorității publice de a sta în proces, indiferent dacă are sau nu personalitate juridică și, deci, personalitate juridică în sensul civil al noțiunii, împrejurare care se răsfrânge și asupra modului de aplicare a criteriului rangului autorității emitente în determinarea instanței competente<sup>41</sup>. Potrivit autoarei, din întreaga reglementare a procedurii contenciosului administrativ, în prezent rezultă însă că pârât poate fi autoritatea publică emitentă a actului atacat. Comuna, orașul, municipiul sau județul, ca persoane de drept public, cu patrimoniu propriu, ar putea fi chemate în judecată numai dacă acțiunea în contencios administrativ cuprinde și un capăt de cerere privind plata de despăgubiri pentru prejudiciul produs printr-un act nelegal al unei dintre autoritățile publice locale constituite în cadrul unității administrativ-teritoriale respective. Autoarea critică astfel o interpretare diferită a tezei capacității de drept public, din perspectiva analizei conținutului capacității de folosință și

---

<sup>40</sup> G. BOGASIU, op.cit., p. 121.

<sup>41</sup> *Id.*

de exercițiu prin corelarea actelor normative speciale în materia dreptului administrativ cu prevederile Decretului nr. 31/1954, care a susținut că, atât *de lege lata*, cât și *de lege ferenda*, în litigiile de contencios administrativ ar putea sta în proces numai comuna, orașul sau județul, pentru că autoritățile publice locale nu au capacitate juridică, actele lor fiind actele persoanei juridice înseși<sup>42</sup>.

## 2. Critica acestei teorii

Sunt cel puțin trei observații care merită a fi făcute cu privire la această teorie:

**(i)** în primul rând, **niciunul din textele legale precitate nu stabilesc în mod expres pârâtul** în contenciosul administrativ. Altfel spus, cele susținute mai sus sunt doar teorii dezvoltate având ca puncte de plecare textele legale în discuție. În primul rând, a susține că regula de

---

<sup>42</sup> M. NICOLAE, *Discuții privind calitatea și reprezentarea procesuală a unităților administrativ-teritoriale*, în *Dreptul* nr. 5/2002, p. 26-27. Potrivit autorului, „Personalitatea juridică aparține numai unităților administrativ-teritoriale, în timp ce consiliile locale sau județene, precum și primarii sau, după caz, președinții consiliilor județene funcționează ca autorități ale administrației publice locale și rezolvă treburile publice din comune, orașe și județe în condițiile legii (...). Deci, aceste autorități sunt organele persoanei juridice, structurile deliberative și executive prin care comuna, orașul sau județul participă *proprio nomine* la raporturile juridice de drept public sau privat, după caz, ca titular de drepturi și obligații proprii. Prin urmare, **actele și faptele juridice, de drept public sau privat, săvârșite de autoritățile locale și județene în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale sunt acte și faptele comunei, orașului sau județului însuși, dacă au fost făcute în limitele sau, cel puțin, cu prilejul exercitării funcțiilor încredințate**” [s.n.]. Referindu-se la capacitatea civilă, ca parte a capacității juridice depline, pe care același autor o identifică cu „calitatea de parte, adică de titular de drepturi subiective sau obligații civile”, se arată că aceasta „revine întotdeauna înseși persoanei juridice, iar nu autorităților publice locale care nu sunt mandatar, nici măcar reprezentanți legali, întrucât nu sunt organisme juridice distincte de persoana juridică respectivă”, a se vedea M. NICOLAE, op.cit, p. 42.

procedură după care autoritatea publică are calitate procesuală pasivă pentru simplul fapt că raportul juridic de drept material (administrativ) s-ar lega între autoritatea publică (emitentă) și cel vătămat, de vreme ce textul legal este formulat în sensul că „*Orice persoană care se consideră vătămată [...] de către o autoritate publică [...]*”, este la fel de riguroasă și de temeinic fundamentată juridic ca o deducție în sensul că, dintr-o normă ipotetică formulată astfel: „*Orice persoană vătămată prin mușcătura unui câine fără stăpân are dreptul la despăgubire*”, ar trebui să concluzionăm că, întrucât raportul juridic de drept material (civil) s-ar naște între persoana vătămată și câinele agresor, ultimul va dobândi negreșit calitate procesuală pasivă în litigiul declanșat din această cauză. Iar în ce privește art. 13 din Legea nr. 554/2004, singura (aparentă) certitudine ar trebui să rezulte din sintagma „*autoritatea publică emitentă va comunica împreună cu întâmpinarea [s.n.] actul atacat (...)*”, de unde ar rezulta că această autoritate este pârâtă în litigiu, de vreme ce ar fi obligată să depună întâmpinare. Însă trebuie remarcat faptul că această formă a textului legal a fost introdusă abia prin Legea nr. 212/2018<sup>43</sup>, deci ar fi greu de susținut că doar din acest moment am avea un temei legal expres pentru teoria analizată. Iar opiniile doctrinare citate mai sus sunt anterioare acestui moment, întemeindu-se pe forma din acel moment al art. 13 din lege<sup>44</sup>; or, din această formă, nu rezultă expres că una dintre părți trebuie în mod obligatoriu să fie autoritatea emitentă, acesteia putându-i-se solicita comunicarea de urgență a actului atacat și în

---

<sup>43</sup> M.of. nr. 658 din 30 iulie 2018.

<sup>44</sup> Potrivit formei anterioare a art. 13 din Legea 554/2014: „La primirea cererii, instanța dispune citarea părților și poate cere autorității al cărei act este atacat să îi comunice de urgență acel act [...]”.

temeiul art. 298 alin. (1) C.pr.civ.<sup>45</sup>, cu care art. 13 se completează, așa cum arată și art. 28 din Legea contenciosului administrativ. Iar în ceea ce privește modificarea textului de lege, survenită prin Legea nr. 212/2018, cel mai probabil legiuitorul a dorit să accentueze **momentul** până la care trebuie depus actul atacat, împreună cu documentația aferentă, (o dată cu întâmpinarea), iar **nu calitatea de pârât** a autorității emitente, deduse din obligația de a depune întâmpinare.

**(ii) apoi, definiția legală a autorității publice este incoerentă** prin aceea că textul de lege precitat asimilează persoanele juridice de drept privat cu entitățile de drept public fără personalitate juridică, ceea ce, în sine, constituie o sursă de ambiguitate, deci de incertitudine juridică. Astfel, o universitate privată acreditată, fiind autorizată să presteze un serviciu public, este considerată *ea însăși* autoritate publică; prin urmare, o hotărâre a senatului universității (organul său deliberativ) va avea ca emitent *senatul*, dar ca pârât în contenciosul administrativ *universitatea*, de vreme ce aceasta, iar nu organul său intern este considerat autoritate administrativă asimilată. Și atunci, de ce senatul nu poate sta în judecată ca pârât, iar consiliul local poate? De ce primul nu i se poate recunoaște capacitatea administrativă, iar ultimului da? Orice răspuns pare lipsit de rigoare. Dar un *ministru* are capacitate administrativă sau doar *ministerul* (care, în plus, are și personalitate juridică)?

**(iii) în fine, definiția legală este insuficientă**, întrucât nu pare a fi aplicabilă în toate situațiile în care în contenciosul administrativ se atacă un

---

<sup>45</sup> Potrivit art. 298 alin. (1) C.proc.civ., „Dacă înscrisul se găsește în păstrarea unei autorități sau instituții publice, instanța va lua măsuri, la cererea uneia dintre părți sau din oficiu, pentru aducerea lui, în termenul fixat în acest scop, punând în vedere conducătorului autorității sau instituției publice deținătoare măsurile ce se pot dispune în caz de neconformare”.



act sau un refuz nejustificat de a soluționa o cerere. Sau, cel puțin creează din nou discuții interminabile. Bunăoară, raportat la prevederile art. 121 alin. (1) din Constituție, coroborate cu cele ale art. 106-107 C.adm., potrivit cărora autorități ale administrației publice locale sunt consiliile locale alese și primarii aleși, este extrem de discutabil că ar avea această calitate și arhitectul-șef al unei unități administrativ-teritoriale, funcție reglementată prin art. 36 și urm. din Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul<sup>46</sup>, căci ar fi o interpretare care ar adăuga la Constituție. Sau, în cazul unei universități organizate de stat, este un abuz de limbaj să considerăm fie universitatea, fie rectorul ori senatul acesteia ca fiind „organe de stat” (căci de organe ale unei unități administrativ-teritoriale cu siguranță nu poate fi vorba). Prin urmare, în această ultimă ipoteză, cine poate fi considerat autoritate publică, astfel încât să aibă calitate procesuală pasivă în contenciosul administrativ în temeiul teoriei capacității administrative restrânse fundamentate pe conceptul de autoritate publică?

Sunt probleme pe care, în acest loc, doar le-am semnalat. Probleme care, însă, n-ar exista deloc (sau cel puțin și-ar găsi o rezolvare) dacă această teorie ar fi abandonată și ar fi înlocuită cu aceea a pârâtului cu personalitate juridică. Este problema de care ne vom ocupa în ultima parte a acestui studiu.

---

<sup>46</sup> M.of. nr. 373 din 10 iulie 2001.

## IV. Cum arată viitorul?

### A. Un punct de cotitură

Așadar, avem o teorie al cărei fundament legal este cel puțin șubred, dar care fundamentează o jurisprudență constantă, vătămătoare pentru reclamantul care nu poate stabili întotdeauna care este „entitatea” considerată „autoritate publică”, pe care trebuie să o cheme în judecată. Lucrurile trebuie, fără îndoială, schimbate: momentul actual este cea mai bună șansă pe care o avem.

Analizând teoria dezvoltată de Ilie Iovănaș, am subliniat, încă acum zece ani<sup>47</sup>, principalele neajunsuri ale acesteia. Între timp însă, au intrat în

---

<sup>47</sup> Ov. PODARU, op.cit., nr. 51. Am arătat astfel că raționamentul pe baza căruia s-a construit teoria capacității juridice restrânse a fost următorul: este adevărat că primarul nu are personalitate juridică, însă nu putem nega faptul că acesta poate emite dispoziții ori autorizații, intrând astfel într-un raport juridic administrativ cu destinatarii actelor administrative respective. Ca o consecință, chiar dacă el nu are personalitate deplină și patrimoniu propriu, ar trebui să-i recunoaștem o capacitate limitată, restrânsă la acest aspect: emiterea actelor administrative în cauză. Primarul are deci o capacitate restrânsă sau „administrativă”. Pornind însă de la două premise incontestabile: (a) că această capacitate administrativă ar trebui să fie înțeleasă ca o parte a capacității juridice, și (b) că orice tip de capacitate trebuie să constea în posibilitatea unei „entități” de a intra ca parte într-un raport juridic, ca titular de drepturi și obligații, și, deci, că, unde există drepturi și obligații, trebuie să existe în mod necesar un patrimoniu, observând în consecință că (c) întrucât majoritatea raporturilor juridice administrative au conținut patrimonial, rezultă că un act administrativ leagă două patrimonii, dintre care unul trebuie să fie „administrativ”, adică să aparțină unei persoane publice (ori de interes public, în cazul actelor administrative prin delegație); am concluzionat astfel că teoria capacității administrative este eronată. În realitate, din aceste constatări, două concluzii firești pot fi formulate: (1) în materia dreptului administrativ, numai o persoană juridică de drept public (titularul capacității juridice depline) are și capacitate administrativă (parte a întregului); (2) de fapt, actele administrative emise de un organ administrativ aparțin persoanei juridice înseși. Capacitatea administrativă trebuie astfel înțeleasă nu în mod autonom, ci ca o componentă a personalității juridice, alături de capacitatea civilă.

vigoare trei noi coduri (în această ordine): Codul civil (care, între altele, a abrogat prevederile Decretului nr. 31/1954, conținând, din perspectiva care ne interesează, reglementări mult îmbunătățite), cel de procedură civilă (care și el cuprinde prevederi importante în materia capacității procesuale) și, acum doi ani, și Codul administrativ (care, abrogând toate legile administrației publice, în principal Legea nr. 215/2001, cuprinde de asemenea reglementări superioare calitativ în materia personalității juridice de drept public și a capacității administrative). Astfel, teoria pe care am propus-o cu un deceniu în urmă, nu numai că se confirmă; ea iese întărită legal după adoptarea acestor noi reglementări fundamentale.

Pe de altă parte, intrarea în vigoare a unei noi legi, mai ales dacă este una fundamentală (un cod, bunăoară), ar putea fi un bun pretext pentru a șterge „cu buretele” tot ceea ce nu a mers bine sub vechea reglementare. O lege nouă, chiar cu același conținut ca cea veche, ar putea avea ca efect, prin chiar tehnica reiterării aceleiași norme, abrogarea cutumelor abrogatorii (deci care au avut ca efect înlăturarea de la aplicare, printr-o practică constantă în sens contrar), care s-au format sub imperiul legii vechi<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Un asemenea efect l-a avut intrarea în vigoare a actualului Cod de procedură civilă, în ceea ce privește, de pildă, reglementarea posibilității de modificare a cererii de chemare în judecată. În acest sens, Codul de procedură civilă (1865) nu conținea prevederi exprese cu privire la sancțiunea decăderii, rezumându-se la a statua, în art. 132 alin. (1), că „*La prima zi de înfățișare, instanța va putea da reclamantului un termen pentru întregirea sau modificarea cererii precum și pentru a propune noi dovezi. În acest caz, instanța dispune amânarea pricinii și comunicarea cererii modificate pârâtului, în vederea facerii întâmpinării*”. În ciuda acestei prevederi (dar, probabil, ca o consecință a lipsei unei sancțiuni exprese), s-a creat o practică constantă în sensul acceptării unor modificări succesive ale acțiunii, chiar peste acest termen. Intrarea în vigoare a noului cod a determinat însă renunțarea la această cutumă și instituirea unei reguli clare, potrivit căreia modificarea cererii poate opera exclusiv până la primul termen de judecată la care procedura de citare e legal îndeplinită cu reclamantul (deci

## **B. Calitatea procesuală pasivă în contenciosul administrativ și cei trei piloni ai săi**

Așadar, reglementarea procedurală în materia contenciosului administrativ (Legea nr. 554/2004, în lipsa unui Cod de procedură administrativă) stipulează expres, la art. 28, că prevederile sale se completează principial cu cele ale Codului civil și ale Codului de procedură civilă<sup>49</sup>. În plus, prevederile completatoare ale Codului administrativ sunt înafara oricărei discuții, devreme ce acestea reprezintă chiar dreptul material pe care, în caz de dispută, ar trebui să-l tranșeze legea contenciosului administrativ. Nu ne rămâne, deci, decât să le analizăm pe rând, urmând ca la final să vedem care este consecința corelării lor raționale.

### **1. Codul civil**

Noul cod a păstrat principiile vechiului decret în materia personalității juridice, însă conține prevederi legale mult mai clare (cel puțin cu privire la problema care ne interesează). Un raționament logic ar putea fi expus astfel:

(i) Art. 191 C.civ. este cel care definește regimul persoanelor juridice de drept public, stabilind că ele sunt înființate fie prin lege, fie prin act administrativ, dacă legea permite acest lucru<sup>50</sup>. În esență persoanele juridice

---

inclusiv în fața instanței de judecată, la acest prim termen), potrivit art. 204 din actuala reglementare.

<sup>49</sup> Potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, „*Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Codului civil și cu cele ale Codului de procedură civilă, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor legitime, pe de altă parte.*”

<sup>50</sup> Potrivit art. 191 C.civ., „(1) *Persoanele juridice de drept public se înființează prin lege. (2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1), în cazurile anume prevăzute de lege, persoanele*

fundamentale pentru organizarea administrativă (unitățile administrativ-teritoriale, ministerele, instituția prefectului etc.) se înființează prin lege; celelalte – servicii publice cu personalitate juridică aflate în subordinea autorităților locale etc. – se pot înființa și prin act administrativ al acestora. Coroborând această dispoziție cu art. 221 C.civ., observăm că regimul răspunderii acestor persoane de drept public este, în lipsa unor prevederi speciale, același cu cel al persoanelor juridice de drept privat<sup>51</sup>. Însă putem asimila nu doar regimul răspunderii pentru fapte juridice (ilicite, de regulă), ci și cel al răspunderii pentru actele juridice, între persoanele juridice de drept privat și cele de drept public. Căci, în temeiul art. 218 alin. (1) C.civ, actele juridice efectuate de organele de administrare ale persoanei juridice, sunt actele persoanei juridice înseși. În mod similar, potrivit art. 219 alin. (1) din același cod, „*faptele licite sau ilicite săvârșite de organele persoanei juridice obligă însăși persoana juridică, însă numai dacă ele au legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate*”. Translatând aceste dispoziții în materia contenciosului administrativ, rezultă clar că actul administrativ aparține nu organului administrativ „emitent”, ci persoanei juridice de drept public.

(ii) Potrivit art. 209 alin. (2) C.civ., „*Au calitatea de organe de administrare, în sensul alin. (1)* [adică cele prin intermediul cărora persoana juridică **își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile**, [s.n., Ov.P., A.C.-L.], *persoanele fizice sau persoanele juridice care, prin lege, actul*

---

*juridice de drept public se pot înființa prin acte ale autorităților administrației publice centrale sau locale ori prin alte moduri prevăzute de lege*”.

<sup>51</sup> Potrivit art. 221 C.civ., „*Dacă prin lege nu se dispune altfel, persoanele juridice de drept public sunt obligate pentru faptele licite sau ilicite ale organelor lor, în aceleași condiții ca persoanele juridice de drept privat*”.

*de constituire sau statut, sunt desemnate să acționeze, în raporturile cu terții, individual sau colectiv, în numele și pe seama persoanei juridice*". În dreptul administrativ „atribuțiile” sunt „drepturi-obligații” dar, în rest, mecanismul este același: o persoană juridică de drept public își poate exercita conținutul capacității juridice generale fie printr-o persoană fizică (comuna, orașul, municipiul – prin primar, potrivit art. 223 alin. (2) C.civ. raportat la art. 154 alin. (6) C.adm.), fie printr-o persoană juridică – Statul Român prin Ministerul Finanțelor Publice, potrivit art. 223 alin. (1) C.civ.). Iar între persoana juridică de drept public și organul său „de administrare” care devine, în materie, „organ administrativ”, sunt reguli similare mandatului (art. 209 alin. (3) C.civ.).

(iii) În fine o prevedere trecută cu vederea de toată lumea până în prezent se regăsește la art. 193 alin. (1) C.civ. („Efectele personalității juridice”), potrivit căruia „*Persoana juridică participă în nume propriu la circuitul civil [...]*”. În dreptul administrativ este binecunoscută sintagma „actul nu mai poate fi revocat întrucât a intrat în circuitul civil”<sup>52</sup>; în situațiile în care acest lucru se întâmplă într-adevăr, raportat la conținutul său patrimonial, prin corelare cu aceste prevederi legale se confirmă încă o dată ideea că adevăratul emitent al unui act administrativ nu poate fi decât o persoană juridică de drept public.

## 2. Codul de procedură civilă

(i) În primul rând, din interpretarea coroborată a prevederilor art. 32 alin. (1) lit. a) și alin. (2) C.pr.civ. rezultă în mod clar ideea că pârâtul din orice

---

<sup>52</sup> Pentru o analiză critică a art. 1 alin. (6) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, care utilizează această sintagmă, a se vedea Ov. Podaru, op.cit., nr. 185-189.

litigiu trebuie să aibă capacitate procesuală, „în condițiile legii”. Or, această lege este, în primul rând, art. 56 C.pr.civ. care reglementează tocmai capacitatea procesuală de folosință. Potrivit alin. (1), poate fi parte (deci și pârât) orice persoană (fizică ori juridică, de vreme ce textul nu distinge), „*care are folosința drepturilor civile*”. Este textul care stabilește clar regula potrivit căreia capacitatea procesuală de folosință este parte a capacității generale de folosință, capacitate pe care Codul civil o denumește „civilă”. Pe de altă parte, orice excepție de la această regulă poate fi de asemenea stabilită tot prin lege, nefiind acceptabile derogări în temeiul unor teorii, cutume, jurisprudență constantă etc.

Însă art. 56 alin. (2) C.pr.civ., potrivit căruia „*pot sta în judecată asociațiile, societățile sau alte entități fără personalitate juridică* [s.n., Ov.P., A.-C. L.], *dacă sunt constituite potrivit legii*”, poate ridica întrebarea dacă nu cumva ar putea reprezenta un fundament al capacității administrative a autorităților publice. În ce ne privește credem că nu, sau, cel puțin nu asta a fost intenția legiuitorului nostru atunci când a adoptat acest cod; prin urmare, a încerca să susținem că avem un text de lege care permite chemarea în judecată a organelor administrative fără personalitate juridică ar fi artificială și forțată. Astfel, în primul rând observăm că această sintagmă „entități fără personalitate juridică” reprezintă un al treilea element dintr-o enumerare, primele două fiind asociații și societăți (de persoane, se subînțelege). Este greu de crezut că după înșiruirea unor denumiri de entități de drept privat să urmeze, subînțeles, unele de drept public, deși, teoretic, acestea din urmă sunt mai importante pentru viața socială decât cele indicate expres, căci acționează exclusiv în interes public. Este greu, deci, de înțeles de ce legiuitorul nu le-a recunoscut în mod expres, în anul 2012, nici în Codul de procedură civilă, și nici în Legea nr. 554/2004 care a fost modificată și ea în

mod expres cu această ocazie, în condițiile în care se cunoștea (ori ar fi trebuit să se cunoască) jurisprudența adesea inconsecventă a instanțelor în această materie, asupra unei probleme juridice deosebit de importante, de care justițiabilii se lovesc aproape în fiecare speță. Apoi, este de neînțeles de ce niciunul dintre reputații autori de procedură civilă nu susține vreo idee în acest sens, ignorând astfel, complet, problema amintită. În concluzie, singura interpretare rezonabilă a acestui text de lege este în sensul că el se referă strict la acele entități de drept privat, *indiferent de denumirea lor concretă* (asociații, societăți, fundații, organizații etc.) care, fiind constituite în mod legal, nu au nevoie de personalitate juridică (deci de un patrimoniu de afectațiune) pentru a funcționa<sup>53</sup>. Codul de procedură civilă se corelează astfel cu Codul civil care la art. 188 reglementează o asemenea posibilitate.

(ii) O a doua prevedere importantă este cea conținută în art. 36 teza I C.pr.civ.: *„Calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecării”*. Astfel, deși analiza prezentului studiu își are centrul de greutate mai degrabă pe noțiunea de **capacitate**, în realitate, pragmatic vorbind, chestiunea care interesează cel mai mult este aceea a stabilirii calității procesuale pasive în contenciosul administrativ, iar acest text legal reprezintă *cheia* problemei (sau, măcar, una dintre ele, dacă admitem că sunt mai multe *lacăte de descuiat*): mai întâi **trebuie să determinăm subiecții raportului**

---

<sup>53</sup> O idee similară este exprimată în art. 5 alin. (1) pct. 14 C.fisc. care definește **entitatea transparentă fiscal, cu/fără personalitate juridică**: „orice asocieră, asocieră în participațiune, asocieri în baza contractelor de exploatare în participație, grup de interes economic, societate civilă sau altă entitate care nu este persoană impozabilă distinctă, fiecare asociat/participant fiind subiect de impunere în înțelesul impozitului pe profit sau pe venit, după caz”. Aceeași tehnică (înșiruire ne-exhaustivă) este utilizată pentru entități care aparțin aceleiași categorii.



**juridic de drept material, pentru a stabili cu ușurință ulterior pe cei ai raportului procesual.** Căci ele se identifică perfect.

### 3. Codul administrativ

În contextul legislativ creat de intrarea în vigoare a Codului civil și a celui de procedură civilă, în anul 2019 a fost adoptat și Codul administrativ. Și acesta aduce câteva prevederi importante pentru calitatea procesuală pasivă în contenciosul administrativ.

(i) Astfel, art. 96 C. adm. confirmă practic faptul că, la nivel local, persoana juridică de drept public este unitatea administrativ-teritorială<sup>54</sup>; desigur, la rândul său, aceasta poate înființa prin act administrativ, dacă legea permite, alte persoane juridice de drept public, cu competență la același nivel local (art. 194 alin. (1) lit. a) C.civ. coroborat cu art. 129 alin. (3) lit. e) C.adm.). Acestea au patrimoniu și buget propriu (art. 88 și art. 96 alin. (1) C.adm.). În plus, potrivit art. 96 alin. (3) C.adm., „*Unitățile administrativ-teritoriale sunt titulare ale drepturilor și obligațiilor ce decurg din contractele privind administrarea bunurilor care aparțin domeniului public și privat în care acestea sunt parte, precum și din raporturile cu alte persoane fizice sau juridice, în condițiile legii* [s.n.]”. Trecând peste prima parte a textului, care și ea indică aceeași idee în sensul că, deși drepturile și obligațiile contractuale aparțin unității administrativ-teritoriale, fiind însă exercitate în mod efectiv prin intermediul **persoanelor fizice** care ocupă funcțiile

---

<sup>54</sup> Potrivit art. 96 alin. (1) C.adm., „*Unitățile administrativ-teritoriale sunt persoane juridice de drept public, cu capacitate juridică deplină și patrimoniu propriu*” (comuna, orașul, municipiul și județul, potrivit art. 5 lit. p) C.adm.). Textul nu este însă o noutate pe plan legislativ, art. 21 alin. (1) teza I din Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale având un conținut identic.

(organele) de conducere ale acesteia (primarii, consiliile locale/județene, președinții acestora din urmă), sintagma „*raporturile cu alte persoane fizice sau juridice*” este una capitală pentru ceea ce dorim noi să dovedim. În mod evident, deși există și raporturi juridice de natură civilă între autoritățile locale și particulari, majoritatea acestor raporturi sunt administrative, de putere publică, și iau naștere (ori se modifică/sting) prin intermediul actelor administrative. Iar acestea, așa cum am văzut deja, se emit în mod nemijlocit de către organele administrative cu competență în acest sens (consilii, primari dar și orice alte organe dacă li se recunoaște prin lege o anumită competență de decizie), dar **nu în numele lor propriu ci**, după cum se poate observa și din acest text, **în numele unității administrativ-teritoriale pe care o reprezintă**, acestea fiind și titularele drepturilor și obligațiilor care rezultă din aceste acte administrative! Altfel spus, dintr-o autorizație de construire emise de primarul comunei X în favoarea cetățeanului Y se naște un raport juridic administrativ (*de drept material*) **între comuna X și cetățeanul Y**. Și atunci, în caz de litigiu, oare în temeiul art. 36 teza I C.pr.civ., precitat, oare raportul juridic de drept procesual nu ar trebui să lege aceleași subiecte de drept? Oare calitatea procesuală pasivă în contenciosul administrativ nu aparține, prin urmare, tot comunei X?

(ii) Un alt text interesant este acela al art. 109 C.adm.<sup>55</sup>. Din interpretarea alin. (1) și (2) ar rezulta două idei clare: *prima*, că doar unitatea

---

<sup>55</sup> Potrivit art. 109 C.adm., „(1) Reprezentarea în justiție a unităților administrativ-teritoriale se asigură de către primar sau de către președintele consiliului județean. (2) Primarul sau președintele consiliului județean stă în judecată în calitate de reprezentant legal al unității administrativ-teritoriale, pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale acesteia, și nu în nume personal. (3) Atribuția de reprezentare în justiție poate fi exercitată în numele primarului sau, după caz, al președintelui consiliului județean de către consilierul juridic din aparatul de specialitate ori de către un avocat angajat în condițiile legii. (4) Cheltuielile de

administrativ-teritorială este parte într-un proces; *a doua*, că aceasta se face prin intermediul primarului, respectiv al președintelui consiliului județean, care sunt doar reprezentanți, iar nu veritabile părți. S-ar putea aduce contraargumentul că acest text se referă doar la primari/președinți de consilii județene, și nu și la consilii (locale ori județene), care, în tăcerea legii, ar putea sta în justiție în nume propriu. În realitate însă, lucrurile stau diferit, inclusiv în viziunea legiuitorului, fapt vizibil din analiza alin. (3) al art. 109, din care rezultă, în esență, că această atribuție poate fi delegată de către primar unui consilier juridic sau avocat. Important însă este nu ceea ce spune acest text, ci *ceea ce elimină el* din textul similar anterior în vigoare: potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale, „*Primarul, respectiv președintele consiliului județean, poate împuternici o persoană cu studii superioare juridice de lungă durată din cadrul aparatului de specialitate al primarului, respectiv al consiliului județean, sau un avocat care să reprezinte interesele unității administrativ-teritoriale, **precum și ale autorităților administrației publice locale respective, [s.n.] în justiție***”. Altfel spus, dacă acest text de lege admitea implicit că și autoritățile publice locale ar putea sta în justiție, (în sine o anomalie), prin eliminarea acestei prevederi a devenit o certitudine faptul că, în plan local, doar unitatea administrativ-teritorială poate fi parte într-un litigiu, și nu și autoritățile publice locale lipsite de personalitate juridică.

(iii) În fine, un alt articol din Codul administrativ care la prima vedere poate părea banal, este și el de natură să deschidă calea spre renunțarea la

---

judecată sau, după caz, despăgubirile stabilite pe baza hotărârilor judecătorești definitive se suportă/se fac venit de la/bugetul local al unității administrativ-teritoriale. Cheltuielile de judecată cuprind toate sumele cheltuite din bugetul local”.

teoria adânc înrădăcinată în mentalul juridic, mai ales dacă îl corelăm cu ultima idee expusă mai sus. Astfel, art. 5 lit. o) definește chiar noțiunea de „capacitate administrativă”, ca fiind „*ansamblul resurselor materiale, financiare, instituționale și umane de care dispune o unitate administrativ-teritorială, cadrul legal care reglementează domeniul de activitate, precum și modul în care acestea sunt valorificate în activitatea proprie potrivit competenței stabilite prin lege*”. La o primă vedere asupra textului legal, nu putem să nu observăm că definiția nu prezintă nicio legătură cu teoria capacității administrative consacrată pe cale doctrinară și jurisprudențială. Această lipsă de concordanță ar putea fi însă un bun pretext pentru a abandona noțiunea – dar nu în sensul de a nu recunoaște acest tip de capacitate ca parte a personalității juridice de drept public, ci în sensul că nu ar trebui să-i recunoaștem autonomie conceptuală.

\*  
\*\*

Iată, deci, că trei coduri recent intrate în vigoare conțin prevederi care converg înspre aceeași concluzie: organul administrativ „emitent” al actului atacat nu are capacitate și, deci, nici calitate procesuală pasivă în contenciosul administrativ, în nicio situație. Chiar dacă singura pretenție a reclamantului este aceea de anulare a unui act administrativ, ea trebuie îndreptată împotriva unei persoane juridice de drept public; cât de stridente par, în aceste condiții, soluțiile jurisprudențiale care declară inadmisibile acțiunile formulate fără introducerea în cauză a acestei autorități emitente ... Am putea, desigur, să formulăm acțiunea împotriva tuturor entităților susceptibile de a fi chemate în judecată, ca o „plasă de siguranță”, însă asta s-ar putea să coste scump. În fine, *dilema*, (a alege, dintre cele două alternative, „răul cel mai mic”), înseamnă incertitudine, iar aceasta din urmă este în sine o situație blamabilă,

ilicită, căci este contrară unui principiu de drept în mare vogă: cel al securității raporturilor juridice.

## V. În loc de concluzii

Cea mai simplă concluzie care ar putea fi formulată ar fi o propunere *de lege ferenda*: legea de procedură (ideal ar fi aceea specială, Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ) să stabilească expres calitatea procesuală pasivă în materie: persoana juridică de drept public al cărei organ administrativ (intern) a emis actul atacat ori, după caz, are competența să soluționeze cererea reclamantului, aceasta fiind și adevăratul „autor” al actului ori refuzului în cauză. Această persoană juridică poate fi identificată relativ facil în proximitatea emitentului (din chiar denumirea organului administrativ: *Consiliul local al Comunei X*, cu diligențe minime vom ști că este vorba despre comuna în cauză). În situații puțin mai dificile însă, se impune să urcăm pe scara ierarhică până la nivelul la care regăsim o persoană juridică de drept public: un serviciu public aflat în subordinea unui minister va atrage răspunderea (și, implicit calitatea procesuală pasivă) a acestuia din urmă. În situația extremă, s-ar putea să constatăm că persoana juridică de drept public responsabilă este Statul Român.

*De lege lata* ... soluția ar fi aceeași! Ea reprezintă o teorie juridic corectă, cu fundamente legale coerente, o teorie care simplifică accesul la instanța de contencios administrativ, risipește incertitudinea și reduce cheltuielile actului jurisdicțional. Totodată, aceasta ar conduce la o

uniformizare a practicii judiciare în materie<sup>56</sup>, de natură să stimuleze încrederea reclamantului în actul de justiție. Însă pentru asta e nevoie să trecem peste orgoliul care ne împiedică să recunoaștem că am greșit, până acum, de atât de multe ori...

\*  
\*\*

„*Brambureală*”: un substantiv cu puține șanse să fie utilizat în titlul unui studiu care se consideră științific, publicabil într-o revistă universitară cu stricte criterii de selecție; totuși, este greu, dacă nu imposibil, ca în cazul de față să fie găsit un altul care să exprime la fel de exact situația existentă azi în litigiile de contencios administrativ: *un climat haotic, cauzat, între altele, și de superficialitatea cu care au fost tratate lucrurile de către cei în măsură să facă ordine în materie – legiuitorul, doctrina, jurisprudența.*

Până la „*farmacie*” mai este drum lung: nu ne mai rămâne decât speranța că vom ajunge, CÂNDVA, la destinație și entuziasmul celor aflați la începutul călătoriei.

---

<sup>56</sup> Ținând cont de faptul că CEDO a subliniat constant în jurisprudența sa că incertitudinea jurisprudențială este de natură a reduce încrederea justițiabililor în justiție și contravine principiului securității raporturilor juridice ca element esențial al preeminenței dreptului; a se vedea cauza *Parohia Greco-Catolică Lupeni și alții împotriva României*, în care Curtea a subliniat că persistența unor divergențe în jurisprudență riscă să creeze o stare de incertitudine juridică, de natură să reducă încrederea publicului în sistemul judiciar, chiar dacă încrederea constituie una dintre componentele fundamentale ale statului de drept (pct. 116).

STUDII

## REPREZENTAREA CA PUTERE ÎN DREPTUL CIVIL ȘI SOCIETAR

---

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).3.2  
Data publicării online: 09.03.2021

---

Iulia OPREA\*

**Rezumat:** Mecanismul juridic al puterii de reprezentare s-a bucurat încă din secolele trecute de o aplicabilitate însemnată datorită utilității sale incontestabile, atingând în prezent rangul de necesitate în rutina profesională și cotidiană. Cu toate acestea, majoritatea considerabilă a lucrărilor de specialitate care tratează acest subiect se concentrează pe analiza mandatului, ca izvor al puterii de reprezentare, fără a se apleca asupra naturii juridice a acestei prerogative. De aceea, scopul prezentului studiu, fără a avea pretenția exhaustivității, este acela de a radiografia specia reprezentării prin atentă raportare la genul său: puterea. Pragmatismul demersului nostru se evidențiază prin faptul că analiza reprezentării are loc în contextul materiilor în care este frecvent utilizată, anume dreptul civil comun, respectiv cel societar derogatoriu.

**Cuvinte cheie:** Putere, reprezentare, mandat, administrare, consimțământ, relativitatea efectelor, opozabilitate, administratorul societății, revocare.

---

\* Avocat stagiar în Baroul Cluj, absolventă a Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, contact `: <https://orcid.org/0000-0002-3667-6622>; iuliaoprea182@gmail.com

## THE POWER OF ATTORNEY IN CIVIL AND COMMERCIAL LAW

**Abstract:** The power of attorney, as a judicial mechanism, has enjoyed a broad applicability for the past centuries due to its undeniable utility, reaching, at the moment, a level of necessity in the professional and casual routine. However, a great amount of the scientific literature that discuss this subject focus on the analysis of the mandate agreement, as a source for the power of attorney, without studying the legal nature of this prerogative. That is why the purpose of the present paper, avoiding any claim of completeness, is to scan the representation as a species, closely analysing its genus: the power. The pragmatism of our approach is revealed by the fact that the study of representation takes place in the context of the matters in which it is mostly used and that is the common civil law and the derogatory commercial law

**Keywords:** power, representation, mandate, administration, consent, the relativity of the effects, opposability, the manager of the company, withdrawal.

### Cuprins

I.	Preliminarii .....	57
II.	Dreptul comun al puterii de reprezentare .....	58
A.	<b>Cntroverse doctrinare privind noțiunea de putere in sine.....</b>	<b>59</b>
	1.Principiul relativității efectelor contractului vs. autonomia voinței reprezentantului.....	63
	2.Mecanismul concret de exteriorizare a consimțământului celui reprezentat .....	66
	3.Obiectul puterii de reprezentare .....	68
	4.Delimitarea puterii de reprezentare din cadrul mandatului de alte mecanisme juridice .....	72
B.	<b>Analiza reprezentării în cadrul raportului dintre societate și administrator .....</b>	<b>76</b>
	1.Natura juridică și izvorul raportului dintre administrator și societate .....	77
	2.Nearătarea calității de reprezentant.....	80
	3.Contractarea cu terț după modificarea mandatului sau revocarea administratorului.....	82
	4.Lipsa sau depășirea puterii de reprezentare.....	86
III.	Concluzii .....	88



## I. Preliminarii

Afluența și dinamica raporturilor juridice de la momentul actual fac aproape utopică perspectiva unei lumi în care nu există ideea de reprezentare în încheierea unui act. Fie că vorbim despre protecția oferită incapacabililor, de „delegarea” sarcinii privind contractarea cu un terț unei alte persoane din lipsă de timp sau din dorința de a apela la profesioniști în materie de negocieri și intermediere sau chiar de absoluta necesitate a existenței unui reprezentant în materie societară, încheierea actelor prin mandatar este la ordinea zilei.

Cu toate acestea, oricât de obișnuită ne apare posibilitatea exprimării consimțământului la încheierea unui act prin reprezentant, lucrurile s-au prezentat diferit în trecut, iar puterea de reprezentare a avut o evoluție sinuoasă de-a lungul istoriei. Astfel, deși conceptul de mandat a debutat în dreptul roman, noțiunea de reprezentare nu a fost acceptată, cel puțin în varianta sa perfectă, până la sfârșit de secol XVII. Cât despre eforturile doctrinare de a explica pe deplin ideea de reprezentare ... acestea nu s-au oprit până în zilele noastre, autorii recurgând la diverse teorii și efectuând conexiuni cu alte instituții de drept pentru a se înțelege întru totul acest mecanism.

Motivul pentru care un concept devenit deja atât de complex și de funcțional suscită încă ample dezbateri este însăși natura sa juridică greu de asimilat în dreptul civil: aceea de *putere*. Departate de a fi un demers pur teoretic, înțelegerea puterii ca prerogativă se impune datorită calității sale de gen față de specia reprezentării. Mergând un pas înainte, reprezentarea trebuie înțeleasă principial, în toate laturile sale și prin raportare la alte principii ale sistemului de drept în care se integrează. Aceasta deoarece într-o societate care avansează într-un ritm alert, problemele ivite în fiecare

moment necesită soluții care pot fi obținute numai pe cale „pretoriană” printr-o înțelegere deplină a mecanismului în esența lui. Nu în ultimul rând, față de integrarea puterii în sistemul dreptului civil, o nouă provocare este explicarea felului în care se comportă reprezentarea în raporturile de drept societar, o reprezentare care, prin natura domeniului, nu poate fi decât derogatorie.

Pentru aceste motive, prezenta lucrare își propune, fără a avea pretenția exhaustivității, de a analiza în mod critic anumite opinii doctrinare și de a expune un punct de vedere propriu referitor la puterea de reprezentare. În demersul nostru, am încercat să răspundem la câteva întrebări, credem noi, esențiale: ce este puterea ca prerogativă (A.1.), cum relaționează puterea de reprezentare cu anumite principii ale dreptului civil (aparent?) contrare (A.2.), care mecanisme din dreptul civil întemeiază conferirea puterii de reprezentare (A.3.), respectiv cum putem diferenția puterea de reprezentare de alte mecanisme asemănătoare (A.4.). Ducând discuția mai departe, am considerat oportun să analizăm cum se prezintă puterea de reprezentare în relația dintre administrator și societate, anume care este natura juridică a acestui raport (B.1.), respectiv care sunt derogările acestui tip de reprezentare față de dreptul comun (B.2. și urm.).

## II. Dreptul comun al puterii de reprezentare

Conform definiției devenită deja notorie, puterea de reprezentare este mecanismul care conferă posibilitatea unei persoane, numită reprezentant, de a încheia un act juridic în numele și pe seama altei persoane, numită reprezentat, astfel încât efectele actului să se producă direct în patrimoniul

reprezentatului<sup>1</sup>. Totuși, sub aparența simplității se ascunde o instituție complexă care, pe bună dreptate, a provocat discuții doctrinare ample cu privire la adevărata sa natură juridică.

### **A. Controverse doctrinare privind noțiunea de putere in sine**

Înainte de toate, dacă am calificat reprezentarea ca fiind o putere, trebuie să aflăm cum anume se comportă o atare prerogativă. Astfel, poate exista tendința de a considera că în virtutea convenției dintre reprezentat și reprezentant, cel din urmă dobândește un drept subiectiv de a încheia acte juridice în numele și pe seama primului. Această concepție este una eronată, întrucât există o delimitare clară între un drept subiectiv și o putere juridică conferită convențional, cu toate că cele două pot părea similare la o primă vedere. Diferențierea pare a consta în faptul că dreptul subiectiv aparține titularului său, indiferent de izvorul acestuia, iar puterea ar însemna exercitarea dreptului de către o altă persoană decât titularul<sup>2</sup>. În concret, în ceea ce privește puterea de reprezentare, cel reprezentat are dreptul de a încheia acte juridice însă, prin intermediul unei convenții, acesta transmite reprezentantului puterea de a exercita el acest drept prin încheierea de acte juridice care să îl angajeze pe cel dintâi și care să producă efecte juridice direct în patrimoniul acestuia.

Explicațiile precedente rezumă concepția clasică privind puterea, ca prerogativă juridică, însă o atare perspectivă tinde să facă o confuzie între

---

<sup>1</sup> M. N. COSTIN, C.M. COSTIN, *Dicționar de drept civil de la A la Z*, ed. a 3-a actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 783.

<sup>2</sup> Gh. PIPEREA, *Contractul de mandat*, în Fl. A. BAIAS, E. CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 2161.

putere și drept subiectiv și, în același timp, să nu ia în considerare faptul că nu numai exercitarea drepturilor subiective poate face obiectul puterii, ci și executarea unor obligații, efectuarea unei plăți. Astfel, s-au conturat anumite controverse doctrinare cu privire la natura juridică a puterii în sine.

În primul rând, ideea de putere se manifestă esențialmente în cadrul unui raport, a unei **legături între persoane**<sup>3</sup>, iar nu ca o prerogativă a unei persoane asupra unui bun. Practic, luând ca exemplu puterea de reprezentare, reprezentantul dobândește aptitudinea de a încheia acte juridice care produc efecte în patrimoniul reprezentatului, dar aceasta este consecința relației contractuale dintre cei doi și nu se explică printr-o prerogativă conferită reprezentantului asupra bunurilor din patrimoniul reprezentatului<sup>4</sup>.

În al doilea rând, potrivit unei opinii<sup>5</sup>, puterea este în același timp atât un drept, cât și o obligație<sup>6</sup>. Într-adevăr, puterea se diferențiază de dreptul potestativ prin faptul că nu se rezumă la simpla facultate a titularului prerogativei de a o exercita, ci **implică și anumite îndatoriri** față de constituitorul ei (în cazul puterii de reprezentare, față de cel reprezentat) precum diligența în exercitarea prerogativelor conferite, evitarea conflictului de interese ori datoria de a îndeplini împuternicirea oferită<sup>7</sup>. Cu toate acestea, nu putem reduce esența puterii la acest aspect, căci într-o astfel de situație nu

---

<sup>3</sup> R. RIZOIU, *Oglinzi paralele: Este puterea de reprezentare o veritabilă putere?* în RRDP nr. 2/2019, p. 97.

<sup>4</sup> O părere contrară: P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Drept civil. Obligațiile*, traducere de D. DĂNIȘOR, ed. a 3-a, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009., p. 440.

<sup>5</sup> R. DINCĂ, *Contracte civile speciale în noul Cod civil. Note de curs*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 226.

<sup>6</sup> *Contra*: R. RIZOIU, op.cit., în RRDP nr. 2/2019, p. 71, nota de subsol nr. 16. Autorul susține că este imposibil ca o prerogativă să fie în același timp atât o putere, cât și un drept și o obligație.

<sup>7</sup> Această ultimă datorie devine obligație contractuală în cazul contractului de mandat, însă rămâne o îndatorire intrinsecă oricărei puteri.

ar mai exista deosebire între putere și dreptul subiectiv inclus într-un raport sinalagmatic, iar o atare confuzie nu poate fi admisă.

Astfel, acceptăm existența unor îndatoriri în sarcina celui împuternicit, însă acestea au o natură juridică specială care își găsește explicația în faptul că orice putere implică o restrângere corelativă a libertății celui care conferă acea putere. Având în vedere dificultatea cu care dreptul civil acceptă restrângerea libertății unei persoane în detrimentul celeilalte, dobândirea puterii atrage după sine anumite datorii, însă acestea nu sunt autonome și nici nu definesc în sine puterea, ci sunt intrinseci acesteia. Pe cale de consecință, aceste datorii se diferențiază de obligațiile corelative unui drept de creanță întrucât în caz de neexecutare sau executare necorespunzătoare nu atrag angajarea răspunderii civile ordinare a titularului puterii, ci **sanctiuni specifice** precum lipsirea de efecte a actului încheiat cu terțul în ceea ce îl privește pe reprezentat sau anularea actului încheiat de reprezentantul aflat în conflict de interese în cazul puterii de reprezentare<sup>8</sup>.

În al treilea rând, cu privire la conduita celui care conferă puterea, s-a opinat<sup>9</sup> că acesta nu ar mai putea să exercite el însuși prerogativele cu care l-a împuternicit pe titularul puterii. Într-adevăr, acest lucru este aplicabil în anumite cazuri, precum cel al reprezentării legale a cărei rațiuni este tocmai incapacitatea constituitorului de a încheia singur actul. În schimb, în cazul reprezentării convenționale, aceste susțineri nu mai corespund<sup>10</sup>. Reprezentatul își **menține prerogativele al căror titular este**, iar în

---

<sup>8</sup> V. STOICA, *Despre puterea de reprezentare*, în RRDP nr. 2/2019, p. 32.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>10</sup> N. MATHEY, *Représentation*, Rép. civ. Dalloz, avril 2007, pg. 53: „*la représentation conventionnelle laisserait au représenté l'exercice de ses droits, sous réserve de son devoir de loyauté envers son représentant, précise le projet.*”

momentul constituirii puterii le dedublează<sup>11</sup>, oferind „copia” acestora reprezentantului. Însuși termenul de reprezentare conduce la această concluzie, dacă luăm în considerare sensul platonice<sup>12</sup> al termenului.

În ciuda conflictului doctrinar analizat, există un element majoritar<sup>13</sup> acceptat ca fiind definitiv pentru termenul de putere în dreptul civil, anume faptul că titularul puterii acționează **în interesul (cel puțin parțial) al celui care i-a conferit respectiva putere**, iar nu în interes propriu precum în cazul unui drept subiectiv. Acest aspect este esențial pentru corecta calificare a puterii și scoate în evidență o componentă altruistă a acestui tip de prerogativă<sup>14</sup>. În acest sens trebuie analizate îndatoririle explicate în paragraful anterior: odată cu obținerea puterii, cel care o primește este dator să respecte limitele acesteia și să acționeze conform scopului pentru care i-au fost acordate, anume să le exercite în interesul celui care i-a „transmis” puterea. Nesocotirea acestor îndatoriri poartă denumiri specifice, anume depășirea puterilor conferite, respectiv deturnarea sau abuzul de putere. Acest din urmă caz se referă la ipoteza în care titularul puterii acționează în limitele conferite, însă în interes propriu sau al unui terț<sup>15</sup>, încălcând scopul conferirii respectivei puteri. În ceea ce privește puterea de reprezentare, cazuri expres

---

<sup>11</sup> R. RIZOIU, op.cit., p. 112.

<sup>12</sup> Ideea de reprezentare a realității prin dedublarea ei a fost exprimată de Platon în Mitul Peșterii inclus în lucrarea *Republica*.

<sup>13</sup> Cu excepția părerii exprimate în: R. RIZOIU, op.cit., p. 103, care susține faptul că răspunderea reprezentantului pentru deturnare de putere se datorează existenței puterii în sine, iar nu nerespectării interesului reprezentatului.

<sup>14</sup> M. AVRAM, *Nimeni nu vine la Tatăl decât prin Mine: o incursiune în logica autorității și a puterii în dreptul privat*, În RRDP nr. 2/2019, p. 59. Autoarea extrapolează discuția analizată și acordă un statut mesianic reprezentantului ca titular al puterii care acționează ca mijlocitor între om și divinitate.

<sup>15</sup> N. MATHEY, op.cit., pg. 58.

reglementate de abuz de putere reprezintă conflictul de interese, contractul cu sine însuși, respectiv dubla reprezentare (art. 1303 și 1304 C.civ.), situații în care sancțiunea unei asemenea conduite este nulitatea relativă a actului astfel încheiat<sup>16</sup>.

Pe cale de consecință, distanțându-ne de concepția clasică privind reprezentarea, precum și de orice confuzii între putere și drept sau obligație, suntem de părere că reprezentarea se prezintă într-adevăr ca o veritabilă putere juridică, prerogativă care se relevă ca o legătură între persoane, incluzând în mod inerent anumite îndatoriri ce nu pot fi confundate cu obligațiile corelative unui drept subiectiv. În același timp, puterea nu se transmite, ci se conferă, întrucât titularul său păstrează prerogativele conferite și după acest moment, în timp ce acela care le dobândește acționează invariabil în interesul, cel puțin parțial, al celui dintâi.

#### 1. Principiul relativității efectelor contractului vs. autonomia voinței reprezentantului

În ceea ce privește puterea de reprezentare, de-a lungul timpului a fost analizată în doctrină ipoteza de a fi considerată ca o excepție de la principiul relativității efectelor contractului enunțat în art. 1280 C.civ. și exprimat prin adagiul *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*. Acesta prevede în esență faptul că părțile unui contract sunt singurele ținute de obligațiile izvorâte din acesta. Ca atare, s-a pus întrebarea dacă reprezentatul,

---

<sup>16</sup> Autorul citat în nota precedentă consideră că sancțiunea deturnării de putere nu ar trebui să fie anularea actului astfel încheiat, ci menținerea efectelor sale cu angajarea răspunderii titularului puterii față de cel care a conferit-o. Cu toate acestea, terții de bună-credință ar putea fi protejați prin aplicarea teoriei aparenței. În Codul civil român nu este necesară recurgerea la teoria aparenței, art. 1303 stipulând expres aplicabilitatea sancțiunii doar în cazul lipsei bunei-credințe a terțului contractant.

care nu încheie personal contractul, dar care este ținut de obligațiile asumate de reprezentant prin contractarea cu terțul, sfidează regula relativității actelor juridice<sup>17</sup>. Păreră majoritar acceptată în doctrină<sup>18</sup> este că reprezentarea respectă pe deplin principiul analizat, întrucât cel reprezentat exprimă consimțământul la încheierea contractului cu terțul și devine parte în acesta, iar lipsa lui fizică de la încheierea actului este irelevantă deoarece importantă este prezența lui juridică, consimțământul exprimat printr-un act juridic anterior încheiat cu reprezentantul. Vom încerca să detaliem.

Astfel, s-ar părea că reprezentantul „transportă” voința juridică a reprezentatului, consimțământul său la încheierea actului cu terțul, prin intermediul puterii de reprezentare conferite<sup>19</sup>. Aceasta este totuși o perspectivă care suportă critici. Reprezentantul nu poate fi considerat un simplu *alter ego* al reprezentatului, ci își exprimă propria voință și beneficiază de **autonomie** în raport cu voința reprezentatului<sup>20</sup>. Altfel spus, așa cum într-un mod mai plastic s-a exprimat un autor<sup>21</sup>, reprezentantul are un cap

---

<sup>17</sup> În acest sens: N. MATHEY, op.cit., pg. 21. Autorul citat este de părere că reprezentarea este o derogare de la dreptul comun în privința relativității efectelor actului juridic. (i.e. „*imputation dérogatoire*”); P. LE TOURNEAU, *Mandat*, Rép. civ. Dalloz, juin 2011, pg. 324.

<sup>18</sup> H. DUMITRESCU, *Reprezentarea, Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. C.H. Beck, București, 2014 p. 1444; I. REGHINI, Ș. DIACONESCU, P. VASILESCU, *Introducere în dreptul civil*, p. 625; P. VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 473. Ultimul autor citat exprimă o opinie mai exigentă, considerând că nu există decât excepții aparente de la principiul relativității efectelor contractului.

<sup>19</sup> În acest sens: R. RIZOIU, op.cit., p. 114. Autorul consideră că reprezentantul nu face decât să ducă la îndeplinire ordinea reprezentatului, iar reprezentarea nu este o veritabilă putere, ci doar un mijloc de prelungire a voinței reprezentatului.

<sup>20</sup> P. LE TOURNEAU, op.cit., pg. 76. Cu toate că autorul menționează inițial (pg. 65) că reprezentantul este un *alter ego* al reprezentatului, ulterior revine asupra acestei afirmații și include autonomia reprezentantului printre consecințele esențiale ale puterii de reprezentare.

<sup>21</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. GAUTIER, *Contractele speciale*, traducere de D. DĂNIȘOR, ed. a 3-a, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 263.



care gândește și o voință care are independența sa. În caz contrar, nu ar mai putea fi vorba despre o veritabilă putere de reprezentare ci, eventual, am fi în prezența unui contract de antrepriză sau a unui contract individual de muncă<sup>22</sup>.

Desigur, reprezentatul poate trasa anumite limite destul de rigide în interiorul cărora reprezentantul să își exercite puterea, dar chiar în cazul mandatului conferit în termeni restrictivi, reprezentatul nu face decât să traseze anumite direcții, să indice finalitatea la care reprezentantul ar trebui să ajungă prin contractarea în interesul primului, ceea ce nu conduce în niciun caz la anihilarea autonomiei reprezentantului, a libertății acestuia de a alege mijloacele efective de îndeplinire a finalității dorite de reprezentat. Strict din această perspectivă, puterea de reprezentare poate fi oarecum asemănată cu mecanismul de funcționare al directivelor din Dreptul Uniunii Europene. Astfel, organele Uniunii (*i.e.* reprezentatul) emit o directivă prin care impun o anumită finalitate la care statele membre (*i.e.* reprezentantul) trebuie să ajungă prin reglementări interne care să se aplice cetățenilor (*i.e.* terți contractanți), însă maniera efectivă prin care se ajunge la acea finalitate stă în libertatea de decizie a statelor membre, atâta timp cât finalitatea este atinsă și scopul directivei (*i.e.* în raportul de reprezentare: interesul reprezentatului) este respectat. În mod evident, raporturile de drept public sunt incompatibile cu

---

<sup>22</sup> P. LE TOURNEAU, *op.cit.*, pg. 77. Cu toate acestea, autorul susține că este posibilă o oarecare subordonare a mandatarului față de mandant, fapt care ar justifica răspunderea comitentului pentru fapta prepusului în sarcina celui din urmă (pg. 78).

mecanismul de funcționare al reprezentării convenționale dezvoltat în prezenta lucrare, iar analogia anterioară are rol pur explicativ.

## 2. Mecanismul concret de exteriorizare a consimțământului celui reprezentat

Odată acceptat faptul că se disting două voințe, cea a reprezentantului și cea a reprezentatului, ne rămâne să analizăm modul de funcționare și natura juridică a acestora. Astfel, s-a exprimat opinia<sup>23</sup> potrivit căreia: **„voința juridică a reprezentatului și voința juridică a reprezentantului**, reunite în contractul de reprezentare, sunt diferite nu numai una față de alta, ci și față de voința reprezentatului, obiectivată în **actul juridic unilateral**, care este primul element al puterii de reprezentare, dar și față de voința reprezentantului, aflată mai întâi în stare **virtuală**, ca al doilea element al puterii de reprezentare, iar apoi obiectivată în momentul încheierii actului juridic în numele și pe seama reprezentatului.” (s.n.) În contextul precizării relevanței teoretice a logicii prezentate, autorul citat face trimitere la ideea de separație și abstractizare<sup>24</sup>, concepte recurente în doctrina germană recentă cu privire la reprezentare<sup>25</sup>.

Din rândurile citate, înțelegem că în optica autorului, lucrurile se prezintă în maniera următoare: puterea de reprezentare are ca izvor contractul (încheiat ca urmare a exprimării consimțământului fiecăreia dintre

---

<sup>23</sup> V. STOICA, op.cit., p. 43-45.

<sup>24</sup> V. STOICA, op.cit., p. 45 și 46.

<sup>25</sup> În același sens: D.A. POPESCU, *Abstracțiunea reprezentării voluntare și funcția circulatorie a actelor*, în RRDP nr. 2/2019, p. 245 și urm. Trebuie menționat totuși că autorul susține această perspectivă prin raportare la doctrina și legislația germane, însă afirmă în mod critic că aceasta nu poate fi aplicată reprezentării din sistemul românesc, având în vedere modul în care acest mecanism este reglementat în Codul civil.

părți), însă aceeași putere de reprezentare „încapsulează” alte două voințe: cea a reprezentatului, luând forma unui act unilateral, respectiv cea virtuală a reprezentatului, care va „prinde contur” abia la momentul încheierii contractului cu terțul. Cu toate că nu putem nega originalitatea unei astfel de perspective, vom expune în continuare contraargumentele noastre.

Astfel, chiar dacă am accepta că puterea de reprezentare înglobează o altă manifestare de voință a reprezentatului decât cea exprimată la încheierea contractului de mandat, această manifestare nu poate îmbrăca haina unui veritabil act unilateral în sensul art. 1324 C. civ. din simplul motiv că mai are nevoie de o voință (chiar virtuală), **alta decât cea a emitentului** pentru a produce efecte juridice.

Pe de altă parte, considerăm că teoria nu prezintă interes practic, întrucât eventualele mecanisme pe care le-ar putea explica pot fi mai lesne înțelese prin raportare la alte instituții care se integrează natural în sistemul civil românesc. Cu alte cuvinte, un anumit concept poate fi înțeles pe deplin **în cadrul sistemului juridic din care a luat naștere**. Preluarea aceluiași concept de către un sistem străin este eficientă, fără a complica inutil, numai în măsura în care instituțiile proprii ale celui din urmă sunt **insuficiente** pentru a oferi o explicație satisfăcătoare cu privire la modalitatea de funcționare a unui mecanism sau în ipoteza în care mecanismul în sine a fost la rândul său **importat din același sistem** din care provine și conceptul preluat.

Un exemplu ar putea fi edificator: în ipoteza în care puterea de reprezentare încetează, iar terțul contractant s-a aflat într-o eroare legitimă cu privire la existența acesteia la momentul încheierii contractului, puterea de reprezentare va produce efecte față de acesta, ca și cum nu ar fi încetat niciodată. Această soluție este însă explicată prin prisma inopozabilității

încetării față de terțul contractant de bună-credință<sup>26</sup>, astfel că nu este necesară recurgerea la teoria separației dintre raportul intern și cel extern al reprezentării care să justifice o oarecare supraviețuire parțială a acesteia.

De asemenea, s-ar putea încerca utilizarea premisei formulate pentru a exclude puterea de reprezentare din aria excepțiilor de la principiul relativității efectelor contractului, însă am prezentat opinia noastră cu privire la acest subiect în secțiunea precedentă, astfel că nu vom reveni asupra ei.

Pe cale de consecință, considerăm că recurgerea la multiple acte juridice pentru a explica aptitudinea reprezentantului de a utiliza prerogativele sale de reprezentare ne transpune ca inutilă, în condițiile în care conferirea acestei puteri este tocmai efectul principal al contractului de mandat la care ambele părți au consimțit.

### 3. Obiectul puterii de reprezentare

Codul civil reglementează expres faptul că obiectul puterii de reprezentare, în contractul de mandat, este **încheierea de acte juridice** unilaterale sau contracte, de unde reiese, în mod evident, că actele materiale, faptele juridice licite sau, cu atât mai mult, ilicite ies din domeniul de aplicare al reprezentării, nefiind compatibile cu aceasta. Există totuși voci<sup>27</sup> care afirmă că este posibilă săvârșirea de **fapte juridice și acte materiale** prin reprezentare și, mai mult decât atât, reprezentatul răspunde pentru faptele ilicite săvârșite de către reprezentant în executarea împuternicirii. Unul dintre argumentele aduse în favoarea acestei concepții este existența în dreptul civil

---

<sup>26</sup> Pentru o dezvoltare a acestei premise cu aplicație în domeniul societar, a se vedea *infra*: pg. II.B.3.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pg. 18-20: „La limitation de la représentation aux actes juridiques est, sans doute, le résultat d'une transposition hâtive et injustifiée d'une doctrine allemande”.

a posesiei *corpore alieno* (i.e. exercitarea posesiei „prin intermediul” unui detentor precar, precum în cazul locațiunii sau comodatului). Într-adevăr, s-au formulat opinii<sup>28</sup> conform cărora detentorul precar ar juca rolul unui reprezentant al posesorului, întrucât acesta ar dobândi puterea de a exercita elementul *corpus* care este esențialmente o chestiune de fapt și care poate fi valorificat doar prin acte materiale.

Cu toate acestea, nu putem fi de acord cu această perspectivă. Mecanismul de funcționare al posesiei *corpore alieno* se aseamănă cu cel al reprezentării convenționale, dar nu se identifică cu acesta, iar reglementările legale aplicabile acestora nu coincid, normele referitoare la posesie și detenție precară fiind regăsite în art. 916 și urm. din C.civ. În plus, detentorul precar, practic, exercită temporar posesia, la fel cum fiduciarul dobândește temporar dreptul de proprietate, astfel că aceștia acționează în nume propriu, iar nu în numele celor de la care au obținut respectivele prerogative, astfel că nu poate fi vorba nici măcar de o pseudo-reprezentare.

De asemenea, în doctrina românească<sup>29</sup> s-a admis posibilitatea săvârșirii faptelor juridice licite prin reprezentant, însă considerăm că teoria este una eronată. Vom trata faptele succesiv. În primul rând, pentru a putea discuta despre posibilitatea săvârșirii unei **plăți nedatorate** prin mandatar, trebuie să analizăm natura juridică a plății, adică să stabilim dacă plata este un act sau un fapt juridic. Există controverse doctrinare în acest sens, însă autorii tind, ca regulă, să considere că plata are o natură juridică complexă, ce ține atât de convenție, cât și de faptul juridic<sup>30</sup>: *solvens* execută un fapt animat

---

<sup>28</sup> A. TAMBA, *Posesorul și detentorul – o ipoteză de reprezentare*, în RRDP nr. 2/2019, p. 375.

<sup>29</sup> H. DUMITRESCU, *Reprezentarea*, în Fl. A. BAIAS, E. CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI, op.cit., p. 1445.

<sup>30</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, op.cit., p. 621.

de o intenție de a stinge obligația (*animus solvendi*), iar *accipiens* acceptă intenționat că prin executarea faptului se stinge creanța sa<sup>31</sup>. Se consideră, deci, că această componentă volițională a plății poate justifica executarea acesteia prin mandatar. Cu toate acestea, plata nedatorată, ca fapt juridic licit, implică în mod necesar ca *solvens* să fie în eroare scuzabilă, adică să considere în mod justificat, deși eronat, că există un debit și efectuează plata pentru stingerea debitului. Or, în acest sens, eroarea este incompatibilă cu mecanismul reprezentării. Dacă *solvens* dorește să facă o plată prin reprezentant, fiind în eroare, puterea de reprezentare conferită se referă la actul juridic al plății, iar faptul juridic care dă naștere obligației de restituire se referă la eroarea asupra debitului, cele două mecanisme (reprezentarea și faptul juridic licit) funcționând concomitent, dar nu interdependent.

În al doilea rând, autorul citat susține posibilitatea săvârșirii unei **îmbogățiri fără justă cauză** prin reprezentant atunci când acest fapt rezultă din anumite acte juridice încheiate prin mandatar. Nici această idee nu poate fi acceptată întrucât, din nou, sunt suprapuse în aceeași împrejurare două mecanisme juridice complet distincte, anume: dacă cel însărcinat dă mandat unei persoane să încheie un act juridic în numele și pe seama lui, iar în urma actului se produce o îmbogățire fără justă cauză, temeiul obligației de restituire rămâne faptul juridic al îmbogățirii, căruia legea îi conferă obligativitate, iar nu contractul de mandat care este pur circumstanțial.

În ceea ce privește **gestiunea de afaceri**, dacă există o conferire a puterii de reprezentare gerantului, nu mai poate fi vorba de gestiune de afaceri, ci discutăm despre un veritabil mandat. Aplicarea în cazul gestiunii de afaceri a regulilor de la mandat, în cazul ratificării acesteia de către gerat,

---

<sup>31</sup> P. VASILESCU, op.cit., p. 74.

nu schimbă această chestiune<sup>32</sup>. Este adevărat că, dacă gerantul efectuează acte juridice pentru gerat prin reprezentant, actul respectiv poate lega terțul, care a contractat cu mandatarul, de gerat dacă gerantul nu a acționat în nume propriu. Totuși, în speță, există două raporturi obligaționale distincte: primul ia naștere dintr-un fapt juridic, anume gestiunea de afaceri realizată de gerant, iar al doilea izvorăște din contractul de mandat încheiat de către gerant, însă acesta din urmă are ca obiect tot încheierea de acte juridice de către mandatar în numele și pe seama gerantului aflat în „reprezentarea” geratului. Chiar dacă, faptic, aceste operațiuni ar avea ca obiect aceeași situație și chiar în cazul în care efectele acestora s-ar produce direct în patrimoniul geratului, din punct de vedere juridic sunt două realități și mecanisme distincte. Pe cale de consecință, relațiile dintre mandatar și gerant vor fi guvernate de contractul de mandat încheiat de aceștia, în timp ce în cadrul relațiilor dintre gerant și gerat, respectiv a celor dintre gerat și terț își vor găsi aplicabilitatea regulile din materia gestiunii de afaceri ca fapt juridic.

În concluzie, suntem de părere că încheierea de acte juridice reprezintă domeniul predilect al puterii de reprezentare, actele materiale și faptele juridice nefiind compatibile cu acest mecanism<sup>33</sup>. Aceasta este și diferența principală dintre contractul de mandat și cel de antrepriză, al cărui obiect vizează efectuarea de acte materiale în favoarea altei persoane. Totuși, contractul de mandat poate implica efectuarea unor acte materiale, însă

---

<sup>32</sup> V. STOICA, op.cit., pp. 34-35. Autorul susține că în cazul gestiunii de afaceri putem discuta despre reprezentare, însă este vorba de o „reprezentare fără putere”, întrucât se produc anumite efecte specifice reprezentării în lipsa conferirii puterii prin convenție. Cu alte cuvinte, „raportul extern al reprezentării se naște fără a exista și un raport intern”.

<sup>33</sup> P. LE TOURNEAU, op.cit., pg. 72-75.

acestea trebuie să fie cu titlu accesoriu<sup>34</sup> raportat la obligația principală din contract, aceea de a încheia anumite acte juridice în numele și pe seama cocontractantului. Nu în ultimul rând, trebuie precizat faptul că excedă domeniului reprezentării actele juridice cu un puternic caracter personal, precum testamentul sau actele referitoare la căsătorie<sup>35</sup>.

#### 4. Delimitarea puterii de reprezentare din cadrul mandatului de alte mecanisme juridice

În Codul civil, există numeroase instituții care se apropie până aproape de identificare cu puterea de reprezentare generată în contractul de mandat însă, în fiecare caz, pot fi semnalate anumite diferențe care să ne dirijeze în găsirea regimului juridic aplicabil. Pentru a identifica respectivele deosebiri, vom analiza în continuare regimul juridic al administrării bunurilor altuia, al fiduciei, precum și al intermedierei prin comparare cu puterea de reprezentare din contractul de mandat.

Astfel, Codul civil reglementează **administrarea bunurilor altuia** (nu întâmplător) în cadrul Cărții a III-a referitoare la bunuri. Acest contract este unul complex care reunește, în esență, prerogative specifice mandatului și antreprizei, în sensul că, în conformitate cu art. 792 C.civ., administratorul poate (și are îndatorirea) să efectueze acte juridice și materiale cu privire la unul sau mai multe bunuri, la o masă patrimonială sau chiar la un patrimoniu în beneficiul titularului acestora în urma împuternicirii conferite de către cel din urmă.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pg. 73: „*Au fond, tout mandat comporte de pareils actes [des actes matériels], quand ce ne serait que l'apposition d'une signature*”.

<sup>35</sup> Cu toate că anumiți suverani francezi (e.g. Louis XVI sau Napoleon I) obișnuiau să încheie căsătorii prin reprezentant, atunci când partenerii erau străini. (P. le TOURNEAU, op.cit., pg. 72).



Ca atare, prin contractul de administrare, administratorul dobândește putere de reprezentare. Însă care este relația dintre normele care reglementează acest contract și regulile referitoare la mandat (art. 2009 și urm. C.civ.)? În doctrină, s-a exprimat părerea<sup>36</sup> conform căreia mandatul ar reprezenta o formă specială de administrare a bunurilor altuia, astfel că normele referitoare la mandat ar avea caracter derogatoriu față de cele de la administrare și ar putea fi completate de cele din urmă. Această perspectivă se bazează pe dispozițiile art. 792 alin. (3) și ale art. 794 C.civ.

Totuși, avem anumite rezerve față de această viziune și vom expune o opinie contrară. Regulile aferente puterii de reprezentare (art. 1295 și urm.) constituie **dreptul comun** în materie de reprezentare și se aplică, de principiu, oricărui contract prin care se conferă astfel de prerogative. Contractul de mandat este un contract special, astfel că beneficiază de o reglementare specială aplicabilă acestui tip de convenție, completându-se în mod corespunzător cu regimul general al reprezentării. În același timp, contractul privind administrarea bunurilor altuia reprezintă un **contract complex** care, după cum am afirmat anterior, reunește reguli aferente **mandatului și antreprizei**, formând un mecanism distinct, special față de regimul aplicabil celor două contracte, putând fi, la rândul lui, completat de regulile acestor contracte<sup>37</sup> și de **dreptul comun al reprezentării** în cazul încheierii de acte juridice în numele și pe seama beneficiarului. Articolul. 792 alin. (3) și art. 794 C. civ se referă la alte ipoteze de administrare a bunurilor

---

<sup>36</sup> R. CONSTANTINOVICI, A.M. MITU, *Administrarea bunurilor altuia* în Fl. A. BAIAS, E. CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI, op.cit., p. 900; I. SFERDIAN, *Efectele expirării mandatului administratorului unei societăți*, în RRDP nr. 2/2019, p. 147.

<sup>37</sup> R. CONSTANTINOVICI, A.M. MITU, *Administrarea bunurilor altuia* în Fl. A. BAIAS, E. CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI, op.cit., p. 899. Tocmai autoarele opiniei combătute fac trimitere la art. 2013 C.civ. care completează regimul administrării.

altuia, precum cazul tutorelui (art. 142 C.civ.), nicidecum la contractul special de mandat.

Astfel, atât contractul de mandat cât și administrarea bunurilor altuia conferă putere de reprezentare, însă contractul de mandat reprezintă cadrul clasic de manifestare al acestui tip de putere, nefiind vorba de o aplicare derogatorie a regimului administrării. În plus, considerăm că puterea de reprezentare din cadrul administrării are o natură juridică diferită de reprezentarea de drept comun, fiind, astfel, în sine, derogatorie. Am explicat anterior<sup>38</sup> faptul că puterea de reprezentare aferentă mandatului se relevă ca o legătură între persoane. În schimb, puterea de reprezentare conferită în cadrul administrării bunurilor altuia apare ca o **legătura a unei persoane (i.e. administratorul) cu anumite bunuri sau cu un patrimoniu**<sup>39</sup>. Astfel se explică independența sporită a administratorului, în opoziție cu îngrădirile mai accentuate ale mandatarului<sup>40</sup>, administratorul efectuând orice acte consideră de cuviință pentru conservarea (în cazul administrării simple) sau sporirea valorii economice (în cazul administrării depline) a bunului sau patrimoniului administrat. În același sens, puterea de reprezentare aferentă administrării încetează în cazul stingerii dreptului beneficiarului asupra bunurilor administrate (art. 846 lit. a C.civ.), ceea ce evidențiază caracterul de legătură a unei persoane cu un bun în cazul acestui tip de reprezentare. Ca atare, nu numai contractul privind administrarea

---

<sup>38</sup> A se vedea: *supra*, pg. II.A.

<sup>39</sup> I. SPERDIAN, op.cit., p. 146: „ (...) o putere asupra bunurilor altuia”.

<sup>40</sup> R. RIZOIU, op.cit., p. 114. Această diferențiere este motivul pentru care autorul consideră că puterea de reprezentare din mandat nu este o veritabilă putere, în timp ce reprezentarea aferentă administrării are această calitate.

bunurilor altuia, ci și puterea de reprezentare în sine aferentă acestui contract, constituie cazuri speciale și derogatorii, iar nu dreptul comun în materie.

De asemenea, ar putea apărea confuzii între reprezentare și **fiducie**, întrucât în ambele cazuri reprezentantul, respectiv fiduciarul, încheie acte juridice în interesul altei persoane (*i.e.* în cazul fiduciei, în interesul beneficiarului). Cu toate acestea, cele două mecanisme nu pot fi confundate deoarece în cazul fiduciei operează un transfer al drepturilor constitutorului în favoarea fiduciarului, caracterul temporar al acestuia nefiind relevant. Astfel, în momentul în care contractează cu un terț în interesul beneficiarului, fiduciarul devine parte în contract și acționează în nume propriu, iar efectele contractului se produc în masa patrimonială fiduciară care se află în patrimoniul acestuia. Se poate observa, așadar, o distincție clară între aceste mecanisme juridice, mandatarul acționând în numele și pe seama mandantului, în timp ce fiduciarul acționează în nume propriu, în calitate de titular al dreptului în legătură cu care contractează.

În fine, în ceea ce privește **contractul de intermediere**, acesta se diferențiază de mandat prin faptul că nu conferă putere de reprezentare, ci presupune doar obligația asumată de intermediar de a pune în legătură două persoane între care urmează să se încheie un contract. Cu toate acestea, există în doctrina și jurisprudența franceză anumite controverse în privința naturii juridice a raportului dintre **agentul imobiliar și clientul său**. Un autor<sup>41</sup> consideră că natura juridică unui asemenea contract depinde de atribuțiile concrete ale agentului imobiliar. Astfel, dacă acesta poate negocia, administra anumite bunuri sau i se conferă expres dreptul de a încheia contractul, vom fi indiscutabil în prezența unui mandat, chiar dacă agentul efectuează în mod

---

<sup>41</sup> P. LE TOURNEAU, *op.cit.*, pg. 69.

accesoriu anumite acte materiale. În schimb dacă singura obligație a agentului este de a găsi potențiali cumpărători și de a-i pune în legătură cu vânzătorul, vom discuta despre o simplă intermediere. Aceste susțineri sunt în acord cu art. 2102 din C.civ. conform căruia puterea de reprezentare este conferită prin contractul de intermediere doar dacă se stipulează expres în acest sens. Autorul constată, totuși, că jurisprudența a admis calificarea ca mandat a unui contract care limitează misiunea agentului la contactarea potențialilor cumpărători, opinie pe care, în mod corect, o combate considerând că această calificare este eronată, iar un atare contract nu va permite agentului să încheie vânzarea în numele și pe seama clientului, în caz contrar, operând regulile privind contractarea în lipsa puterii de reprezentare.

## **B. Analiza reprezentării în cadrul raportului dintre societate și administrator**

În cele ce urmează vom prezenta, succint, care sunt elementele de specificitate ale mandatului din dreptul societar, reglementat în principal de Legea 31/1990, prin raportare la mandatul de drept comun. Ca atare, ne vom concentra atenția asupra naturii juridice a acestuia și a eventualelor diferențieri față de cel din urmă, fără a analiza însă chestiunile legate de atribuțiile specifice ale organelor de administrare aferente anumitor forme de organizare a societăților. În acest sens, prin „administrator” ne vor referi, în continuare, la organul care exercită prerogativa de administrare a unei societăți, având în același timp putere de reprezentare<sup>42</sup>, indiferent de denumirea concretă a acestuia conferită de terminologia dreptului societar.

---

<sup>42</sup> Există cazuri în care unii dintre administratorii unei societăți sunt doar gestionari ai patrimoniului social, fără a avea și puterea de reprezentare a societății, în ipoteza în care actul constitutiv prevede în acest sens.

## 1. Natura juridică și izvorul raportului dintre administrator și societate

Astfel, având în vedere că art. 218 C.civ. face referire la puterea de reprezentare a organelor de administrare, o primă problemă care se cuvine a fi analizată se referă la natura juridică a acestei reprezentări. Pe de o parte, s-ar putea considera că este vorba despre o **reprezentare legală**, dat fiind că societatea nu își poate exercita capacitatea de exercițiu decât prin administratorii săi<sup>43</sup>, aceasta fiind o dispoziție legală cu caracter imperativ (art. 209 C.civ.). Astfel, precum în cazul reprezentării legale a persoanelor fizice lipsite de capacitate de exercițiu, administratorul exercită, în raporturile cu terții, drepturile și obligațiile societății.

Pe de altă parte, ar exista argumente și în favoarea unei **reprezentări convenționale**, având în vedere faptul că rolul de administrator al societății se naște ca urmare a unei convenții care stabilește condițiile de desfășurare ale raporturilor dintre administrator și societate, reglementând inclusiv limitele puterii de reprezentare. Într-adevăr, legea prefigurează anumite elemente ale acestui raport însă contractul, ale cărui dispoziții sunt incluse, de regulă, în actul constitutiv, rămâne principalul izvor al relațiilor dintre organ și societate. Datorită caracterului eclectic al acestui raport juridic, a fost utilizat, în doctrina dreptului societar, termenul de „**mandat legal**”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> S. BODU, *Organul administrativ și reprezentarea legală a societății comerciale (I)*, extras din RRDA nr. 6/2017, p. 1, publicat online la data de 17.09.2018, la adresa <https://www.universuljuridic.ro/organul-administrativ-si-reprezentarea-legala-a-societatii-comerciale-i/>, consultat în data de 25.03.2020. Autorul citat susține că însăși numirea administratorilor generează capacitatea de exercițiu a societății.

<sup>44</sup> T. PRESCURE, B. TEODORESCU, *Despre natura juridică a contractului de administrare dintre o societate comercială și administratorii acesteia*, extras din RRDA nr. 4/2017, p. 1, publicat online la data de 14.06.2018, la adresa <https://www.universuljuridic.ro/despre-natura-juridica-a->

Cu toate acestea, trebuie amintit faptul că în cazul acestui tip de raport, spre deosebire de reprezentarea de drept comun, cel care stabilește limitele puterii de reprezentare și cel care exercită această putere sunt, în fapt, organe ale aceleiași entități, acestea neavând o personalitate juridică distinctă de cea a societății, respectiv de cea a persoanelor fizice care le compun<sup>45</sup>. Practic, în cadrul societății operează o scindare: voința acesteia privind limitele de reprezentare, numirea sau revocarea reprezentantului se exprimă prin organul deliberativ, în timp ce exercitarea efectivă a acestei puteri de reprezentare se află în mâinile organului executiv (administrativ). Nu în ultimul rând, activitatea administratorilor nu se limitează la încheierea de acte juridice în numele și pe seama societății, ci presupune, esențialmente, și atribuții de gestiune a patrimoniului social și a societății în ansamblul ei privită ca afacere<sup>46</sup>, ceea ce implică și **executarea unor acte materiale**.

Toate aceste considerente au condus la numeroase discuții și controverse doctrinare cu privire la natura juridică a raportului dintre societate și reprezentanții săi. Astfel, a fost enunțată teoria existenței unui contract *sui generis*, diferit de cel de mandat sau de administrarea bunurilor altuia, un **contract numit de administrare sau administrație**<sup>47</sup>, menționat expres cel puțin ca denumire în art. 144<sup>1</sup> alin. (6) din Legea 31/1990. În sprijinul acestei viziuni au fost invocate toate elementele de specificitate ale acestui contract prevăzute atât în normele Codului civil

---

[contractului-de-administrare-dintre-o-societate-comerciala-si-administratorii-acesteia/](#), consultat în data de 25.03.2020.

<sup>45</sup> În același sens: O. PODARU, *Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, Vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 88.

<sup>46</sup> S. BODU, op.cit., p. 3.

<sup>47</sup> T. PRESCURE, B. TEODORESCU, op.cit., p. 5; I. SFERDIAN, op.cit., p. 147.

referitoare la persoana juridică, cât și în dispozițiile Legii 31/1990 (e.g. art. 71 L: 31/1990, Secțiunea a III-a referitoare la administrarea societății pe acțiuni), prevederi apte să creeze un regim juridic suficient de caracterizat, cu toate că regulile aplicabile acestuia sunt fracționate în mai multe acte normative.

În plus, analizând regimul juridic al administrării depline a bunurilor altuia, putem constata că atribuțiile administratorului „civil” se aseamănă până aproape de identificare cu prerogativele principiale ale administratorului societar, anume exploatarea în mod profitabil a bunurilor beneficiarului, iar art. 792 alin (3) C.civ. stipulează expres aplicabilitatea prevederilor de la administrarea bunurilor altuia oricărui caz de administrare, în situația în care actul constitutiv nu prevede reguli derogatorii.

Pentru aceste motive, considerăm că raportul juridic dintre administrator și societate este un **contract special de administrare a bunurilor altuia**<sup>48</sup>. Ca atare, în ipoteza în care normele acestui contract numit sunt insuficiente, se vor aplica regulile de la administrarea bunurilor altuia în calitate de drept comun. În același timp, art. 72 din Legea 13/1990, precum și art. 209 alin. (3) C.civ. reglementează faptul că raporturile dintre administrator și societate sunt supuse, prin analogie, regulilor mandatului. În privința acestei reglementări, suntem de părere că normele contractului de mandat din dreptul civil și, implicit, cele referitoare la puterea de reprezentare se vor aplica

---

<sup>48</sup> T. PRESCURE, B. TEODORESCU, op.cit., p. 5. Autorii aduc ca argument suplimentar expunerea de motive aferentă Codului civil din Quebec privind instituția administrării bunurilor altuia (transpusă cvasi *ad litteram* în Codul civil român), potrivit căreia intenția legiuitorului a fost de a crea un regim comun al administrării pentru a evita aplicarea concertată a mai multor instituții juridice unor raporturi complexe, precum cele legate de activitatea întreprinderilor.

administrării societare în măsura în care sunt compatibile cu aceasta din urmă, însă recurgerea la analogie nu este necesară. Această aplicabilitate subsidiară reiese din caracterul de normă generală a contractului de mandat prin raportare la contractul de administrare a bunurilor altuia<sup>49</sup>.

## 2. Nearătarea calității de reprezentant

Astfel, în ceea ce privește ipoteza necunoașterii de către terț a calității de reprezentant a cocontractantului său, dreptul societar prevede anumite derogări de la regimul comun al reprezentării, în sensul că instituie obligativitatea înscrierii numirii administratorului în Registrul Comerțului, ca sistem de **publicitate legală**. Consecințele acestui fapt rezidă în imposibilitatea terțului de a se prevala de mecanismul de protecție instituit în favoarea sa pentru contractarea în necunoștință de cauză, sub condiția îndeplinirii formalităților de publicitate de către societate.

Cu alte cuvinte, dacă în ipoteza art. 1297 C.civ., terțul se poate prevala de buna sa credință în cazul în care nu a fost informat de faptul că reprezentantul acționează în numele și pe seama reprezentatului, cu consecința încheierii contractului între primii doi în calitate de părți, în ipoteza încheierii unui contract cu administratorul societar al cărui act de numire a fost publicat în Registrul Comerțului, terțul va fi ținut de această numire, fiindu-i opozabilă pentru simplul fapt că, deși prin ipoteză s-a aflat în eroare, aceasta **nu mai este scuzabilă**. De asemenea, după efectuarea publicității, orice neregularități ale numirii administratorului sunt inopozabile terțului care nu le-a cunoscut pe altă cale, el fiind îndreptățit să se prevaleze de eroarea sa privind validitatea și eficacitatea mandatului

---

<sup>49</sup> Pentru argumente în favoarea acestei viziuni, a se vedea supra, pg. II.A.4.



cocontractantului său, eroare bazată tocmai pe cuprinsul registrului de publicitate.

În schimb, în cazul în care societatea nu a efectuat formalitățile de publicitate, în conformitate cu art. 54 alin. (2) din Legea 31/1990, aceasta nu va putea opune terțului numirea administratorului, mai exact statutul de reprezentant al acestuia, cu consecința încheierii contractului între **terț și administrator în nume propriu**. Cu toate că articolul invocat nu menționează textual, considerăm că din alte dispoziții se poate desprinde o excepție de la această regulă, anume posibilitatea opunerii puterii de reprezentare față de terțul care **a cunoscut pe altă cale** de existența acesteia<sup>50</sup>.

În acest sens, art. 50 din Legea societăților prevede, cu titlu de regulă, tocmai această ipoteză, norma fiind o aplicație a art. 22 C.civ. care se referă la opozabilitatea prin cunoașterea exactă a realității în lipsa îndeplinirii formalismului, instituind în același timp obligativitatea instituirii legale a excepțiilor de la această regulă, anume a situațiilor în care cunoașterea de fapt nu suplinește lipsa de publicitate. Mai mult decât atât, art. 54 din Legea societăților transpune în dreptul intern Directiva 68/151/CEE<sup>51</sup> al cărei preambul menționează faptul că aceste norme uniformizate de protecție a terților ar trebui să limiteze cauzele de nevaliditate ale angajamentelor asumate în numele societății. Ca atare, dacă terțul cunoștea pe altă cale la momentul încheierii actului că persoana cu care contractează este

---

<sup>50</sup> Pentru o opinie similară: I. SFERDIAN, op.cit., p. 140.

<sup>51</sup> Forma finală a actului după modificări și adăugiri este cea a Directivei (UE) 2017/1132 a Parlamentului European și a Consiliului din 14 iunie 2017 privind anumite aspecte ale dreptului societăților comerciale (codificare) (JO L 169 din 30.6.2017, pp. 46-127), care menține, în preambul, dispozițiile prezentate.

administratorul unei societății și că, implicit, contractează în numele și pe seama acesteia, ar fi contraintuitiv și nefezabil să se lipsească de opozabilitate acea putere de reprezentare, cu atât mai mult cu cât un eventual efect constitutiv al înscrierii în Registrul Comerțului nu are nicio bază legală.

Cu toate acestea, a fost exprimată o părere contrară<sup>52</sup> acestei viziuni, conform căreia **depunerea specimenului de semnătură** înseamnă însăși acceptarea calității de reprezentant de către administrator. Considerăm totuși că formalitatea depunerii specimenului de semnătură are o valență **pur probatorie**, instituind o prezumție în sensul validității și eficacității puterii de reprezentare din mâinile semnatarului<sup>53</sup>, astfel că nu influențează eficacitatea mandatului în sine. Pentru aceleași motive, terțul va putea invoca existența puterii de reprezentare chiar dacă publicitatea nu a fost efectuată, soluție cuprinsă în art. 51 din Legea 31/1990.

3. Contractarea cu terțul după modificarea mandatului sau revocarea administratorului

În ceea ce privește încetarea mandatului administratorului, în cazul în care numirea unui nou reprezentant nu a fost publicată<sup>54</sup>, terților nu le poate fi opusă o atare încetare, cu consecința obligării societății prin contractul încheiat de vechiul administrator, în conformitate cu prevederile aceluiași art. 54 alin. (2) din Legea societăților. Argumentele precedente privind

---

<sup>52</sup> S. BODU, op.cit., p. 2.

<sup>53</sup> În același sens, a se vedea: T. Constanța, sen.civ. nr. 2705 din 09.10.2014, consultată la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/589ae796e49009482600012f> în data de 01.04.2020.

<sup>54</sup> Din punct de vedere practic, simpla încetare a mandatului nu va fi înregistrată fără o numire concomitentă, întrucât ar conduce la dizolvarea anticipată a societății (art. 237 din Legea 31/1990).

cunoașterea de fapt a terțului rămân relevante. O situație controversată constituie însă ipoteza încetării puterii de reprezentare prin **expirarea termenului** pentru care a fost conferită și **neurmată de o nouă numire** în cazul în care vechiul administrator rămâne înscris în registrele de publicitate. Divergențele au survenit, în principal, datorită faptului că legea instituie, cu caracter imperativ în anumite cazuri, limitarea duratei maxime a mandatului administratorului, precum și condiția acceptării exprese de către reprezentant a conferirii respectivei puteri (*e.g.* art. 153<sup>12</sup> din Legea 31/1990). Problema a fost soluționată prin Decizia 24 din 6 noiembrie 2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție<sup>55</sup>, dată într-un recurs în interesul legii, formând obiectul dosarului nr. 1699/1/2017 conform căreia, în această ipoteză, **vechiul administrator deține prerogativele de reprezentare** atât timp cât încetarea nu a fost publicată în Registrul Comerțului. Din considerentele Curții reiese faptul că mandatul administratorului încetează, însă devine aplicabilă situația **mandatului aparent**, conform art. 1309 alin. 2 C.civ.

Ca urmare a acestei decizii, a fost expusă opinia<sup>56</sup> conform căreia, în realitate, mandatul administratorului nu încetează, întrucât ar opera excepția prevăzută în art. 2030 C.civ. referitoare la continuarea mandatului în situația unei activități cu caracter de continuitate, precum și art. 849 alin. (2) C.civ. din materia administrării bunurilor altuia, invocând deci necesitatea protecției societății aflate în prag de dizolvare datorită lipsei organelor statutare. Această perspectivă este totuși susceptibilă de a fi amendată, deoarece societatea nu își îndeplinește diligențele minime în cazul în care omite să numească un nou

---

<sup>55</sup> Decizie publicată în M. Of. nr. 153/19.02.2018.

<sup>56</sup> I. SFERDIAN, *op.cit.*, p 141-145.

administrator la data împlinirii termenului stipulat pentru puterile vechiului reprezentant. În plus, societatea beneficiază de remedii legislative în cazul vacanței poziției de administrator (art. 137<sup>2</sup> din Legea societăților), astfel că nu poate beneficia de o atare protecție.

În ceea ce ne privește, suntem de acord cu soluția curții, în sensul că **puterea de reprezentare încetează**, iar societatea **rămâne legată** de actele ulterioare încheiate cu terții de bună-credință, însă exprimăm serioase rezerve în privința motivării deciziei. Astfel, încetarea puterii de reprezentare nu poate fi contestată chiar în lipsa dispozițiilor imperative privind durata maximă a termenului. Chestiunile referitoare la întinderea în timp a puterii de reprezentare țin strict de raporturile dintre societate și reprezentant, astfel că la împlinirea termenului stipulat, puterea de reprezentare încetează în mod invariabil atât timp cât nu a intervenit o nouă numire urmată de o acceptare.

În acest caz, se impune protejarea terților care au contractat cu vechiul administrator sprijinindu-se pe înscrierea din Registrul Comerțului, însă nu prin recurgerea la mandatul aparent, ci prin aplicarea regulii din art. 1307 alin. (4) C.civ., regăsită în materia administrării bunurilor altuia la art. 849 alin (3) C.civ. Ca atare, terțului contractant îi va fi **inopozabilă încetarea puterii de reprezentare**, aflându-se în eroare scuzabilă dacă în Registrul Comerțului figurează cocontractantul său și nici nu a cunoscut pe altă cale această încetare.

Argumentarea aplicării acestor prevederi în detrimentul celor de la art 1309 alin. (2) C.civ. se regăsește în faptul că în ipoteza lipsei puterii de reprezentare, norma vizează strict cazul în care puterea respectivă nu a fost conferită niciodată, nefiind vorba de existența sa inițială și încetarea sa

ulterioară, întrucât această situație s-ar situa pe terenul art. 1307 C.civ.<sup>57</sup> Cu alte cuvinte, în ipoteza de la art. 1309 C.civ., „reprezentantul” contractează în condiții care nu-i sunt permise și nici nu i-au fost permise vreodată<sup>58</sup>, în timp ce situația analizată presupune o existență precedentă a puterii de reprezentare.

Astfel, distincția principală dintre cele două mijloace de protecție a terțului contractant (*i.e.* art. 1309 vs art. 1307 C.civ.) este faptul că primul se bazează pe teoria aparenței, iar cel de-al doilea se explică prin inopozabilitatea față de terț a puterii de reprezentare. Dar din ce motiv nu s-ar putea considera că lipsa reprezentării este inopozabilă față de terț? Răspunsul se referă la faptul că terțul nu se poate prevala de o realitate precedentă pe care să o fi cunoscut și care să prevaleze unei realități actuale întrucât nu există o asemenea realitate originară (*i.e.* puterea de reprezentare nu doar că nu există în prezent, dar nu a existat niciodată). Ca atare, o invocare a inopozabilității i-ar fi cu totul inutilă<sup>59</sup>, dat fiind că declararea inopozabilității nu poate da naștere unei puteri de reprezentare care nu a fost vreodată conferită, ci ar putea, cel mult, să „învie” o putere care a încetat (art 1306, 1307 C.civ.) ori să permită ignorarea uneia existente (art. 1297 C.civ.). Cu toate acestea, în situația expirării mandatului administratorului puterea de reprezentare a existat în trecut, astfel că invocarea de către terț a inopozabilității față de acesta a încetării puterii îi este utilă și suficientă pentru ca societatea să fie ținută de actele fostului administrator.

---

<sup>57</sup> Pentru o părere contrară: I.F POPA, *Ipoteza falsus procurator*, în RRDP nr. 2/2019., p. 194.

<sup>58</sup> De aceea nu poate fi primită părerea exprimată în H. DUMITRESCU, *Reprezentarea*, în Fl. A. BAIAS, E. CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI, op.cit., p. 1457 conform căreia art. 2036 C.civ. ar fi aplicabil și în această situație.

<sup>59</sup> M. DAVID, *Eseu asupra cunoașterii în dreptul civil. Aparență. Opozabilitate. Formalism. Publicitate*, Ed. Universul Juridic, București, 2017. p. 181.

Toate aceste prevederi de protecție a terților prin instituirea obligativității de efectuare a publicității se justifică prin prisma faptului că în acest caz reprezentatul și reprezentantul formează o entitate de sine stătătoare a căror raporturi interne nu pot fi cunoscute de terți. Aceștia nu au acces în interiorul societății pentru a verifica raporturile dintre administrator și societate, astfel că singurul mijloc de informare cu privire la aceste operațiuni rămâne Registrul Comerțului<sup>60</sup>.

#### 4. Lipsa sau depășirea puterii de reprezentare

O altă ipoteză care se cuvine a fi supusă analizei este cea a reprezentantului aparent, adică a celui ce contractează cu un terț fără a fi fost numit în funcția de administrator de către societate. În acest caz, dat fiind că reglementările aferente administrării bunurilor altuia nu rezolvă această situație, considerăm că devin aplicabile prevederile art. 1309 C.civ. Totuși, aplicabilitatea practică a acestei chestiuni este extrem de redusă întrucât personalul din cadrul Oficiului Registrul Comerțului nu va efectua înscrierea ca administrator a unei persoane fără documente doveditoare privind numirea acesteia.

În schimb, situația depășirii puterii de reprezentare de către administratorul societar este reglementată fără echivoc în art. 55 al Legii 31/1990. Astfel, actul încheiat de administrator prin depășirea obiectului de activitate al societății sau a limitelor trasate în cadrul raporturilor sale cu societatea, va fi încheiat **în numele și pe seama celei din urmă**. Aceeași

---

<sup>60</sup> L. TEC, *Examenul jurisprudenței în materia reprezentării societății și răspunderii civile a administratorilor față de societate*, extras din RRDA nr. 4/2016, publicat online la data de 09.11.2017 la adresa <https://www.universuljuridic.ro/examenul-jurisprudentei-materia-reprezentarii-societatii-si-raspunderii-civile-administratorilor-fata-de-societate/2/>, adresă consultată în data de 02.04.2020.

va fi soluția și în cazul în care administratorul contractează în limitele conferite printr-o adunare generală a acționarilor/asociațiilor anulată ulterior<sup>61</sup>. De la această regulă există două excepții, anume ipoteza în care limitele respective sunt impuse de lege, caz în care se aplică principiul *nemo censetur ignorare legem*, respectiv cunoașterea sau posibilitatea cunoașterii de către terț a depășirii limitelor reprezentării. În vederea acestui ultim caz, legea prevede în mod expres că simpla publicare a actului constitutiv ori a altui act prin care se limitează puterile nu e suficientă pentru a înlătura caracterul scuzabil al erorii terțului.

Pe cale de consecință, legiuitorul renunță la efectele publicității asupra bunei-credințe a terțului, optând pentru o **cunoaștere efectivă, respectiv posibilitatea unei cunoașteri efective, independente de publicitate**. Cu alte cuvinte, societății nu îi va fi suficient să probeze publicarea limitării, ci va trebui să dovedească, în plus, verificarea efectivă de către terț a registrului sau faptul că a aflat ori putea afla pe altă cale. Această soluție e justificată de faptul că activitatea unei întreprinderi poate fi foarte prolifică, iar obligarea terților de a studia în permanență actul constitutiv și deciziile organelor deliberative ar fi abuzivă. Se remarcă astfel sporirea protecției conferită terțului în această ipoteză. Spre deosebire de dreptul comun al mandatului aparent, reglementat la art. 1309 alin. (2), respectiv la art. 817 C.civ., în cazul depășirii puterilor de reprezentare de către administratorul societar nu se mai cere ca eroarea în care se află terțul să fie provocată de comportamentul reprezentatului.

Astfel, raportul dintre administrator și societate se prezintă sub forma unui contract special de administrare a bunurilor altuia, ale cărui dispoziții

---

<sup>61</sup> Pentru comentariul critic al anumitor soluții jurisprudențiale contrare, a se vedea: L. TEC, op.cit., p. 1.

privitoare la puterea de reprezentare conțin derogări de la dreptul comun, acestea fiind în concordanță cu modul specific de exercitare a capacității de exercițiu aferent acestui subiect de drept.

### III. Concluzii

Ne-am propus să punem față în față a unele opinii doctrinare, cel puțin parțial contradictorii și să prezentăm o perspectivă proprie prin raportare la acestea, respectiv la normele legale aplicabile. Prin argumentele expuse și discuțiile prezentate, am încercat să răspundem întrebărilor preliminare, creionând astfel o concepție proprie cu privire la anumite subiecte de interes aferente puterii de reprezentare.

Astfel, ne-am îndreptat întâi atenția asupra puterii, ca prerogativă, în calitate de gen al puterii de reprezentare. În acest sens, am încercat să argumentăm faptul că puterea este o legătură între persoane care impune anumite îndatoriri inerente beneficiarului ei, fiind apte de a genera sancțiuni specifice. Am constatat, în acest sens, cum că una dintre aceste îndatoriri se referă la faptul că acela care dobândește puterea se vede nevoit să acționeze măcar parțial în interesul celui care i-a conferit (iar nu transmis) această prerogativă.

Intrând în miezul discuției, am stabilit cum se comportă puterea de reprezentare în ecosistemul dreptului civil, concluzionând în sensul că nu derogă de la principiul relativității efectelor contractului, ci discuția se poartă pe terenul conferirii puterii și al jocului dintre consimțămintele reprezentantului și al celui reprezentat. În acest sens, am analizat în mod critic o opinie originală, însă lipsită de pragmatism, conform căreia există o separare între consimțământul dat la încheierea contractului de mandat și cel



dat (prin act unilateral) la conferirea puterii de reprezentare, părere la care nu am aderat.

În ceea ce privește aria de acoperire a puterii de reprezentare, ne-am opus fără echivoc tendințelor de extindere a obiectului la faptele juridice sau actele materiale, rămânând fideli concepției clasice referitoare la încheierea actelor juridice prin reprezentant, ca unică ipoteză admisibilă. În fine, am încercat să înlăturăm orice fel de confuzii între reprezentare și alte instituții aparent similare, context în care ne-am distanțat de păreri conform cărora ar exista alte mecanisme care, fără a conferi putere de reprezentare, ar fi apte de aceleași efecte ori de opinii care susțin caracterul de drept comun în materie de reprezentare al controversatului contract de administrare a bunului altuia.

Nu în ultimul rând, în urma efectuării unei paralele între mandatul administratorului unei societăți și cel de drept comun, am conchis în sensul existenței unei relații de la general la special între cele două, mai cu seamă datorită admiterii existenței unui contract *sui generis* de administrare sau administrație care funcționează exclusiv în raporturile dintre administrator și societate. În acest context am relevat elementele derogatorii ale acestui tip de reprezentare, observând faptul că sursa diferențelor este Registrul Comerțului, ca sistem de publicitate legală. Ca atare, dat fiind caracterul eclectic al „mandatului legal” exercitat de administratorul societății, o înțelegere deplină a puterii de reprezentare în acest context necesită cunoașterea dreptului comun în materie, precum și realitățile la care se pliază: specificul dreptului societar, un sistem esențialmente pragmatic și necesitățile sale.

Pe cale de consecință, fără a mai insista asupra importanței incontestabile a mecanismului reprezentării în realitatea juridică actuală, subliniem că aceasta este o veritabilă putere demnă de a fi înțeleasă și utilizată

în deplina sa complexitate, cu perspectiva adaptării sale la evoluțiile viitoare ale domeniului juridic și economic deopotrivă.

## ARTICOLE

### DISCURSUL JURIDIC. O INTRODUCERE. (I)

---

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).3.3  
Data publicării online: 09.03.2021

---

Paul VASILESCU\*

**Concis.** Cercetarea legilor ca resursă formală de norme juridice pare incompletă dacă nu subliniem rolul și funcția textului scris despre drept. Juridicul devine prea vast când discutăm despre drept, fără atribut, nici obiect. Două tipuri de texte (de-drept și cel despre-drept) compun un discurs aparte, pe care ne propunem să-l înțelegem, ca să vedem dacă există drept ori doar un-anumit-drept. Cum se creează din cuvinte dreptul indefinit și cum e explicat el cu tentă, asta ne privește în paginile de foileton juridic început acum.

**Cuvinte cheie:** doctrină; interpretare; metadiscurs juridic; normă juridică; regulă; text-de-drept; texte-despre-drept; textualism.

---

\* Facultatea de drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj, [paul.vasilescu@law.ubb.cluj.ro](mailto:paul.vasilescu@law.ubb.cluj.ro)

THE LEGAL DISCOURSE. 0(NE)  
INTRODUCTION. (I)

**Abstract.** Researching the law, as a formal source of legal norms, seems incomplete without portraying the role and function of the discourse about the law itself. Two kinds of texts: the one of the law and another, about-the-law, compose a peculiar discourse (textual or not). We analyse this discourse to know if the law exists by itself, or if it exists only as some kind of law, adjectivated and described.

**Keywords:** legal doctrine, interpretation, metadiscourse, legal norm, rule, legal text, law, textualism.

LE DISCOURS JURIDIQUE. (NULLE)  
INTRODUCTION (I)

**Bref.** Personne n'ose réellement aujourd'hui séparer la source formelle de la loi du droit ; un supplément textuel du-droit surplombe le discours juridique – le texte-du-droit. Le juridique paraît trop inexact dès que l'on en parle génériquement, sans attribut ni objet, les deux manquant du vocable droit. Les deux sortes de textes juridiques (de-droit et celui du-droit) composent un discours (textuel ou pas) que l'on regarde à des fins compréhensibles, pour finalement pouvoir en déduire s'il y a un droit en soi ou bien uniquement un droit adjectivé – le droit-à-quelque-chose.

**Mots-clés:** doctrine; interprétation; métadiscours; norme juridique; règle; texte-de-droit; texte-du-droit; textualisme.

„Discursul despre drept poate fi despre justiție și imperative morale categorice, despre redistribuire și consecințe economice, despre instituții democratice și funcționarea lor; însă trebuie să recunoaștem că, oricât de diverse ar fi meta-teoriile care ar încerca să-i justifice existența și să-l încadreze sub aspect conceptual, fundamental, dreptul este un fenomen de interpretare a textelor<sup>1</sup>.” Punct ochit. Succint, s-ar putea conchide că discursul juridic este unul despre orice decidem că ne interesează în drept, la momentul de început al discuției. Există apoi și un mare avantaj, desprins din plenipotențialitatea iluzorie a juridicului – ni se permite să ne referim la drept în general. Mai apoi, căutând concretul, ne surprindem că analizăm o categorie al cărui conținut îl construim doar în măsura în care vorbim despre ea. Dreptul ni se lămurește prin discursul despre sine. Ar fi poate primul dintre motivele pentru care recurgem la interpretare. Următoarea rațiune a căutării ajutorului interpretativ se ascunde în substanța textuală a dreptului aplicabil. Care drept? Sunt mult prea multe viziuni despre ceea ce ar fi dreptul în general, ca să mai putem afla ce este el de-adevăratelea. Sunt prea multe texte-de-drept de citit ca să nu fim forțați să le ignorăm.

*Despre.* Acesta ar fi pivotul lexical care ar permite ca dinamica discursului juridic să prindă o elongație excentrică. Despre drept se poate spune infinit de multe, în orice registru. Despre dreptul succesoral sau dreptul administrativ, se pot spune mai puține, iar despre dreptul de abitație al soțului supraviețuitor sau gestiunea delegată infinit mai puține. Cu cât privești mai adânc într-un anumit text-de-drept, cu atâta el îți spune mai puțin, mai nimic. Dacă dreptul îl condensezi la o normă juridică aplicabilă acum, discursul *despre* se chircește și mai mult. Pentru anumite materii juridice, dreptul se

---

<sup>1</sup> A. MERCESCU – *Drept-Interpretare in R. BERCEA, A. MERCESCU – O scurtă introducere în drept*, Humanitas, București, 2018, p. 82.

reduce la unele propoziții legale, cristalizate în norma care îl poartă și promite. Dacă dreptul ar fi (numai) norma juridică, atunci discursul juridic s-ar înfățișa lapidar; norma e însuși textul-de-drept, libertatea de interpretare fiind textual limitată. Frecvent, însuși obiectul textului de lege impune o restrângere a interpretării textualiste – ce s-ar putea discuta atât de abundent despre redevența concesionarului ori funcțiile primarului? Cu cât e mai concret-tehnic un text-de-drept, cu atât interpretarea sa e mai textuală? Concretețea obiectului textual conține semantica în drept.

„În sensul prezentului cod, prin uzanțe se înțelege obiceiul (cutuma) și uzurile profesionale”. Iată un text *de lege*<sup>2</sup>! Cât se poate discuta *despre* el? Și ce? Justifică acest text-de-drept un efort analitic dincolo de descriptiv? Tehnic și concret, a discuta *despre* textul anterior reprodus ar fi să definești, să explici și să exemplifici cutumele și uzurile. Majoritatea textelor constructoare de drept sunt platitudini; ele exprimă reguli sociale, nu sisteme ontologice. Textul-de-drept este plat; el trebuie extras și expeditat în alte dimensiuni. Un text *de lege lata* constituie în sine un discurs *despre* care se poate construi un alt discurs sau text-despre-drept. Ultima specie de discurs poate fi extinsă, sagace și foarte savantă, rămânând totuși exterioară textului *de lege*, și tot unidimensională. Confuzia dintre cele două feluri de texte (/discursuri) ar trebui evitată și fiindcă au efecte și rațiuni diferite. Unul dintre aceste texte există ca obiect al celuilalt. Ambele ne zidesc discursul juridic, iar de-a lungul evurilor, a fost câteodată mai important și mai interesant ce s-a spus despre drept decât textul-de-drept însuși, cel care a iscat discursul *despre*.

În definitiv, am amintit ceva elementar – de ce să confundăm litera legii cu textul despre lege. Dacă distincția e validă, următoarea chestiune ar fi

---

<sup>2</sup> Art. 1 alin. (6) C.civ.

cum se face că interpretarea dreptului premerge frecvent confecționării sale. Altfel spus, de ce obiectul textual este asimilat de reflexia sa? Pentru că dreptul le-ar cuprinde pe amândouă? În caz afirmativ, am plăti din nou tribut indefinitului inițial. S-ar credita din nou ideea că dreptul ar fi ubicuu și indefinit egal cu sine oricând – lege, normă, doctrine. Interpretarea normei de drept poate fi necesară, e salvarea și groparul textului-de-drept. Producția unui discurs privind (la) un text de lege anume nu este neapărat un exercițiu intelectual inocent. De cele mai multe ori avem de-a face cu unul aplicativ și orientat de descoperirea unui anumit sens, util cauzei. Sensul dreptului astfel dezvăluit ține loc de regulă, aplicându-se. Cât din textul interpretativ este normă și cât este discurs despre normă? Există o limită a interpretării? Dincolo de varii răspunsuri, pare real-juridic riscul ca discursul despre normă să se substituie normei (în sine); un text egal un text. Cel puțin două idei-consecințe ar fi de semnalat.

Prima se referă la dreptul indefinit. Acesta ajunge să cuprindă discursiv atât textul normei cât și textul despre regulă, ultimul dând un anumit sens regulii, cel aplicabil. Vortexul discursiv atrage întregul, dreptul redevine totul – lege și interpretare, fond și formă, mijloc și scop, discurs și metadiscurs juridic. Non-echivocul e livrat numai dacă reușim să tranșăm static, didactic și secvențial limita dintre diferitele specii de discurs și texte juridice; interesantă fiind aici deosebirea între textul-de-drept și textul-despre-drept. Imperativul dezambiguizării ar fi practic. Aplicarea regulii juridice are nevoie de un sens *in actu*; norma fiind una de comportament, iar acesta trebuie orientat, dirijat, mai degrabă către ceea ce lămurește discursul despre normă decât către ceea ce cuprinde textul acesteia. Explicarea sensului normei e interpretarea, iar miza nu este pur textualistă și intelectuală, ci

utilitară și de acțiune socială – ne vom comporta cum ni se explică că ar trebui să o facem.

Autoreferențialul discursiv al dreptului rămâne încă vizibil. Deși de natură textuală, el reușește totuși să scape strânsorii sale discursive; dreptul evadând eficient în viața oamenilor, căci el nu este o teorie, ci o acțiune. Rațiunea pragmatică a textului-de-drept unește capetele desprinse ale cercului juridic; discurs-acțiune. Explicând un text juridic cu ajutorul altuia, ne concentrăm pe cel ce clarifică sensul primului, cu urmarea practică să punem în operă textul legii în direcția hotărâtă în textul-despre-drept. Prima acțiune promisă și permisă de drept ar fi, deci, să înțelegem textul dreptului, însă dreptul *in actu* ni se poate înfățișa tot ca (un) text, cel despre sensurile dreptului aplicat. Pilde ne stau deciziile judiciare, hotărârile administrative ori cele constituționale; toate acestea sunt îndrituite să lămurească dreptul, să-l spună, să-l supună, să-l aplice. La fel se petrece cu fiecare dintre noi, atunci când luăm o decizie juridică – acționăm în considerarea sensului pe care îl credem comun și propriu textului-de-drept (dat); suntem acum dotați cu un discurs explicativ, prins sau nu într-un text (anume). Rezultă aproape sigur că aplicarea dreptului are nevoie de un sens al acțiunii, indicat de ceea ce înțelegem (din drept) la momentul acțiunii. Semantica normei se detașează de textul-de-drept și se imprimă în textura acțiunii sociale. Deci, nu totul ar fi chiar text, dar totul începe de la unul, de fiecare dată altul, în funcție de interes. Texte juridice fondatoare. Dacă există, vor fi ele de-drept sau despre-drept?

Autoreferențialitatea dreptului și cuprinderea juridică simultană a celor două specii de text (-de-drept și cel -despre) potențează inflația substanțială a dreptului indefinit. Nu e vorba de cantitatea de texte-de-drept (sau -despre), ci de adăugarea de sensuri la menirea dreptului acceptat ca



ansamblu (sau sumă) nedefinită de reguli juridice. Cuprinzând și partea de text-despre-drept, discursul juridic își poate promite și permite orice astăzi. Își permite îndoit ceea ce își refuza atunci când dreptul nu era decât un text oarecare. Dublul-de-drept reprezintă cuprinderea discursivă atât în textul *de lege lata*, cât și în trena sa textual-explicativă, a sensurilor lumii, a imperativelor sale urgente (sociale și economice; individuale și generice). Astfel se vede lumea noastră de-drept mărită – o lume de soluții juridice găsite pentru oricâte probleme ar exista. Textul care augmentează de-drept realitatea, corectând îndoit lumea, ne invită în bula discursivă a juridicului, unde se aglutinează dreptul și explicația sa. Ultima include rațiunea și sensul normei de-drept. Situația nu e tocmai un eveniment (cultural) nou, din moment ce ordinea lucrurilor era demult dată pe mâna (discursului) dreptului. Pare-se că totul a început din ziua în care ni se lămurea că dreptul e fracție a logosului, dacă nu chiar întruparea lui socială. Drept divin și drept pozitiv. Două specii de discurs, etalate ca exemple, care întemeiază lucrurile juridice – cuprinse în ordini generice atât de diferite, folosind însă același instrument discursiv principal: textul-de și textul-despre (-drept). Fiecare dintre cele două sisteme explicative are rațiunea și vocația să furnizeze infinite sensuri și temeuri juridice, pentru aceleași provocări inexplicabile *de facto*. Faptele ori obiectele sunt similar-identice, explicațiilor lor juridice se pot vădi însă contradictorii.

A doua idee ar pune accentul pe sursa-de-drept, datorată tot autoreferențialității discursului juridic. Se deschide o discuție ce se încheie într-o aporie: este doctrina sursă de drept? Căutătoare de sensuri, expuse pe diferite paliere și uneori *pro domo*, doctrina juridică are trufia profesională aproape legitimată de a stabili ea textului-de-drept sensurile irefutabile. Că respectivele sensuri doctrinale sunt cel mai frecvent ignorate cotidian de

juriști, de practică, nu importă, pentru că aici nu interesează efectivitatea doctrinei, ci doar semnalarea funcției sale narativ-interpretative. Doctrina e o mașinărie discursivă; fără monopol, ea produce autorizat textul-despre-lege, iar importanța ei atârnă cel puțin în cantitatea de texte. Despre calitate nu se vorbește la paușal și, în plus, ea ar implica și o judecată de valoare, ocolită ca metodă de când s-a desființat cenzura. Textele doctrinale, adică cele produse de doctrinari, vor să pună ordine în haosul discursiv produs *de lege lata*. Discursul doctrinal este ineluctabil, el materializând prin definiție textul *despre* drept, iar nu unul *de* drept.

Dreptul contemporan – pe care îl trăim și îl comentăm ori aplicăm astăzi – *este* un text juridic special despre exigențele organizării unui fragment social. Discursul juridic este stabilit în scris, iar referințele la un alt drept decât cel cuprins textual sunt fie naive, fie marginale intelectual. Micșorarea dreptului la lege, la litera ei – la discursul scris, tipărit, publicat și prezumat citit deja de toți – este o realitate aproape plenară. Distincția dintre drept și lege există tehnic (și de-drept și în textele juridice), dar o ignorăm acum. De altfel, diferența obținută prin scăderea legii din drept e infimizezimală, pasionând o minoritate minusculă, și te poți astfel întreba dacă textul de lege ar mai avea efectiv vreun concurent juridic redutabil. Oricum, la textul-de-drept mai adăugăm și practica juridică, precum și cea judiciară care, la rândul lor, (aproape) în întregime se constituie într-un discurs ce prinde forma textuală. Aceste variațiuni de texte juridice ne captează atenția doar în calitatea lor certă de izvoare normative *formale*.

Prin urmare, nu ar fi foarte inexact să observăm că textul-de-drept e sinonim practic cu legea *lato sensu*, cu sursa formală și discursivă a normelor juridice. Toate legile se montează, articulând discursul-de-drept, ce frecvent ne este prezentat prin iluminarea valențelor sale practice, ca ordine juridică.

Înainte de a deveni o normă juridică, ea există ca text. Diferența dintre *text* și *discurs* nu este esențială aici și nici operațională, după cum efectele concrete ale normei ori valoarea sa nu sunt cercetate. Evident că și o sintagmă, și un cuvânt pot fi text, nefiind decât prin excepție un discurs propriu-zis, ci doar fragmente intelectuale ale acestuia, însă construcția textuală (ori verbală) a dreptului o vom lăsa pe mai târziu. Observând peisajul juridic contemporan, este acceptabilă premisa că dreptul este (și) un text-de-drept (*de lege lata*). Pozitivism de tip legalist. Ne gândim la trei argumente pentru a-l admite, formal și discursiv.

i. Orice viziune pozitivistă poate fi combătută, cu atât mai mult legalismul discursiv. O tehnică pură a dreptului are nevoie de o cercetare a literei legii pusă (*lex posita*), cuprinsă în textul actului (normativ). Actul e normativ indiferent de tipul de norme create – publice ori private; actul normativ – fie el lege sau contract – este suportul discursului juridic normativ a cărei aplicare are nevoie de citirea, înțelegerea și aplicarea regulii. Regulile juridice se pot afla și în altă parte decât în *instrumenta* normative, în în-scrisuri exprimând textul normei. A citi o lege nu semnifică a nimici sursele dreptului, ci a vedea și înțelege litera înfățișată *de lege lata*. Sursele alternative de drept, care refuză uneori să se exprime în scris, sunt covârșitor tot discursuri, iar practic le privim ca texte, ca discursuri în-scrise. Dreptul oral, cât mai există, rămâne un discurs-de-reglementare și se deosebește de textul-de-drept doar prin suportul fizic. A auzi și a citi sunt identice. Textul-de-drept desemnează, prin urmare, norma sau regula juridică, indiferent de tipul de discurs care o exteriorizează; a vorbi și a scrie sunt identice, pentru existența în drept a normei juridice. Toate acestea ar fi temeiuri ce să ne permită identificarea unui discurs-de-drept identic cu sine însuși, indiferent dacă e scris sau nu; prin urmare, simplu ar fi să folosim textul ca unitate de măsură

și expresie pentru regula juridică. Dacă aceasta există, ea există ca text-de-drept.

ii. Orice viziune pozitivistă poate fi combătută, cu atât mai mult legalismul discursiv. Bătălia crâncenă se dă însă pentru textul de lege. Acesta îndrumă, interzice și obligă oamenii, pentru că este text-de-drept. Lupta nu e textualistă decât în aparență, căci textul nu își sur-prinde subiectul. Acesta rămâne înafara textului, expulzat, conformându-i-se, indiferent dacă îl înțelege. Lupta textualistă ar fi un efort de interpretare, de stabilire a comportamentului exact comandat de norma-ca-text. Interpretarea textului nu e lingvistică, decât prin accident. Cercetarea gramaticală a unui text-de-lege este o metodă curentă, dar are numai valoare simbolică – de stabilire a semanticii textului – nu de măsurare a intensității deontice a textului-de-drept. Neînțelegerea textului ne plasează înafara lui, fără să-i evităm aplicarea. Dacă înțelegerea ar valora consimțământ, sigur aplicarea legii nu necesită comprehensiunea textului. De altfel, textele sunt înțelese cel mai bine de juriști, profesioniștii alonjelor discursive, a actelor adiționale la textul-de-drept. Majoritatea nu e compusă din juriști, iar aplicarea normei nu e condiționată de acceptare sau înțelegere. Cea din urmă e pendinte de citirea textului și refacerea sensului său aplicabil. Unde scrie? – prima întrebare. Ce vrea să spună textul? – a doua întrebare. Textul de lege înlesnește viața juridică prin predictibilitate, fără ca echivocul textual să o împiedice incomprehensibil.

iii. Orice viziune pozitivistă poate fi combătută, cu atât mai mult legalismul discursiv. Lupta este pentru sens, sensul e în text, textul e în lege. Cuvintele construiesc textul-de-drept ca un turn; babilon. Amestecul de sensuri în aceeași limbă, cea a textului, nu se lasă ușor descâlcit. Nu este vorba nici de semiotică, nici de vreo hermeneutică specială, ci de o luptă pentru

putere. Câștigă cine stabilește, redactează sau impune textul-despre-drept ce înglobează sensul practicabil social. Ultimul cuvânt scris juridic îl are astăzi *Casația*, textul acesteia fiind simultan de- și despre-drept. Sensurile alternativ propuse – până la reducția de realitate operată de *Casație* – nu sunt decât suplینitori de sens, în absența celui original căutat și re-găsit prin altul. Supleant de nomothet. Unanimitate ar fi de fiecare dată când se identifică sensul textului-de-drept cu cel deciptat prin analiză și judecat în ultimă instanță a fi astfel. Producția textului-despre-drept ține loc de text-de-drept când îl explică și apare din facultatea de judecată; nu comprehensiunea, ci competența materială ultimă decide substituirea textului-de-drept cu cel despre lege. Mecanismul și procedura de producere a adevăratului sens al legii nu e simplă chestiune de fapt, pendinte de facultatea de înțelegere și scriere a unui text, ci *de jure*. E nevoie de o autorizare *expressis verbis* ca textele să poată fi substituite, iar sensul să fie cel hotărât în textul-despre-drept. Altfel nu ar funcționa nicio curte (de casație ori constituțională) ca instituții supreme ale sensului stabilit *de jure*. Producția de adevăr juridic are în prealabil nevoie de o mașinărie de manufacturat sensuri textuale, prin elaborarea unui discurs despre *de lege lata*. Discursul juridic nu se emite la infinit, ci se oprește la sensul hotărât și ieșit din text în lumea multidimensională. Textul-de-drept are sensul care i se oferă. Legiuitorii supliniți sunt uzurpați de locotenenții competenți material să ne spună despre drept? Discuția începe să epuizeze textul și să atragă în context dezbaterile despre legislativ, despre puterea de a genera norme și despre limitele interpretării, care devin uzurpatoare în măsura creativității lor normative. Bătălia se duce pentru tron, textul suportând orice.

Un discurs poate fi analizat și în sine, indiferent dacă e juridic sau nu. Prin urmare, se poate admite că discursul „juridique est la mise en œuvre de

la langue, par la parole, au service du droit<sup>3</sup>”. Dar, nu intenționam să instrumentalizăm limba ca vehicul al discursului sau să prezentăm textul-de-drept ca formă de expresie a comunicării juridice. Dreptul nu e un fapt de limbaj, ci o structură normativă, nu sintactică. Motiv pentru care metoda gramaticală pare doar una de cercetare a sensurilor cuvintelor considerate juridice pentru că sunt prinse într-un text-de-drept. Cu propunerile sale semantice specifice, lingvistica ar ocupa un loc instrumental, dar nu unul definitoriu, în cercetarea discursului-despre-drept, funcția sa diminuându-se la momentul analizei unui text-de-drept. Dreptul nu e simplă manipulare textuală, ci un ghid de acțiune eficientă social. Dreptul nu pare un experiment lingvistic, nici simplă tramă discursivă. Puterea dreptului nu (mai) constă în forța cuvintelor, în ascuțimea textelor, ci în eficiența socială a propriei sale autorități, în utilitatea sa politică. Sancțiunea și alternativa sa lexical edulcorată – remediul –, fără a uita de pedeapsa juridică propriu-zisă, toate, imprimă în social dreptul. El invadează societatea, fiind pragmatic și programatic politic. Asupra acestor aspecte majore tăcem aici. Ne captează atenția ideea că dreptul se prezintă ca discurs scris atunci când vorbim de norme juridice. De unde, „text juridic” nu e tocmai identic cu textul-de-drept. Pe ultimul îl reducem la dreptul-normă, adică la discursul care cuprinde regulile juridice concrete, text juridic putând fi chiar și un text-despre-drept. Astfel, pentru a marca această diferență, avem tendința firească de a comprima discursul-de-drept la textul-normă, la litera legii (oricare ar fi ea). Prin urmare, se poate admite că analiza textului-de-drept să fie una textualistă, fără să fie însă structuralistă ori postmodernă. Avansăm, primul pas l-am face încuviințând că discursul-de-drept este un text, o structură

---

<sup>3</sup> G. CORNU – *Linguistique juridique*, ed. Montchrestien, Paris, 2005, p. 207.

normativă discursivă, nefiind însă exclusiv un simplu fapt de limbaj și comunicare, ci un eveniment social. Al doilea pas ar fi să punem în paranteză textul-despre-drept, cel care compune discursul explicativ al textului de lege (fapt).

Legea ca stare-de-text este un fapt. Norma ca text-de-drept devine un fapt social, forțându-ne să abandonăm palierul analizei textualiste a discursului juridic. Energiile legislative consumate, efectele produse ori promise social, precum și dezideratele ce înconjoară orice text-de-drept, nu ne mai permit să-l limităm la discursul juridic pe care îl exprimă. În definitiv, ignorarea evidenței că actul normativ e un text și tratarea lui utilitaristă este un reflex necondiționat al oricărui jurist, el fiind captivat de efecte-de-drept, iar nu de cercetări textuale ori lingvistice. Eșecul unui text-de-drept promite discursul-despre-drept. O normă juridică începe să intereseze ca fapt de limbaj atunci când e obscură, când sensul ei se despică și se întretaie cu rațiuni vecine și opace. Surprinși, memorăm că norma este (și) un text pe care trebuie să-l înțelegem, pentru a-l re-pune în funcția sa socială. Faptul interpretării sale lingvistice consolidează starea de fapt a textului-de-drept și îl expediază în juridic cu un anume sens. Un efort de interpretare rămâne un fapt, tratând norma ori regula ca un text (fizic), căruia i se promite o valoare semantică proprie și un efect juridic nou (meta-fizic). Orice interpretare juridică este doar un discurs-despre-drept. Rațiunea textului este să fie interpretat. Aparte, legi interpretative – textul-de-drept-conținând-textul-despre-drept.

„Interpretarea juridică” e un oximoron. „Contractele se interpretează după voința concordantă a părților, iar nu după sensul literal al termenilor<sup>4</sup>”.

---

<sup>4</sup> Art. 1266 alin. (1) C.civ.

Dacă aceasta este regula-interdicție aplicabilă (ne-)înțelegerii normelor private, cu atât mai mult o asemenea regulă s-ar impune și la citirea normelor publice. Nu e locul aici să explicăm cum ar coexista „voința concordantă” cu discordanța volitivă a părților, nici cum se extrag din deosebiri asemănări, ci să marcăm locul textului în construcția acestei reguli de interpretare. Nu discutăm nici paradoxul interpretării volitive-non-literale a contractelor formale (autentice, tipizate, forțate ș.a.), ci doar funcția textului și puterea interpretului. Funcția textului pare aci una secundară; semantica este exilată cu tot cu textul-de-interpretat în afara textului-de-drept. Amintim că e vorba doar despre textul-de-drept materializând sursa formală a normei private (*înscrișul*), iar tipul acesta de normă îl dăm exemplu, justificat prin frecvența sa practică. Interpretarea lingvistică pare imposibilă fără un text, fără recursul la vocabular, la semantica și sintaxa descrise de gramatică; de unde, o asemenea interpretare gramaticală e una textualistă, iar singura caracteristică a discuției ar fi că acum ne referim la un text-de-drept convențional.

Contactul acestui tip de text convențional cu cel de lege se realizează în cel puțin două puncte: *înscrișul* și norma. *Înscrișul* este suportul sau chiar instrumentul textului-de-drept, un lucru (fapt) ce își câștigă unicitatea juridic-semantică prin efortul de interpretare – o putere *din fapt. Forma dat esse rei, in solemnibus*. Voluntarismul juridic comandă categoric se ignorăm o semantică ulterioară, căci voința inițială, nu litera, face dreptul (obiectiv, subiectiv – după caz). Însă investirea volițională cu sens – adică *in extremis* cu efecte juridice, a unui text-de-drept a eșuat din clipa contestării sale, a transformării sale în obiect de analiză textuală. Interpretarea voinței trebuie făcută textual, din moment ce voința inițial nomothetă<sup>5</sup> e respinsă ca sursă-

---

<sup>5</sup> Negarea inițială a voinței nomothete s-ar putea să fie cheia înțelegerii decăderii sale. O voință juridică care nu se impune evident și inițial este cel puțin ciobită în funcția sa de generator de



de-drept. Ulterior, este nevoie deci de limpezire, iar cercetarea textului e inevitabilă. Niciun voluntarism juridic nu exclude fățiș textualismul înțeles ca modalitate de pătrundere a sensurilor dosite în textul-de-drept. Voluntarismul convențional ar fi ținut să repudieze textualismul și interpretarea urmelor scrise. Interpretarea vine de la cel-de-al-treilea. Generic însă, puterea interpretului cum o cântărim? E absolută? Depinde de text.

Poate că alăturarea normei private de cea publică sugerează imperativul de a accentua originile voliționale ale celor două, nevoia de a despica sursa dreptului, pentru a o înțelege. Nu sondăm substanța volițională (sau nu) al unui text-de-drept, dar nici măcar raporturile stabilite între cele două tipuri de norme juridice. Din moment ce există norma, ea este un discurs (text), iar cercetarea textului acestui discurs ne promite câteva sensuri juridice, iar nu dezvăluirea originii sale. Abordând discursul juridic, nu ne dorim să reducem totul la text, ci să indicăm la final rolul și puterile textualismului. Perspectiva ne permite ca mijloacele folosite pentru analiza textualistă a unei legi să fie reutilizate și pentru inspecția discursului contractual, pe care nu o amânăm. Indiferențierea textelor-de-drept face ca ele să nu cuprindă subiectul lor generator, dar nici obiectul. Subiectul rămâne distinct, nefiind absorbit de text; structuralismul textual, care înghesuia totul înăuntrul textului, nu e cale și nici consecință a textualismului juridic. Cel din urmă e modest, prezintă normele (moderne) ca texte-de-drept, un obiect pe care încearcă să îl înțeleagă, fără a invada realitatea cu o textură narativă. Cel

---

efecte juridice și întoarsă la originea sa (de fapt). Interpretarea voinței nu se poate face decât după forma sa de expresie, ceea ce aduce dovada neputinței sale de-drept și a rămânerii ei în starea originară (fapt). O stare de fapt (interpretarea, textualistă sau nu) cum poate transforma o altă stare de fapt (voința contestată) într-o realitate de-drept?

puțin în lumea juridică, se pot depista și alte realități decât cele pur textuale (fapte). Lumea-ca-text e unidimensională; un discurs ce poate absorbi propriile sale sensurile narative fără rest și importanță în planul adâncimii. Vine un timp în care logocentrismul trebuie abandonat, observând adâncimea faptelor sociale și politice; acolo se promit sensurile esențiale ale dreptului, în rest, el e mai puțin. Epura juridică e logomahie.

Autorul textului-de-drept nu e chiar ostaticul textului. Cert, el trebuie să-l observe, odată discursul fiind public făcut, dar poate să (și) schimbe textul. Statul (autorul normei) are puțința de a modifica sau aneantiza textul-de-drept, operând din afara textului, nu din rețeaua textuală normativă sau de sens pe care el a creat-o. O schimbare discursivă vine din exteriorul textului direcționată înspre text. Textul-țintă. Generând texte-de-drept, autorul-nomothet nu poate rămâne complet în afara lor, căci la un moment dat, și el va fi subiectul lor. Se întâmplă astfel de îndată ce autorul își adresează textul. Monologând legislativ, autorul se transformă în supus al textului; o reflexivitate a normei. Sau, autorul textului devine ținut în realitatea-de-drept nu atât textuală, cât efectivă a mecanismelor și exigențelor democratice ale statului-de-drept. În acest context, chiar nomothetul devine supusul textului, acceptând imperative juridice irefutabile a căror textură textuală rămâne indiferentă. *Pacta sunt servanda*. Esențial, imperativele categorice ale statului de drept nu sunt (neapărat) textuale, iar cele cuprinse formal în discursul-de-drept nu sunt decât un memento *de lege lata*. Libertatea fiecăruia dintre noi nu este o creație textuală sau o realitate-de-discurs, ci ține de viața noastră care nu e text. În adâncime, dreptul încetează cu discursul. Dreptul-la-fericire. Obiectiv-subiectiv.

Destinatarul textului-de-drept poate fi ținut de text în realitate. Orice normă publică se adresează persoanelor, care vor fi prinse în raporturi

juridice concrete; pentru apariția acestora nu este suficient textul, ne mai trebuie și altceva (de fapt). Raporturile concrete de drept fiscal, administrativ, comercial etc. surprind subiecții, îi fac captivi, dar nu textului ci realității juridice, cea care conține și consecințele sociale descrise ori promise în text. Fenomenul se întâmplă identic și dacă textul-de-drept este unul privat; diferă doar consecințele sociale, autorii discursului fiind adesea omonimii subiecților din text. În privat, fiecare e liber să-și aleagă textul, pe care mai apoi și-l traduce în fapt cum îi reușește. Gradele de libertate caracterizează discursul juridic, valoare lor fiind eșalonată variabil. Libertatea și raporturile sociale de drept au evadat discursului, și indiferent de intensitatea lor sau consistența lor, ele pot înceta ca realități discursive; ele devin substanțial juridice când discursul de oprește. Miza textului-de-drept ar putea fi chiar exteriorul, realitatea nondiscursivă a textului-de. Semantica juridică se stabilește excentric discursiv. Debordând propriului discurs, dreptul ne ilustrează exact ce și cum poate face din realitate. Potențialitatea normativă e captivă textului, fiind o promisiune juridică. Împlinirea juridică e socială, non-textuală, și autonomă față de autorul textului-de-drept, depinzând de subiecți. Subiectul se află în subtext, în realitate, dar nicicum inclus în text. A treia dimensiune este cea a subiectivității juridice, refuzată oricărui textualism întemeietor sau interpretativ. Dreptul nu e ontologie (în-scrisă).

Subiecții riscă să cadă prizonierii textului-despre-drept? Poate e prea mult să vorbim acum de subiecți. Metatextul juridic are autor și mai puțin subiecți, oricine ar fi destinatarul discursului-despre-drept. Dacă nu normează nimic, textul-despre-drept nu se aplică (nici măcar) autorului, pentru că acesta nu devine subiect al unei norme necreate de propriul discurs. Motiv pentru care se și poate spune orice despre-drept. Cert, metadiscursul este un simplu text, el fiind analizabil ca orice narațiune, având vocații sociale

exact egale cu cele ale unei narațiuni (patriotice, de pildă). Discursul-despre-drept este continuu egal cu el însuși, aplatizat și unidimensional; un text care trebuie tratat ca atare, iar nu ca unul conceput să-și iasă din tipare, să creeze și adâncimi sociale relaționale, oricare ar fi valoarea sa ori emoția atașată. Aventura metatextuală juridică e una livrescă și explicativă, fiecare evadare e iluzorie, picarescă poate. Inclusiv metatextele juridice fundamentale rămân simple discursuri, surse uneori de inspirație pentru cei împluterniciți să facă texte-de-drept. Discursul-despre poate poseda o forță auctorială împrumutată fie *ad hominem* – de la autor, fie real – de la mijloacele dialecticii sale; nici un împrumut nu poate totuși suplini *imperiumul* textului-de-drept. Auctoritatea ar exclude chiar ideea de (alți) subiecți, implicând doar rolul de constructor de texte. Ceilalți ar fi doar publicul (citor sau nu). Punerea în context, exactitățile semantice și mistica substituirii textului cu supra-scrierea sa marchează mereu soarta și capcanele metadiscursului juridic.

Glosatori și post-glosatori. Dreptul modern apare din comentarii, din supra-scriere, prin adunare de sensuri și aduceri la zi a unor vechi texte. Textul-presupus-de-drept e adnotat, glosat, încărcat cu noi sensuri, cuprinse de un alt text, și astfel este inventat dreptul. O comandă politică, se va spune. O tradiție scoasă la lumină, se va observa. Are importanță?! Drept roman adus la zi. Prezența comentariului e substanțială și suprapusă textului-obiect inițial, unul deja neînsuflețit la momentul glosei. Legitimitatea ansamblului textual (glosă+) este furnizată de contextul istoric, de imperiul curiozității și al nevoii de justificare a acțiunii politice, civile, dar fără supra-scriere nu se întâmpla nimic. Călugări și monarhi. Dreptul bizantin era cercul discursiv mult prea lărgit prin lucrarea veacurilor; text-de-drept vlăguit. Glosând, expiratul text-de-drept se re-face, își re-vine și devine el însuși datorită

textului-despre-sine (glosa); astfel se re-scrie o nouă lege, text înviat. Lămurirea suprascrisă în glosă trage la lumină litera moartă; suprascrierea asigură (doar) legitimitatea noului text-de-drept. Inel discursiv închis acum, glosa devenind rațiunea textului-de-drept. În lipsă de nomothet – de voință autonomă și eficientă –, soluția găsită a fost una textualistă eteronomă: se re-ia textul (deja mort) și se re-scrie (ceva de-spre el). Rezultatul discursiv ar evidenția două texte distincte, însă efectul este unic și exemplar: textul-explicație devine chiar textul-de-drept; din două, unul. Iată pe scurt resurrecția (istorică a) unui drept-încleștat-în-text. Glosa era o digresiune explicativă, iar învățătura des-prinsă din glosare, la care poate nu subscriem, se vedește trainică. Și astăzi discursul-despre-drept tinde să ia locul textului de lege, cu ignorarea evidenței distincției dintre cele două (obiecte), a faptului că nu comentariul face dreptul; din două, una e legea. Cărțile despre drept nu sunt dreptul. Palimpsest juridic.

Legitimiteate inventată. O lege regăsită simultan prin comentariile unui drept inexistent, iată scopul glosei. Glosa este exemplul de textualism juridic extrem, care bricolează intertextual dreptul (promis). Dexteritatea interpretativă și eficiența textuală ce permit discursiv cuvintelor să fie de-drept ar fi trebuit să ne avertizeze de pericol – puterile textului devin nemărginite. Legitimiteatea nu se trage din cuvânt, nu șade în text. Limite.

„Putem justifica conexiunea între drept și cultură prin aceea că, în sens larg, dreptul este, probabil, una dintre cele mai puternice practici sociale semnificative, unul dintre cele mai bine caracterizate moduri de a fi în lume. Dreptul este, firește, un mod distinct de a imagina realitatea, o interpretare singulară a acesteia, un «actor cultural» instituționalizat, ai cărui diverși agenți [...] produc, ordonează și sistematizează sensul. Dreptul spune ceva despre comunitatea dată, după cum comunitățile produc și exprimă, prin ele

însele, dreptul. În această perspectivă, dreptul produce (și este produs de) cultură, *bref*, este un «obiect de cultură»<sup>6</sup>.

Textul-de-drept își întâlnește limita interpretativă când devine stare juridică, consecință și efect al practicilor sociale, producând o undă culturală de intensitate foarte variabilă. Textul se întoarce astfel către autorul său, care va trebui să îi stabilească (și) durata. Semantica juridică nu aparține doar discursului, ci debordează textual, întinzându-și exemplul și forța în perimetre descrise geografic, istoric. Textul în timp al legii și în hotarele sale politice se destramă, absorbit fiind din momentul înregistrării consecințelor sale sociale în acestea. Textul se resoarbe ca realitate nondiscursivă. Descrierea acestor efecte sociale ar compune o narațiune, uneori juridică și poate surprinsă într-un discurs chiar textual, dar nu într-un text-de-drept. Discursul despre drept poate fi juridic, dar practic abundă frecvent discursurile jurnalistice, politice ori economice despre o anumită stare juridică. Relatarea speței, a stării juridice concrete, nu este doar de resortul juridicului, adică instrumentalizat exclusiv printr-un text-despre-drept. Cel din urmă este de fapt rezervat profesioniștilor; ceilalți iau contact cu ceea ce s-a întâmplat juridic prin mijloace discursive din cele mai variate. E o probă că textul de lege inspiră – prin modelul discursiv propus – efecte narative diverse, dar și consecințe fără textură discursivă. Însărăcirea datornicului X executat, lipsirea lui Z de libertate ori de exercițiul unor drepturi, prefectul județului Sălaj și primarul din Simeria ș.a. nu sunt realități textuale, ci consistența socială a dreptului. Textul-de-drept prezintă un mare avantaj, fiind un reper, după cum enunță ceea ce ar fi dreptul; unde scrie. *Scripta manent*. Textul e sigur, deci; el fiind simultan o resursă și o înfățișare concretă a juridicului.

---

<sup>6</sup> R. BERCEA – *Drept-Cultură in* R. BERCEA, A. MERCESCU – *O scurtă introducere în drept*, ed. Humanitas, București, 2018, p. 160.

Să ignorăm textul-de-drept și să privim peste marginile sale discursive; acum dreptul ni se prezintă simultan ca prea-de-tot și imposibil de definit. Dreptul se contractă într-un produs cultural cu dată certă, care există ca practică socială efectivă, o stare juridică, nu un simplu produs-cauză livresc. Dreptul efectiv încetează să mai fie discurs. Pentru juriști, dimensiunea culturală a juridicului e mai puțin pasionantă, dacă nu de-a dreptul ignorată; pentru ceilalți, dreptul e înțeles nu ca discurs, ci ca urmări și însemne sociale, personale și economice – judecate într-o cheie morală, nejuridică. Socialul nu pare foarte juridic pentru profani – terți surprinși în afara discursului, iar impresia lăsată de-drept acestora se cântărește fără conținut juridic.

Acceptarea ideii că fenomenul juridic ar putea fi restrâns analitic la un discurs tehnic, pentru a fi apoi studiat ca text-de-drept, ne-ar îngădui o abordare textualistă și crearea de intertextualități distincte, cu topice diferite și funcții aparte. Un câștig ar mai fi și ilustrarea discursului întemeietor de obiecte juridice (*res*). Astfel, am fi îndemnați să evidențiem distinct textele-despre-drept, ele aglutinând într-un metadiscurs juridic și livrând sensurile promise dar nu întotdeauna și prezente în textul-de-drept. Un text are un sens singular doar când nu are niciunul juridic. Segregarea diferitelor specii de texte juridice – după cum sunt *de ori despre* drept – ar promite conturarea poate mai precisă a realităților netextuale existente deja în lumea juridică. Metadiscursul juridic produce normativism – în forme și grade diferite de pozitivism (legalist sau nu) –, rătăcit fiind în excursia după identificarea fundamentelor semanticii și a puterii de-drept. Textualismul pare un paspartu de desferecare a textelor-de-drept, după ce acceptăm că juridicul conține și un discurs normativ, iar nu unul pur narativ. Efortul lingvisticii este să arunce punți, adică să facă juridic acceptabil un metadiscurs textualist.

Vocabularul ar trebui pus deoparte, adică încredințat lingvisticii juridice, iar acesta ne apare deja ca o punte, deși sensurile de-drept stau mai degrabă în acțiune decât în cuvinte (puține și fungibile).



ARTICOLE

## HUNGARIAN CIVIL PROCEDURE PROVISIONS DURING THE STATE OF DANGER PERIOD

---

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).3.4  
Data publicării online: 09.03.2021

---

László PRIBULA\*

**Abstract:** In March 2020, the Hungarian civil procedure faced an extraordinary challenge by the unpredictable but widely threatening Covid-19 epidemic, which necessitated the introduction of provisions as effective as possible to protect public health. The task was challenging because the public does not only expect the courts to settle the legal disputes righteously, but, based on a century-long development in the history of law, the requirement of verbal and direct hearings has become of accentuated importance. The traditional model of civil cases centres around the public institution of hearings with the simultaneous presence of the judge, the parties, and their representatives, as well as other actors in the case. Simultaneously, the legislator accentuated the importance of concentrated and rapid case management, especially in the past few years. The extraordinary situation caused by the epidemic might have raised the complete close-down of courts. But, as there is no court proceeding without hearings, this solution could not have been acceptable by either the parties seeking to assert their rights or by court employees for reasons of human resources management, as the judgements of legal disputes would have been postponed for an undefined period. The interests of both the citizens seeking justice and the court employees could be fulfilled by a solution that created the conditions of uninterrupted jurisdiction and the avoidance of personal contacts to protect their health. After a necessary period of preparation resulting from the unexpected situation, this extremely difficult issue was solved by the Government Decree 74/2020 (from 31 of March), officially abbreviated as VEIR.,

---

\* László PRIBULA is University professor, head of Department of Civil Procedure at the University of Debrecen, Faculty of Law.

which *did not abrogate* the generally effectual procedure rules, but merely *adjusted them to the specificities of the crisis situation*. The same happened to the civil procedure too. During the period of the state of danger, in contentious (and noncontentious) cases, depending on the date of bringing of the action, the regulations of either Act III of 1952 (the 1952 Civil Procedure Code, henceforth 1952 Pp.), in force until the 31 of December 2017, or Act CXXX of 2016 (the current Civil Procedure Code, hereafter Pp.), in power from the 1 of January 2018, were applicable, with the amendments included in the government decrees. This different regulation formed the special state of danger procedure law to mitigate the consequences of the epidemic.

Keywords: Hungarian 1952 Civil Procedure Code, Hungarian Civil Procedure Code, Hungarian civil procedure, Hungarian Government Decree 74/2020

## Table of Contents

I.	The necessity of jurisdictional intervention as a result of the Covid-19 epidemic .....	115
II.	Issuing and dissolving the extraordinary jurisdictional intermission.....	117
III.	Provisional regulations of the procedural measures applicable during the period of state of danger.....	121
IV.	Preparatory stage in the procedure law during the state of danger.....	123
V.	The main hearing phase in the state of danger procedure law.....	126
VII.	Procedural remedies in the state of danger procedure .....	130
VIII.	Submitting documents in the state of danger procedure.....	131
IX.	“Lexodus”: the abolishment of the state of danger procedure .....	133
X.	Edifications.....	139

### I. The necessity of jurisdictional intervention as a result of the Covid-19 epidemic

In March 2020 – besides several other aspects of life – Hungarian civil procedure faced an extraordinary challenge by the unpredictable but widely threatening Covid-19 epidemic, which necessitated the introduction of provisions as effective as possible to protect public health. The task was challenging because the public does not only expect the courts to settle legal disputes righteously but, based on a century-long development in the history of law, the requirements of verbal and direct hearings has become of accentuated importance. The traditional model of civil cases centres around the public institution of hearings with the simultaneous presence of the judge, the parties, and their representatives, as well as other actors in the case. Simultaneously, the legislator accentuated the importance of concentrated and rapid case management, especially in the past few years.

The extraordinary situation caused by the epidemic might have raised the complete close-down of courts. However, as there is no court proceeding without hearings, this solution could not have been acceptable by either the parties seeking to assert their rights or by court employees for reasons of human resources management, as the judgements of legal disputes would have been postponed for an undefined period. The interests of both the citizens seeking justice and the court employees could be fulfilled by a solution that created the conditions of uninterrupted jurisdiction and the avoidance of personal contacts to protect their health. After a necessary period of preparation resulting from the unexpected situation, this extremely difficult issue was solved by the Government Decree 74/2020 (the 31 of March), officially abbreviated as VEIR., which *did not abrogate* the generally effectual procedure rules, but merely *adjusted them to the specificities of the crisis situation*. The same happened to the civil procedure too. During the period of the state of danger, in contentious (and noncontentious) cases, depending on the date of bringing of the action, the regulations of either Act III of 1952 (the 1952 Civil Procedure Code, henceforth 1952 PP.), in force until the 31 of December 2017, or Act CXXX of 2016 (the current Civil Procedure Code, hereafter PP.), in power from the 1 of January 2018, were applicable, with the amendments included in the government decrees. This different regulation formed the special state of danger procedure law to mitigate the consequences of the epidemic.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> About another field of the period of danger, see: *Judit Gál: A cégek működését módosító, a veszélyhelyzettel összefüggő szabályok, Céghírnök 2020.4, 1-2.* (Regulations during the state of danger modifying the operation of firms).

## II. Issuing and dissolving the extraordinary jurisdictional intermission

To understand the crucial provisions of the measures, it is essential to review the previous regulations. We have to highlight three significant dates. The first one was 3 pm, on the 11 of March 2020, when Govt Decree 40/2020 (the 11 of March) came into force, by which the Government issued the period of the state of danger, acting within its original legislative power laid down in Section 53 (1) of the Fundamental Law of Hungary. The second date was hour 0 on the 15 of March 2020, when the first article of Govt Decree 45/2020 (the 14 of March) issued the court vacation, and the third one was 3 pm on the 31 of March 2020 when VEIR. came into force, and simultaneously the court vacation was dissolved. Court judging restarted to work uninterruptedly, in civil procedures according to the effective PP. and the 1952 PP., with the government decree's alterations.

As a response to the epidemic, the legislator decided to issue an extraordinary court vacation, which had not been introduced previously in the history of Hungarian law. After a fortnight, the legislator abrogated the court vacation, and at the same time, created an extraordinary procedure law. It is worth reviewing the reasons behind these regulations.

The state of danger procedure law could not be introduced simultaneously to the announcement of the period of the state of danger, as the definition of the conditions required the proper arrangement of legislation, given that such procedure rules had not been without precedent. However, the state of danger demanded instant intervention. After the announcement of the state of danger, the parties could not perform specific procedural actions. Still, there was no legislation about the consequences, as

the duration and the legal effects of the court vacation were not arranged alongside the state of danger declared. (These were discussed in the instructions of the chairperson of the National Jurisdictional Authority (OBHE), being compulsory for the courts.<sup>2</sup>) As certain professional criticism highlighted,<sup>3</sup> the ordering of the extraordinary court vacation caused doubts because, without specific legal regulations, it could not be identified with the “normal” court vacation known in Hungarian civil procedure law. According to the Pp., each year, from the 15 of July to the 20 of August and from the 24 of December to the 1 of January, do not count in the time limit. This period is called court vacation, and the law associates the calculation of the time limits and the exceptions from the limits.<sup>4</sup> The main point of calculating the time limit of the “normal” court vacation was that its terminal date was predictable, resulting from the regulations of the law. At the same time, the legislator could not foresee the end of the extraordinary court vacation. Only those legal effect could be associated with the extraordinary court vacation, which themselves would have been included in the regulations specifying the extraordinary court vacation; however, there were no such regulations.

Moreover, the legal effects of the court vacation did not include the special cases discussed out of turn, or in case both parties requested the dispensation of the time limit, as in these cases, there should have been hearings even in this period<sup>5</sup> – which was to be avoided in the state of danger. Consequently, through analogy, certain courts applied the legal

---

<sup>2</sup> 35.SZ/2020. (III. 15.) OBHE decision, 37/2020. (III. 17.) OBHE decision.

<sup>3</sup> A peres eljárási határidők nem szünetelnek a rendkívüli ítélkezési szünetben sem, <https://www.origo.hu/jog/20200331-tuller-ugyved-iroda-rendkivuli-itelkezesi-szuket-peres-eljarasi-hataridok.html> (date of downloading: 18.07.2020).

<sup>4</sup> Pp., Section 148. (1).

<sup>5</sup> Pp., Section 148. (3).

effect of interrupting the procedure with regard to the state of danger, based on the concept that, according to the procedure code, the procedure is interrupted if the court is obstructed by an unavertable event, until the event terminates.<sup>6</sup> Even though certain authors supported this solution in literature<sup>7</sup>, according to the grammatical interpretation of procedure laws, the interruption can be established if the complete action of the court becomes impossible physically (war, natural disaster). However, in the state of danger, the courts worked, even though in limited conditions. Consequently, the primary duty of the newly created state of danger procedure rules was to dissolve this uncertainty and to regulate the transitory period between the state of danger and the extraordinary court vacation and the effectuation of the government decree.

The new special procedure law had to be applied in all the procedures – including the civil procedures – under the force of the VEIR., thus in all the ongoing procedures on the day of the effectuation, and not only in the procedures started after the effectuation of the regulation.<sup>8</sup> In order to proceed with the cases uninterruptedly, the naturally uncertain period had to be solved this way regarding the legal effects.

The final regulations of the VEIR. has determined important specifications regarding the transition. Consequently, if the deadline expired in civil contentious and noncontentious procedures during the period before the 15<sup>th</sup> day following the effectuation of the extraordinary court vacation – namely between the 15 of March 2020 and the 15 of April 2020 –, the time

---

<sup>6</sup> Pp., Section 119. (1) e).

<sup>7</sup> *Tímár Balázs*: A koronavírus kihívásai és a jogtudomány: „Telik, de nem múlik” – a polgári bíróságok a veszélyhelyzet idején, <https://jog.tk.mta.hu/blog/2020/06/a-polgari-birosagok-a-veszelyhelyzet-idejen> (date of downloading: 18.07.2020) (Covid-19 challenges and law).

<sup>8</sup> Veir., Section 97 (1).

limit elongated until the 30<sup>th</sup> day following the effectuation of the VEIR., that is, until the 30 of April. So, VEIR. extenuated the uncertainties of the transitory period by elongating the time limits to the 30 of April 2020 that expired during the non-regulated period of the legal effects in the extraordinary period, and also the deadlines expiring after the grace period after the effectuation of the government decree. We also have to emphasise that it did not differentiate between the time limits specified by the law or by the court.<sup>9</sup>

It was also necessary to create a provisional law in order to regulate the situation that several courts interrupted the court procedures regarding the instituting of the extraordinary court vacation, as they extensionally interpreted the civil procedure regulations. After the effectuation of the VEIR., the 31 of March 2020, the related interruption of the procedures terminated. We also need to highlight that in this case, only those interruptions halted, which were issued concerning the extraordinary court vacation. In contrast, the legal effects of halts given for other reasons proceeded according to the general procedure rules, since the government decree introduced a special halting cause, namely that in case the procedure required communication through a public notice, the procedure was halted until the termination of the reason for public notice or the termination of the period of the state of danger.<sup>10</sup>

It became necessary to determine a further transitory regulation of the procedures following the traditional procedure law in which the court had decided on the adjournment of the hearing, but it reserved the verdict but was not able to proceed with the hearing during the extraordinary court

---

<sup>9</sup> Veir., Section 97(2).

<sup>10</sup> Veir., Section 27.



vacation due to the epidemic situation. The transitory rule ordered the court to inform the parties about the written and explained judgement utilising postal delivery, not personal announcements.<sup>11</sup>

Beyond all these, the general standard regulation for civil procedures served the transitory period, which prescribed elongation during the state of danger ordered in Govt Decree 40/2020, from 3 pm on the 11 of March 2020 until the termination of the state of danger with regard to postal deliveries by means of establishing that the deliveries are effective, but if there should be a service complaint or an application for an excuse, the time limit of the service complaint and the application of service shall not include the period of the state of danger.<sup>12</sup>

### III. Provisional regulations of the procedural measures applicable during the period of state of danger

From the 31 of March 2020, the coming into force of the VEIR., the extraordinary court vacation terminated, and the procedures continued according to the civil procedure code with the amendments justified by the epidemic situation. As opposed to the legal effects of the court vacation, a radically different solution was offered in the regulation according to which the state of danger does not influence the time limits, except when the decree does not regulate differently.<sup>13</sup> As already mentioned among the closing regulations, another rule was the one about the extension of judicial

---

<sup>11</sup> Veir., Section 97 (4).

<sup>12</sup> Veir., Section 1.

<sup>13</sup> Veir., Section 21 (1).

time limits expiring between the 15 of March and the 15 of April and the 30 of April; the previously presented extension of the time limit by the period of the state of danger for the submission of a service complaint regarding service of documents, or of an application for excuse; and another special rule was according to which, if the court orders a provisional measure before bringing an action upon a request to that effect, the time limit set by the court for bringing the action shall commence on the day following the end of the period of the state of danger.<sup>14</sup> Another special regulation of time limits was according to which, during the period of a state of danger, with the exception to measures restricting personal freedom that can be performed in no other way, procedural acts that need to be performed at a location subjected to an epidemiological measure shall be performed after the epidemiological measures are lifted, with the proviso that the time limit for the performance of the procedural act shall recommence on the day following the lifting of the epidemiological measures.<sup>15</sup>

The primary measures of the VEIR. presented above were capable of the immediate resolving of the uncertainties due to the shortage of time of the then not thought over legislative intervention in respect to legal effects. Beyond this, however, the legislator was also expected to prepare for the epidemiological conditions to exclude the availability of personal client contacts for an unpredictably long period, even though the continuous action of the courts is an obvious public interest. The VEIR. attempted to prevent this conflict by justifiably effacing the principle of directness and by prioritising the judgements outside the hearing, and when the hearing is necessary, generalising hearing via means of digital tools.

---

<sup>14</sup> Veir., Section 21 (6).

<sup>15</sup> Veir., Section 22.

#### IV. Preparatory stage in the procedure law during the state of danger

The most important differences between the general and the state of danger procedure are naturally related to the hearings, as the to-be-avoided personal contacts would be most frequent here. The general organising principle was that in all the cases where the civil procedure law would also permit judging outside the hearings, it was compulsory in the state of danger procedure; but, when a hearing is unavoidable, it can happen only in a special way, which excludes the personal spatial presence of the actors of the procedure.

A particular challenge of the issuing of the state of danger procedure code was that from the 1 of January 2018, after fifty years, a new civil procedure code into force in Hungary. During the codification process of the new law, the legislator intended to create an up-to-date procedure code, which relies on the achievements of legal science and legal practices, and which suits the international practice and guarantees the effective assertion of substantive law.<sup>16</sup> One of its most crucial conceptual modification was the introduction of the divided case structure instead of the single case structure by dividing the first-instance civil procedure into two stages, separated by an explicit court decision. The first one is the preparatory stage, which aims to specify the framework of the legal dispute, when the claimant has to present their statements of fact, and law and motions for evidence, and the respondent has to present their detailed response to the claim. Both parties have to present evidence supporting each statement of fact, and this stage is

---

<sup>16</sup> Govt Decree 1267/2013. (17 May) on the codification of the Pp.

the exclusive opportunity to perform several procedure actions such as intervention on either side of the parties or changing the person of either party. The court closes the preparatory stage with an order against which a separate appeal may not be filed (*case caesura*). Then in the second, the main hearing phase begins the main evidentiary acts. In the preparatory stage, the hearing may be ignored; however, since the coming into force of the civil procedure code, this event has only happened rarely. In case there is a hearing held, the presence of the parties is required. In the main hearing phase, the court cannot ignore holding a hearing, the judgement can be delivered only based on hearing, even though the parties' participation is not a requirement.

As a result of the requirement of hearing, the most important conceptual differences of the state of danger procedure law can be introduced in the first-instance procedure, as the majority of the procedure acts necessary for the judgement of the legal dispute take place in this phase, the statements, presentations which require personal action, have primary relevance here.

First of all, VEIR. attempted to preserve health by expressing that the first-instance court consists of one professional judge, even in those exceptional cases when the provision of the law ordered a council of judges, such as in labour cases only one judge acts, without assessors.<sup>17</sup>

The VEIR. kept the divided case structure in the cases initiated subjected to the Civil Procedure Code entering into force on the 1 of January 2018. However, while in the general procedure law, the preparatory phase permits three ways for the court to prepare a case, and the court may also close the preparation outside the hearing, but then, at the request of either

---

<sup>17</sup> Veir., Section 23.

party, it is required to hold a hearing. On the other hand, the court may order a further written preparatory stage, but then it is required to impose a hearing by ordering a reply document. Finally, the court may set a hearing without a further written preparatory stage. However, in the state of danger procedure, it was impossible to hold a hearing in the preparatory phase, even the parties could not require the hearing.

The exceptional rule of the PP. became a mandatory rule. In the state of danger procedure, the court could close the preparatory stage also after they communicated the regular statement of claim with the respondent, and the respondent submitted the written counter-claim (or a written statement of defence in writing), and the court stated that the frameworks of the legal dispute were clarified based on the counter-claim and the statement of defence. If the court did not find it sufficient, the court could notify the parties to submit further statements in writing, the number of which the VEIR. does not limit, and thus the parties could be notified again and again to make statements as long the court found the collection of statements reasonable to close the preparatory stage reassuringly. Before closing the preparatory phase, the court was obliged to notify the parties in writing and ensure the opportunity for them to submit further written statements. Thereafter, the court informed the parties about the closing of the preparatory stage. It was an essential rule that these were the normative regulations also for the cases involving personal status, and thus, there was no hearing in these cases in the preparatory stage. It usually happens that in cases involving personal status, but also in other cases, it may be necessary to hear the party or their legal representative in the preparatory stage. It was impossible to hold a hearing even in these

cases. In such a case, the court could acquire the statements in writing or via an electronic tool, and the fact had to be registered in the minutes.<sup>18</sup>

## V. The main hearing phase in the state of danger procedure law

The main hearing phase rules following the preparatory phase were utterly different in the state of danger procedure law. In this phase of the first instance process, such actions are performed as the taking of evidence, which would require the procedural actions at a hearing. But the avoidance of personal contacts had to be solved here to protect the participants' health. Consequently, VEIR. introduced a unique procedure that prevailed in a special order. We have to emphasise that in the cases initiated under the scope of the 1952 PP., there was no divided case structure, so the provisions of the decree were to be regarded as normative in all the cases initiated under the scope of the 1952 PP. According to the special regulations, the main hearing had to be possibly held via an electronic communication network or another tool capable of transmitting picture and sound. The hearing held by this method did not traditionally take place in the courtroom open to the public, with the simultaneous presence of the court, the parties and other actors of the case, but via an electronic connection. In many instances, however, the conditions of all the actors of the case to be present via an electronic communication network or other tools capable of transmitting picture and sound were not given. In these cases, according to the decree, instead of holding the hearing, the court could receive the

---

<sup>18</sup> Veir., Section 21 (2).

statements that had to be taken in writing or via means of an electronic tool that was capable of identification, and the fact could be recorded. There could also be cases when the court could not receive the statements to be taken even by these means. In these cases, the court could act upon the methods included in the VEIR.; and if the court conducted these procedural actions, or there were no such procedural actions to be conducted, the court could state in a provisional measure the date of the occurrence of the obstacle, which excluded the conduct of the action. It did not close the procedure, but the time limit set by the court for bringing the action commenced on the day the obstacle from the procedural step requiring personal action but not implementable without the application of identifiable electronic tool, or in writing, or on a hearing via an electronic device averted (or on the day following the end of the period of the state of danger). After the obstacle averted, the cancelled procedural actions have to be implemented. The court has to inform about the legal effects in the provisions about the obstacle in the proper way.<sup>19</sup>

As the law ordered about the “possible” holding of the hearing via means of electronic communication network or other electronic appliance capable of transmitting picture and sound simultaneously, the law enforcer necessarily had to interpret the *possibility* practically. Consequently, the Civil College of the Curia, the supreme judicial body responsible for the unity of legal practice, announced in its directive opinion that during the implementation of the VEIR. in civil cases hearings via other electronic tools capable of transmitting picture and sound simultaneously (so-called e-hearings) can only be held if the necessary technical requirements are available for all the persons to be summoned to the hearing, not including

---

<sup>19</sup> Veir., Section 21 (3), (4).

the members of the court. The court has to investigate the requirements officially, and if all the persons involved meet them, the e-hearing can be appointed. The requirements for the presence on the hearing of the parties, the persons involved, and other persons are that, for the court's summons, they previously announce their e-mail addresses, and they have internet access and a tool capable of transmitting picture and sound simultaneously. The holding of an e-hearing can be omitted if the necessary technical conditions are not given or if, at the hearing, a procedural action has to be implemented that requires personal attendance unassured at an e-hearing.<sup>20</sup>

Among the procedural regulations of the state of danger procedure law, the most difficult approach for law enforcers was that when omitting e-hearing, the special rules facilitated the implementation of procedural actions via written communication or electronic tool capable of identification, which actions would have taken place at a hearing, in the guaranteed framework of direct orality and publicity. That is why an interpretation emerged in judicial practice, which originated in the fact that written witness evidence is impossible because it requires the parties, the legal representatives, the witnesses, and the court to be present simultaneous personal presence for guarantee reasons, and thus the requirement of questioning the witness cannot be carried out without the simultaneous spatial presence of the parties. This approach emphasised that the written witness evidence as such cannot fulfil the expectable guarantee rules because it cannot be stated whether the evidence was really written by the witness or was not under influence, so the evidence does not have

---

<sup>20</sup> Opinion 2/2020. (30 April) of the Civil College of the Curia on the requirements of hearings held via electronic tools capable of transmitting picture and sound simultaneously during the period of state of danger.



probative value, and no judgement can be based on it. As opposed to this approach, however, the majority opinion can be supported, also advocated by later legislation, according to which it can be unambiguously deduced from the aims and the circumstances of the regulations of the “VEIR.” by the PP. that in the state of danger procedure law the evidence of the witness could be provided in writing or via means of an electronic tool facilitating identification in the absence of the conditions of a main hearing. In the state of danger procedure law, during the witness evidence in writing or via another capable tool, the procedural rights were assured for the parties and were not injured, only they could not be guaranteed spatially and temporarily simultaneously, but in other form and by procedural actions realised in separation from each other. As far as it was possible, the VEIR. attempted to assure the protection of life and health, and at the same time, the continuous operation of the courts, but the regulation was triggered by the presence of the state of danger. The special procedural rules often require a unique approach, and in this situation, the implementation of the regulations of the PP. is not entirely possible in the regular procedural order, only with the governing regulations of the state of danger order. As a consequence of the judge’s freedom of procedure conduct, it could not be excluded that, based on the deliberation of all the circumstances of the legal dispute, the acting judge could decide in exceptional cases that the written witness evidence could not be expected to be considered, and decided to announce the procedure as indisposed.

## VII. Procedural remedies in the state of danger procedure

In appeal and review procedures, the governing order was judgement without hearing. While according to the general procedure law, in both the appeal and the review procedures – excluding the narrow range of exceptions specified by the PP. such as cases of mandatory expiry – at the request of the parties, the court must hold a hearing. The parties could not, for any reason, request a hearing in the state-of-order procedure law. The VEIR. changed the scope of the regulations of procedural remedy by not allowing the parties to submit a request for a hearing. By its interpretation, the judiciary expanded this regulation to the circle of cases when the parties had requested the hearing before the period of the state of danger, but the hearing had not yet been appointed.<sup>21</sup> In some instances, it could happen that the parties had requested the hearing in appeal or review procedures, and the court appointed the hearing after the coming into force of the VEIR. In these cases, the procedural remedy court could decide on the judgement outside a hearing, about which it was required to inform the parties. Exclusively, in this case, the decree offered the opportunity that at a joint request by the parties filed within 15 days after the court notifies the parties of adjudicating the case outside the hearing, but only under the provisions in force concerning the special regulations of the main hearing.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Opinion 2/2020. (30 April) of the Civil College of the Curia on the requirements of hearings held via electronic tools capable of transmitting picture and sound simultaneously during the period of state of danger.

<sup>22</sup> Veir., Section 29 (1)-(3).

## VIII. Submitting documents in the state of danger procedure

The VEIR. included several different provisions in connection with the submitting of documents, consistent with the requirements of the state of danger, and at the same time taking into account the procedural rights of the parties. During the state of danger, the administration offices of the court were not open for the clients so that the documents could be placed in the close cabinet at the entrance of the court building. Parties acting without legal representative were not to conform to the form constraint specified by the general procedure law (which was introduced in the new civil procedure code to strengthen professional case conduct but has resulted in several practical difficulties to apply since it came into force). In cases started under the scope of the PP. outside the special period, the party acting without a legal representative is obliged to submit the letter of claim, the document containing the statement of claim, the reply document, the statement of counter-claim, and the set-off document on the special forms. But in the state of danger procedure, the party acting without a legal representative could submit these statements only in writing – these statements could not be made orally in front of the court –, but they could even submit these either on a printed form or without a printed form.<sup>23</sup> The state of danger procedure also imposed a necessary provision mandatory for the court concerning the party acting without a legal representative about the statement of claim submitted without a printed form. In the case, if the statement of claim submitted by the party acting without legal representative did not include the obligatory elements of content or form, the court had to indicate all the deficiencies of the statement of claim in the

---

<sup>23</sup> Veir., Section 24.

request summoning for the remedy of deficiencies, and the court must provide full detailed information regarding the remedy of deficiencies, having regard to the lack of legal knowledge of the party as appropriate. *Rejection was possible only in the case if this was unsuccessful.* The statement of claim could not be rejected regarding deficiencies, the remedy of which the court had not given detailed information conforming to the legal inexperience of the party acting without a legal representative.<sup>24</sup>

Further crucial provisions endeavoured to close the case quickly by avoiding the hearing. So, if the parties wished to make a settlement, the court could approve of it outside hearing with an order after the submitting of the written statement of the parties in the preparatory or the main hearing phase, in the proper ways specialised by the VEIR. In these cases, the court notified the parties about the order approving the settlement; the order was appealable regarding the term of the execution of the settlement.<sup>25</sup> What further simplified the procedures was that the VEIR. made it possible to close the ongoing procedures started and postponed before it is coming into force with a judgement outside hearing if the implementation of further procedural action during the state of danger was unnecessary or which the court had implemented according to the provisions of the decree. In these cases, the court had to notify the parties about closing the hearing and provide the opportunity to make further written statements, and then could they close the procedure and notify the parties by delivery about the judgement outside hearing.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Veir., Section 25.

<sup>25</sup> Veir., Section 28 (3).

<sup>26</sup> Veir., Section 28 (1).

## IX. “Lexodus”: the abolishment of the state of danger procedure

The abolishment of the extraordinary state of danger procedure law and the restitution of the traditional procedure also meant special legislative tasks, just like its introduction and maintenance. It was impossible to restore the general procedure regulations without provisional rules, given that the legal effects of several already started but not yet closed cases had to be customised to suit the specificities of the state of danger procedure. The legislator solved this transition in two steps: first, with Govt. Decree 229/2020. (the 25 of March) (Henceforth: Módr.) partially restored the regulations of the “traditional” order of the PP. from the 1 of June 2020. At the same time, the state of danger ordered by Govt. Decree 40/2020. (the 11 of March) still existed then, and specific provisions of the state of danger procedure were still in force, and beyond that, transitory rules assured the prevalence of the legal effects of specific procedural actions implemented until the 1 of June 2020.

From the 1 of June 2020, the court office hours specified for clients acting without a legal representative to have their submitted requests registered in the minute, as well as the opening hours at the court office for personal contacts, and submissions could be presented by person. The opportunity of personal contacts terminated the possibility of submitting written statements and of submitting statements via means of electronic tools capable of identification; the preparatory hearing, the main hearing (including the hearing in cases under the scope of the 1952 PP.), and the

appeal and review hearing were to be appointed according to the general rules again.<sup>27</sup>

Concerning the appointment of hearings, however, the Módr. has introduced transitional regulations. In the case, if on the 1 of June 2020 the procedure was still in the preparatory stage, then, if between the 31 of March 2020 and the 1 of June 2020 the court had received the necessary statements – which specified the framework of the legal dispute – for the closing of the preparatory stage outside hearing, the court closed the preparatory stage by omitting the preparatory hearing. In this case, if the court had started the preparatory stage between the 31 of March 2020 and the 1 of June 2020, but by the 1 of June 2020, the parties had not submitted their statements specifying the framework of the legal dispute, the court could choose between appointing the preparatory hearing or continuing the preparatory stage by omitting the preparatory hearing. In the latter case, however, permitting the parties to request a preparatory hearing.<sup>28</sup> In the case if, on the 1 of June 2020 the procedure was already in the main hearing phase (or the case belonged under the scope of the 1952 PP.), if the court had already notified the parties of closing the hearing in the period between the 31 of March 2020 and the 1 of June 2020, and the parties made their statements by the notification, or had not made their statements during the given term – the court made its judgement outside the hearing; if in the period between the 31 of March 2020 and the 1 of June 2020, the court had appointed the hearing via the means of electronic communication network or other electronic tool capable of transmitting picture and sound simultaneously (or the hearing in the cases belonging under the scope of the

---

<sup>27</sup> Módr. Sections 2 and 10.

<sup>28</sup> Módr. Section 2.

1952 PP.) – the court was obliged to specify the place of the hearing (primarily the official court room of the court building, or for important reasons, as exception, another site), and to notify the summoned persons of it; and in the case in the period between the 31 of March 2020 and the 1 of June 2020, the court had not appointed the main hearing (or the hearing in the cases falling under the scope of the 1952 PP.) – also including the cases if the court stated the obstacle of the procedure – the court continued the procedure by appointing the hearing according to the general procedure rules.<sup>29</sup> In the case if on the 1 of June 2020, the procedure was in the amendment phase, in the court had notified the parties on the judgement outside of hearing in the period between the 31 of March 2020 and the 1 of June 2020, the court acted outside of hearing; and if the court had not notified the parties of the judgement outside of hearing in the period between the 31 of March 2020 and the 1 of June 2020, the hearing or the judgement outside of hearing carried on according to the general procedural rules.<sup>30</sup>

Accordingly, from the 1 of June 2020, there are no more e-hearings, but the hearing can be held by this means if the epidemiological measures justify it. Beyond this, the court may exclude the public from the hearing because of epidemiological efforts, even if it can assure the observability of the epidemiological measures in the court hearing room.

It was an essential change that from the 1 of June 2020, there was no opportunity to consent settlement outside of hearing – but in case if in the period between the 31 of March 2020 and the 1 of June 2020, according to the regulations of the VEIR., the court had already heard the parties on the

---

<sup>29</sup> Módr. Section 4.

<sup>30</sup> Módr. Section 5.

issue of the settlement, and could consent to the settlement of the case outside of the hearing. From this time on, the provision was not in force any more, which ordered that in contentious cases, the procedure shall be stayed in limitless number by the request of all parties. From the 1 of June 2020, there is no opportunity for a sole judge to act in first-instance labour cases, where lay judges shall act as ordered by the law.<sup>31</sup>

Several state of danger provision are still in force after the 1 of June 2020. It was still relevant that concerning the service of documents during the state of danger, the state of danger does not count in the time limit of submitting an application for excuse about delivery and omission. The regulation is still in force according to which during the period of the state of danger, no procedural action shall be conducted, if it should be implemented at a place under the scope of the epidemiological measure, except for those actions involving the restraint of personal freedom, which cannot be implemented. Such an action shall be conducted after lifting the epidemiological measure with the restriction that the time limit regarding the procedural action restarts on the day after the lifting of the epidemiological measure. It is essential that the provision is still in force according to which during the state of danger, the statement of claim, the document of claim, the statement of counter-claim, the set-off document, and the written statement of defence can also be filed in writing by the party acting without a legal representative without the application of the form prescribed in the law. The law is also still in force that in the case if the statement of claim submitted by the party acting without a legal representative does not include the obligatory content elements or formal requirements, the court shall present all the deficiencies of the statement of claim in the notice to remedy deficiencies, and the court

---

<sup>31</sup> Módr. Sections 2, 3, and 4.



shall give detailed information conforming to the legal inexperience of the party, and only after its unsuccessfulness shall the court reject the statement of claim. The rule did not change regarding the fact that if the court informs the parties by public notice during the state of danger, the procedure interrupts until the reason for public notice terminates, or the state of danger terminates.<sup>32</sup>

In the second step, the Govt Decree 282/2020 (the 17 of June), based on the authorisation of Act LVII of 2020, lifted the state of danger, in connection to it, it became necessary to specify the transitory regulations to terminate the further special rules of the state of danger procedure law, which was realised by Act LVIII of 2020 (henceforth Transitory Law) about transitory rules and epidemiological preparedness concerning the termination of the state of danger.

The Transitory Law created rules to guarantee the abolishment of the special procedural provisions during the state of danger. So, if according to the regulations in force during the state of danger, a public notice should have been applied in the procedure, and as a result, the court stated the interruption of the case, then the interruption – unless the reason of the public notice ceased to be earlier – terminated at all events by the termination of the state of danger, and the court was obliged *ex officio* to continue the procedure.<sup>33</sup> If the court ordered provisional measures before starting the case – at a request – the time limit for the starting of the matter determined by the court started on the day following the termination of the state of danger.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> the Módr. did not affect the relating regulations of the Veir.

<sup>33</sup> Provisional Law, Section 141.

<sup>34</sup> Provisional Law, Section 137 (3).

Beyond all this, the Módr. properly managed the transitory provisions of the preparatory and the main hearing phases and the procedural remedy proceeding regarding the appointment of the hearing. At the same time, the relatively short period between the coming into force of the Módr. and the termination of the state of danger necessitated the specialisation of the rules of the transition to the regular procedure in the cases if the transitory provisions had not taken place until the termination of the state of danger (which were essentially similar to the provisions of the Módr.).<sup>35</sup>

However, – similarly to the provisions of the Módr. – several provisions related to the state of danger procedure remained in force – partially or wholly – after the termination of the state of danger, consequently not only the prohibition to calculate the time limit of servicing excuse and the request for excuse neglecting the time span of the state of danger<sup>36</sup> remained in force, as well as the prohibition to conduct procedural action at a place under the scope of the epidemiological measure, but beyond these, the law kept in force those regulations not directly related to the state of danger, according to which the party acting without a legal representative can submit the statement of claim, the statement of opposition, the letter of counter-claim, the statement of defence, and the set-off document, and not exclusively in writing, but also orally presented, even on a complaint day, without applying the printed form ordered by the law.<sup>37</sup> Furthermore, even after the termination of the state of danger, the rule remained in force that in the case if the statement of claim submitted by the party acting without a

---

<sup>35</sup> Provisional Law, Sections 137 (1)-(2), 142 (1)-(3), and 143 (1)-(3).

<sup>36</sup> Provisional Law, Section 93.

<sup>37</sup> Provisional Law, Section 140 (1).

legal representative did not contain the obligatory content elements or formal requirements, then, in its notice to remedy deficiencies, the court shall indicate all the deficiencies of the statement of claim in detail conforming to the lack of legal knowledge of the party, and only after its unsuccessfulness shall the court reject the statement of claim. The latter provisions unambiguously referred to the intentions of the legislator to preserve specific procedural rules to become generally prevailing, which had been tried and tested in the state of danger procedure law but had been created as extraordinary.<sup>38</sup>

## X. Edifications

The regulations of the state of danger procedure law managed to achieve the direct aims, which the legislator intended to realise by the extraordinary procedural provisions: to exclude personal contacts while the courts continue to work, and the parties could practice their procedural rights fully, even though in particular ways. Legislative solutions involving the more extensive use of electronic tools and simplifying the procedures may serve as useful lessons for the future. It can turn out in the near future, to what extent legislation and law application can take advantage of the forced but necessary innovations in the traditional procedure. There are also signs: on the 9 of June 2020, a new act came into force regulating the accelerated case started to recompense damage caused by offence and tort, which, among others, attempted to achieve the efficiency of the procedure by judging outside hearing in the case if it is unnecessary to take evidence apart from documentary evidence, in other cases the hearings shall be held via the

---

<sup>38</sup> Provisional Law, Section 140 (2).

means of electronic communication network or other electronic tools capable of transmitting picture and sound: for this purpose, the claimant shall state in the statement of claim, and the defendant shall state in the written counter-claim, which kind of electronic tool capable of transmitting picture and sound, or an internet network the submitting party and their legal representative wish to use to keep contact with the court, by not appearing in person and by enabling identification, and also appointing the electronic availability facilitating the communication.<sup>39</sup> The changing approach of directness may bring forth the renewal of procedure law, which may result in the more concentrated case conduct through the experiences of the necessarily introduced state of danger procedure law.

---

<sup>39</sup> Act LXX of 2020, Sections 7 (2) and 11 (1)-(2).

ARTICOLE

THE ROLE OF THE NATURAL LAW IN THE  
FRENCH SECOND COLONIAL EMPIRE. THE  
EXAMPLE OF THE FRENCH COLONIAL LAW  
IN ALGERIA (1830-1930)

---

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).3.5  
Data publicării online: 09.03.2021

---

Amar LAIDANI\*

**Abstract:** The article examines the role played by the natural law in the History of French colonial law during the Second French colonial Empire. We analyse how the notion of the natural law, which was perceived as an instrument of emancipation during the French Revolution, became an instrument of legal acculturation in the French colonial law in Algeria. We focus the attention on the case of Algeria during the period 1830-1930, for the reason that in this colony, the French tried to apply a policy of legal assimilation that tried to modify the Muslim law and the Kabyle customary law, making them more similar to the French law. The natural law had an important role in three phenomena: the implantation of private property, the codification of the Kabyles' customs and the Muslim Law and the reformation of the customary law in the matters of inheritance and marriage.

**Keywords:** Natural Law, Colonial Law, Legal acculturation, Codification, Customary law.

---

\* Ph.D. in legal history obtained at the Faculty of law of the University of Montpellier (France) in cotutelle with Laval University (Canada).

LE RÔLE JOUÉ PAR LE DROIT NATUREL  
PENDANT LE SECOND EMPIRE COLONIAL  
FRANÇAIS. L'EXEMPLE D'ALGÉRIE  
PENDANT 1830-1930

**Résumé :** L'article examine le rôle joué par le droit naturel dans l'histoire du droit colonial français pendant le Second Empire colonial français. Nous avons analysé comment la notion de droit naturel qui, pendant la Révolution française était perçue comme instrument d'émancipation, devint à partir du XIXe siècle un instrument d'acculturation juridique par le droit colonial français en Algérie. Nous avons porté notre attention sur le cas de l'Algérie au cours de la période 1830-1930, cela pour la raison que dans cette colonie les Français ont essayé d'appliquer une politique d'assimilation légale qui a essayé de modifier la loi musulmane et la coutume kabyle en les rapprochant à la loi française. La loi naturelle a joué un rôle important dans trois phénomènes distincts du droit colonial français en Algérie: l'implantation de la propriété privée, la codification des coutumes kabyles et du droit musulman et la réforme du droit coutumier en matière d'héritage et de mariage.

**Mots clés :** Droit naturel, Droit colonial, Acculturation colonial, codification, droit coutumier.

## Table of Contents

I.	Introduction.....	143
II.	The role played by the natural law in the French Legal colonial History of the Ancient Regime	145
<b>A.</b>	<b>The natural law Theories and the Europeans conquest of the 16<sup>th</sup> – 18<sup>th</sup> centuries.....</b>	<b>145</b>
<b>B.</b>	<b>The natural law theory and the French Law durant the Ancient Régime.....</b>	<b>148</b>
III.	The role of the natural law in the French's colonial rule in Algeria.....	157
<b>A.</b>	<b>The implantation of private property in the colonies .....</b>	<b>157</b>
<b>B.</b>	<b>The codification of the Muslim law and the customary law in Algeria.....</b>	<b>164</b>
<b>C.</b>	<b>The reformation of the Muslim law and the customary law .....</b>	<b>169</b>
IV.	Conclusion .....	176
V.	References .....	178

## I. Introduction

The notion of modern natural law is rooted in European colonial history. The modern natural law theory was developed by the Spaniard scholars of Salamanca and by protestant jurists such as Grotius, Pufendorf and Wolf, from the 16<sup>th</sup> until the 17<sup>th</sup> centuries, to legitimate the colonial conquests of their countries in the New World.

The concept of modern natural law appears in France only after the 17<sup>th</sup> century. Before the French revolution, the French jurists Domat and Pothier used the natural law predominantly only for domestic French law question.

After the 18<sup>th</sup> century, the notion of natural law was mentioned in reference to the colonial questions by the Enlightenment philosophers and the Physiocrat economists. The Universal Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 was the consecration of the natural law theories. During the French Revolution, the natural law concept was used as an antislavery and an anti-colonial argument. However, after the Napoleon Campaign in Egypt of 1797, the natural law was employed as a rhetorical tool for legitimising the colonial conquest and the indigenous populations' legal acculturation. Although the concept of the natural law appeared later in the French colonial law, concerning other European colonial powers like Spain, England and the Netherlands, this notion played a significant role in the French colonial law during the period from the 19<sup>th</sup> century until the beginning of the 20<sup>th</sup> century, after the conquest of Algeria in 1830. Algeria was the laboratory of French colonial law in the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries. The French colonial law applied in this colony was the triumph of the modern theories of natural law. In the Algerian colonial context, the natural law was identified both with the principle of human rights and with the legal rationality of the French legal tradition. In the name of such legal rationality, the French colonial administration codified in Algeria the local Muslim law. Still, in the name of the natural law, the French courts modified and reformed the indigenous population's customary law. The natural law was a tool used by the French colonial jurists to resolve the issues arising from a contrast between the local customs and the French law. In some cases, the local customs were considered as opposed to the natural law.

In our article, we will see the French colonial approach's specificities to the notion of natural law. It is necessary to understand the colonial origin



of the modern theory of natural law and how the notion of modern natural law was rooted in French legal history (section I). In the second part of this article, we will see how the notion of natural law was used in the colonial legislation in Algeria during the Second French colonial Empire (section II). We will focus our attention on three phenomena: the implantation of private property, the codification of the customary law and the reformation of this customary law.

## II. The role played by the natural law in the French Legal colonial History of the Ancient Regime

The modern natural law theory was developed during the 16<sup>th</sup> century by the Spanish Scholastic scholars of the School of Salamanca, such as Vitoria, de Molina and Suarez and by the protestant legal philosophers such as Grotius, Pufendorf, Locke and Wolff. The Modern natural law was a secularised version of the Natural law of the Aristotelian-Thomist tradition. For the theorists of the modern Natural law, contrarily to the Aristotelian-Thomist tradition approach, the natural law was not obtained through the observation of nature but using deductive logic. The modern legal theorists were convinced that the natural law was rooted in the human mind's rational faculty.

### A. The natural law Theories and the Europeans conquest of the 16<sup>th</sup> – 18<sup>th</sup> centuries

Modern natural law played an important role during the European colonial conquest of the 16<sup>th</sup> century. The natural law was used as an argument

to legitimate the colonial conquest and as a legal instrument for resolving the conflicts which arose between the European countries during the conquest of the American continent. The natural law was also seen as a neutral and universal system of norms that rules the relationships between the European colonists and the native Americans.

However, despite this supposed neutrality of that norms, the Natural law theorist conveyed the idea that only the Europeans were gifted of a sufficiently developed intellectual capacity and rationality that enables them to understand and define the principles of this natural law. This same rationality enables the European settlers to exploit American territories rationally. On the opposite, natural law scholars supported the idea that the cultural specificities of the Native Americans make them inept at understanding and applying the principles of natural law. This kind of argument was used by the Spanish priest and humanist Sepúlveda for legitimising the institute of the *encomienda* in their colonies, claiming that the customary law of the Indians violated the Natural law<sup>1</sup>. Contrarily to Sepúlveda, the Dominican priest Francisco Vitoria supported the idea that, although native Americans were not able by their own to understand “entirely the natural law<sup>2</sup>, they were gifted of reasoning capacity and recognised that their political organisation had reached a certain level of rationality<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> J. G. DE SEPÚLVEDA, *Democrates secundum* (1535), Madrid, éd. A. Losada, 1951, p. 37. Cited in G. DEMELEMESTRE, « Les Dominicains et les Indiens » in *Clio thémis* n. 16, 2019, p. 17.

<sup>2</sup> F. DE VITORIA, *Leçon sur les Indiens*, p. 75, Cited in G. DEMELEMESTRE *op. cit.* p. 9.

<sup>3</sup> *Ibid.*

Similar arguments were employed by the British in their North American colonies, such as Locke, who used the natural law for legitimising and defending the English colonisation of North America with regard to the other European powers as Spain and the native Indian. Locke advocated the idea that it was necessary for the British to exploit the properties in North America, adopting the labour and settlement. Locke claimed in the Second treaties of government that the native Americans were not able to exploit their lands for the reasons that they:” [ . . . ] *don't have fences or boundaries, and are still joint tenants of their territory; but if any one of them is to get any benefit from fruit or venison, the food in question must be his—and his (i.e. a part of him) in such a way*” (VI, 26).

However, this Eurocentric vision was not shared by some theorists of the natural law as Grotius, Pufendorf and Thomasius. As Tourme-Jouannet explained, jurists tried to identify the principle of natural law in an abstract and neutral rationality and not in an arbitrary legislation of the European countries<sup>4</sup>. One of the reasons was mainly the fact that during the 16<sup>th</sup> -18<sup>th</sup> centuries, Europe was crossed by violent wars and, consequently, the European people's law (*ius gentium*) was not considered as an element that should be imported into the New World and imposed to the native Americans<sup>5</sup>. The natural law treatises of the 18<sup>th</sup> century dedicated few pages to the question of the native populations. Sometimes the Indians customs were described as more advanced than the European countries laws. For

---

<sup>4</sup> E. TOURME-JOUANNET, « Des origines coloniales du droit international », in *The Roots of International Law. Les fondements du droit international*, Leiden, Boston, Nijhoff publishers, p. 657-658.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 658.

example, Thomasius claimed in 1705 that the customs of the “so-called” civilised countries could be crueller than those of the “barbarian nations”<sup>6</sup>. Montesquieu wrote in the *Spirits of Law* that the Indians Cherokee had a real right of people<sup>7</sup>, observing that the Cherokee sent ambassadors and had rights of war and peace, the fact of eating their prisoners did not matter<sup>8</sup>.

This attitude changed during the 19<sup>th</sup> century since the notion of natural was identified by the French colonial jurists with the principle of the European tradition. As we will see below, the French colonial jurists will use the notion of the natural law as an instrument of the acculturation of the indigenous populations of their colonies.

## **B. The natural law theory and the French Law during the Ancient Régime**

The notion of natural law was rarely evoked in French colonial law before the 17<sup>th</sup> century. The issue of natural law in the colonies had been faced only during the French revolution. Indeed, the modern natural law theories appeared in France only during the 17<sup>th</sup> century through the works of the French Protestant jurist Barbeyrac who translated and commented on Locke, Grotius and Pufendorf during the period 1706-1727. The natural law theory was popularised in France also by the work of the Swiss jurist Burlamaqui who wrote in the French language his major opera, titled *Principe du droit naturel* (1747).

---

<sup>6</sup>*Ibid.*

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, tome I, Garnier Frères, Paris, 1961, p. 9.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 9.

The Modern natural law theories were criticised during the Ancient Régime by the Jansenist philosopher Blaise Pascal (*Pensées*, n. 330) and by the Enlightenment era philosophers like Rousseau and Voltaire. The latter, while vigorously attacking the hopefulness of Leibniz and Wolff in his philosophical novel titled *Candid*, advocated at the same time the idea of the natural law based on scepticism, as theorised by John Locke. Voltaire, in his treaty titled *Traité sur la tolérance* claimed that the human laws must comply with the principle of the Natural law (VI). Rousseau, although he condemned in his opera titled *Le contrat social* the idea of sovereignty supported by Grotius, still used the concept of natural law in his theory of the social contract and advocated in his works the idea of the existence of a natural law which was present in all human societies as in the social contract. As Amselle explained, Rousseau wanted to “[...] *bring natural law to the fore in civil status present in the state of nature and which has been perpetuated in a new form in the emerging society*”<sup>9</sup>.

Since the 17<sup>th</sup> century, modern natural law played an essential role in the French legal, political and economic theories. This influence was strong in the work of the French jurist Domat, titled *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. He advocated that a certain number of legal principles were deeply rooted in Roman law and in the natural law as the modern natural law scholars like Grotius, Leibniz, Wolff, and Domat believed that positive laws should be inspired by the natural law, which was a reflex of a common rationality rooted in the natural order.

---

<sup>9</sup> J.-L. AMSELLE, *Vers un multiculturalisme français*, Champs, Flammarion, Paris, 1996.,p. 32.

Domat conceived the science of law as a rational science that can be determined with the same inductive-deductive logic of the scientific science as geometry. For this reason, the French jurists exposed in their treaties the legal institutes using the style of the treaties of geometry and so using the following order: definition, principle and demonstration. This geometrical scheme used by Domat influenced the work of his scholar, Pothier. The latter was a French lawyer who made a commentary on the customary law of the city of Orleans, in which he used the same geometrical scheme adopted by Domat. However, the commentary of Pothier presented some elements of originality. At the time of Pothier, the European legal tradition was crossed by two different methodologies. The first one was the approach adopted by the commentators of the customary law who used the interpretation methodology. On the opposite, there was the approach of the natural law theorists who used a methodology based on the demonstration. On the other hand, Pothier adopted an original approach that was a third way between the Commentators and the Natural law scholars' approach and has interpreted and commented on the customs of Orleans in view of obtaining the common principle of the above customs. According to Pothier, the laws were not the result of the social relationships but only a product of the principles of the science of law<sup>10</sup>.

Domat and Pothier paid no attention to the colonial problems and the slavery question in the French colonies. Domat, in the part of his treatise dedicated to the institute of slavery, did not dedicate any issue to the question

---

<sup>10</sup> D. DEROUSSIN, « Pothier, la coutume (d'Orléans) et le droit coutumier », in F. GARNIER, G. CAZALS, *Les décisionnaires et le coutume, Contribution à la fabrique de la norme*, Toulouse, P :U : Toulouse 1, 2018, p. 440.

of the slavery practised by the French in their overseas colonies. Pothier, on the other hand, dedicated few words to the question of slavery in his *Traité des personnes et des choses* in which, by the way, he advised the slave owners about how they can avoid the loss of their slaves in the case they decide to travel with them in France<sup>11</sup>.

During the 18<sup>th</sup> century, the concepts of natural law played an essential role in the works of the French physiocrats economists like Quesnay. At the same time, the notion of natural law influenced the work of the philosopher Montesquieu. In chapters 2 and 3 of his fundamental treaties titled *De l'Esprit des Lois*, the French philosopher introduced a dichotomy between the natural law and the positive law.

Contrarily to what happened with Domat and Pothier, after the 18<sup>th</sup> century, the French natural law theorists began to develop a critical stance towards French colonisation. Natural law was used to criticise how France ruled their colonies during the period of the *Ancient Régime*. These critics were directed to the mercantilist colonial policy and the practice of slavery. During the 1750s, the Physiocrats economists criticised the mercantilist colonial system adopted by the French Indian Company and advocated adopting a more liberal policy in the colonies. The enlightenment era philosophers, from their side, were also very critical towards colonisation and slavery. In his work, titled *l'Ami de l'homme*, Mirabeau was radically critical toward modern colonialism and how the European powers colonised the New

---

<sup>11</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des personnes et des choses*, in De M. Dupin, *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Paris, Pichon-Becher, 1827, p. 21.

World since 1492<sup>12</sup>. However, during the 18<sup>th</sup> century, the Physiocrat economist Quesnay and the philosopher Mirabeau denounced the stark contrast between the principle of the natural law and the slavery practised by the French in the colonies. They wrote together a treaty in which they claimed that the slavery practised by the French in the colonies was a perversion of the natural order<sup>13</sup>.

This idea was shared with Montesquieu, who, in his treatises titled *De l'Ésprit des Lois*, wrote that slavery was opposed to civil law and was a violation of the natural law<sup>14</sup>. The same idea was supported by other enlightenment era philosophers, such as Condorcet, who wrote in his treaties that slavery could be in any case legitimated by the natural law theory<sup>15</sup>, and he concluded that for not any reason, any human being could not be private from his natural rights<sup>16</sup>. Condorcet also claimed that the slaves should obtain compensation from their ancient masters because slavery was a crime in the name of the natural law<sup>17</sup>

The French revolution stated the triumph of the rational current of the natural law inside the French Law. The Declarations of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789 and 1793 were based on the natural law concept as well, which was conceived as a common heritage belonging to humanity. As

---

<sup>12</sup> MIRABEAU (V. Riqueti, marquis de), *L'ami de l'homme ou Traité de la Population*, Vol. III, ch. VI p. 203-204.

<sup>13</sup> MIRABEAU (V. Riqueti, marquis de), QUESNAY F., *Philosophie rurale ou Economie générale et politique de l'Agriculture*, Les Libraires associés, Amsterdam, 1763, p. 49.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> N. DE CONDORCET, *Réflexions sur l'esclavage des nègres*, Neufchatel, 1781, p. 14.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 17.



known, the revolutionaries were deeply influenced by the Enlightenment philosophy. For that reason, they claimed that the concept of the natural law consecrated in the Declaration of 1789 was incompatible with the colonial conquest and the practice of slavery, which was still in use in the French colonies during the years of the French revolution.

The Jacobins' ideology was deeply opposed to the colonial conquests. Robespierre believed that the "right of conquest" advocated by the European colonial theorists was incompatible with the principles of the civil and international law declared by the Constituent Assembly. On May 16<sup>th</sup>, 1790, the deputy Jallet claimed that the war of conquest was opposite to the principle of natural rights and claimed that: "Any unjust aggression is contrary to natural law"<sup>18</sup>. As we said above, the Jacobins were opposite to slavery. Robespierre claimed that: "The Declaration of the rights of the man and the citizen" of 1789 was the constitution of all the people. This means that this right defended in this declaration was also recognised to the indigenous population in the colonies and to those who were reduced in a regime of slavery.

However, and at the same time, the colonial lobby represented by deputies like Moreau, Maury and Mallouet was opposed to the application of the Declaration of 1789 in the colonies. These deputies also advocated the necessity of the maintenance of slavery. Through the debate held at the constituent assembly that took place from May to September 1791, Mallouet emitted the idea that natural law and the Universal Declaration of Human Rights should not be applied in the French colonies. This colonial current

---

<sup>18</sup> F. GAUTHIER, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution 1785-1795-1802*, Pratiques Théorique, Paris, Puf, 1992. p. 130.

influenced the French Constitution of 1793, which marked a first break between the universalist ideal of human rights and the natural law of the French revolution. Moreover, the influence of the colonial lobby was more marked in the Constitution of 1795, which has no reference to the idea of a natural law conceived as a heritage common to the whole of humanity. The natural law was replaced by a reference to man's "rights and duties in society".

The notion of Natural law exerted a strong influence also on the redaction of the Napoleon Civil code. One of the coders, Portalis, in *Discours préliminaire sur le Code civil* defined the natural law as a dateless common law, present in every country<sup>19</sup>. Portalis also defined the notion of the people's right (*droit des gens*) as the common reason that rules relationships between the different populations<sup>20</sup>. The differences between the notion of the natural law and the peoples' rights were not in their substance, but only in their application, so natural law was applied everywhere and every time, the peoples right was applied only in the international agreements which regulate the relationships between the countries<sup>21</sup>. Therefore, the natural law was a set of eternal principles untied by the wills of the peoples, and the peoples' law includes the treaties, the capitulations and the customary law<sup>22</sup>.

During the Napoleon era, this notion of Natural law was exploited for legitimising the colonial conquest. Florence Gauthier explained that this use of natural law was a direct consequence of the degradation of the natural law

---

<sup>19</sup> J-É. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Préface de Michel Massenet, Collection « Voie de la cité », Editions confluentes, Bordeaux, 2004, p. 81.

<sup>20</sup> *Ibid*, p. 24.

<sup>21</sup> *Ibid*.

<sup>22</sup> *Ibid*.

principle experienced during the French Revolution. The Natural law was used during the French Campaign of 1797 in Egypt by the French orientalist Volney as a colonial argument. Volney was the mastermind of the Egyptian Campaign and, at the same time, the theorist of a “republican imperialism” based on the theory of natural law. The latter proclaimed in 1791 in his work entitled “*Les Ruines ou Méditation sur les révolutions des empires* (1791) the following:

“O kings and priests you can suspend the solemn publication of the laws of nature for a while, but it is not in your power to destroy them or overthrow them [...] Look for laws that nature has laid down for you direct, and draw up the authentic and immutable Code; but may it not be for everyone without exception! Be the legislator of all mankind, so that you will be the interpreter of the same nature; show us the line that separates the world of chimeras from that of realities, and teach us, after so many religions and errors, the religion of evidence and truth”<sup>23</sup>.

This declaration marked a turning point in the history of the French colonial Law, which became an instrument of acculturation of the indigenous population. The French legal tradition was perceived as the reflex of a common reason, susceptible to being imposed on the colonies' indigenous people. The turning point of this new colonial law happened during the beginning of the 19<sup>th</sup> century in Senegal and Algeria. At that period, the French colonial administration tried to apply the 1804 Civil Code in the colonies. This Code was perceived as the embodiment of French legal rationality and legal civilisation, which should replace the traditional legal traditions of the

---

<sup>23</sup> VOLNEY, *Les Ruines ou Méditation sur les révolutions des empires* (1791), présentation de J. Thulard, Paris-Genève, Slatkine, 1979, p. 244-245.

indigenous population who lived in French possessions in America, Africa and Asia. The decree of November 5<sup>th</sup> 1830, provided for the application of the Civil Code in the French colonies.

As Le Roy explained, the Civil Code was supposed to replace the local legal customs in the colonies, like what happened in France after the adoption of the Civil Code, where the local customs became secondary sources of law and occupied an inferior position to the principles of the French Law<sup>24</sup>.

The French legal colonial culture of the 19<sup>th</sup> century identified the natural law with the French legal tradition and, more generally, with the European legal tradition. The legal acculturation of the indigenous populations in the French colonies was accomplished in the name of the natural law. For example, the law of April 24<sup>th</sup>, 1833 declared that it was almost against “[. . .] *humanity and natural law*” to deny to the indigenous the benefit of French law”. So, the natural law was employed to support the legal acculturation of the French colonies' indigenous populations.

After the conquest of Algeria in 1830, the French colonial authorities have surrendered to the impossibility to replace the Muslim and the local customary laws immediately and claimed that this legal acculturation should have to be obtained gradually. Consequently, the treaty the July 5<sup>th</sup> 1830 declared the French commitment to respect the Muslim religion and the freedom of cult, and the French authorities worked to maintain the Muslim judges.

---

<sup>24</sup> E. LE ROY, « La Coutumes et la réception des droits romanistes en Afrique noire », in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La coutume*, volume 51-1990, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1990, p. 127.

### III. The role of the natural law in the French's colonial rule in Algeria

Algeria was a laboratory for the French colonial law of the 19<sup>th</sup> - 20<sup>th</sup> centuries. The natural law exercised its influence in three different ways. First, in the land question of the implantation of private property; second, the natural law rational ideology indirectly influenced the operation of the codification and the rationalisation of the customary law and Muslim law; finally, the natural law was used as an argument for reforming and correcting the customs that were incompatible with the French laws.

#### A. The implantation of private property in the colonies

The question of private property occupied a central place in the French colonial debate of the 19<sup>th</sup> century. As seen above, private property is considered a fundamental right by the Modern natural law theory. The Scholars of the School of Natural law of Salamanca, Grotius and Locke, conveyed the idea that there was no freedom without the right of property<sup>25</sup>. Despite what happened in the other European colonial powers, before the 19<sup>th</sup> century, few French colonial jurists wrote a complete treaty on the link between natural law and private property in the French colonies. Pothier was the first French jurist to write a complete treaty on the right of property, titled "*Le Traité du droit de domaine de propriété*". He traced a link between natural law and private property, but only referring to the French territory. Contrarily to the British and Dutch colonial theorists, Pothier considered the land of the native Americans as *res nullius* and claimed that a land inhabited

---

<sup>25</sup> U. MATTEI, *Senza proprietà non c'è libertà*, Bari, Idola-Laterza, 2014, p.25.

by Native Americans should be considered their property and, consequently, the seizure of that land was a violation of justice<sup>26</sup>.

The French colonial law of the Ancient regime did not adopt coherent and rational legislation regarding the acquisition of private properties in colonies. The colonial legislation of the First French colonial Empire was not focused on a unique institution of private property and admitted different kinds of ownership. As explained by de Mari, the colonial real estate policy of the Ancient regime was controlled by the French State and submitted to the national interest<sup>27</sup>. The principal legal instrument of the estate ownership was the concession<sup>28</sup>.

Algeria has been the starting point for new property legislation of the Second French colonial Empire. This legislation was influenced by the liberal ideology for which it was mandatory to declare the French State as owner of the entire colonial territory of Algeria and to establish an exclusive private property regime, a right sacred in France by article 2 of the Declaration of the Human rights as well as by the article 544 of the Civil Code.

Algeria was a laboratory for the new real estate policy. A governance of lands and tenures was applied, inspired by the colonial liberal theories in breakup with the land governance based on free concessions and adopted in

---

<sup>26</sup> R-J POTHIER, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du Barreau et de la jurisprudence française*, tome 4, Paris, Orléans, Jean Debure/Veuve Rouzeau-Montaut, 1774, p. 375.

<sup>27</sup> E. DE MARI, « Des devoirs du concessionnaire aux droits du propriétaire : le cas de Saint-Domingue (XVIIe-XVIII siècle) », in *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint. Exemple de droit colonial et analogies contemporaines*, Sous la direction de E. DE MARI et D. TAURISSON-MOURET, préface de Thierry Revet, Paris, Victoire Editions, 2016, p. 134

<sup>28</sup> *Ibid.*

the French colonies during the Ancient regime. In Algeria, the French authorities replaced the regime of the concessions adopted during the Ancient regime with a new one based on the auctioning of the land to the French and European settlers. That was a triumph of the liberal theses inspired by the British's legislation in Australia and New Zealand and known as the Wakefield doctrine.

The French expeditionary forces which conquered Algeria through the convention of July 5<sup>th</sup>, 1830 signed with the Turk authorities, undertook to respect: “[...] *the freedom of the inhabitants of all classes [...]*” and declared that: “*their properties, their trade and their industry, will not receive any attack*”. In article 11 of the treaty of Tafna, signed in 1837, the French obtained the engagement from Algerian chief Emir Abdelkader for the respect of the properties of French and European settlers. In the proclamation of 1857 that Randon addressed to the Kabyle tribes, it was written that France would: “[...] *restore order through the wisdom of command, respect for property and the maintenance of good institutions.*”

The French colonial land law in Algeria fixed three goals: the first one was to declare the France state owner of the entire territory of Algeria, the second one to ensure and rule the properties of the French and the Europeans settlers and the last one to make the indigenous population of Algeria with acquainted to the French notion of private property, in view of weakening the customs that hindered the instauration of private property in Algeria.

Article 4 of the law of June 16<sup>th</sup>, 1851, provided that the French state owned the property of the woods and forests of Algeria. For legitimising the domain of the French state on the Algerian territory, including the forests and the waterways, the French colonial administration and the French jurists

argued referring not exclusively to the principle of the French and European Natural law but also the principle of Muslim public law. In view to legitimise the universal ownership of the French state over all Algerian territory, the colonial legislator had even relied on an institution of Muslim public law, the *Khard* thesis. The latter claimed that the Regency of Algiers was considered from the point of view of Muslim law as a land of conquest and a “land of violence” (*Dar-el-Harb*). This was due to the fact that before the French conquest, the territory of Algeria has been militarily conquered during the 16<sup>th</sup> century by the Turkish army and consequently annexed to the Ottoman Empire. By means of the international Muslim law, that conquest has granted the Turks a right of ownership over all the lands under the control of the Regency of Algiers. Therefore, according to this “land of violence” theory, the indigenous Algerian tribes had no property rights in their lands but only usage rights. Consequently, according to the *Khard* thesis, the capitulation of the Ottoman forces to the French military forces in 1839 made the French State the new owner of all Algerian territories that were under the power of the Algiers Regency.

In fact, article 11 of the decree of 1851 specified that “[...] *the property rights and the rights of use belonging to individuals, tribes and fractions of tribes* [...] were recognised and maintained, regulated or constituted later by the French government. The property right consisted of the faculty of “[...] *enjoying and disposing of one’s property in the most absolute manner by complying with the law*” (article 14). The same article declared the lands of the tribes as inalienable lands, and article 16 provided that the alienation of Muslim property between Muslims was governed by Muslim law. The Civil Code would have governed any other alienation. Thus, only the belly contracts



between Europeans and Muslims were governed by the Civil Code. However, the legislator did not seek to replace Muslim law with French law in the transactions that took place between Muslims.

The French historian and translator Mercier testified that the French military had obtained from complacent Algerian Muslim religious authorities fake *fatwas* (religious advices), which legitimised the land policy desired by the French administration in Algeria. For example, in 1849 in Oran, General Charon obtained from a Muslim *cadi* (religious judge) a fake *fatwa* which was nothing else than a literal translation in Arabic of the directives of the French administration<sup>29</sup>. This *fatwa* conveyed the idea that the Algerian tribes at the time of the French conquest were not the owners of the territories where they inhabit and that these tribes had at the moment of the French conquest only a simple right of usufruct. Consequently, in conformity with the Muslim public law, the military conquest of the tribal territories by France gave the French state the ownership of all the tribal territories of Algeria<sup>30</sup>.

Regarding the question of the land distribution to the French and Europeans settlers, the law of 1851 kept in place the regime of free land concessions in favour of French and European settlers. On the other hand, the defenders of liberal colonisation, such as Alexis de Tocqueville, criticised this free land concession practice. The latter was critical towards the state-run land concessions. The liberal thesis exerted an influence on the decrees of July 25<sup>th</sup>, 1860, the *Senatus-consultum* of 1863 and the decree of December 31<sup>st</sup>,

---

<sup>29</sup> E. MERCIER, *La propriété foncière chez les musulmans d'Algérie*, Paris, Ernest Leroux éditeur, 1891, p. 14.

<sup>30</sup> *Ibid.*

1864. These laws eliminated the practice of the free concessions and instituted the fixed price sale contract as the only mode of alienation of state lands.

The *Senatus-consultum* of 1863 has limited the dimension of the common property which belongs to the Algerian tribes. The main goal was to facilitate the sale of the lands by the French and the Europeans settlers. At the same time, this legislation had as objectives to undermine the common properties and to familiarise the local population with the notion of private properties. The decree of July 26<sup>th</sup>, 1873, had imposed on the Algerian families to adopt a surname. This law aimed to weaken the local Algerian customs that impaired the free circulation of the private properties and introduce a regime of private tendering that permitted the French and Europeans settlers parts of the common properties.

The liberal theorists, as the jurist Besson and the economist Le Roy Beaulieu welcomed this solution. The latter claimed that the main goal of a colonial policy conform to the principle of the Natural law should be the question of the instauration of private property<sup>31</sup>. According to Le Roy Beaulieu, the mercantilist colonial policy of the ancient regime violated the natural law of the peoples<sup>32</sup>. So, Le Roy Beaulieu showed enthusiasm for the new regime adopted by the decrees of 1851<sup>33</sup> and 1873<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> M.P. LEROY-BEAULIEU, *De la colonisation chez les peuples modernes*, Paris, Guillaumin Libraires, 1874, p. 27.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 328.

The jurist Besson evaluated the decree of 1873 positively as he considered that this decree secured the titles of private property and weakened the indigenous customs that are contrary to private property<sup>35</sup>. At the same time, Besson proclaimed in the name of the natural law that the French legislation should allow the non-French European settlers to enjoy all the rights of property recognised to the French citizens by the French legislation<sup>36</sup>.

The decree of 1873 was welcomed by the First minister Jules Ferry, who claimed the necessity of “[...] *introducing in the Arabs world the individual property*”<sup>37</sup> which should break “*the family and the tribe*”<sup>38</sup>.

However, this decree provoked a series of abuses in Algeria. It was criticised by some opposition members, such as senator Franck Chouteau, who reported the legal acculturation during a speech in the French Assembly, affirming that it was not cautious cancelling the customs of the Muslim population of Algeria<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> E. BESSON, *La législation civile de l'Algérie*, Edition Chevalier Marescq, 1894, p. 288.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 168

<sup>37</sup> J. FERRY, « Premier rapport de M. Didier au nom de la commission de l'Assemblée législative », 9 juillet 1851, in E. Robe, 1854, p. 263.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> A. DUPARC (A.), *Chronique du mouvement social, Réforme sociale*, 1882, tome 1, p. 192-193 and CAZAJEUX (J.), *Le mouvement social à l'étranger. Le Code civil et la propriété des indigènes algériens, op. cit.*, p. 405.

## **B. The codification of the Muslim law and the customary law in Algeria**

The notion of natural law influenced the phenomena of Muslim law and Kabyle's customary law codification by the French colonial authorities in Algeria during the 19<sup>th</sup> century. The French legal tradition was used as an instrument for maintaining order and a reflex of rationality. The main goal of that codification was to submit the Algerian customs to the same rationality of the French Civil Code of 1804.

In a first step, the French authorities attempted to rationalise the Muslim law practised in Algeria by introducing a pyramidal system of Court and the codification of the Muslim law. The decree of 1 October 1854 modified the way of functioning of the Muslim jurisdiction, introducing a hierarchical system of Muslim courts called to apply the Muslim law. A system that, as explained by Bontems, was clearly inspired by the French hierarchical and both the jurisdictional system and vision of law of the Natural law theories, both of a pyramidal nature.<sup>40</sup> Simultaneously, the French authorities sought a written source of Muslim law that, once translated in French, should be applied homogenously by the Muslim and the French courts. As underlined by Bontems, this French approach towards the sources of the Muslim law was a legacy of the modern School of the natural law, which conceived the sources of law as a hierarchical pyramid with the written sources on its top.<sup>41</sup> Consequently, the French colonial administration ignored the oral customs

---

<sup>40</sup> C. BONTEMS, « L'invention du droit musulman algérien à l'époque coloniale (XIX siècle). Une approche anthropologique », in *Le débat juridique au Maghreb* (sous la dir. A. MAHIOU), Publisud, Iremam, 2009, p. 41.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 42.

and worked to obtain a certain number of written sources of Muslim law. First, the French found such sources in a treaty of Muslim Law applied in Algeria before the French conquest, written in the 14<sup>th</sup> century by a Muslim jurist, *Sidi-Khalil*, titled *Mukhtashar*. Consequently, in 1855 a translation of the *Mukhtashar* was published, translated in French by the orientalist Nicolas Perron.

The French administration proceeded to codify the customs of the Berber populations of Kabylia after the conquest of this territory by the French army in 1857. The Kabylia mountainous territory, inhabited by Berber spoken tribes, known as Kabyles, was the last part of northern Algeria to be colonised by the French army after a violent military campaign during 1854-1857, carried out by the Generals Bugeaud and Randon. In 1857, the territory of Kabylia became annexed as the rest of northern Algeria to the military regime of the Arab offices (*Bureaux arabes*). However, the French officers who ruled Kabylia after the conquest applied a different regime to the Kabyle population than what was applied in the rest of the Algerian colony. They chose an indirect rule form of governance with which they worked to maintain as far as possible the local political institutions and the local customs. The French militaries were convinced that the Kabyle people were less religious than the rest of the Algerian population and that their customs were less influenced by Muslim law. Therefore, the French attempted to conserve in Kabylia the local customary law, separately from the influence of the Muslim law applied in the rest of Algeria. The officers avoided the presence of Muslim judges in Kabylia.

During 1857-1871, the Kabyle population was ruled by their own customs and traditional institutions. The most important result of this interest was the codification of the Kabyles' tribal customs in a unique treaty

entitled « *The Kabylia and the kabyle customs* <sup>42</sup>». This work was written by a military, Hanoteau, and a judge, Letourneux, after an intensive study of the Kabyles' statute and an investigation on the field in the Kabyle villages. This work was an unofficial codification of the Kabyles' customary laws, in which the latter were rationalised and made more similar to the French legal tradition. This influence was stronger in the second volume of this work, dedicated to private law. As in the old treaties of Natural law of Code, Hanoteau and Letourneux classified the Kabyle customs following the categories of Gaius, persons, obligations and goods. They classified the sources of the kabyle customs using the same plan used by the natural law treatises. Hanoteau and Letourneux similarly codified the Kabyles' customs as Pothier with the customs of Orleans.

After the success of Hanoteau's and Letourneux's work, some treatises of law appeared at the end of the 19<sup>th</sup> century, supposed to help the French jurists apply the Muslim Law. In this frame, Seignette published Code Musulman (in 1878) and Ernest Zeys wrote a treaty titled *Le droit Musulman Algérien* (in 1884). At the beginning of the 20<sup>th</sup> century, an operation of codification of the Muslim law started. This project was encouraged by the jurist Éstoublon. It was directed in 1905 by the chairman of the University of Algiers, Marcel Morand. In this project, Morand worked to find a common principle of the Algerian Muslim jurisprudence, considering not only the written sources but also the customary law. However, this project was aborted and never officialised. The Muslim authorities were opposed to this codification project that what perceived as an operation of legal acculturation.

---

<sup>42</sup> A.HANOTEAU, A. LETOURNEUX, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Imprimerie impériale, trois volumes, Paris, 1873.

As explained by Ghabrial, the main goal of the project of Morand was to “[...] aid in the “evolution” of Islamic law on its own terms, through a kind of rationalist tutelage” and to “promote an equitable Islam from early days of first caliphs, while suppressing inhumane “heretical” practices, such as could be found in regressive customary regimes<sup>43</sup>.”

The Algerian phenomenon of the codification of customs was subsequently exported, starting from the end of the 20<sup>th</sup> century, to the French West Africa (A.O.F.) colonies. The Governor of Senegal and West Africa, Faidherbe, brought Senegal the institution of the undirected rule policy established in Kabylia by the Arab offices. This was due to the fact that Faidherbe had been assigned to Algeria in 1844 and 1849 for three years, to the Kabyle Campaign, under the orders of Saint Arnaud <sup>44</sup>.

As seen above, the administration of Faidherbe, based on the Directorate of Political Affairs, was inspired by the Arab Offices of Bugeaud. Faidherbe, thus, set up Koranic courts, which, according to him, aimed to protect indigenous justice from legal acculturation. Gallieni later perfected the policy of the Directorate of Political Affairs. Consequently, just as in Kabylia, the French soldiers set up an indirect administration in A.O.F., which consisted of controlling the local tribes by weakening the role of the chiefdoms and the Muslim religious authorities of the marabouts, all while maintaining in place their traditional local political institutions.

Similarly to the Arab Offices in Kabylia, the French administration in West Africa, as explained by Maupoil, had: “[...] as a principle, respect for local customs in everything they do not contradict the rules accepted by

---

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> J.-L. AMSELLE *op. cit.*, p. 122.

*European civilisation*<sup>45</sup> ” and the French administrators in A.O.F. had as a main priority the maintenance of public order. Article 75 of the decree of November 10, 1903, provided that: “*Indigenous justice will apply local customs in all matters, in all that they do not contradict the principles of French civilisation*”. The local customs that threatened public order were suppressed.

Like what happened in Kabylia, the French military also engaged in the study of local customs and the drafting of the local customary law of West Africa. The initiative for the drafting of African customs was taken by the International Union of Law and Political Economy, which had its headquarters in Berlin in 1897. On January 3<sup>rd</sup>, 1897, Colonel Trentinian, Lieutenant-Governor of Sudan, addressed to all the Commanders of region, circles and posts, a note in which he asked to answer the questionnaire which had been sent to him by the International Union of Law and Political Economy in Berlin.

In 1905, Roume, Governor of Western Africa, claimed to the French administrators that they should avoid imposing the French laws on the indigenous African population, which were the opposite of their customary law. Nonetheless, at the same time, Roume defined the Natural law as the “source of every law <sup>46</sup>” and claimed that the African customs which were opposed to the principle of “humanity” and the “Natural law “would not be

---

<sup>45</sup> B. MAUPOIL, « L'étude des Coutumes juridiques de l'A.O.F », in *Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française*, Tome I, Sénégal, Paris, 1939, p. 1.

<sup>46</sup> E. LE ROY, Mamadou WANE, « La formation des droits non étatiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique* Vol. I (1982) , Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 366.



tolerated <sup>47</sup>. Like what happened in Algeria, the Customs of the indigenous populations of West Africa had been codified in 1939 in a three volumes work titled *Les Coutumiers juridiques de l'Afrique de l'Ouest* and customs of the West Africa populations were classified through the French legal tradition categories.

### **C. The reformation of the Muslim law and the customary law**

At the beginning of the 20<sup>th</sup> century, the French colonial political theory was crossed by two schools of thought. The first one was that of the assimilationists, who claimed the necessity of the legal acculturation of the French colonies' indigenous populations through a gradual replacement of the local legal tradition by the French law. The assimilationists argued the necessity of reforming some customs using the argument of the natural law. This way of thinking was the dominant one in Algeria until the beginning of the 20<sup>th</sup> century.

The second School of thought was represented by the supporters of the policy of association, which were critical towards the legal assimilation and the legal acculturation of the indigenous populations in the French colonies. The association policy inspired the French administration of the French protectorate in Tunisia, Morocco and Indochina. The association policy advocated the necessity of a break with the colonial policy adopted by the French in Algeria and supported the necessity of undirected rules policy based on the maintenance of the local political institutions and the local customary laws.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*.

The associationists were very critical towards the notion of natural law, like the philosophy of the enlightenment era and the ideology of human rights developed during the French revolution. Vignon, who was one of the most representative supporters of the policy of association, criticised the assimilationist policy that France used in Algeria, qualifying it as “sentimentalist” and, at the same time, the cult of the reason and the natural law. More precisely, he criticised the approach of the French judges in Algeria for reforming the Muslim law in the name of the principle of the natural law<sup>48</sup>.

At the beginning of the 20<sup>th</sup> century, some French deputies, as Marchal and Clémentel, claimed the necessity for France to break with the assimilationist policy in the colonies<sup>49</sup>. This idea dominated the congress of the colonial sociology of 1900<sup>50</sup>. The dominant idea was that, in Algeria and in the other French colonies and protectorates, the assimilation was possible only with the non-French European immigrants and the Jews. Such an idea was supported by Octave Depont, who claimed that legal assimilation was possible only with European populations<sup>51</sup>.

The assimilation adopted by the French in Algeria was criticised by the scholars of the School of social peace (*École de la paix sociale*) too. They were the scholars of the French engineer and sociologist Pierre Frédéric Le Play. However, and differently from the other associationists, the scholars of Le Play did not cruise to the idea of natural law itself, but only to the universalist

---

<sup>48</sup> P. VIGNON, *Un programme de Politique Coloniale. Les Questions Indigènes*, Paris. Librairie Plon, 1919, p. 361.

<sup>49</sup> O. LE COUR GRANDMAISON, *La République impériale. Politique et racisme d'état*, Fayard, 2009, p. 108.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>51</sup> O. DEPONT, *L'Algérie du centenaire*, Paris, Sirey, 1928, p. 44.

lecture developed during the French Revolution about this concept. The School of social peace had a very conservative vision of law, critical to codification and claiming that the law should be rooted in the customary law and the natural law. As explained by Guerlain, the scholars of Le Play created a synthesis of the German historical school approaches and the modern natural law<sup>52</sup>. As said above, the members of the colonial approach of the Social Peace school were anti-assimilationist but, contrarily to other associationists like Marchal Clémentel, they did not despise the customary law of the indigenous populations of the French colonies. For them, France needed to maintain the indigenous populations' customary law and, consequently, they criticised the French policy in Algeria. They gave a favourable judgment to the French policy in Tunisia and Indochina where, contrarily to what happened in Algeria, the local political institutions had not been weakened.

The French policy in Algeria was partially assimilationist. After 1871, with the fall of Napoleon III's Regime, the military regime adopted in Algeria was replaced by a civil one. The new policy of this regime was more assimilationist than that of the precedent military regime. Even though the French authorities denied the majority of the rights to French citizenship, Algeria's Muslim population was submitted to French law after the adoption of the decree of August 29<sup>th</sup>, 1874<sup>53</sup>. The only exception was the case of

---

<sup>52</sup> L. GUERLAIN, *Droit et société au XIXe siècle. Les leplaysiens et les sources du droit (1881-1914)*, PhD thesis, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2011, p. 263.

<sup>53</sup> The Algerian Jewish were totally assimilated after the adoption of the Crémieux decree in 1870. The rest of indigenous Muslim population was considered as French subjects but not French citizens. So, they could not enjoy the political rights, but at the same time until they

disputes in the matters of Family Law and private properties in the specific case where all the parties were Muslim. Such cases were submitted to the Muslim law and the Kabyles' customary law.

The natural law was a concept used by the assimilationist liberal colonial theory supporters, as Le Roy Beaulieu and Besson. These two authors wrote treatises on the way that the French should rule their colonies.

Le Roy Beaulieu was inspired by the liberal theories of the physiocrats, who were attached to the natural law. His work titled *The colonisation of the modern people* criticised how France colonised during the Ancient Regime and claimed that the new colonisation should respect the natural law<sup>54</sup>. For Le Roy Beaulieu, the indigenous populations' cultural acculturation was compliant with Natural law principles because “*all societies should be equal*” and, consequently, “*the younger society isn't be sacrificed to the elder one*”<sup>55</sup>. But at the same time Le Roy Beaulieu claimed the necessity of the legal acculturation of the indigenous population of Algeria in view of a future legal assimilation of the entire Muslim population of Algeria. This acculturation was to be accomplished through a gradual reform of the Muslim law and the local customs and with the Civil Code, private property and monogamy.

Besson was a jurist who advocates the necessity of a legal reform of the customs of the Algerian indigenous, given their legal acculturation. About this point, he explicitly claimed that France should be “*sparing to reform [...] the political and social constitution of our Algerian subjects*”<sup>56</sup>. However, Besson

---

were not naturalised, they could be ruled in the matter of personal status and family law by the Muslim laws and the Kabyle's customary law.

<sup>54</sup> M. PAUL LEROY-BEAULIEU, op. cit., p. 27.

<sup>55</sup> *Ibid*, p. XIII.

<sup>56</sup> E. BESSON, op. cit., p. 341.

criticised the phenomena of the codification of Muslim law and the customary law. This operation was risky because it could officialise Muslim and customary rules, which were opposed to the principle of natural law<sup>57</sup>.

According to Besson, the Muslim and the customary law should be reformed by the French judges through an interpretation of that norm under the light of the natural law principles<sup>58</sup>. So, the jurisprudence was perceived as the best way for reforming the Muslim law and the Kabyles' customary law.

This idea was shared by the Law University chairman, Robert Estoublon, who claimed that the Muslim should be conciliated with the French law through Natural law and a common morality<sup>59</sup>.

At the end of the 19<sup>th</sup> century and until the beginning of the 20<sup>th</sup> century, some French judges advocated the idea of the legal assimilation of the Kabyle population and consequently the replacement of the Kabyle customs that were opposite to the French law by the latter. The natural law was frequently an argument used to legitimise the reform of the customs, which were opposite to the French Law principles and the Natural law. The natural law was identified with the French law, or this notion was sometimes synonymous with public order (*ordre public*). So, the French court made a rhetorical use of the notion of natural law as an argument for reforming the customs of the indigenous population.

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 342.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> R. ESTOUBLON, « Mariages musulmans et kabyles », in. *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, Alger, Adolphe Jourdan, 1892, 1<sup>ère</sup> partie, p. 81-91.

This legal reformation was stronger in Kabylia due to different reasons. The first one was that after the fall of the military regime in 1870, the local customary assembly was replaced by the French judges (*juges de paix*). They, after the decree of 1874, were called to apply and interpret the kabyle customary law. After the decree of 1887, the customary assessors were suppressed, and the only judges allowed to bring justice in Kabylia and interpret the local customs were, so, the French ones.

The second reason was the fact that kabyle customs were codified by Hanoteau and Letourneux, which made them more malleable and easily editable. Judge Gaston Ricci also shared the idea of the necessity of the reformation of the kabyle customary law through jurisprudence. He was a convinced assimilationist and claimed that the Kabyle population should be assimilated to the French culture. Such an idea was supported by the French governor Sabatier and Le Roy Beaulieu, who also defended the grant of French citizenship to the entire Kabyle population.

Judge Ricci reformed the kabyle customary law recognising to the Kabyle women the right to divorce, a right denied by the Kabyle's customs. In three cases, on January 3<sup>rd</sup> 1899, April 23<sup>rd</sup> 1902 and June 16<sup>th</sup> 1902, the French judge Gaston Ricci decided that the French law should prevail on the kabyle customary law, in the name of the French legal traditions superiority and of the natural law.

In a decision of November 18<sup>th</sup>, 1922, the Court of Appeal of Algiers decided that the customary law was revisable if opposite to the natural law<sup>60</sup>. Simultaneously, the court declared that these customs were also revisable

---

<sup>60</sup> *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et jurisprudence*, (T.38), 1923 (T. 39), p. 83.

because they had evolved, and the jurisprudence should follow these social changes.

The chairman of the Law University of Algiers, Éstoublon, gave a favourable judgement to this decision and claimed that the French law was inspired by the natural law, which allowed the indigenous population of Algeria to follow their customs<sup>61</sup>. However, he could not tolerate the violation made by that customs against the principles of French justice, which affect family law<sup>62</sup>.

The same jurisprudence used the argument of the natural law for recognising to the Kabyle women the right of inheritance. In the decision of the Muslim court of appeal of Algiers, the Court decided that customary was revisable when opposite to the Natural law<sup>63</sup>.

The solution adopted in Algeria was a legislative intervention. The legislator has adopted some laws and decrees that reformed the kabyle customary and the Muslim laws in the matter of family law. The decree of June 1<sup>st</sup>, 1902 reformed the kabyle customs in the matter of minors and the decree of May 10<sup>th</sup> 1931 and the decree of May 2<sup>nd</sup>, 1930 reformed the customs in the matter of engagement and marriage. The decree of May 19<sup>th</sup>, 1931, reformed the customs in the matter of divorce and heritage, recognising to the Kabyle women the right to divorce and inherit. The French legislator reformed the Algerian Muslim law in the matters of the rights of minors through the decree of July 30<sup>th</sup>, 1957 and the Ordinance n. 59-274 of 1959.

---

<sup>61</sup> *Revue algérienne et tunisienne de la législation et de jurisprudence*, Tome VIII, 1892, p. 81.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Journal de la jurisprudence de la cour d'appel d'Alger et de la législation algérienne*, p. 258.

It is curious to notice that the administrators who ruled the French colonies in West Africa and Cameroon and applied a policy of association started during the 20<sup>th</sup> century an operation of reforming the customs there. Even though most governors advocated the policy of association, this reformation had not been applied only to the rites and customs that were dangerous for the public order, such as the ritual crimes<sup>64</sup>. It also affected the customs that ruled the traditional African family law, like marriage and dowry<sup>65</sup>.

#### IV. Conclusion

Despite the fact that the Modern law theory appeared in France only during the 17<sup>th</sup> century, the notion of natural law played an important role during the French colonial Empire. The natural law was a rhetorical tool used to conciliate two contradictory objectives of the French republican colonisation, namely the economic exploitation of the colonies and at the same time the exportation of the ideology of the human rights developed in France during the French revolution, a period in which the natural law theory was strictly attached to the concept of the Human rights. As we saw, the colonial use of the notion of natural law is due to the degradation and impairment of this notion during the last years of the French Revolution. Such

---

<sup>64</sup> That was the case of the decrees of April 26<sup>th</sup> , 1923 which repressed the anthropophagical crimes in West African French territories and Cameroon, and the decree of May 28<sup>th</sup> , 1927 which repressed the preparation of the poisons.

<sup>65</sup> The decree Mandel fixed the legal age at 14 years old and imposed the consent in the marriage. The decree Jacquinot of 14 September 1951 reformed the customs of the dowry



an impairment was due to the incompatibility between the application of human rights and the interest of the colonial lobby, which had an interest in the slave trades in the French colonies. Therefore, the natural law that was an instrument of extension of human rights during the French revolution became an instrument of colonial domination and acculturation after the Egypt Campaign and the Algerian conquest.

This instrumental use of the notion of natural law for the colonial purpose appeared first during the Campaign of Egypt and was later applied in Senegal and Algeria after 1830. However, Algeria was a laboratory for the French colonial law of the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> century. In Algeria, the modern natural law theories inspired the colonial legislation about private property, as the choice of codification of the Muslim law and the Kabyle's customary law and finally as an argument by the assimilationist judges who wanted to reform the Kabyle's customary law in the matter of women and minors' rights. However, the anti-assimilationist members of the School of Social Peace used the argument of the natural law as a shield for protecting the customs of the indigenous population against legal acculturation. We also saw that in the French colonies of West Africa, where the colonial law was applied as undirected rule policy, the notion of the natural law was used for the repression of those customs, which represented a danger for the public order.

We can conclude that the notion of natural law played an important role in French colonial law after the 19<sup>th</sup> century. However, this role was instrumental for the local population's legal acculturation and the maintenance of order in the colonies.

## V. References

Amselle J-L., *Vers un multiculturalisme français*, Champs, Flammarion, Paris, 1996

E. Besson, « *La législation civile de l'Algérie* », Edition Chevalier Marescq, 1894

Bontems C., « Coutume kabyle, jurisprudence et statut féminin », in *La coutume-Custom*, Troisième partie, Europe orientale, Asie et Islam- Eastern Europe, Asia and Islam, Recueils de la Société Jean Bodin, Bruxelles, De Boeck Université, 1992, (pp. 245-268) ; « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers », In *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*: textes présentés au premier colloque international du Centre international de la Common law en français (CICLEF) / sous la direction de Michel Doucet et Jacques Vanderlinden, pp. 78-101 ; « L'invention du droit musulman algérien à l'époque coloniale (XIX siècle). Une approche anthropologique », in *Le débat juridique au Maghreb* (sous la dir. A. Mahiou), Publisud, Iremam, 2009, pp. 39-51 ; « La découverte de l'anthropologie juridique. Un témoignage », in *Cahiers d'Anthropologie du droit, Droit et cultures, Anthropologie et droit. Intersections et confrontations*, 2004, Karthala, pp. 73-85

Carrey E., *Récits de Kabylie. La conquête de 1857,1858*, 2-ème édition, Alger 2007, Alger

Condorcet N. de, *Réflexions sur l'esclavage des nègres*, Neufchatel, 1781.

Deroussin D., « Pothier, la coutume (d'Orléans) et le droit coutumier », in F.Garnier, G. Cazals, *Les décisionnaires et le coutume, Contribution à la fabrique de la norme*, Toulouse, P :U : Toulouse 1, 2018,

- Estoublon R., « Mariages musulmans et kabyles », in. *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, Alger, Adolphe Jourdan, 1892, 1ère partie
- Ferry J., « Premier rapport de M. Didier au nom de la commission de l'Assemblée législative », 9 juillet 1851, in E. Robe, 1854,
- Ghabrial S., *Le 'fiqh francisé'?: Muslim personal status law reform and women's litigation in colonial Algeria (1870-1930)*, P.H.D. thesis, McGill's, 2014.
- Hanoteau A., Letourneux A., *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Imprimerie impérial, trois vol., Paris, 1873
- Leroy-Beaulieu M.P., *De la colonisation chez les peuples modernes*, Paris, Guillaumin Libraires, 1874
- Le Roy E., « La Coutumes et la réception des droits romanistes en Afrique noire », in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La coutume*, volume 51-1990, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1990
- Le Roy E., Mamadou Wane, « La formation des droits non étatiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique* Vol. I (1982) , Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982
- Maupoil B., « L'étude des Coutumes juridiques de l'A.O.F », in *Coutumiers Juridiques de l'Afrique Occidentale Française*, Tome I, Sénégal, Paris, 1939
- Mari (de) E., « *Des devoirs du concessionnaire aux droits du propriétaire : le cas de Saint-Domingue (XVIIe-XVIII siècle)* », in *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint. Exemple de droit colonial et analogies contemporaines*,

- Sous la direction de E. de Mari et D. Taurisson-Mouret, préface de Thierry Revet, Paris, Victoire Editions, 2016,
- F. Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution 1785-1795-1802*, Pratiques Théorique, Paris, Puf, 1992
- Le cour Grandmaison O., *La République impériale. Politique et racisme d'état*, Fayard, 2009
- Mercier E., *La propriété foncière chez les musulmans d'Algérie*, Paris, Ernest Leroux éditeur, 1891
- Mirabeau (V. Riqueti, marquis de), Quesnay F., *Philosophie rurale ou Economie générale et politique de l'Agriculture*, Les Libraires associés, Amsterdam, 1763
- Mirabeau (V. Riqueti, marquis de), *L'ami des Hommes*, 6 vol., Avignon, 1756-1760.
- Montesquieu Charles de Secondat-Baron de La Brède, *De l'esprit des lois*, tome I, Garnier Frères, Paris, 1961
- Portalis J-É., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Préface de Michel Massenet, Collection « Voie de la cité », Editions confluences, Bordeaux, 2004
- Pothier R.-J., *Traité des personnes et des choses*, in De M. Dupin, *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Paris, Pichon-Becher, 1827
- Pothier R.J., *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du Barreau et de la jurisprudence française*, tome 4, Paris, Orléans, Jean Debure/Veuve Rouzeau-Montaut, 1774,
- Tourme-Jouannet E., « Des origines coloniales du droit international », in *The Roots of International Law. Les fondements du droit international*, Leiden, Boston, Nijhoff publishers, 2014

Vignon P., *Un programme de Politique Coloniale. Les Questions Indigènes*, Paris. Librairie Plon, 1919

Volney C.-F. de Chassebœuf, *Les Ruines ou Méditation sur les révolutions des empires* (1791), présentation de J. Thulard, Paris-Genève, Slatkine, 1979.

CONTRACTELE CLICKWRAP – TERENUL  
PROPICE AL CLAUZELOR ABUZIVE. O  
ANALIZĂ DE CAZ

---

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).3.6  
Data publicării online: 09.03.2021

---

Christian-Dorel GROSU\*

**Rezumat:** Cu ocazia creării câte unui nou cont de e-mail, a cumpărării unui bun prin intermediul unor platforme precum eMag sau elefant.ro o persoană încheie contracte ale căror clauze sunt de multe ori abuzive; clauze în fața cărora orice consumator pare a fi lipsit de mecanisme juridice de apărare. Cele mai des întâlnite astfel de clauze sunt cele de alegere a legii aplicabile contractului și cele de alegere a forului în cazul ivirii unor litigii. Consumatorului îi vin în ajutor atât legislația națională (Legea 193/2000), cât și cea europeană, precum și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene în materie.

**Cuvinte-cheie:** clauze abuzive, consumator, Legea 193/2000

---

\* Christian-Dorel Grosu, masterand in cadrul specializării „Dreptul european și dreptul național al afacerilor”. Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai, contact: [christian-dorel.grosu@law.ubbcluj.ro](mailto:christian-dorel.grosu@law.ubbcluj.ro).

## CLICKWRAP CONTRACTS – THE SUITABLE TERRAIN FOR ABUSIVE CLAUSES. A CASE STUDY

**Abstract:** On the occasion of creating a new email account, of buying a good through the use of platforms such as eMag or elefant.ro, a person signs contracts whose clauses are many times abusive; clauses which, if faced with, seem to render the consumer stripped of legal means of protection. The most widely encountered clauses such as the above are the choice-of-law clauses and the forum selection clauses. Rushing to the consumer's aid is the national legislation (Law no. 193/2000), as well as the European one and the case law of the Court of Justice of the European Union.

**Key-words:** abusive clauses, consumer, Law 193/2000

Contractele electronice reprezintă un instrument folosit de către dezvoltatorii lumilor virtuale, dezvoltatorii feluritelor platforme informatice, societăți etc., cuprinzând clauze ce îl favorizează în mod substanțial pe profesionistul în cauză. Ele se perfectează online și, de regulă, se întâlnesc sub forma contractelor de tip *click-wrap*<sup>1</sup>, guvernând raportul juridic dintre cel ce acordă licența<sup>2</sup> în cauză și cel ce o acceptă.<sup>3</sup> Contractele de tip *click-wrap* se încheie prin bifarea unei casete corespunzătoare răspunsului „Da”, „Accept”,

---

<sup>1</sup> C. T. UNGUREANU, *Contractul electronic*, Revista „Dreptul”, nr. 9, 2015, p. 165.

<sup>2</sup> Prin intermediul contractelor E.U.L.A. (*End User License Agreement*) și T.O.S. (*Terms of Service*) utilizatorului i se acordă o licență (un drept) restrâns de a folosi o platformă, datele informatice etc., puse la dispoziție de către dezvoltator, care își rezervă dreptul exclusiv de proprietate asupra a tot ceea ce a creat și are legătură cu creația sa. Utilizarea platformei necesită acordul prealabil al utilizatorului cu privire la cele două contracte, în lipsa exprimării consimțământului acesta neavând acces la platformă; situația este similară cu cea a contractelor de adeziune.

<sup>3</sup> J. S. CHAO, *Recognizing Virtual Property Rights, It's About Time*, Law School Student Scholarship, 2010, p. 4.

ceea ce implică, din punctul nostru de vedere, manifestarea expresă a consimțământului de a adera la formula contractuală.<sup>4</sup> Este forma specifică pe care clauzele standard o îmbracă în mediul online.<sup>5</sup>

În mod ubicuu, indiferent de profesionistul a cărui formulă contractuală este analizată, în contractele electronice se stipulează expres că tot ceea ce ține, spre exemplu, de lumile virtuale este proprietatea intelectuală a dezvoltatorului. Dezvoltatorii lumilor virtuale nu se limitează la dreptul de proprietate pe care îl exercită asupra creației virtuale a căror autori sunt; uneori, aceștia vând utilizatorilor felurite bunuri virtuale, însă nici în această situație dreptul de proprietate al utilizatorilor nu este recunoscut.<sup>6</sup>

În continuare, va fi luat drept exemplu, în cadrul unui succint studiu de caz, contractul E.U.L.A.<sup>7</sup> folosit de către compania *Blizzard Entertainment Inc.*, însoțit de verificarea măsurii în care acesta poate forma obiectul aplicării teoriei clauzelor abuzive și al dispozițiilor legale în materie. Din această perspectivă, urmează să procedăm la examinarea unor prevederi referitoare, cu precădere, la soluționarea litigiilor pe cale arbitrală și legea aplicabilă contractului.

În cadrul contractului se fac trimiteri la dispoziții cuprinse în pagini web distincte; una dintre aceste dispoziții prevede că utilizatorilor le este

---

<sup>4</sup> J. M. MORINGIELLO, W. L. REYNOLDS, *Electronic Contracting Cases 2009-2010*, Business Lawyer, Vol. 66, 2010, p. 2.

<sup>5</sup> M. A. LEMLEY, *Terms of Use*, Minnesota Law Review, no. 459, 2006, pp. 465-466.

<sup>6</sup> Pentru detalii, a se vedea <https://www.blizzard.com/en-us/legal/fba4d00f-c7e4-4883-b8b9-1b4500a402ea/blizzard-end-user-license-agreement>, consultat la 27.08.2020, ora 15:02.

<sup>7</sup> E.U.L.A. constituie acronimul corespunzător denumirii din limba engleză a contractului prin care profesionistul acordă utilizatorului o licență (un drept) restrâns de a folosi cele puse la dispoziție de către acesta dintâi (spre exemplu, o platformă, anumite date informatice etc.), contract denumit „*End User License Agreement*”.



îngăduită încărcarea de conținut în cadrul lumii virtuale, precum și pe forumul companiei, însă în ipoteza în care acest material are caracter original, cu potențial creativ, se consideră că utilizatorul a acordat Blizzard un drept perpetuu, irevocabil, general, non-exclusiv de a se bucura de emolumentul rezultat, sens în care Blizzard are dreptul de a efectua copii, reproduce, modifica, adapta, reformata, publica, distribui, vinde etc., respectivul conținut. Această clauză este injustă pentru autorul conținutului, deși poziția acestuia este comparabilă cu cea a unei persoane ce a creat conținut prin intermediul instrumentelor puse la dispoziție de aplicațiile Word. Cum ar fi ca în acest din urmă exemplu dezvoltatorii Word să decidă ca orice conținut creat în Word să constituie obiect al dreptului lor de proprietate?<sup>8</sup> Această comparație reliefează caracterul abuziv al clauzei de mai sus.

Același contract prevede și legea aplicabilă acestuia, cea a Statelor Unite ale Americii; utilizatorii care accesează platforma din afara Statelor Unite ale Americii și Canadei se supun prevederilor menționate.

Contractul E.U.L.A. trimite încă odată la dispoziții prevăzute într-o pagină web distinctă, unde sunt stipulate regulile privitoare la eventuale litigii<sup>9</sup>. Potrivit acestor reguli, litigiile urmează să fie soluționate pe calea arbitrajului, pentru persoanele domiciliat în afara Statelor Unite ale Americii fiind competentă, potrivit clauzelor contractuale, autoritatea de arbitraj din Los Angeles, California.

Abuzul de drept pe tărâm contractual poate îmbrăca, potrivit doctrinei de factură *common law*, două forme: un abuz procedural și unul substanțial.

---

<sup>8</sup> J. S. CHAO, op.cit., pp. 14-15.

<sup>9</sup> Pentru detalii, a se vedea <https://www.blizzard.com/en-us/legal/b2e0b082-fddb-4824-93fa-ee9c1bf814f8/blizzard-entertainment-dispute-resolution-policy>, consultat la 27.02.2020, ora 16:22.

Abuzul procedural presupune lipsa oricărui mijloc de negociere de către una dintre părți (de regulă, cea dezavantajată), în vreme ce abuzul substanțial privește existența unor clauze stabilite în mod exclusiv în beneficiul unei părți (de regulă, cea aflată pe o poziție de superioritate).<sup>10</sup>

Doctrina noastră de drept civil<sup>11</sup> face distincție între contractele negociate și cele de adeziune, după cum ele au fost supuse negocierii sau nu. Potrivit art. 1175 C.civ. „contractul este de adeziune atunci când clauzele sale esențiale sunt impuse ori sunt redactate de către una dintre părți, pentru aceasta sau ca urmare a instrucțiunilor sale, cealaltă parte neavând decât să le accepte ca atare”. Conținutul acestor clauze este prestabilit în totalitate de către una dintre părți, fără ca celeilalte părți să i se ofere posibilitatea de a le influența.<sup>12</sup> Clauzele acestea se numesc clauze standard și sunt reglementate de legislatorul român în art. 1202 C.civ. care, la alin. (2), prevede că „sunt clauze standard stipulațiile stabilite în prealabil de una dintre părți pentru a fi utilizate în mod general și repetat și care sunt incluse în contract fără să fi fost negociate cu cealaltă parte”.

Potrivit doctrinei<sup>13</sup>, trăsăturile specifice ale contractului de adeziune sunt inegalitatea economică ori profesională a părților, caracterul general și standardizat al ofertei și absența oricărei negocieri.

La art. 1203 C.civ. se reglementează clauzele neuzuale în următoarea manieră: „clauzele standard care prevăd în folosul celui care le propune

---

<sup>10</sup> E. REUVENI, *On Virtual Worlds: Copyright and Contract Law at the Dawn of the Virtual Age*, Indiana Law Journal, Vol. 82, No. 261, 2007, p. 300.

<sup>11</sup> L. POP, I.-F. POPA, S. IOAN VIDU, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, București, 2015, pp. 46-48.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

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

limitarea răspunderii, dreptul de a denunța unilateral contractul, de a suspenda executarea obligațiilor sau care prevăd în detrimentul celeilalte părți decăderea din drepturi ori din beneficiul termenului, limitarea dreptului de a opune excepții, restrângerea libertății de a contracta cu alte persoane, reînnoirea tacită a contractului, legea aplicabilă, clauze compromisorii sau prin care se derogă de la normele privitoare la competența instanțelor judecătorești nu produc efecte decât dacă sunt acceptate, în mod expres, în scris, de cealaltă parte”. Această enumerare nu este una cu caracter limitativ, iar includerea unei clauze între cele de mai sus are drept consecință prezumarea stipulațiilor ca lipsite de transparență, pe această cale fiind simplificată probarea caracterului lor abuziv.

Protecția părții mai slabe din punct de vedere economic a constituit o preocupare a legislatorului, atât autohton, cât și unional. În acest sens, a fost adoptată Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori<sup>14</sup>. Actul normativ în cauză transpune prevederile Directivei Consiliului 93/13/CEE din 1993<sup>15</sup>.

La prima vedere, raportat la contractul E.U.L.A. folosit de către Blizzard, actul normativ unional și cel de drept intern nu prezintă importanță, întrucât se stabilește clar că legea aplicabilă este cea a Statelor Unite ale Americii, ale cărei prevederi sunt întru totul aplicabile. Cu toate acestea, lecturarea părții de început a contractului oferă un detaliu important: în măsura în care persoana în cauză nu își are domiciliul, reședința/nu locuiește

---

<sup>14</sup> Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, M.of.: 543 din 3 august 2012.

<sup>15</sup> Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 95, ediție specială, 15/vol. 002, pp. 273-278.

în Statele Unite ale Americii, Canada sau Mexic, licența se acordă de către *Activision Blizzard International B.V.*<sup>16</sup>, cu sediul în Amstelveen, Olanda. Art. 15 al Legii nr. 193/2000 prevede că „în cazul în care părțile contractante aleg ca lege aplicabilă contractului legea unui stat care nu face parte din Uniunea Europeană, iar contractul are o strânsă legătură cu teritoriul României sau cu al altor state membre ale Uniunii Europene și în cazul în care prezenta lege are prevederi mai favorabile pentru consumator, se vor aplica acestea din urmă” (art. 6 alin. (2) din directivă).<sup>17</sup>

În speță, părțile au ales ca lege aplicabilă legea Statelor Unite ale Americii, dar se poate argumenta că respectivul contract are o legătură mai strânsă, în fapt și în drept, cu spațiul unional. Se precizează în Legea nr. 193/2000 că legătura mai strânsă trebuie să fie cu teritoriul României sau al altor state membre, sugerând un caracter alternativ între cele două; în această ordine de idei, ar trebui verificate elementele componente ale contractului pentru a se identifica teritoriul în relație cu care acestea au o legătură mai strânsă și mai caracterizată. În ciuda caracterului aparent alternativ al criteriilor teritoriale trebuie avut în vedere faptul că, deși transpusă pe calea unui act intern cu putere de lege, directiva continuă să aibă valoare interpretativă, prevederile legii naționale adoptate pentru punerea în aplicare a directivei trebuind să fie interpretate în concordanță cu actul unional. Pe această cale,

---

<sup>16</sup> B. V. este abrevierea pentru „*besloten vennootschap*”, adică ”societate cu răspundere limitată”, în limba olandeză.

<sup>17</sup> Potrivit preambulului directivei, această dispoziție a fost concepută pentru a evita situațiile în care consumatorul este privat de protecția necesară prin alegerea ca aplicabilă a unei legi aparținând unui stat nemembru.

art. 6 alin. (2) din directivă prevede: „Statele membre iau măsurile necesare pentru a se asigura că consumatorul nu își pierde protecția acordată prin această directivă datorită alegerii legislației unui stat nemembru ca legislație aplicabilă contractului, în cazul în care acesta din urmă are o strânsă legătură cu teritoriul statelor membre”. Directiva face referire la teritoriul statelor membre, global, prin urmare la ansamblul teritoriului statelor care fac parte din Uniunea Europeană, ceea ce permite ca elementele componente ale contractului să fie luate în considerare laolaltă, chiar dacă unele dintre acestea sugerează o legătură cu un anumit stat membru, iar altele o legătură cu un alt stat membru. Din acest punct de vedere, există cel puțin patru elemente care indică o legătură suficient de caracterizată cu teritoriul unional: *domiciliul utilizatorului* este situat în cadrul spațiului unional, *sediul societății* Activision Blizzard International B.V., *locul unde se fac plățile* de către utilizator, *situarea serverelor lumii virtuale*.

Potrivit contractului E.U.L.A., acesta se încheie între utilizator și Activision Blizzard International B.V., cu sediul în Olanda, în măsura în care utilizatorul nu are domiciliul/reședința/nu locuiește în Statele Unite ale Americii, Canada sau Mexic. Societatea în cauză este o societate cu răspundere limitată, prin urmare are personalitate juridică proprie, distinctă de cea a Blizzard Entertainment Inc.; pe deasupra, contractul prevede: „*Blizzard Entertainment, Inc., and Activision Blizzard International B.V. are referred to herein as [...]*”. Se poate deduce din modalitatea de formulare că cele două entități sunt separate, cu atât mai mult cu cât ambele au personalitate juridică de sine stătătoare<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> În caz contrar, ar fi fost mai anevoioasă demonstrarea legăturii contractului cu spațiul unional, întrucât o serie de elemente de legătură nu ar mai fi putut fi luate în calcul, spre exemplu sediul societății.

Legea nr. 193/2000 prevede la art. 1 alin. (3) că „se interzice profesioniștilor stipularea de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii”, iar alin. (1) al art. 4 statuează că „o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților.” Această dispoziție se coroborează cu cea de la alin. (2), potrivit căruia „o clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitate consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de profesioniști pe piața produsului sau serviciului respectiv”.

Din cuprinsul art. 4 alin. (1) al Legii nr. 193/2000 rezultă elementele de identificare ale clauzelor abuzive.

În primul rând, acestea nu sunt negociate. Ele sunt asociate contractelor de adeziune, redactate unilateral de către partea ce propune contractul, fără a permite negocierea prevederilor sale, indiferent dacă permite sau nu înțelegerea acestora. Prin asemenea contracte, profesionistului i se conferă o poziție dominantă, iar consumatorul nu poate decât să adere la contract, în formula în care acesta este propus de către profesionist.

În al doilea rând, contractul trebuie să creeze o situație de dezechilibru între cele două părți. Potrivit Legii nr. 193/2000, acest dezechilibru este unul juridic, între drepturile și obligațiile părților, în detrimentul consumatorului. Acest dezechilibru este vădit în situația analizată aici, cel puțin din perspectiva faptului că se prevede cu titlu de regulă generală, în favoarea Activision Blizzard International B.V., soluționarea litigiilor pe cale arbitrală de către o

autoritate competentă din Statele Unite ale Americii; pe calea acestei clauze compromisorii, datorită costurilor extrem de ridicate pe care soluționarea pe cale arbitrală a litigiului le-ar prezenta pentru consumatori, aceștia din urmă se află în situația unei lipse de acces la justiție.<sup>19</sup> De asemenea, potrivit anexei la Legea nr. 193/2000, sunt abuzive clauzele care „exclud dreptul consumatorului [...] de a exercita un alt remediu legal, solicitându-i în același timp rezolvarea disputelor în special prin arbitraj”. Această viziune a fost împărtășită, de altfel, și de alți autori.<sup>20</sup>

În al treilea rând, pentru a se stabili fără putință de tăgadă că o clauză contractuală este abuzivă este necesară încălcarea exigenței de bună-credință. Rolul acestei condiții este acela de a „preîntâmpina o posibilă evaluare mecanică a dezechilibrului între drepturile și obligațiile părților, precum și de a impune ca la evaluarea caracterului abuziv al unei clauze să se aibă în vedere toate circumstanțele relevante ale încheierii contractului”<sup>21</sup>.

În al patrulea rând, potrivit art. 4 alin. (4) din Legea nr. 193/2000, „lista cuprinsă în anexa care face parte integrantă din prezenta lege redă, cu titlu de exemplu, clauzele considerate ca fiind abuzive”. După cum se specifică și în actul normativ, lista nu este una cu caracter exhaustiv. Prin hotărârea pronunțată în cauza C-478/99 (Comisia c. Regatului Suediei) s-a stabilit că lista cuprinsă în anexa directivei are caracter orientativ, astfel că încadrarea unei clauze între cele enumerate în anexă nu duce automat la declararea acesteia ca fiind abuzivă.<sup>22</sup> Pentru a fi considerate potențial abuzive, aceste

---

<sup>19</sup> L. POP, I.-F. POPA, S. Ioan VIDU, *passim*.

<sup>20</sup> Pentru detalii a se vedea C. T. UNGUREANU, *op.cit.*, pp. 179-180.

<sup>21</sup> L. POP, I.-F. POPA, S. Ioan VIDU, *passim*.

<sup>22</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-478/99, *Comisia c. Regatului Suediei*, ECLI:EU:C:2002:281.

clauze trebuie, pe lângă a se regăsi în enumerarea cuprinsă în lege, să fie stabilite în favoarea profesionistului.<sup>23</sup>

Atât în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, cât și în doctrina noastră, s-a stabilit că sancțiunea adecvată este cea a nulității absolute a acestor clauze<sup>24</sup>. Potrivit art. 7 din Legea nr. 193/2000, „în măsura în care contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară rezilierea contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese”. Din interpretarea acestui articol se poate deduce faptul că nulitatea este una parțială, urmând ca efectele sale să se extindă asupra contractului în integralitate numai cu titlu excepțional, în situația în care aneantizarea clauzelor abuzive duce la imposibilitatea continuării executării sale.

În concluzie, întrucât majoritatea contractelor de tip *click-wrap* implică acceptarea unor termeni și condiții ce stau la baza dezechilibrului juridic dintre părțile contractante, acestea pot constitui obiect al aplicării teoriei clauzelor abuzive.<sup>25</sup> În special clauzele compromisorii ce stabilesc competența de soluționare a litigiilor în sarcina unor autorități de arbitraj străine sistemului de drept continental și unional și clauzele de *electio juris* ce trimit la sisteme de drept precum cel din cazul analizat pot constitui obiect al teoriei clauzelor abuzive, cu consecința anulării lor, fără ca acestea să fie singurele situații în cazul cărora teoria antementionată își găsește aplicabilitatea. În ipoteza anulării acestor clauze urmează a se aplica

---

<sup>23</sup> L. POP, I.-F. POPA, S. Ioan VIDU, op.cit., p. 97.

<sup>24</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-240/98-C 244/98, *Océano Grupo Editorial SA c. Rocio Murciano Quintero*, ECLI:EU:C:2000:346.

<sup>25</sup> T. J. CALLOWAY, *Cloud computing, click-wrap agreements, and limitation on liability clauses: a perfect storm?*, Duke Law and Technology Review, vol. 11, no. 1, 2012, pp. 170-172.



reglementările specifice de drept internațional privat, de altfel preferabile inclusiv profesioniștilor în locul susținerii unui proces în materia dreptului consumului.