

Camelia Maria Cezara IGNĂTESCU

ABUZUL DE DREPT

Ediția a 2-a, revăzută și adăugită

LUMEN
in elita editurilor românești

ABUZUL DE DREPT
Camelia Maria Cezara IGNĂTESCU
Ediția a 2-a, revăzută și adăugită

Copyright Editura Lumen, 2019
Iași, Țepeș Vodă, nr.2

Editura Lumen este acreditată CNC SIS

edituralumen@gmail.com
prlumen@gmail.com
www.edituralumen.ro
www.librariavirtuala.com

Redactor: Roxana Demetra STRATULAT
Design copertă: Roxana Demetra STRATULAT

Reproducerea oricărei părți din prezentul volum prin fotocopiere, scanare, multiplicare neautorizată, indiferent de mediul de transmitere, este interzisă.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
IGNĂTESCU, CAMELIA MARIA CEZARA

Abuzul de drept / Camelia Maria Cezara Ignătescu. - Iași :
Lumen, 2019

ISBN 978-973-166-552-8

CAP.1.

Dreptul subiectiv și dreptul obiectiv

1.1. Dreptul obiectiv

Noțiunea de drept, folosită în limbajul juridic, desemnează două aspecte distincte: primul dintre ele privește ordinea juridică, aspectul normativ al dreptului, iar cel de-al doilea privește o prerogativă, o competență sau o putere atribuită unei persoane. Se realizează astfel legătura dintre norma generală și facultatea juridică individuală a unei persoane față de o altă persoană².

În concret, norma trasează cadrul general de reglementare a unei situații, în timp ce dreptul subiectiv – derivat din norma generală – reprezintă aplicarea particulară a acesteia.

În limba engleză aceste două idei distincte sunt exprimate diferit. Noțiunea de “law” privește legea, altfel spus, dreptul obiectiv, iar noțiunea de “right” privește dreptul derivat din aplicarea normei legale, dreptul subiectiv.

În limba română, denumirea generică de “drept” are o multitudine de sensuri. Referindu-ne strict la tema abordată, identificăm o diferență profundă, care transpare chiar și în limbajul uzual, într-o formulare comună: “Dreptul (în sens de lege) este cel care-mi dă acest drept (în sensul de prerogativă)”. Cu atât mai mult în demersul științific al studiului acestor termeni diferența apare mai profundă și mai complexă.

Noțiunea de “obiectiv”, care afectează termenul de “drept” este definită – filosofic – ca ceva existent în afara

² M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1999, pg.275

conștiinței și independent de ea, care redă realitatea în mod fidel, desprins de impresiile subiective³. Dreptul obiectiv ar reprezenta, astfel, un ansamblu de norme juridice care există independent de modul de reflectare a acestora în judecata fiecărui individ⁴. Conceptul supus cercetării nu se limitează la definițiile fiecărui termen în parte, acesta dobândind – printr-un convenționalism unanim – un înțeles oarecum clasic, ușor diferit, dacă ne raportăm la rigorile semantice⁵. Dreptul nu este o obiectivitate în sine, ci reprezintă esența obiectivată a intereselor aparținând întregii colectivități sau numai unor grupuri sociale. Dreptul are caracter obiectiv ca sistem de valori care, odată create prin voința indivizilor și exprimând interesele acestora, reflectă convergența calitativă a acestor interese, dobândind o relativă independență față de ele⁶.

Considerarea dreptului obiectiv este rezultatul înțelegerii dreptului ca putere de către pozitivismul juridic al sec. XIX, cu ecouri până azi în doctrină. Până în sec. XVIII se folosea noțiunea de *ius*, mai târziu umaniștii și iluminiștii încep să delimiteze noțiunea de *ius* (*iusta masura*) de cea de “drept” înțeleasă ca voință⁷.

Regula de drept obiectiv poate fi orice regulă de conduită care poate fi caracterizată ca o regulă de drept. Orice normă juridică este un comandament, însă un comandament violabil deoarece el se referă la relații juridice⁸.

³ Dicționar Enciclopedic, Ed. Cartier, Iași, 2001, pg. 602.

⁴ J.L. Souriou, P. Lerat, *Le langage du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, pg.13.

⁵ I. Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1988, pg.8.

⁶ T.Drăgan, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, pg.40.

⁷ R. Motica, Gh. Mihai, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, pg.84.

⁸ P. Laband, *Droit public de l'Empire Allemand*, vol. 5, Ed. Giard et Briere, Paris, 1903, pg.363.

Dreptul obiectiv este, prin natura lui, general, pentru că legea poate garanta doar prin general caracterul său just sau care tinde spre just. O lege care s-ar adresa doar unor cazuri particulare – iar realitatea ultimilor ani ne-a demonstrat că este posibil – ar avea consecințe grave, mergând până la suspectarea legiuitorului de protejarea unor interese oculte. Desigur, când ne referim la noțiunea de lege, excludem legile speciale ce privesc persoane identificate cu nume și prenume cum ar fi, de pildă, decretele de grațiere ale Președintelui sau ordinele Prefectului cu caracter individual.

Norma generală de drept își definește obiectul și capătă sens numai prin aplicarea sa la cazuri particulare. Așa cum știm, legea este rezultatul – în cele mai multe cazuri – nevoii de reglementare a unor aspecte din cadrul relațiilor juridice ce apar în viața socio-juridică pe măsura dezvoltării sale. De pildă, putem observa cum aderarea României la UE a generat nevoia de normă, întrucât noi viitoare drepturi subiective cereau imperios să fie recunoscute. Generalizarea concretizată în normă se creează din cazuri individuale care cer o soluție comună, coerentă și unitară.

Mai mult, cazurile individuale, în complexitatea lor, cer – pentru determinarea exactă a drepturilor subiective ce intervin – aplicarea concomitentă a mai multor norme. De pildă, fapta unui funcționar public care “pretinde ori primește bani sau alte foloase care nu i se cuvin, ori acceptă promisiunea unor astfel de foloase sau nu o respinge, în scopul de a îndeplini, a nu îndeplini ori a întârzia îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle de serviciu sau în scopul de a face un act contrar acestor îndatoriri” (art. 254 Cod penal) nu se subsumează numai normei penale. Determinarea calității de funcționar public a persoanei învinuite de săvârșirea infracțiunii de luare de mită și drepturile (atribuțiile) pe care aceasta le are în exercitarea funcției sale se realizează cu ajutorul unui alt tip de norme, de natură administrativă. Astfel luarea de mită

prevăzută de art. 254, al.2 din Codul penal îmbracă o formă agravată în cazul în care este săvârșită de un funcționar cu atribuții de control. Calificarea subiectului infracțiunii revine însă normelor ce guvernează sfera atribuțiilor învinuitului.

Exemplul de mai sus supune unui raționament matematic pe cel chemat să treacă de la general la particular și să delimiteze prerogativa statului – ca subiect de drept penal – de a sancționa atingerea gravă adusă valorilor sociale ocrotite de lege într-un quantum de pedeapsă anume.

Cercetând cazul concret indicat, trebuie determinat care sunt legile aplicabile, ce normează ele în raport direct cu particularitățile cazului în discuție și care sunt principiile generale care transpar din natura lucrurilor.

Ihering arată că din studiul instituțiilor juridice, știința degajează încetul cu încetul adevăruri științifice care stau ascunse în însăși miezul acestei instituții din punct de vedere juridic, care le explică și care sunt adevărata bază a dreptului⁹.

O abordare originală în definirea dreptului obiectiv o realizează profesorul Ion Deleanu care, pornind de la definiția situației juridice, ca fiind totalitatea drepturilor și obligațiilor pe care le are orice cetățean, potrivit legii¹⁰, consideră că ar fi preferabil să definim nu noțiunea de “drept obiectiv”, ci pe cea de “situații juridice obiective”, noțiune care desemnează ansamblul normelor juridice care alcătuiesc dreptul, norme prin care sunt reglementate drepturile și îndatoririle. Urmând același raționament, “drepturile subiective” ar deveni “situații juridice subiective”, ce ar însemna drepturile și îndatoririle concretizate pe seama unor subiecți de drept. S-ar realiza astfel – apreciază autorul – o viziune de ansamblu integratoare asupra operei de creare și aplicare a dreptului¹¹.

⁹ R. Von Ihering, *Lupta pentru drept*, Ed. C.H. Beck, București, 2002, pg.37.

¹⁰ I. Deleanu, *op. cit.*, pg. 11.

¹¹ I. Deleanu, *op.cit.*, pg.4-15.

În opinia noastră, termenul de “situație juridică” este dificil de alăturat obiectivității. O situație juridică este întotdeauna raportată la ceva concret, specific unui anumit fapt, unor circumstanțe ce subiectivează conținutul unui raport juridic determinat. Argumentul obiectivității prin neconcretizare pe seama unor subiecți determinați ai drepturilor și îndatoririlor specifice “situației juridice” poate fi combătut prin însăși caracterul extrem de perceptibil al “situației”.

De altfel, și autorul citat convine, reținând anterioritatea normelor juridice asupra drepturilor și datoriei subiective, precum și faptul că nu toate normele juridice dau naștere, modifică sau sting drepturi și datorii subiective, că înlocuirea conceptului de “drept obiectiv” cu cel de “situații juridice obiective” ar fi imposibilă.

Într-o abordare convenționalistă și tradiționalistă, dreptul obiectiv apare ca subansamblul dreptului pozitiv format din normele juridice¹². Însă, în același timp, dreptul obiectiv nu se limitează doar la legislație, acesta cuprinzând , acolo unde sunt considerate astfel, și cutuma și jurisprudența. Dreptul obiectiv participă alături de cel subiectiv la formarea și reformarea dreptului, cât și la conținutul acestuia. Ca urmare, dreptul pozitiv poate fi analizat atât din perspectiva componentei obiective, cât și din ce a componentei subiective, aceasta având o formă și un conținut caracterizat de generalitate și realizându-se în forme particulare. Principiile dreptului sunt determinate de cele două elemente și-i conferă dreptului pozitiv specificul.

Dreptul obiectiv, în universalitatea și dinamica sa transindividuală, recunoaște și consacră drepturile subiective fundamentale ale omului. Problema universalității dreptului obiectiv este legată de temporalitate, iar dreptul obiectiv în

¹² Gh. Mihai, *Teoria Dreptului*, Ed. All Beck, București, 2004, pg.98.

vigoare delimitează între trecut și viitor un prezent prescris și legalizat.

1.2. Dreptul subiectiv

Dreptul subiectiv desemnează o facultate juridică individuală a unei persoane față de o altă persoană¹³, o prerogativă care are drept fundament norma juridică, derivă din ea și aparține subiectului de drept determinat.

Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice persoanele juridice, definind conceptul de “capacitate juridică” conturează normativ calitatea persoanei de a fi, de la începutul până la sfârșitul existenței sale, purtătoare de valori juridice, subiect de drepturi și datorii juridice.

Noul Cod civil, în art. 28-29 definește capacitatea civilă și limitele acesteia, adăugând că “Nimeni nu poate fi îngrădit în capacitatea de folosință sau lipsit, în tot sau în parte, de capacitatea de exercițiu, decât în cazurile și condițiile expres prevăzute de lege. Nimeni nu poate renunța, în tot sau în parte, la capacitatea de folosință sau la capacitatea de exercițiu” (art. 29, al.1 și 2 NCC).

Pentru a înțelege momentul nașterii dreptului subiectiv, trebuia să admitem că premisa acestuia – consacrată în dreptul obiectiv – o reprezintă existența capacității juridice. Capacitatea juridică, în cele două forme ale sale, semnifică, pe de o parte, aptitudinea persoanei de a avea drepturi și obligații (capacitatea de folosință), iar, pe de altă parte, aptitudinea persoanei de a exercita drepturile și obligațiile corelative (capacitatea de exercițiu). Capacitatea juridică astfel definită ne conduce la titularul de drepturi și obligații subiective, adică la subiectul de drept. Dreptul subiectiv – ca prerogativă – poate fi sau nu propriu unui anumit subiect de drept, în măsura în care acesta

¹³ M. Djuvara, *op.cit.*, pg.275.

posedă capacitatea juridică de a avea acel atribut. Astfel, dreptul obiectiv prin normele specifice comerciale, creează cadrul juridic pentru persoana fizică de a dobândi drepturile subiective specifice calității de asociat al unei societăți comerciale. Însă, aceste drepturi subiective pot fi dobândite doar de persoanele fizice cu capacitate de exercițiu deplină care nu au fost condamnate pentru gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită precum și pentru infracțiunile prevăzute la art. 143-145 din Legea 85/2006 privind procedura insolvenței sau pentru cele prevăzute în Legea societăților comerciale nr. 31/90 modificată și completată prin Legea 441/2006.

Din exemplul de mai sus putem observa că nu numai capacitatea juridică desenează profilul subiectului de drept pentru o anumită categorie de drepturi subiective, ci și norme speciale care cuprind excepții și limitări ale sferei posibililor titulari ai dreptului subiectiv.

Subiectul de drept poate fi atât persoana fizică, cât și persoana juridică. Nu există limitări generale pentru anumite categorii de persoane fizice sau juridice de a avea drepturi subiective. În particular, apatrizii, de pildă, nu au drept de vot, iar magistrații nu se pot asocia în societăți comerciale. Tot astfel, în cazul persoanelor juridice, acestea au o sferă extrem de cuprinzătoare a drepturilor subiective, fiecărui subiect de drept revenindu-i prerogative distincte, funcție de consacrarea principiu al specialității capacității de folosință a persoanei juridice.

Încât, dreptul subiectiv apare ca un avantaj privind valorificarea sau apărarea unui interes propriu, avantaj creat sau recunoscut prin normele juridice în vigoare, pe care subiectul de drept îl deduce și îl valorifică¹⁴.

¹⁴ Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului. Dreptul subiectiv. Izvoare ale drepturilor subiective*, Vol.IV, Ed. All Beck, București, 2005, pg.23.

Așadar, dreptul subiectiv presupune un interes. Acest adevăr este consacrat în mod formal în diferite ramuri de drept. Astfel, procedura civilă consacră principiul potrivit căruia nu există acțiune fără interes. Prima condiție ca cineva să intenteze o acțiune este să aibă un interes, lipsa acestuia având drept consecință respingerea acțiunii. Dreptul civil consacră, la rândul său, principiul potrivit căruia nu există convenție valabilă fără niciun interes¹⁵. Dar nu orice interes constituie un drept, ci doar acel protejat de lege, al cărui subiect de drept are mijloace legale de a se adresa instanței pentru a-și valorifica și realiza dreptul.

Dacă legea este cea care dă legitimitate și legalitate interesului, se pune problema dacă legiuitorul – obligat să facă legi corespunzătoare unei societăți organizate - înțelege obligația ce cade în sarcina lui ca având undeva, la celălalt capăt al raportului juridic, corespondentul unui drept de a i se pretinde legile cele mai bune. Dacă vom considera puterea legiuitoare ca o însărcinare, ca o misiune, ca o datorie a legiuitorului înseamnă că în sarcina lui cade o obligație¹⁶.

Prerogativa concedată persoanei de ordinea juridică, poate fi privită – în raport cu subiectul de drept persoana privată (fizică sau juridică) sau persoană publică – fie ca drept subiectiv, în primul caz, fie ca o competență în cel de-al doilea caz. În timp ce dreptul subiectiv reprezintă prerogativa recunoscută unei persoane de către ordinea juridică și garantată pe căi de drept, de a dispune de o valoare care îi este consacrată ca aparținându-i fie ei, fie ca datorată, competența este prerogativa recunoscută unei persoane de ordinea juridică și

¹⁵ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Vol.I, Ed. C.H. Beck, București, 2005, pg.134.

¹⁶ I. Miclescu, *Drept civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2001, pg.113.