

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEŞ-BOLYAI

Nr. 2-4/2002
(aprilie-decembrie)

Editura ROSETTI

Adresa redacției: Facultatea de Drept – UBB.
Redacția revistei "Studia-Iurisprudentia"
str. Avram Iancu, nr. 11, cod 3400 – Cluj-Napoca
 tel./fax: (40)-64.19.55.04,
064-405300, int.5912 sau 5913
 e-mail: sbogdan@law.ubbcluj.ro sau
mbocsan@law.ubbcluj.ro

Abonamente și comenzi:

- București, str. Brezoianu Ion, nr. 9, ap. 6, sector 5
- O.P. 1 C.P. 598
- e-mail: rosetti@xnet.ro
- Fax 314.77.82
- ☎ 314.77.81, 093.17.91.73

Copyright © 2001 Editura **ROSETTI**

Editori: **Marian Florescu**
Cristian Dumitrescu

Colegiul redacțional

Liviu POP

Profesor universitar doctor
Decanul Facultății de Drept, UBB Cluj-Napoca
Redactor-șef

Mircea Ștefan MINEA

Profesor universitar doctor
Redactor-șef adjunct

Dan CHIRICĂ

Profesor universitar doctor
Redactor-șef adjunct

George ANTONIU

Profesor universitar doctor
Referent

Tudor DRĂGANU

Profesor universitar doctor
Referent

Vladimir HANGA

Profesor universitar doctor docent
Referent

Philippe MALAURIE

Profesor universitar doctor
Univ. Paris II, Franța
Referent

Jean PINEAU

Profesor universitar doctor
Univ. Montréal, Québec
Referent

Jaques BÉGUIN

Profesor universitar doctor
Univ. Paris I, Franța
Referent

Florin STRETEANU

Lector universitar doctor
Membru

Paul VASILESCU

Lector universitar doctor
Membru

Șerban DIACONESCU

Asistent
Membru

Juanita GOICOVICI

Asistent
Membru

Sergiu BOGDAN

Asistent universitar
Secretar de redacție

Mircea Dan BOCȘAN

Lector universitar doctor
Secretar-adjunct de redacție

Au colaborat la realizarea acestui număr (în ordine alfabetică):

dr. Cristian ALUNARU
conferențiar, Univ. Vasile Goldiș, Arad

dr. Christian ATIAS
profesor, Univ. Aix - Marseilles

Gheorghe BUTA
judecător, președintele C. Ap. Cluj

Cristian CLIPA
asistent, Univ. de Vest, Timișoara

dr. Dănuț CORNOIU
judecător, C.S.J.

Cristian DĂNILEȚ
judecător, Judecătoria Cluj-Napoca

Betinio DIAMANT
avocat, Baroul Sibiu

Dumitru DOBREV
asistent, Univ. M. Kogălniceanu, Iași

dr. Peter ERDŐ
profesor, Univ. "Pásmány Peter" Budapesta

dr. Fábrián Gyula
lector, UBB Cluj-Napoca

Sergiu GOLUB
preparator, UBB Cluj-Napoca

dr. Dan LUPAȘCU
judecător, președintele C.Ap. București

dr. Octavia SPINEANU MATEI
judecător, președintele s. IV civ. a C. Ap.
București

Gianina Narcisa MOROZAN
avocat, Baroul Iași

dr. Corneliu-Liviu POPESCU
conferențiar, Universitatea București

dr. Dan POPESCU
conferențiar, UBB Cluj-Napoca

Paul POPOVICI
asistent, Univ. Vasile Goldiș, Arad

Claudia ROȘU
lector, Univ. de Vest, Timișoara

Mihai TAȘCĂ
avocat, Chișinău

Diana Persida SÂNGEORZAN
judecător, Judecătoria Târgu-Mureș

Studenti colaboratori: Diana OLAR, Anca LEORDAN

**Responsabilitatea pentru opiniile și soluțiile conținute în revistă
aparține exclusiv autorilor acestora!**

Abrevieri folosite în revistă:

BIDR	= „Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano”
CEDO	= Curtea Europeană a Drepturilor Omului
CSJ	= Curtea Supremă de Justiție
Cass.	= Curtea de Casație franceză
D	= „Le Dalloz. Recueil”
DL	= Decret-lege
Dr.	= „Dreptul”
FI	= „Fiat Iustitia”
GC	= „Giustizia civile”
J	= „Juridica”
JCP	= „Juris-Classeur Périodique. Éd. G. La semaine juridique”
PR	= „Pandectele Române”
RDC	= „Revista de drept comercial”
RDCiv.	= “Rivista di diritto civile”
RDP	= “Revista de drept privat”
RDP	= „Revue de droit pénal et criminologie”
R.Dot.Com.	= „Rivista di dottro commercialisti”
RDP	= „Revista de drept penal”
RFDA	= „Revue française de droit administratif”
RHD	= „Revue française de droit français et étranger”
RRD	= „Revista română de drept”
RRDM	= „Revista română de drept maritim”
RRDO	= „Revista română de drepturile omului”
RSP	= „Revista de știință penitenciară”
RSC	= „Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé”
RTDciv	= „Revue trimestrielle de droit civil”
RTDcom	= „Revue trimestrielle de droit commercial et économique”
SUBB	= „Studia Universitatis Babeș-Bolyai”

Cuprins

I. Studii

Christian ATIAS, <i>O ipoteză de școală</i>	8
Peter ERDŐ, <i>Contribuția bisericii la formarea autoconștiinței culturale europene</i>	10
Corneliu-Liviu POPESCU, <i>Jurisprudența organelor Convenției europene a drepturilor omului în cauzele privind plângerile împotriva statelor din Europa Centrală și Orientală, până în anul 2002</i>	14
Cristian ALUNARU, <i>Sistemul german al drepturilor reale - posibilă sursă de inspirație pentru perfecționarea codului civil român</i>	31
Dan Andrei POPESCU, <i>Lex rei sitae sau unitatea devoluțiunii și transmisiunii successorale? (I)</i>	55
Florin STRETEANU, <i>Considerații privind extrădarea, în lumina Legii nr. 296/2001</i>	84
Paul VASILESCU, <i>Despre disciplina contractuală și dictatura amiabilă</i>	102
Juanita GOICOVICI, <i>Formalism substanțial și libertate contractuală în dreptul privat contemporan</i>	111
Fábián GYULA, <i>Tratatul de la Nisa, un nou punct de cotitură în dinamica dezvoltării dreptului comunitar primar</i>	144
Paul POPOVICI, <i>Regimul dotal în vechiul drept și în Codul civil român</i>	157
Claudia ROȘU, Cristian CLIPA, <i>Reprezentarea statului și a unităților sale administrative-teritoriale în litigiile având ca obiect revendicări de bunuri aparținând domeniului privat</i>	172

II. Jurisprudență adnotată

CASE NAȚIONALIZATE – Cărți funciare – Rectificare de carte funciară – Bună-credință (Trib. Cluj, s.civ., dec.civ. 610/2002 a Tribunalului Cluj), <i>notă de Șerban DIACONESCU</i>	179
--	-----

III. Exemene de practică judiciară

Sinteză de practică judiciară penală a instanțelor clujene – semestrul II/2001 - semestrul I/2002, <i>Cristi V. DĂNILET</i>	184
Reintegrare în funcția avută anterior, <i>Diana Persida SÂNGEORZAN</i>	196

Aplicarea în timp a normei convenționale, <i>Dumitru DOBREV, Gianina Narcisa MOROZAN</i>	200
---	-----

IV. Jurisprudență rezumată

Adopție	203
Casă naționalizată	204
Competență materială	205
Contestație la executare	205
Contract de muncă	205
Faliment	206
Fond funciar	207
Furt la plângere prealabilă	207
Imobil naționalizat	208
Impozit pe profit	208
Taxă pe valoare adăugată	208
Înscriere în fals	209
Obligații fiscale	209
Omor deosebit de grav	210
Plângere împotriva actelor procurorului ...	210
Plângere împotriva ordonanței procurorului de neîncepere a urmăririi penale	211
Răspundere civilă	211
Reabilitare	213
Revendicare	213
Tulburare de posesie	214

V. Recenzii

Jean-Claude Gautron, <i>Droit Européen</i> , 10e édition, éditions Dalloz, Paris, 2002, 406 p., Mircea Șt. MINEA	215
Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian Enache, Gheorghe Iancu, <i>Interpretarea Constituției, Doctrină și practică</i> , Editura Lumina Lex, București, 2002, p. 270.	216
<i>Novo Código Civil, Coordenadora Anne Joyce Angher, Ley nr. 10406/10.01.2002, en vigor a partir de 1.01.2003</i> , 1 ^a Edição, Editora Rideel, 2002, 208 p., Betinio DIAMANT	222
Antonio Guarino, <i>Diritto privato romano</i> , dodicesima edizione, Editore Jovene, Napoli, 2001, 1107 p., Juanita GOICOVICI	225

VI. Revista revistelor	228
------------------------------	-----

TABLE DES MATIÈRES

I. Etudes

Christian ATIAS, <i>Hypothèse d'école</i>	8
Peter ERDÖ, <i>La contribution de l'église à la formation de l'autoconscience culturelle européenne</i>	10
Corneliu-Liviu POPESCU, <i>La jurisprudence des organes de la CEDO concernant les requêtes contre les états de l'Europe occidentale et orientale</i>	14
Cristian ALUNARU, <i>Le système allemand des droits réels – une possible source d'inspiration pour perfectionner le Code civil roumain</i>	31
Dan Andrei POPESCU, <i>Lex rei sitae ou l'unité de la devolution et de la transmission successorale? (I)</i>	55
Florin STRETEANU, <i>Quelques réflexions sur la nouvelle Loi concernant l'extradition en droit roumain (Loi n. 296/2001)</i>	84
Paul VASILESCU, <i>De la discipline contractuelle et de la dictature amiable</i>	102
Juanita GOICOVICI, <i>Formalisme substantiel et liberté contractuelle dans le droit privé contemporain</i>	111
Fábián GYULA, <i>Le traité de Nice, un point de référence dans le développement du droit communautaire originaire</i>	144
Paul POPOVICI, <i>Le régime dotal dans l'ancien droit roumain et dans le Code civil roumain</i>	157
Claudia ROȘU, Cristian CLIPA, <i>La représentation de l'Etat et des collectivités territoriales dans les litiges concernant la revendication des bien appartenant au domaine privé</i>	172

II. Jurisprudence annoté

IMMEUBLE NATIONALISÉ – Livre foncier – Rectification du livre foncier – Bonne foi (TGI Cluj civ., dec. 610/2002), <i>Note Șerban DIACONESCU</i>	179
--	-----

III. Examen de jurisprudence

Synthèse de jurisprudence pénale – Cour d'Appel Cluj, sem. II/2001 – sem. I/2002, <i>Cristi V. DĂNILEȚ</i>	184
---	-----

La réintégration de l'emploi antérieur, <i>Diana Persida SÂNGEORZAN</i>	196
L'application dans le temps de la norme contraventionnelle, <i>Dumitru DOBREV, Gianina Narcisa MOROZAN</i>	200

IV. Jurisprudence résumée

Adoption	203
Immeuble nationalisé	204
Compétence matérielle	205
Contestation à l'exécution	205
Contrat de travail	205
Procédures collectives	206
Fond foncier	207
Vol	207
Immeuble nationalisé	208
Impôt sur le profit	208
Faux	208
Plainte contre les ordonnances du procurer	211
Responsabilité civile	211
Réhabilitation	213
Revendication	213
Trouble de possession	214

V. Compte rendus

Jean-Claude Gautron, <i>Droit Européen</i> , 10e édition, éditions Dalloz, Paris, 2002, 406 p., Mircea Șt. MINEA	215
Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian Enache, Gheorghe Iancu, <i>Interpretarea Constituției, Doctrină și practică</i> , Editura Lumina Lex, București, 2002, p. 270.	216
<i>Novo Código Civil, Coordenadora Anne Joyce Angher, Ley nr. 10406/10.01.2002, en vigor a partir de 1.01.2003</i> , 1 ^a Edição , Editora Rideel, 2002, 208 p., Betinio DIAMANT	222
Antonio Guarino, <i>Diritto privato romano</i> , dodicesima edizione, Editore Jovene, Napoli, 2001, 1107 p., Juanita GOICOVICI	225

VI. Revue des revues

228

Secțiune în care vor fi publicate numai analize doctrinare beneficiind de o reală ținută științifică: temeinic documentate jurisprudential, ilustrând ultimele tendințe doctrinare române și străine, redactate într-o formă adecvată. Mai restrânsă ca întindere, nu va mai cuprinde mai mult de **patru materiale pe număr**.



O IPOTEZĂ DE ȘCOALĂ

Christian ATIAS

prof. Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Să presupunem că, într-o țară exotică, într-un viitor lipsit de vreun precedent, autoritățile ar face, pentru învățământul dreptului, alegerea mediocrității.

Fiecare ar trage profit din aceasta. Politicienii și alți consilieri s-ar deda la demagogie ieftină, acordând câtorva grupări de studenți cu vechime ceva de genul „Fiecăruia o diplomă” sau „Dreptul la reușita universitară”. Profesorii, prea puțin înclinați spre reflecție sau creație, ar găsi în universitate o funcție, respectiv o consacrare. Încredințându-le copiii, rudele studenților ar crede că asigură un viitor liniștit copiilor lor. Lucru cert: mediocritatea ar fi foarte confortabilă!

Evident, fiecare ar continua să laude excelența stabilimentelor noastre de învățământ superior. Care ursuz s-ar găsi să cobească?

Magistrații acestei îndepărtate țări a timpurilor ce nu vor veni, ar afișa un dispreț suveran pentru avocați. Mândrii de formația lor profesională impecabilă, s-ar lipsi bucuroși de ascultarea, respectiv de citirea celor invocate de apărătorii justițiabililor care au prea mult tendința de a critica frumosul așezământ jurisdicțional. Legea ar conta destul de puțin pentru acești administratori, exceptând situația în care ar părea să dea instrucțiuni de urmărire *ad literam*. În ce-i privește, avocații s-ar lămurii treptat de inutilitatea raționamentului totdeauna prea lung de expus, în fața unui tribunal sau a unei curți incapabile să vadă în ei decât arguție, artificiu sau ticluire: justiția, ca și adevărul, nu este evidentă de la bun început? Acești avocați nu ar mai crede în virtuțile dezbaterii contradictorii desfășurate în fața unui terț care ar fi încetat să fie imparțial și dezinteresat – din lipsa dorinței de a se informa, din lipsă de preocupare, din neresimțirea nevoii de a-și exercita puterea.

Facultățile de drept ar deveni puternice organizații apte să administreze mase de studenți, să completeze mii de formulare, să controleze la fel de bine deplasările ca și învățăturile și reflexiile a sute de profesori. Nimeni nu ar avea necuviința să vorbească despre acest aspect!

Misiunea lor principală ar fi să gestioneze penuria de săli și de cărți. S-ar găsi un administrator suficient de neghiob pentru a impune celor mai buni candidați înscriși la doctorat să-și finalizeze teza în mai puțin de opt zile, iar profesorii s-ar supune fără să obiecteze, prea ocupați cum ar fi corectarea a sute de lucrări, supravegherea examenelor, dirijarea

câtorva institute. Studenții cei mai buni s-ar învăța cu mediocritatea și i-ar interzice să emită idei prea originale sau jenante – pentru a beneficia de ceva alocații. Nici o critică nu s-ar ridica!

În birourile notarilor, în cabinetele avocaților, în instanțe probabil, unii s-ar întreba ce-or fi putut face noii veniți în timpul anilor lungi de studii; impresionantul polemic al titlurilor universitare arborate de tinerii lor colaboratori i-ar reduce la tăcere. Conținutul actelor, concluziilor, al hotărârilor ar atesta prea vizibil precaritatea formației juridice. Justițiabilii, mai ales cei care ar fi priceput că dreptatea este de partea lor, s-ar teme de justiție și de erorile sale, de analizele superficiale și de încetinelile-i inadmisibile urmate de concluzii precipitate.

Nimeni nu s-a neliniști și fiecare ar continua să se felicite public pentru calitatea deciziilor luate.

Nu este indiferent nici unei societăți și nici instituțiilor acesteia să lase să decadă calitatea juriștilor; nu este lipsit de consecințe să-i înlocuiască cu administratori având ambiții nemăsurate, mari inventatori de programe fără viitor și de tratamente sociale iluzorii. S-ar produce reacții. Acestea vor fi ale cetățenilor decepționați și neliniștiți, respectiv ale întreprinderilor; și unii și alții au nevoie de drept, de judecători, de avocați, de notari...; ar fi ale întreprinderilor și instituțiilor străine care ar profita de inferioritatea vecinilor lor. Există lupte care nu este voie să fie abandonate.

Câteva decenii mai târziu, după o răsturnare, corecția ar veni fără îndoială. În orele penibile ale restaurării, judecăți extrem de dure ar fi formulate la adresa generației profesorilor și responsabililor aflați în funcție la cotitura secolului: cum putuseră să îngăduie așa ceva? Pentru a abandona dreptul și apărarea acestuia, trebuiau neapărat să fi avut motive să dispere în cauză. Tema perioadei lor ar fi moștenirea rușinoasă a unei guvernări fără suflet și a unei științe meschine, iar succesorii ar fi puși în situația de a se elibera cu greutate, înainte de a reda dreptului șansa: „După mine, potopul!” este strigătul de adunare al unei anumite necinști intelectuale, atunci când se instalează la putere...

(Publicat în D. 2002 Point de vue, 1491)

Traducere dr. Mircea Dan BOCȘAN lector, U.B.B. Cluj-Napoca



CONTRIBUȚIA BISERICII LA FORMAREA AUTOCONȘTIINȚEI CULTURALE EUROPENE

*dr. Peter ERDŐ
profesor, Universitatea "Pazmany Péter" Budapesta
doctor honoris causa al U.B.B. Cluj-Napoca*

1. Despre care Europă vorbim?

De la bun început Europa constituie o categorie mai mult istorico-culturală decât geografică. Același lucru poate fi spus și despre noțiunile de Europa Occidentală și Orientală.

Din acest fapt rezultă limpede că Europa în contextul valorilor nu poate fi considerată doar ca și o realitate politică, ci și ca o realitate culturală. Cu toate acestea se observă în ultimii ani o tendință destul de periculoasă și anume aceea de a folosi cuvântul Europa pentru a indica Uniunea Europeană ca o realitate politică. În acest mod se reduce bogatul și anticul sens cultural al acestui frumos cuvânt doar la o strânsă alianță de state, alianță în care multe țări europene, de altfel componente ale identității istoricești culturale a Europei, fie sunt admise cu generozitate fie sunt pur și simplu refuzate. Decizia admiterii lor revine unor diferite organe ale acestei Uniuni politice și economice, care pare să se identifice cu numele Europa.

Valorile umane însă, așa cum este cunoscut, nu provin de la stat și nu se lasă naționalizate sau limitate de către un stat. Acestea nu pot fi îngrădite de granițele unui stat. O ideologie statală și un sistem de valori declarate ca oficiale și-au demonstrat ineficacitatea în țările comuniste. De aceea un cetățean al unei țări ex-comuniste poate fi un pic sceptic atunci când aude despre valorile oficiale ale Uniunii Europene.

2. Autoconștiința culturală, valori și realizarea valorilor – o întrebare morală, culturală, sociologică și juridică

Valorile umane sunt într-un raport strâns cu conștiința omului sau – dacă se dorește – cu cunoștințele sale despre bine și rău. Autoconștiința morală e așadar inseparabilă de viziunea asupra lumii. Cu această afirmație însă intrăm deja și în domeniul culturii și chiar al religiei. De aceea un stat nu poate fi originea acestor valori ci trebuie să caute acesta valori în inimile membrilor societății.

Pe de altă parte e un fapt sociologic cunoscut că conștiința unor valori aparținând majorității unei societăți nu înseamnă că comportamentul majorității oamenilor acelei societăți respectă cu adevărat acele valori.

Este un fapt general cunoscut că statul trebuie să garanteze cât mai bine posibil binele public. Ce înseamnă însă binele public, ce este bun, din punctul de vedere al individului sau al societății, pentru om: toate acestea pot fi decise doar în baza unei viziuni asupra lumii. De aceea în pofida unei juste neutralități a statului, Statul și cultura, Statul și religia, pot fi separate instituțional una de alta, rămânând însă adevărat că Statul e bazat pe societate, al cărei rezultat este. Și tocmai societatea nu poate fi separată de cultură, de o viziune de ansamblu asupra lumii și de religie sau de religii. Libertatea conștiinței și a religiei, deși sunt cerințe fundamentale în fața unui stat modern, nu înseamnă că toate religiile, toate perspectivele asupra lumii au aceeași valoare. Baza libertății, conștiinței și a religiei nu e ideea că toate religiile ar fi doar niște convingeri subiective, fiind lipsite în conținut de vreun

adevăr obiectiv, cu alte cuvinte fundamentul acestei libertăți nu e renunțarea la posibilitatea adevărului obiectiv, ci chiar contrariul. Toate acestea sunt exprimate în modul cel mai potrivit în declarația „*Dignitatis humanae*“ a Consiliului Vaticanului II cu privire la libertatea religioasă. Este demnitatea persoanei umane care cere să se poată căuta liber, și fără nici un fel de constrângere externă, adevărul obiectiv asupra lui Dumnezeu și asupra drumului pe care, oamenii care îl cinstesc și îl servesc, se pot mântui în Christos și a se bucura de El. „Și toți oamenii trebuie să caute adevărul, în mod special în ceea ce privește Dumnezeu și biserica Sa, și odată cunoscut să-l îmbrățișeze și să-l păzească“.

Posibilitatea juridică fundamentală a pluralismului perspectivelor asupra lumii în statele moderne, nu e așadar o varietate de lipsă de valori și nici un subiectivism fără limite, dar posibilitatea pentru persoana umană, dotată cu inteligență și liberă voință, de a căuta adevărul obiectiv despre Dumnezeu și om, binele și răul, într-un fel care să corespundă demnității sale. Existența adevărului obiectiv în aceste chestiuni nu e deci opusul libertății religioase, ci chiar singurul său adevărat fundament.

Dacă noi creștinii vorbim despre valori, nu vorbim despre opinii ale majorității momentane care se pot schimba o dată cu moda, ci vorbim despre lucruri și nevoi obiective care sunt adânc înrădăcinate în ordinea creației și a mântuirii.

3. Recunoașterea valorilor morale obiective în societatea europeană și a Uniunii Europene și nu în ultimul rând problema Cartei drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene

Încă din epoca iluminismului au apărut, în diferite țări europene, constituții care oglindeau tipica perspectivă iusnaturalistă din epocă asupra lumii și a omului. O asemenea idee de drept natural era caracterizată în principal de influența culturală a creștinismului, dar nu era legată de nici o religie concretă. Din acest punct de vedere dezvoltarea maghiară a fost diferită. Până la al II-lea Război Mondial Ungaria nu avea o constituție scrisă, ci doar legi din epoci diferite. Prima constituție scrisă a fost concepută în 1949, având deja caracteristicile unei lumi staliniste. Este de remarcat că această constituție e în continuare în vigoare, chiar dacă a suportat anumite modificări importante.

Drepturile fundamentale cuprinse în constituțiile și valorile legate de aceste drepturi au pierdut gradual, în cursul secolului XX, fundamentul lor care își găsea originea într-o viziune asupra lumii. În acest mod au fost puse tot mai mult la îndoială noțiuni cum ar fi apărarea dreptului la viață, demnitatea umană, căsătoria, familia, proprietatea, frăția, respectiv solidaritatea, ordinea publică, bunele moravuri. Când și mai ales de ce trebuie protejată viața umană cu mijloacele coercitive ale statului? Trebuie să apărăm orice viață umană mai mult ca viața anumitor animale? Cine trebuie să decidă asupra acestor probleme? Asemenea întrebări se ridică tot mai des în zilele noastre demonstrând creșterea distanței între valorile protejate de stat prin intermediul legilor și valorile doctrinei iusnaturaliste a iluminismului și cu atât mai mult valorile proprii religiei creștine. De aceea un personaj de vază al bisericii universale, a constatat că laicismul, adică ostilitatea împotriva bisericii nu poate sta la baza noii Europe.

Din istoria Cartei drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene se poate constata că, în pofida variantelor textului englez și german, în care se amintea de moștenirea religioasă și morală, adică spiritual-religioasă și morală a Europei, a avut câștig de cauză varianta franceză care menționa doar moștenirea spirituală a Europei. Lipsește nu doar orice referire la creștinism, mențiune absentă și în textele engleze și germane, dar lipsește întru totul menționarea lui Dumnezeu sau a religiei în general. Dacă o asemenea mențiune ar fi necesară sau ar răspunde cererilor unei astfel de Carte, e o problemă cu privire la care există opinii diferite și între arhiepiscopii europeni. Se mai discută și despre funcția pe care această

Carta va trebui să o aibă în Uniunea Europeană. Tot mai mulți sunt cei ce vad în Carta baza unei viitoare Constituții a Uniunii.

Pe de altă parte din conținutul Cartei rezultă unele elemente compatibile cu linia de gândire creștină, spre exemplu demnitatea persoanei umane. Problema este că noțiunea acestei demnități provine în istoria ideilor din viziunea biblică a omului creat după imaginea lui Dumnezeu și că fără acest adevăr religios ea poate fi cu greu afirmată și explicată.

De aceea în dezbaterea culturală cu privire la identitatea Europei, și ca entitate politică și socială, rădăcina iudaico-creștină europeană nu poate fi o referire abstractă a unui trecut expozitiv.

Trebuie observat că anumite valori apar în Cartă într-o formă foarte subtilă și sunt elaborate până la cele mai fine detalii. Printre aceasta libertatea cercetării științifice, a activității de afaceri, protejarea proprietății intelectuale chiar și dreptul la o bună administrație publică. Același fenomen se observă și în legislațiile celorlalte state europene contemporane. În anumite țări ex-comuniste se întâlnește chiar *ombudsman*-ul (avocatul poporului) pentru apărarea datelor sau *ombudsman*-ul pentru drepturile studenților pe când alte garanții elementare a unei conviețuirii normale nu sunt încă din punct de vedere juridic atât de bine elaborate. De aceea anumiți observatori și chiar anumiți cetățeni sunt de părere că tensiunea evidentă între normele prea elaborate cu privire la anumite detalii și lacunele elementare cu privire la recunoașterea apărării juridice a unor valori importante constituie un semn al decadenței culturale și sociale.

4. Contribuția Bisericii

Contribuția Bisericii catolice și a celorlalte Biserici și comunități creștine poate fi examinată sub un aspect dualist. Pe de o parte se poate întreba ce se așteaptă statul sau societatea politică de la Biserică, pe de altă parte se poate cerceta cum înțelege biserica propria sarcină. Cu siguranță există și anumite puncte comune care pot genera o anumită speranță.

După perioada comunistă în care s-a încercat fără sorți de izbândă să se înlocuiască creștinismul cu o ideologie, acum există un gol moral și cultural care amenință baza societății. În orice țară din regiune există o amplă dezorientare culturală și morală, există criminalitate, corupție, totul depinzând de acest gol. Uneori chiar și partidele politice și guvernele, structurile statale cer contribuția bisericii pentru a se apăra de bolile societății. De foarte multe ori forțele politice au doar o idee vagă despre modul în care Biserica ar putea contribui la consolidarea bazelor culturale și morale ale societății. Astfel se întâmplă ca uneori să se surprindă o diferență între ceea ce forțele politice sau sociale așteaptă de la Biserică și ceea ce Biserica trebuie sau poate să facă prin menirea ei. Suntem în fața unei provocări, a laicizării, fenomen care acum e și mai puternic în regiunea noastră decât în multe țări occidentale, chiar dacă marea majoritate a poporului e botezată. Criza noastră e una culturală.

Ioan Paul II subliniază în mod repetat că Europa nu e doar o realizare economică, ci în primul rând una culturală și spirituală. În acest sens Europa nu mai poate fi privită doar ca Uniunea Europeană, ca entitate politică. Uniunea Europeană nu poate avea așadar valori proprii și specifice în mod absolut. Valorile așadar – având în vedere că cunoașterea lor e condiționată de cultură – pot fi doar cele ale culturii „europene” adică occidentală cu rădăcini iudeo-creștine, care cuprinde întreaga Europă, dar și America sau toată Rusia, Australia și alte regiuni. Dacă speranța noastră izvorăște din persoana lui Christos, trebuie să spunem că aceste valori trebuie prezentate în mod universal, pentru că sunt speranța tuturor oamenilor. Europa trebuie să respire și sub aspect cultural cu „ambii plămâni”. Și forma bizantină a moștenirii creștine constituie o parte bogată din ceea ce trebuie să fie recunoscut și protejat eficient în Uniunea Europeană.

Dacă valorile, chiar prin natura lor, nu pot fi specifice Uniunii Europene se pune întrebarea, dacă și ce caracteristici speciale poate avea Uniunea Europeană în privința acestor valori. Acestea pot consta, după părerea mea, pe de o parte în formularea acestor valori, pe de altă parte în protejarea lor juridică. Și acesta este terenul în care creștinii, Conferințele Episcopale, alte structuri ecleziastice și laici responsabili au datoria lor specifică.

Toată comunitatea Bisericii trebuie să continue și să intensifice dialogul cu cultura popoarelor din Uniunea Europeană. Ariile cele mai importante ale acestui dialog pot fi – în opinia unui alt reprezentant de seamă al Sfântului-Scaun – școlile elementare, liceale, cele superioare și universitățile catolice și nu în cele din urmă dezbateri cu politicieni și alți reprezentanți ai vieții publice. Federația Europeană a Universităților Catolice (F.U.C.E.) a organizat spre exemplu ultima sa întâlnire la Universitatea Catolică din Budapesta. Tema era globalizarea și contribuția Universității Catolice pentru o rezolvare echitabilă și etică a acestei provocări. Specialiști în protecția mediului, în informatică, în drept internațional, moralști europeni și americani au examinat această problemă. A devenit clar că oamenii de știință – pe fondul unei credințe comune – pot studia în deplin consens și cu obiectivitate amicală chiar și istoria comună a diferitelor popoare. Astfel am decis să fondăm un institut pentru cercetarea istoriei noastre comune în orașul Esztergom. Sperăm că istoricii polonezi, slovaci și unguri pot să scrie împreună chiar cărți despre istoria regiunii. Ar fi ideal dacă s-ar putea introduce cărți de istorie de acest fel ca și manuale școlare în liceele acestor țări. Același lucru ar fi de dorit și în alte țări cum ar fi Anglia și Spania, care ca și membri ai Uniunii Europene ar putea chiar publica cărți comune de istorie. Adevărul de altfel, chiar și cel istoric, e unul obiectiv dar forțele de cunoaștere umane sunt limitate și condiționate și sub aspectul diverselor culturi și tradiții. Astfel un efort comun de acest tip nu e doar un gest de reconciliere ci pare necesar chiar pentru o cunoaștere mai completă a lucrurilor în sine.

Alte exemple pentru modul în care Biserica (ca și comunitate de credincioși) poate contribui la acceptarea și la apărarea valorilor umane, sunt spre exemplu cercetările etice asupra problemelor actuale sau o posibilă dar încă destul de modestă colaborare între juriștii creștini care ar putea să dea eficiență valorilor fondate în credință chiar prin intermediul unor soluții juridice concrete în propriile țări și la nivelul Uniunii.

Una dintre aceste soluții tehnice ar putea fi elaborarea mai precisă a viitoarei constituții a Uniunii Europene. Dacă religia trebuie să fie menționată și până la ce punct o astfel de mențiune ar putea avea o utilitate practică, nu se poate prevedea. O soluție interesantă a fost găsită în una din țările candidate la Uniunea Europeană, în Ungaria, unde în preambulul Legii IV din 1990 despre libertatea de conștiință, religie și biserică afirmă că comunitățile religioase sunt „forțe purtătoare de valori ale societății”. Legislatorul probabil nu a reflectat la semnificația acestei afirmații în toată profunzimea ei. Dar această frază e într-un tot adevărată: valorile morale ale unei societăți se bazează pe o viziune asupra lumii, în general pe o religie. Uniunea Europeană ca realitate politică nu poate compune din mai multe elemente o viziune proprie oficială asupra lumii. Ea trebuie – într-un mod care răspunde realității sociale ale popoarelor sale – să fie din punct de vedere instituțional separată de comunitățile religioase, dar poate face referiri la aceste comunități în multe chestiuni morale de valori, poate colabora cu acestea sau să ia în considerare efectul social al activității lor în formarea unor conștiințe.

Contribuția cea mai importantă pe care Biserica o poate da formării autoconștiinței culturale europene și comunității de valori a acestui continent e așadar împlinirea misiunii Domnului înviat pentru a anunța buna veste la toate creaturile.



JURISPRUDENȚA ORGANELOR CONVENȚIEI EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI ÎN CAUZELE PRIVIND PLÂNGERILE ÎMPOTRIVA STATELOR DIN EUROPA CENTRALĂ ȘI ORIENTALĂ, PÂNĂ ÎN ANUL 2002*

*Conferențiar universitar doctor Corneliu-Liviu POPESCU
Facultatea de Drept, Universitatea din București*

1. Aderarea statelor din Europa Centrală și Orientală la Statutul Consiliului Europei

a. La 1 august 2002 (dată care va fi avută în vedere pentru întreaga lucrare), Consiliul Europei, organizație internațională interguvernamentală la nivel regional european, era format din 44 de state.

Dintre acestea, 24 state sunt din Europa Occidentală, și anume: Andora, Austria, Belgia, Cipru, Danemarca, Elveția, Finlanda, Franța, Germania, Grecia, Islanda, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, Olanda, Norvegia, Portugalia, Regatul Unit, San-Marino, Spania, Suedia și Turcia. Numai 2 state vest-europene, Monaco și Vatican, sunt membre ale Organizației pentru Securitate și Cooperare în Europa (O.S.C.E.), dar nu sunt și membre ale Consiliului Europei.

b. Din cele 20 de state din Europa Centrală și Orientală (denumire sub care figurează statele europene foste comuniste) care au calitatea de membru al Consiliului Europei, 11 sunt din Europa Centrală (indicăm în acest mod statele europene foste comuniste care nu au făcut parte din fosta U.R.S.S.) - și anume: Albania, Bosnia-Herțegovina, Bulgaria, Cehia, Croația, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Polonia, România, Slovacia, Slovenia și Ungaria -, iar 9 sunt din Europa Orientală (categorie în care includem statele care au făcut parte din fosta U.R.S.S.) - adică: Armenia, Azerbaidjan, Estonia, Georgia, Letonia, Lituania, Moldova, Rusia și Ucraina.

Procesul aderării statelor foste comuniste la Consiliul Europei a început la 6 noiembrie 1990, cu Ungaria. El a continuat în anul 1991 cu 2 state - Republica Federativă Cehă și Slovacă (stat care ulterior și-a încetat existența) și Polonia -, în anul 1992 cu 1 stat - Bulgaria -, în anul 1993 cu 6 state - Estonia, Lituania (primele două state foste componente ale U.R.S.S. care au devenit membre ale Consiliului Europei), Slovenia, Cehia, Slovacia (ambele în locul fostei Republici Federative Cehe și Slovace) și România -, în anul 1995 cu 5 state - Letonia, Albania, Moldova, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei și Ucraina -, în anul 1996 cu 2 state - Rusia și Croația -, în anul 1999 cu 1 stat - Georgia -, în anul 2001 cu 2 state - Armenia și Azerbaidjan - și în anul 2002 cu 1 stat - Bosnia-Herțegovina. În cadrul fiecărei grupe de state pe ani, ordinea lor este cea cronologică.

* Prezenta lucrare reprezintă o traducere rezumată a Cursului intitulat *Droit comparé des droits de l'homme: situation des pays d'Europe centrale et orientale devant les institutions de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme*, predat în limba franceză, în perioada 12 - 16 august 2002, în calitate de profesor invitat, la Sesiunea de vară 2002 de Drept comparat, ciclul al II-lea, organizată de Facultatea Internațională de Drept Comparat din Strasbourg a Asociației Internaționale de Drept Comparat, în colaborare cu Facultatea de Drept a Universității "Babeș-Bolyai" din Cluj-Napoca, în perioada 29 iulie - 17 august 2002, la Cluj-Napoca.

c. Nici unul dintre aceste state (ca, de altfel, nici un alt stat membru al Consiliului Europei) nu a formulat vreo rezervă sau declarație interpretativă la Statutul Consiliului Europei.

d. Dintre statele europene (în sens geo-politic, incluzând toate statele foste componente ale U.R.S.S.), 7 state foste comuniste nu sunt membre ale Consiliului Europei, deși ele sunt, toate, membre ale O.S.C.E. Este vorba de 1 stat din Europa Centrală - Iugoslavia - și de 6 state din Europa Orientală - Belarus, Kazahstan, Kirghizstan, Tadjikistan, Turkmenistan și Uzbekistan.

2. Ratificarea Convenției europene a drepturilor omului și a Protocoalelor sale de statele din Europa Centrală și Orientală și rezervele și declarațiile formulate

a. O dată cu aderarea statelor foste comuniste la Consiliul Europei, semnarea și ratificarea, de statele care au dobândit calitatea de membru, a Convenției europene a drepturilor omului devine o obligație politică și juridică.

Convenția europeană a drepturilor omului este ratificată de toate cele 20 de state din Europa Centrală și Orientală membre ale Consiliului Europei. Procesul a început în anul 1992 cu 3 state - Republica Federativă Cehă și Slovacă, Bulgaria și Ungaria - și a continuat în anul 1993 cu 3 state - Cehia, Slovacia, Polonia -, în 1994 cu 2 state - România și Slovenia -, în 1995 cu 1 stat - Lituania (primul stat din componența fostei U.R.S.S.) -, în 1996 cu 2 state - Estonia și Albania -, în 1997 cu 5 state - Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Letonia, Ucraina, Moldova și Croația -, în 1998 cu 1 stat - Rusia -, în 1999 cu 1 stat - Georgia - și în 2002 cu 3 state - Azerbaidjan, Armenia și Bosnia-Herțegovina. În cadrul fiecărei grupe de state pe ani, ordinea lor este cea cronologică.

b. Cât privește perioada scursă între dobândirea statutului de membru al Consiliului Europei și intrarea în vigoare, pentru statul respectiv, în urma depunerii instrumentului de ratificare, a Convenției europene a drepturilor omului, aceasta a fost inferioară a 1 an pentru 5 state - Bosnia-Herțegovina, Bulgaria, Croația, Georgia și România -, a fost între 1 an și 1 an și jumătate pentru 7 state - Albania, Armenia, Azerbaidjan, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Polonia, Republica Federativă Cehă și Slovacă și Slovenia -, între 1 an și jumătate și 2 ani pentru 2 state - Ungaria și Ucraina -, între 2 ani și 2 ani și jumătate pentru 4 state - Letonia, Lituania, Moldova și Rusia - și între 2 ani și jumătate și 3 ani pentru 1 stat - Estonia. În cadrul fiecărei grupe de state pe ani, ordinea lor este cea alfabetică.

Cea mai scurtă perioadă scursă între aderarea la Consiliul Europei și dobândirea calității de stat parte la Convenția europeană a drepturilor omului este de mai puțin de 1 lună (pentru Georgia), iar cea mai lungă de peste 2 ani și 11 luni (pentru Estonia).

c. Dintre Protocoalele adiționale în vigoare la Convenție (și anume Protocoalele nr. 1, 4, 6 și 7), Protocolul nr. 1 a fost ratificat de toate cele 20 de state din Europa Centrală și Orientală, aceeași fiind situația și pentru Protocolul nr. 4. Protocolul nr. 6 a fost ratificat de 18 state, iar 2 state din Europa Orientală - Armenia și Rusia - doar l-au semnat. Protocolul nr. 7 a fost ratificat de 19 state, el fiind doar semnat de 1 stat din Europa Centrală - Polonia.

Prin urmare, în regulă generală, toate cele 20 de state foste comuniste sunt parte la Convenție și la toate cele patru Protocoale adiționale ale sale în vigoare, cu excepția a 3 state, care încă nu au ratificat (deși au semnat deja) câte unul singur dintre Protocoalele adiționale.

d. Cât privește cele două Protocoale adiționale care nu au intrat încă în vigoare (Protocoalele nr. 12 și 13), ele sunt deja semnate de majoritatea statelor din Europa Centrală și Orientală.

Astfel, Protocolul nr. 12 este ratificat de 1 stat din Europa Orientală - Georgia - și este semnat de 13 state, dintre care 8 state din Europa Centrală - Bosnia-Herțegovina, Cehia, Croația, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, România, Slovacia, Slovenia și Ungaria - și 5 state din Europa Orientală - Estonia, Letonia, Moldova, Rusia și Ucraina -, el nefiind

semnat de 6 state, din care 3 state din Europa Centrală - Albania, Bulgaria și Polonia - și 3 state din Europa Orientală - Armenia, Azerbaidjan și Lituania.

La rândul său, Protocolul nr. 13 este semnat de 15 state, din care 9 state din Europa Centrală - Bosnia-Herțegovina, Cehia, Croația, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Polonia, România, Slovacia, Slovenia și Ungaria - și 6 state din Europa Orientală - Estonia, Georgia, Letonia, Lituania, Moldova și Ucraina -, el nefiind semnat de 5 state, din care 2 state din Europa Centrală - Albania și Bulgaria - și 3 state din Europa Orientală - Armenia, Azerbaidjan și Rusia.

e. Sub aspectul rezervelor la aceste tratate (Convenția și Protocoalele sale adiționale), toate tratatele care au fost ratificate au făcut obiectul unor rezerve și/sau declarații.

Astfel, din cele 20 de state care au ratificat Convenția, 12 state au formulat rezerve sau rezerve și declarații, după cum urmează: 10 state au formulat rezerve, din care 5 state din Europa Centrală - Cehia, Croația, România, Slovacia și Ungaria - și 5 state din Europa Orientală - Armenia, Estonia, Lituania, Rusia și Ucraina -, iar 2 state au formulat rezerve și declarații, ambele fiind state din Europa Orientală - Azerbaidjan și Moldova. Pentru Protocolul nr. 1, s-au formulat rezerve, declarații sau rezerve și declarații de 9 state, astfel: 3 state au formulat rezerve, din care 2 state din Europa Centrală - Albania și Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei - și 1 stat din Europa Orientală - Letonia -, 3 state au formulat declarații, din care 1 stat din Europa Centrală - România - și 2 state din Europa Orientală - Azerbaidjan și Moldova -, și 3 state au formulat și rezerve, și declarații, și anume 1 stat din Europa Centrală - Bulgaria - și 2 state din Europa Orientală - Estonia și Georgia. La Protocoalele nr. 4, 6 și 7 există câte o singură declarație, fiecare din partea Azerbaidjanului, și, în plus, la Protocolul nr. 6 există și o comunicare a legislației naționale, din partea Ucrainei. Prin urmare, există rezerve și/sau declarații formulate de aproximativ majoritatea statelor părți la Convenție (12 din 20) și la Protocolul nr. 1 (9 din 20), în timp ce Protocoalele nr. 4, 6 și 7 nu au, în total, decât 3 declarații și 1 comunicare a legislației naționale aplicabile. Pentru singura ratificare a protocoalelor adiționale care nu sunt încă în vigoare (ratificarea Protocolului nr. 12 de Georgia), aceasta s-a făcut însoțită de o declarație.

Se observă că există doar 3 state, toate din Europa Centrală - Bosnia-Herțegovina, Polonia și Slovenia - care nu au formulat nici o rezervă și nici o declarație la nici unul din tratatele ratificate (cu precizarea că Polonia nu este parte la toate, ea neratificând Protocolul nr. 7). Dimpotrivă, 1 stat, Azerbaidjan, a formulat declarații sau rezerve și declarații la toate tratatele ratificate (Convenția și Protocoalele nr. 1, 4, 6 și 7).

f. Cu privire la conținutul rezervelor și/sau declarațiilor ori comunicărilor, acestea poartă asupra: art. 4, art. 5, art. 6, art. 8 și art. 10 din Convenție, art. 1, art. 2 și art. 3 din Protocolul nr. 1, art. 2 din Protocolul nr. 6, precum și art. 1 din Convenție izolat sau împreună cu Protocoalele nr. 1, 4, 6, 7 și 12.

Pentru art. 4 ("Interdicția sclaviei și a muncii forțate") din Convenție, există o rezervă formulată de 1 stat - Moldova -, privind existența sancțiunilor penale sau contravenționale cu obligarea la muncă, fără caracter privativ de libertate (rezerva a fost limitată în timp, iar în prezent ea nu mai este în vigoare).

Sub aspectul art. 5 ("Dreptul la libertate și la siguranță") din Convenție, singur, respectiv al art. 5 și art. 6 ("Dreptul la un proces echitabil") din Convenție, împreună, pentru sancțiuni disciplinare militare privative de libertate, au formulat rezerve 9 state, și anume 6 state pentru prima ipoteză - Armenia, Lituania, Moldova, România, Rusia și Ucraina - și 3 state pentru cea de-a doua ipoteză - Azerbaidjan, Cehia și Slovacia. Cu privire la art. 5 din Convenție, cât privește detenția acuzatului decisă de procuror, există rezerve formulate de 4 state - Lituania (rezervă limitată în timp, care în prezent nu mai este în vigoare), Moldova (rezervă limitată în timp, care în prezent nu mai este în vigoare), Rusia și Ucraina (rezervă limitată în timp, care în prezent nu mai este în vigoare).

Din perspectiva art. 6 (“Dreptul la un proces echitabil”) din Convenție, accesul la o instanță judecătorească este obiect de rezervă pentru 1 stat - Ungaria (rezervă retrasă ulterior, ea nemaifiind în prezent în vigoare) -, pentru chestiunea publicității dezbaterilor judiciare au formulat rezerve 2 state - Croația și Estonia -, iar sub aspectul dreptului acuzatului la convocarea și interogarea martorilor a formulat o rezervă 1 stat - Ucraina.

Cu referire la art. 8 (“Dreptul la respectarea vieții private și familiale”) din Convenție, există o rezervă relativă la arestarea și percheziția la domiciliu decise de procuror, formulată de 1 stat - Ucraina (rezervă limitată în timp, în prezent ea nemaifiind în vigoare).

Relativ la art. 10 (“Libertatea de exprimare”) din Convenție, 1 stat - Azerbaidjan - a depus o rezervă pentru crearea de mijloace de presă de străini.

Pentru art. 1 (“Protecția proprietății”) din Protocolul nr. 1 la Convenție, 1 stat - Bulgaria - a formulat o rezervă în materia proprietății străinilor asupra terenurilor, în timp ce pentru problema restituirii bunurilor confiscate în timpul regimului sovietic există o rezervă din partea a 1 stat - Letonia - și o rezervă și o declarație din partea a 1 stat - Estonia.

Sub aspectul art. 2 (“Dreptul la instruire”), există declarații formulate de 4 state - Azerbaidjan, Bulgaria, Moldova și România - pentru absența obligațiilor financiare în raport cu învățământul religios sau privat, respectiv o rezervă formulată de 1 stat - Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei - pentru absența învățământului primar privat.

Pentru art. 3 (“Dreptul la alegeri libere”), 1 stat - Albania - a exprimat o rezervă în privința ineligibilității foștilor comuniști (rezervă limitată în timp, care în prezent nu mai este în vigoare).

Cu raportare la art. 2 (“Pedeapsa cu moartea în timp de război”) din Protocolul nr. 6, 1 stat - Ucraina - a făcut o comunicare privind legislația națională.

Pentru problema aplicabilității dispozițiilor convenționale pe teritorii aflate *de facto* în afara jurisdicției statului, ca urmare a unor conflicte interne, există declarații cu referire la art. 1 (“Obligația de a respecta drepturile omului”) din Convenție, din partea a 2 state - Azerbaidjan și Moldova -, cu referire la art. 1 din Convenție raportat la Protocoalele nr. 1, 4, 6 și 7, în fiecare caz din partea a 1 stat - Azerbaidjan -, și cu privire la art. 1 din Convenție raportat la Protocolul nr. 12, din partea a 1 stat - Georgia.

Precizăm că există, pentru Protocolul nr. 1 la Convenție, din partea Georgiei, o declarație, o rezervă la art. 1 și o rezervă la art. 2, dar acestea au fost accesibile oficial publicului, nefiind puse oficial la dispoziție de Consiliul Europei până la sfârșitul perioadei considerate de prezenta lucrare.

3. Situația generală a soluțiilor pronunțate de organele Convenției europene a drepturilor omului în cauzele privind plângerile împotriva statelor din Europa Centrală și Orientală

a. Având în vedere mecanismul de protecție a drepturilor omului existent atât înainte, cât și după intrarea în vigoare a Protocolului nr. 11 la Convenția europeană a drepturilor omului, analiza soluțiilor pronunțate, până la 1 august 2002, în cauzele privind plângerile împotriva statelor din Europa Centrală și Orientală va avea în vedere nu numai Curtea Europeană a Drepturilor Omului, dar și fosta Comisie Europeană a Drepturilor Omului, precum și Comitetul Miniștrilor al Consiliului Europei (atât în rolul său de organ execuțional, cât și în fostul său rol de organ decizional).

Analiza va avea în vedere, în principiu, numai actele prin care se soluționează un litigiu, dar după faza admisibilității, ca și cele privind executarea.

Prin urmare, se exclud din analiză, în primul rând, deciziile asupra admisibilității, indiferent că sunt pronunțate de fosta Comisie Europeană a Drepturilor Omului sau de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, că sunt pronunțate înainte sau după comunicarea plângerii către statul

pârât, că sunt soluții de admisibilitate sau de inadmisibilitate. În al doilea rând, dintre rapoartele fostei Comisii Europene a Drepturilor Omului, nu le avem în vedere pe cele care constituiau regula, adică acelea prin care se exprimă un aviz în sensul existenței sau absenței violării dispozițiilor convenționale, ipoteză în care procedura continua pentru tranșarea fondului, fie în fața Curții Europene a Drepturilor Omului, fie în fața Comitetului Miniștrilor (deoarece vom analiza actele emise de aceste din urmă organe). Dintre actele Curții Europene a Drepturilor Omului, nu sunt cercetate (pe lângă deciziile asupra admisibilității) deciziile fostului comitet de filtrare.

Rezultă că studiul poartă asupra: rapoartelor Comisiei Europene a Drepturilor Omului prin care se finalizează procedura (prin radiere de pe rol); tuturor hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului (inclusiv cele nedefinitive pronunțate de o cameră); tuturor rezoluțiilor (de fond și execuționale, inclusiv cele interimare) ale Comitetului Miniștrilor.

b. Dintre cele 20 de state din Europa Centrală și Orientală care sunt părți la Convenția europeană a drepturilor omului, 15 au făcut obiectul unor asemenea acte pronunțate de organele de control de la Strasbourg, adică 9 state din Europa Centrală - Bulgaria, Cehia, Croația, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Polonia, România, Slovacia, Slovenia și Ungaria - și 6 state din Europa Centrală - Estonia, Letonia, Lituania, Moldova, Rusia și Ucraina. Nu au făcut (încă) obiectul unor asemenea rapoarte, hotărâri sau rezoluții 5 state, din care 2 state din Europa Centrală - Albania și Bosnia-Herțegovina - și 3 state din Europa Orientală - Armenia, Azerbaidjan și Georgia.

Detaliat, pentru rapoartele Comisiei Europene a Drepturilor Omului, hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului și rezoluțiile Comitetului Miniștrilor, situația se prezintă astfel (în ordine descrescătoare): pentru Europa Centrală: Polonia - 69 acte (2 rapoarte, 62 hotărâri, 5 rezoluții); Slovacia - 31 acte (1 raport, 20 hotărâri, 10 rezoluții); România - 23 acte (1 raport, 20 hotărâri, 2 rezoluții); Bulgaria - 22 acte (3 rapoarte, 12 hotărâri, 7 rezoluții); Ungaria - 14 acte (3 rapoarte, 6 hotărâri, 5 rezoluții); Croația - 11 acte (11 hotărâri); Cehia - 7 acte (7 hotărâri); Slovenia - 4 acte (4 hotărâri); Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei - 1 act (1 hotărâre); pentru Europa Orientală (unde există numai hotărâri, iar nu și rapoarte sau rezoluții): Lituania - 12 hotărâri; Estonia, Letonia, Rusia și Ucraina - câte 2 hotărâri fiecare; Moldova - 1 hotărâre. Evident, numărul actelor existente pentru fiecare stat depinde nu numai de situația respectării drepturilor omului, de proporția rezolvării violărilor la nivel intern și de gradul de adresabilitate a victimelor către mecanismul european, dar, la un nivel semnificativ, și de data la care statul a devenit parte la acest mecanism internațional regional de garantare a drepturilor omului.

În total, există 203 acte pronunțate de organele de la Strasbourg (adică 10 rapoarte ale Comisiei Europene a Drepturilor Omului, 164 de hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului și 29 de rezoluții ale Comitetului Miniștrilor). Pentru Europa Centrală este vorba de 182 de acte (10 rapoarte, 143 hotărâri, 29 rezoluții), iar pentru Europa Orientală de 21 acte (toate hotărâri).

c. Aceste acte ale organelor de la Strasbourg sunt:

c.1. Rapoartele Comisiei Europene a Drepturilor Omului (cu precizarea că indicarea următoarelor articole din Convenție are următoarea semnificație: fostul art. 28 - rezolvarea pe cale amiabilă a cauzei; fostul art. 30 - radierea cauzei de pe rol ca urmare a desistării sau descesului reclamantului), în cauzele împotriva:

- **Bulgaria** (3): *M.M.* - art. 28 (9.7.1997); *Asociația creștină a Martorilor lui Iehova* - art. 28 (9.3.1998); *Oficiul Muftiului șef și Syuleiman* - art. 30 (17.9.1998);
- **Polonia** (2): *Sawicki* - art. 28 (14.1.1997); *Siemienska-Kledzik* - art. 30 (27.10.1998);
- **România** (1): *Gafencu* - art. 30 (1.3.1999);
- **Slovacia** (1): *Samkova* - art. 28 (15.1.1997);
- **Ungaria** (3): *DI. T.K. și Dna. T.K.* - art. 28 (9.12.1997); *J.N.* - art. 28 (21.1.1998); *Nemeth* - art. 28 (4.3.1999);

c.2. Hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului (cu precizarea că indicarea următoarelor articole din Convenție are următoarea semnificație: art. 37 - radiere de pe rol ca urmare a desistării sau decesului reclamantului; art. 39 - rezolvarea pe cale amiabilă a cauzei; art. 41 - soluție privind satisfacția echitabilă; "fond" - soluție pe fond, cu amânarea rezolvării chestiunii satisfacției echitabile; absența oricărei indicații speciale - soluție pe fond), în cauzele împotriva:

- **state din Europa Centrală:**

- **Bulgaria** (12): *Loukanov* (20.3.1997); *Assenov și alții* (28.10.1998); *Nikolova* (25.3.1999); *Velikova* (18.5.2000); *Varbanov* (5.10.2000); *Hassan și Tchaouch* (26.10.2000); *Stefanov* - art. 39 (3.5.2001); *Ilijkov* (26.7.2001); *Stankov și Organizația macedoneană Ilinden* (2.10.2001); *Angelova* (13.6.2002); *Al-Nashif* (20.6.2002); *M.S.* - art. 39 (4.7.2002);
- **Cehia** (7): *Spacek S.R.O.* (9.11.1999); *Krcmar și alții* (3.3.2000); *Punzelt* (25.4.2000); *Ceský* (6.6.2000); *Barfuss* (31.7.2000); *Malhous* (12.7.2001); *Kuchar și Stis* - art. 39 (18.12.2001);
- **Croația** (11): *Rajak* (28.6.2001); *Trunli* (28.6.2001); *Horvat* (26.7.2001); *Cerin* (15.11.2001); *Futterer* (20.12.2001); *Mikulic* (7.2.2002); *Kutic* (1.3.2002); *Majstorovic* - art. 39 (6.6.2002); *Delic* (27.6.2002); *Rados și alții* - art. 39 hotărâre parțială (4.7.2002); *Rajcevic* (23.7.2002);
- **Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei** (1): *Solakov* (31.10.2001);
- **Polonia** (62): *Proszsak* (16.12.1997); *Belziuk* (25.3.1998); *Styranowski* (30.10.1998); *Podbielski* (30.10.1998); *Janowski* (21.1.1999); *Musial* (25.3.1999); *Humen* (15.10.1999); *Gladkowski* - art. 37 (14.3.2000); *Baranowski* (28.3.2000); *Witold Litwa* (4.4.2000); *Dewicka* (4.4.2000); *Wojcik* - art. 37 (23.5.2000); *Mikulski* - art. 39 (6.6.2000); *Niedbala* (4.7.2000); *Trazaska* (11.7.2000); *Kazimierzczak* - art. 37 (27.7.2000); *Wojnowicz* (21.9.2000); *Chojak* - art. 37 (12.10.2000); *Wloch* (19.10.2000); *Sobczyk* (26.10.2000); *Kudla* (26.10.2000); *Malinowska* (14.12.2000); *Jeznach* - art. 37 (14.12.2000); *Kliniecki* - art. 39 (21.12.2000); *Jablonski* (21.12.2000); *Wasilewski* (21.12.2000); *Kawka* (9.1.2001); *Szeloch* (22.2.2001); *Kurzac* (22.2.2001); *C.* (3.5.2001); *Kreuz* (9.6.2001); *Zwierzynski* - fond și partial art. 41 (19.6.2001); *Pogorzelec* (17.7.2001); *Jedamski* (26.7.2001); *Kreps* (26.7.2001); *Ilowiecki* (4.10.2001); *Potocka și alții* (4.10.2001); *Bejer* (4.10.2001); *Werner* (15.11.2001); *Olstowski* (15.11.2001); *Iwanczuk* (15.11.2001); *Palys* - art. 39 (11.12.2001); *Parcinski* (18.12.2001); *R.D.* (18.12.2001); *Gorzelik și alții* (20.12.2001); *Zawadzki* (20.12.2001); *Z.R.* - art. 39 (15.1.2002); *Maczynski* (15.1.2002); *Gaweda* (14.3.2002); *Klamecki* (28.3.2002); *Goc* (16.4.2002); *Szarapo* (23.5.2002); *Gronus* (28.5.2002); *Wierzbicki* (18.6.2002); *Uthke* (18.6.2002); *H.D.* - art. 39 (20.6.2002); *Berlinski* (20.6.2002); *Migon* (25.6.2002); *Eryk Kawka* (27.6.2002); *Zwierzynski* - art. 41 (2.7.2002); *Halka și alții* (2.7.2002); *Dacewicz* (2.7.2002);
- **România** (20): *Vasilescu* (22.5.1998); *Petra* (23.9.1998); *Dalban* (28.9.1999); *Brumărescu* - fond (28.10.1999); *Ignaccolo-Zenide* (25.1.2000); *Rotaru* (4.5.2000); *Constantinescu* (27.6.2000); *Brumărescu* - art. 41 (23.1.2001, rectificare 11.5.2001); *Demetriu* - art. 37 (19.3.2002); *Anghelescu* (9.4.2002); *Vasiliu* (21.5.2002); *Hodoș și alții* (21.5.2002); *Surpăceanu* (21.5.2002); *Budescu și Petrescu* (2.7.2002, rectificare 9.7.2002); *Crețu* (9.7.2002); *Fălcoianu și alții* (9.7.2002); *Basacopol* (9.7.2002); *Bălănescu* (9.7.2002); *Ciobanu* (16.7.2002); *Oprea și alții* (16.7.2002);
- **Slovacia** (20): *Lauko* (2.9.1998); *Kadubec* (2.9.1998); *Matter* (5.7.1999); *Bohunicky* - art. 39 (13.9.1999); *J.K.* - art. 39 (21.3.2000); *I.S.* (4.4.2000); *Gaulieder* - art. 39 (18.5.2000); *Degro* - art. 39 (6.7.2000); *Jóri* (9.11.2000); *Vodencarov* (21.12.2000); *Stanciak* (12.4.2001); *Maronek* (19.4.2001); *Banosova* - art. 39 (19.4.2001); *Capcikova* - art. 39 (19.4.2001); *Remsikova* - art. 39 (17.5.2001); *Feldek* (12.7.2001); *Nemec și alții* (15.11.2001); *Gajdusek* (18.12.2001); *Komanicky* (6.4.2002); *J.K.* - art. 39 (23.7.2002);

- **Slovenia** (4): *Majaric* (8.2.2000); *Rehbock* (28.11.2000); *Trickovic* (12.6.2001); *Belinger* - art. 39 (13.6.2002);
- **Ungaria** (6): *Rekvényi* (20.5.1999); *Apeh Uldozotteinek Szovetsege și alții* (5.10.2000); *Magyar* (11.1.2001); *Dallos* (1.3.2001); *Yang Chun Jin alias Yang Xiaolin* - art. 37 (8.3.2001); *Erdos* (9.4.2002);
- **state din Europa Orientală:**
- **Estonia** (2): *Slavborodski* - art. 39 (12.9.2000); *Tammer* (6.2.2001);
- **Letonia** (2): *Kulakova* - art. 39 (18.10.2001); *Podkolzina* (9.4.2002);
- **Lituania** (12): *Raiselis* - art. 39 (29.2.2000); *Jecius* (31.7.2000); *Grauslys* (10.10.2000); *Grauzinis* (10.10.2000); *Daktaras* (10.10.2000); *Valasinas* (24.7.2001); *Slezevicius* (13.11.2001); *Sipavicius* (21.2.2002); *Puzinas* (14.3.2002); *Stasaitis* (21.3.2002); *Butkevicius* (26.3.2002); *Birutis și alții* (28.3.2002);
- **Moldova** (1): *Mitropolia Basarabiei și alții* (13.12.2001);
- **Rusia** (2): *Burdov* (7.5.2002); *Kalashnikov* (15.7.2002);
- **Ucraina** (2): *Kaysin și alții* - art. 39 (3.5.2001); *Sovtransauto Holding* (25.7.2002);

c.3. Rezoluțiile Comitetului Miniștrilor al Consiliului Europei (cu precizarea că indicarea următoarelor articole din Convenție are următoarea semnificație: art. 32 fond - soluție pe fond; art. 32 executare - executare în urma soluționării cauzei de Comitetul Miniștrilor; fostul art. 54 sau actualul art. 46 - executare în urma soluționării cauzei de Curte), în cauzele împotriva:

- **Bulgaria** (7): *Kovachev* - art. 32 fond (11.6.1998); *Lukanov* - art. 54 (10.7.1998); *Nankov* - art. 32 fond (12.11.1998); *Dimova* - art. 32 fond (9.6.1999); *Mironov* - art. 32 fond (9.6.1999); *Assenov și alții* - art. 46 (2.10.2000); *Nikolova* - art. 46 (2.10.2000);
- **Polonia** (5): *Gibas* - art. 32 fond (15.5.1997); *Ciepluch* - art. 32 fond (12.12.1998); *Jastrzebski* - art. 32 fond (18.1.1999); *Owczarzak* - art. 32 fond (15.4.1999); *Mikulski* - art. 46 (2.10.2000);
- **România** (2): *C.C.M.C.* - art. 32 fond (15.4.1999); *Vasilescu* - art. 54 (8.10.1999);
- **Slovacia** (10): *Preloznic* - art. 32 fond (11.6.1998); *Savic* - art. 32 fond (18.1.1999); *P.S.* - art. 32 fond (9.6.1999); *Kadubec* - art. 46 (8.10.1999); *Lauko* - art. 46 (8.10.1999); *Preloznic* - art. 32 executare (8.10.1999); *Bohunicky* - art. 46 (3.12.1999); *P.S.* - art. 32 executare (24.7.2000); *I.S.* - art. 46 (2.10.2000); *J.K.* - art. 46 (2.10.2000);
- **Ungaria** (5): *Sárközy* - art. 32 fond (29.10.1997); *Sárközy* - art. 32 executare (10.7.1998); *Adelmanné Kertész* - art. 32 fond (18.1.1999); *P.M.* - art. 32 fond (15.4.1999); *Adelmanné Kertész* - art. 32 executare (3.12.1999);

d. Sub aspectul soluțiilor, există 133 condamnări (incluzând și actele prin care se constată măcar o violare a Convenției, chiar dacă pentru alte capete de cerere soluția a fost constatarea absenței violării Convenției), 16 achitări (totale), 41 radieri de pe rol și 13 acte execuționale.

În privința celor 133 condamnări, există 131 condamnări pe fond - din care 117 prin hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului (44 Polonia, 18 România, 12 Slovacia, câte 10 Bulgaria și Lituania, 8 Croația, 5 Cehia, 3 Ungaria, câte 2 Rusia și Slovenia, câte 1 Letonia, Moldova și Ucraina, total 13 state) și 14 prin rezoluții ale Comitetului Miniștrilor (4 Bulgaria, câte 3 Polonia, Slovacia și Ungaria, 1 România, total 5 state) - și 2 condamnări pe terenul satisfacției echitabile - ambele prin hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului (câte 1 Polonia și România, total 2 state).

Au fost pronunțate 16 achitări - din care 15 prin hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului (7 Polonia, 2 Ungaria, câte 1 Cehia, Croația, Estonia, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Lituania și Slovenia, total 8 state) și 1 prin rezoluție a Comitetului Miniștrilor (Polonia).

Un număr de 41 de cauze s-au finalizat prin radieri de pe rol, 31 prin rezolvare amiabilă - din care 7 prin rapoarte ale Comisiei Europene a Drepturilor Omului (3 Ungaria, 2 Bulgaria,

câte 1 Polonia și Slovacia, total 4 state), 23 prin hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului (8 Slovacia, 5 Polonia, câte 2 Bulgaria și Croația, câte 1 Cehia, Estonia, Letonia, Lituania, Slovenia și Ucraina, total 10 state) și 1 prin rezoluție a Comitetului Miniștrilor sub aspectul satisfacției echitabile (Ungaria) -, iar 10 în urma desistării sau decesului reclamantului - 3 prin rapoarte ale Comisiei Europene a Drepturilor Omului (câte 1 Bulgaria, Polonia, România, total 3 state) și 7 prin hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului (5 Polonia, câte 1 România și Ungaria, total 3 state).

În sfârșit, regăsim 13 acte execuționale ale Comitetului Miniștrilor - din care 3 rezoluții privind executarea rezoluțiilor Comitetului Miniștrilor (2 Slovacia, 1 Ungaria, total 2 state) și 10 rezoluții pentru executarea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului (5 Slovacia, 3 Bulgaria și câte 1 Polonia și România, total 4 state).

e. Făcând o analiză pentru fiecare tip de soluție în parte prin raportare la statele în cauză, reținem în primul rând că, din cele 131 de condamnări pe fond (pronunțate fie de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, fie de Comitetul Miniștrilor), 116 vizează 8 state din Europa Centrală (47 Polonia, 19 România, 15 Slovacia, 14 Bulgaria, 8 Croația, 6 Ungaria, 5 Cehia, 2 Slovenia) și 15 condamnări privesc 5 state din Europa Orientală (10 Lituania, 2 Rusia, câte 1 Letonia, Moldova și Ucraina). Distinct, ca urmare a soluționării separate a fondului și a satisfacției echitabile, există și 2 condamnări numai sub aspectul satisfacției echitabile, care vizează 2 state din Europa Centrală (câte 1 Polonia și România).

Sub aspectul celor 16 achitări (indiferent de cine au fost pronunțate), de 14 au beneficiat 6 state din Europa Centrală (8 Polonia, 2 Ungaria, câte 1 Cehia, Croația, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei și Slovenia), iar 2 vizează 2 state din Europa Orientală (câte 1 Estonia și Lituania).

Rezolvarea amiabilă a cauzei, cu consecința radierii ei de pe rol, în faza analizării fondului, s-a realizat (fie în fața Comisiei Europene a Drepturilor Omului, fie în fața Curții Europene a Drepturilor Omului) în 30 de cauze, din care 26 în situația a 7 state din Europa Centrală (9 Slovacia, 6 Polonia, 4 Bulgaria, 3 Ungaria, 2 Croația, câte 1 Cehia și Slovenia) și 4 în situația a 4 state din Europa Orientală (câte 1 Estonia, Letonia, Lituania și Ucraina). De asemenea, 1 cauză (în care a existat condamnare pe fond) a fost rezolvată amiabil sub aspectul satisfacției echitabile, în fața Comitetului Miniștrilor (Ungaria).

Radierea de pe rol ca urmare a decesului sau desistării reclamantului (indiferent de organul în fața căruia s-a realizat radierea de pe rol) a operat în 10 cauze, toate vizând un număr de 4 state din Europa Centrală (6 Polonia, 2 România, câte 1 Bulgaria și Ungaria).

În total, există 187 de rapoarte ale Comisiei Europene a Drepturilor Omului, hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului și rezoluții ale Comitetului Miniștrilor prin care este vizată soluționarea fondului cauzei (ignorând cele 3 soluții vizând numai chestiunea satisfacției echitabile). Dintre acestea, cele mai multe soluții au fost de condamnare (131, adică peste 70%), foarte puține de achitare totală (16, adică puțin peste 8,5%) și, de asemenea, foarte puține cauze au fost rezolvate amiabil între reclamant și statele pârâte (30, adică puțin peste 16%), restul fiind radiate de pe rol ca urmare a desistării sau decesului reclamantului (10, adică puțin peste 5,3%).

Din perspectiva statelor, din cele 20 de state din Europa Centrală și Orientală, 13 au suferit deja condamnări (65%), 8 au beneficiat de achitări totale măcar o dată (40%), iar 11 au reușit să rezolve măcar o cauză în mod amiabil înainte de pronunțarea unei soluții pe fond (55%).

În topul condamnărilor pe fond conduce detașat Polonia (47, adică peste o treime din totalul condamnărilor statelor din Europa Centrală și Orientală), urmată la mare distanță (între sub jumătate și sub un sfert din acest număr de condamnări) de România (19), Slovacia (15), Bulgaria (14) și Lituania (10).

Polonia este însă, ca urmare a numărului mare de cauze soluționate care o privesc, pe primul loc și la achitări totale (8, adică jumătate din totalul soluțiilor de achitare a statelor din

Europa Centrală și Orientală), celelalte state care au beneficiat de achitări neobținând decât 1, maximum 2 asemenea soluții favorabile.

În schimb, pe primul loc la numărul cauzelor radiate de pe rol în urma soluționării amiabile înainte de rezolvarea fondului (total 30) se află Slovacia (9, adică aproape o treime din totalul rezolvărilor amiabile), urmată (ca număr relativ semnificativ de asemenea soluții) numai de Polonia (6), precum și de un grup de state constituit din Bulgaria (4), Ungaria (3) și Croația (2), celelalte state care au rezolvat amiabil cauzele nereușind acest lucru decât o singură dată.

f. Jurisprudența organelor de la Strasbourg în cauzele privind plângerile împotriva statelor din Europa Centrală și Orientală a vizat următoarele drepturi: libertățile fizice - art. 2 (“Dreptul la viață”), art. 3 (“Interdicția torturii”) și art. 5 (“Dreptul la libertate și la siguranță”) din Convenție; dreptul la respectarea intimității - art. 8 (“Dreptul la respectarea vieții private și familiale”) din Convenție; libertățile de gândire - art. 9 (“Libertatea de gândire, de conștiință și de religie”) și art. 10 (“Libertatea de exprimare”) din Convenție; dreptul de proprietate - art. 1 (“Protecția proprietății”) din Protocolul nr. 1 la Convenție; drepturile sociale și politice - art. 11 (“Libertatea de reuniune și de asociere”) din Convenție și art. 3 (“Dreptul la alegeri libere”) din Protocolul nr. 1 la Convenție; drepturile de procedură - art. 6 (“Dreptul la un proces echitabil”), art. 13 (“Dreptul la o cale efectivă de atac”) și fostul art. 25 (plângeri individuale în fața Comisiei Europene a Drepturilor Omului) din Convenție; interdicția discriminării - art. 14 (“Interdicția discriminării”) din Convenție.

4. Jurisprudența organelor de la Strasbourg privind statele din Europa Centrală și Orientală pe tărâmul libertăților fizice - art. 2 (“Dreptul la viață”), art. 3 (“Interdicția torturii”) și art. 5 (“Dreptul la libertate și la siguranță”) din Convenție

a. Pentru violarea dreptului la viață, consacrat de art. 2, până în prezent un singur stat a fost condamnat, și anume Bulgaria.

Pe tărâmul art. 2 din Convenție, prima problemă jurisprudențială este aceea a decesului unor persoane aflate în stare de detenție în localurile poliției, existând dovezi medicale privind violențe în timpul detenției, deci o prezumție de răspundere a statului, pe care acesta nu a reușit să o răstoarne. Pentru acest aspect, Bulgaria a fost condamnată de Curte de 2 ori (Hotărârile *Velikova* și *Anguelova*).

O altă chestiune din perspectiva art. 2 este întârzierea acordării asistenței medicale unui deținut aflat în sediul poliției, urmată de decesul acestuia. Curtea a condamnat Bulgaria (Hotărârea *Anguelova*).

Cea de-a treia problemă relativă la dreptul la viață vizează absența unei anchete serioase și efective, în cazul unor plângeri credibile privind violarea art. 2, ceea ce a dus la 2 condamnări ale Bulgariei (Hotărârile *Velikova* și *Anguelova*).

b. Chestiunea interdicției relexor tratamentelor, potrivit art. 3 din Convenție, a format obiectul mai multor hotărâri ale Curții sau rezoluții pe fond ale Comitetului Miniștrilor. Au fost condamnate pentru violarea dreptului consacrat de acest text Bulgaria, Lituania, Polonia, Rusia, Slovenia și Ungaria. Au beneficiat de achitare pe acest teren Bulgaria, Lituania, Polonia, Slovenia și Ungaria.

Pentru violențe polițienești asupra persoanelor aflate în detenție preventivă, unite cu absența unei anchete ulterioare serioase pentru identificarea și tragerea la răspundere a celor vinovați, există 2 condamnări ale Bulgariei din partea Curții (Hotărârile *Assenov* și *altii* și *Anguelova*).

Cât privește condițiile de detenție ale persoanelor private de libertate, au fost condamnate de Curte Rusia o dată (Hotărârea *Kalashnikov*) și de Comitetul Miniștrilor Ungaria o dată (Rezoluția *P.M.*), sub același aspect constatându-se absența violării de Curte câte o dată

pentru Bulgaria (Hotărârea *Assenov și alții*), Lituania (Hotărârea *Valasinas*), Polonia (Hotărârea *Kudla*) și Slovenia (Hotărârea *Rehbock*) și de Comitetul Miniștrilor câte o dată pentru Polonia (Rezoluția *Jastrzebski*) și Ungaria (Rezoluția *Sárközy*).

Chestiunea modului de efectuare a percheziției asupra unui deținut a condus la câte o condamnare de Curte a Lituaniei (Hotărârea *Valasinas*) și Poloniei (Hotărârea *Iwanczuk*).

În sfârșit, în ceea ce privește modul de efectuare a unei arestări de poliție, Curtea a constatat, câte o dată, o violare în cazul Sloveniei (Hotărârea *Rehbock*) și absența violării în cazul Poloniei (Hotărârea *Berlinski*).

c. Dreptul la libertate și la siguranță (art. 5 din Convenție) a generat o bogată jurisprudență din partea organelor de control de la Strasbourg. Au fost constatate violări pe acest teren în cazul Bulgariei, Cehiei, Lituaniei, Poloniei, Rusiei, Slovaciei și Sloveniei. Dimpotrivă, nu s-a reținut existența vreunei violări în cauze împotriva Bulgariei, Cehiei, Lituaniei și Poloniei.

Din perspectiva art. 5 parag. 1.a și c, adică al privării de libertate pentru executarea unei condamnări penale sau ca măsură procesual penală de prevenție, Comitetul Miniștrilor a constatat respectarea dreptului intern și absența violării într-o cauză privind Bulgaria (Rezoluția *Nankov*).

Sub aspectul art. 5 parag. 1.c, al privării de libertate ca măsură procesual penală preventivă, jurisprudența este bogată. Bulgaria a fost condamnată o dată de Curte (Hotărârea *Loukanov*) pentru detenție într-un caz în care nu a existat nici o aparență de infracțiune la nivel intern. De câte o achitare din partea Curții au beneficiat Bulgaria (Hotărârea *Assenov și alții*) și Polonia (Hotărârea *Wloch*), reținându-se existența bănuielilor privind săvârșirea de acuzatul arestat a unor infracțiuni, ceea ce justifică detenția acestuia. Privarea de libertate a acuzatului a fost considerată convențională de Curte în două cauze împotriva Lituaniei (Hotărârile *Jecius* și *Grauslys*), ca urmare a faptului că aceasta fusese ordonată de o instanță judecătorească. S-a reținut însă violare într-unul din cazurile privitoare la Lituania (Hotărârea *Jecius*), deoarece privarea de libertate a fost făcută fără să existe vreo punere sub acuzare în materie penală. De asemenea, s-a reținut de Curte o violare în cazul Bulgariei, pentru privare de libertate în absența unui mandat scris cerut de lege (Hotărârea *Anguelova*), precum și 4 violări în cazul Lituaniei (Hotărârile *Jecius*, *Grauslys*, *Stasaitis* și *Butkevicius*) și 2 violări în cazul Poloniei (Hotărârile *Baranowski* și *Kawka*), pentru menținerea acuzatului în detenție preventivă după expirarea mandatului de arestare.

Pentru art. 5 parag. 1.e, care vizează detenția unor categorii de bolnavi sau marginali sociali, Curtea a condamnat, câte o dată, Bulgaria (Hotărârea *Varbanov*), pentru o internare medicală fără o bază în dreptul intern, respectiv Polonia (Hotărârea *Witold Litwa*), pentru modul în care s-a efectuat internarea unui alcoolic.

Parag. 3 al art. 5, care conține, în primul rând, garanția specială, pentru persoana acuzată în materie penală și care este arestată preventiv, de a fi adusă de îndată în fața unui judecător sau a altui magistrat, a determinat condamnarea de Curte de 2 ori a Bulgariei (Hotărârile *Assenov și alții* și *Nikolova*) și de 3 ori a Poloniei (Hotărârile *Niedbala*, *Eryk Kawka* și *Dacewicz*), pentru privarea de libertate decisă de un procuror, care nu îndeplinește cerințele puse de text pentru un magistrat. Sub același aspect, Lituania a beneficiat de 2 achitări (Hotărârile *Jecius* și *Grauslys*), dar exclusiv ca urmare a faptului că, la ratificarea Convenției, a făcut o rezervă expresă cu privire la această chestiune. Problema celerității prezentării acuzatului arestat în fața unui judecător sau a altui magistrat a fost prezentă într-o soluție a Curții privind Lituania (Hotărârea *Grauzinis*), rezultatul fiind constatarea absenței violării dreptului.

Cea de-a doua garanție specială din art. 5 parag. 3, sub aspectul dreptului inculpatului arestat de a fi judecat într-un termen rezonabil, a dus, pentru durata detenției preventive: la 3 condamnări ale Bulgariei, 2 din partea Curții (Hotărârile *Assenov și alții* și *Ilijkov*) și 1 din partea Comitetului Miniștrilor (Rezoluția *Nankov*), precum și la 1 achitare a aceluiași stat din partea

Comitetului Miniștrilor (Rezoluția *Mironov*); la 3 condamnări ale Cehiei de Curte (Hotărârile *Punzelt*, *Ceský* și *Barfuss*); la 2 condamnări ale Lituaniei de Curte (Hotărârile *Jecius* și *Stasaitis*); la 9 condamnări ale Poloniei, 8 din ele aplicate de Curte (Hotărârile *Trazaska*, *Kudla*, *Jablonski*, *Szeloch*, *Kreps*, *Ilowiecki*, *Olstowski*, *Iwanczuk*) și 1 de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Ciepluch*), dar și la o achitare a aceluiași stat de Curte (Hotărârea *Klamecki*); la 1 condamnare a Rusiei de Curte (Hotărârea *Kalashnikov*); la 1 condamnare a Slovaciei de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Savic*). Pentru aceeași garanție specială, cu referire la dreptul acuzatului arestat de a fi eliberat pe cautiune, Cehia a beneficiat de o constatare a absenței violării făcute de Curte (Hotărârea *Punzelt*).

Garanția generală al dreptului oricărei persoane deținute, indiferent de motiv, de a i se verifica legalitatea detenției de un judecător și, dacă este cazul, de a beneficia de un ordin de eliberare emis de acesta, consacrată de art. 5 parag. 4, a dus la două condamnări de Curte ale Bulgariei (Hotărârile *Varbanov* și *Al-Nashif*), ca urmare a inexistenței accesului la o instanță judecătorească al unei persoane private de libertate. Absența examinării de instanță a plângerilor deținutului a fost considerată contrară acestui text de Curte în 4 cauze privind Lituania (Hotărârile *Jecius*, *Grauslys*, *Stasaitis* și *Butkevicius*). Chestiunea garanțiilor de procedură oferite în acest control al legalității detenției a determinat condamnarea de Curte de 3 ori a Bulgariei (Hotărârile *Assenov* și *altii*, *Nikolova* și *Ilijkov*), 1 dată a Lituaniei (Hotărârea *Grauzinis*) și de 5 ori a Poloniei (Hotărârile *Niedbala*, *Trazaska*, *Wloch*, *Kawka* și *Migon*), precum și 1 dată a Slovaciei de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Savic*). În sfârșit, durata acestei proceduri de control a fost considerată contrară Convenției într-o cauză privind Lituania, de Curte, (Hotărârea *Grauzinis*), în 4 privind Polonia, de Curte (Hotărârile *Musial*, *Baranowski*, *Jablonski* și *Ilowiecki*), în 2 privind Slovacia, o dată de Curte (Hotărârea *Vodenicarov*) și o dată de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Savic*), precum și în o cauză privind Slovenia, de Curte (Hotărârea *Rehbock*).

Parag. 5 din art. 5, consacrand dreptul victimei la indemnizare în cazul priverii de libertate contrare Convenției, a fost constatat de Curte ca fiind violat de Slovenia într-o cauză (Hotărârea *Rehbock*).

5. Jurisprudența organelor de la Strasbourg privind statele din Europa Centrală și Orientală pe tărâmul dreptului la respectarea intimității - art. 8 (“Dreptul la respectarea vieții private și familiale”) din Convenție

a. Dreptul la respectarea vieții private, consacrat de art. 8, a determinat o condamnare a României și o achitare a Slovaciei.

Condamnarea României a rezultat din constatarea de Curte, într-o cauză, că ingerința realizată de autorități în exercitarea acestui drept nu era prevăzută de lege (Hotărârea *Rotaru*). Dimpotrivă, Curtea a reținut într-o cauză împotriva Slovaciei că ingerința este convențională, adică este prevăzută de lege, urmărește un scop legitim și este necesară într-o societate democratică (Hotărârea *Matter*).

b. Dreptul la respectarea vieții familiale, înscris tot în art. 8 din Convenție, a fost violat de Bulgaria și de România.

În cazul Bulgariei, Curtea a constatat o dată existența violării (Hotărârea *Al-Nashif*), ca urmare a faptului că ingerința în exercitarea lui, operată de autorități, nu era prevăzută de lege. România a fost și ea condamnată o dată de Curte, pentru neîndeplinirea de stat a obligațiilor pozitive pe care le impune acest text (Hotărârea *Ignaccolo-Zenide*).

c. Dreptul la respectarea vieții private și familiale, împreună, în mod nediferențiat, a determinat o condamnare de Curte a Croației (Hotărârea *Mikulic*), ca urmare a neîndeplinirii de stat a obligațiilor pozitive pe care acest text le presupune.

d. Dreptul la respectarea corespondenței a fost încălcat de Bulgaria, Lituania, Polonia, România, Slovenia și Ungaria și respectat de Ungaria.

Sub aspectul corespondenței deținuților, Curtea a reținut existența violării într-o cauză privind Polonia (Hotărârea *Niedbala*), iar Comitetul Miniștrilor a statuat absența violării într-o cauză privind Ungaria (Rezoluția *Sárközy*).

Cât privește corespondența cu organele Convenției, în cadrul procedurii europene, au fost condamnate, pentru deschiderea acesteia, o dată Bulgaria, de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Mironov*), de 2 ori Lituania, de Curte (Hotărârile *Valasinas* și *Puzinas*), o dată Polonia, de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Owczarzak*), o dată România, de Curte (Hotărârea *Petra*), o dată Slovenia, de Curte (Hotărârea *Trickovic*) și o dată Ungaria, de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Sárközy*). Dimpotrivă, întârzierea în transmiterea acestei corespondențe nu a fost reținută, de Comitetul Miniștrilor, ca o violare a Convenției într-o cauză împotriva Ungariei (Rezoluția *Sárközy*).

6. Jurisprudența organelor de la Strasbourg privind statele din Europa Centrală și Orientală pe tărâmul libertăților de gândire - art. 9 (“Libertatea de gândire, de conștiință și de religie”) și art. 10 (“Libertatea de exprimare”) din Convenție

a. Violarea dreptului la libertatea de gândire, de conștiință și de religie, consacrat de art. 9 din Convenție, a determinat condamnarea Bulgariei și a Moldovei.

Ambele state au fost condamnate câte o dată de Curte, ca urmare a faptului că ingerințele efectuate de autorități în exercitarea acestui drept nu au îndeplinit cerințele cumulative înscrise în Convenție. Astfel, în cazul Bulgariei (Hotărârea *Hassan și Tchaouch*) s-a reținut că ingerința nu a fost prevăzută de lege, în timp ce în cazul Moldovei statuarea a vizat faptul că ingerința nu a fost necesară într-o societate democratică (Hotărârea *Mitropolia Basarabiei și alții*).

b. Art. 10 din Convenție prevede dreptul la libertatea de exprimare. Organele Convenției au reținut violarea lui de Polonia, România și Slovacia, pronunțând în același timp achitări ale Estoniei, Poloniei, României și Ungariei.

Condițiile concrete ale unei condamnări penale pentru injurii au fost considerate convenționale de Curte într-o cauză privind Polonia (Hotărârea *Janowski*), dar tot condițiile concrete, de această dată ale unei condamnări civile pentru calomnie, au determinat 2 condamnări de Curte ale Slovaciei (Hotărârile *Maronek* și *Feldek*). În același timp, condamnarea penală a autorilor pentru fapte săvârșite prin presă a fost apreciată convențională de Curte într-o cauză privind Estonia (Hotărârea *Tammer*), aceeași problemă determinând Curtea, cât privește România, să o condamne o dată (Hotărârea *Dalban*) și să o achite o dată (Hotărârea *Constantinescu*). Imposibilitatea apariției unui ziar al cărui titlu a fost considerat neconform cu realitatea de autoritățile naționale a reprezentat motivul unei condamnări a Poloniei de Curte (Hotărârea *Gaweda*). În sfârșit, Comitetul Miniștrilor a considerat convențională interdicția pusă polițiștilor de a desfășura activități politice, într-un stat recent ieșit dintr-un regim dictatorial, caracterizat prin politizarea poliției, într-o cauză împotriva Ungariei (Rezoluția *Rekvényi*).

7. Jurisprudența organelor de la Strasbourg privind statele din Europa Centrală și Orientală pe tărâmul dreptului de proprietate - art. 1 (“ Protecția proprietății”) din Protocolul nr. 1 la Convenție

Dreptul la respectarea bunurilor, adică dreptul de proprietate, consacrat de art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție, a fost considerat, în jurisprudența organelor de la Strasbourg, ca fiind respectat de Cehia și violat de Polonia, România, Rusia și Ucraina.

Chestiunea generală a dreptului la respectarea bunurilor (art. 1 alin. fraza I) a determinat o achitare a Cehiei de Curte (Hotărârea *Spacek S.R.O.*), precum și câte o condamnare, de Curte, a României (Hotărârea *Vasilescu*), Rusiei (Hotărârea *Burdov*) și Ucrainei (Hotărârea *Sovtransauto Holding*).

La rândul său, problema privării de proprietate (art. 1 alin. 1 fraza a II-a) a dus la constatarea de Curte a unei violări din partea Poloniei, pentru absența cauzei de utilitate publică (Hotărârea *Zwierzynski*), ca și la 12 condamnări ale României, pentru privări de proprietate fără justificare și fără indemnizare (Hotărârile *Brumărescu*, *Anghelescu*, *Vasilii*, *Hodoș și alții*, *Surpăceanu*, *Budescu și Petrescu*, *Crețu*, *Fălcoianu și alții*, *Basacopol*, *Bălănescu*, *Ciobanu și Oprea și alții*).

8. Jurisprudența organelor de la Strasbourg privind statele din Europa Centrală și Orientală pe tărâmul drepturilor sociale și politice - art. 11 (“Libertatea de reuniune și de asociere”) din Convenție și art. 3 (“Dreptul la alegeri libere”) din Protocolul nr. 1 la Convenție

a. Libertatea de reuniune, consacrată de art. 11 din Convenție, a fost violată de Bulgaria.

Într-o cauză, Curtea a reținut că Bulgaria a exercitat o ingerință în acest drept, fără respectarea cumulativă a condițiilor convenționale, în concret fără ca ingerința să fi fost necesară într-o societate democratică (Hotărârea *Stankov și Organizația macedoneană Ilinden*).

b. Dreptul la libertatea de asociere, înscris tot în art. 11, a fost considerat, dimpotrivă, respectat de Polonia și Ungaria.

Chestiunea imposibilității constituirii unei organizații a persoanelor aparținând minorităților naționale, pentru a beneficia de avantaje electorale, nu a fost considerată de Curte drept violare a Convenției într-o cauză relativă la Polonia (Hotărârea *Gorzelik și alții*). Tot dimensiunea politică a libertății de asociere a fost avută în vedere într-o cauză împotriva Ungariei, statuându-se drept convențională interdicția pusă polițiștilor de a se asocia în partide politice, într-un stat recent ieșit de sub dictatură, când poliția era puternic politizată (Hotărârea *Rekvényi*).

c. Dreptul la alegeri libere face obiectul de reglementare pentru art. 3 din Protocolul nr. 1 la Convenție. El a fost violat de Letonia.

Astfel, Curtea a reținut, într-o cauză privind acest stat, că a existat o ingerință în exercitarea dreptului, iar ingerința nu era prevăzută de lege, astfel încât ea este neconvențională (Hotărârea *Podkolzina*).

9. Jurisprudența organelor de la Strasbourg privind statele din Europa Centrală și Orientală pe tărâmul drepturilor de procedură - art. 6 (“Dreptul la un proces echitabil”), art. 13 (“Dreptul la o cale efectivă de atac”) și fostul art. 25 (plângeri individuale în fața Comisiei Europene a Drepturilor Omului) din Convenție

a. Dreptul la un proces echitabil este consacrat prin art. 6 din Convenție. El a generat cantitatea cea mai mare de jurisprudență, pe acest teren fiind condamnate Bulgaria, Cehia, Croația, Lituania, Polonia, România, Rusia, Slovacia, Slovenia, Ucraina și Ungaria, respectiv fiind achitate Bulgaria, Cehia, Croația, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Lituania, Polonia, România, Slovenia și Ungaria.

Pe terenul parag. 1, dreptul de acces la o instanță judecătorească: a fost considerat de Curte violat de 12 ori de România (Hotărârile *Vasilescu*, *Brumărescu*, *Anghelescu*, *Vasilii*, *Hodoș și alții*, *Surpăceanu*, *Budescu și Petrescu*, *Crețu*, *Fălcoianu și alții*, *Bălănescu*, *Ciobanu și Oprea și alții*); a fost apreciat de Curte, o dată, respectat de Polonia (Hotărârea *Potocka și alții*); a fost considerat de Curte violat de 2 ori, în materie penală, de Slovacia (Hotărârile

Lauko și Kadubec); existența posibilității acțiunii în răspunderea delictuală a statului a determinat o achitare a Bulgariei de Curte (Hotărârea *Assenov și alții*); respectarea dreptului a fost reținută de Curte într-o altă cauză împotriva Bulgariei, ca urmare a absenței bazei legale a dreptului în litigiu și a absenței vreunor obstacole pentru acțiunea în justiție (Hotărârea *Hassan și Tchaouch*); posibilitatea unei căi de atac exclusiv în fața administrației active reprezintă o violare a dreptului, potrivit statuării Comitetului Miniștrilor într-o cauză referitoare la Bulgaria (Rezoluția *Kovachev*); constituie violare absența calității procesuale într-o acțiune introdusă pentru apărarea intereselor personale de Ministerul Public, aspect reținut de Comitetul Miniștrilor într-o cauză privind Bulgaria (Rezoluția *Dimova*); Curtea a statuat într-o cauză împotriva Croației că împrejurările respingerii unui recurs constituțional nu sunt neconvenționale (Hotărârea *Trunli*); taxele ridicate de timbru care împiedică accesul la justiție au dus la o condamnare a Poloniei de Curte (Hotărârea *Kreuz*); tot o condamnare a pronunțat Curtea și într-o cauză relativă la România, pentru omisiunea instanței de a statua asupra unei chestiuni cu care a fost investită (Hotărârea *Rotaru*).

Tot parag. 1 din art. 6 prevede că instanța judecătorească trebuie să fie independentă și imparțială, violarea acestui drept determinând câte o condamnare de Curte a Lituaniei (Hotărârea *Daktaras*) și Poloniei (Hotărârea *Werner*).

Chestiunea generală a caracterului echitabil al procesului, figurând în art. 6 parag. 1, a dus la o condamnare de Curte a României (Hotărârea *Constantinescu*), dar și la 3 achitări a aceluiași stat pronunțate de Curte (Hotărârile *Hodoș, Fălcoianu și alții* și *Ciobanu*), precum și la o condamnare de Curte a Slovaciei (Hotărârea *Komanicky*). Principiul egalității armelor a fost violat, apreciază Curtea, o dată de Cehia (Hotărârea *Krcmar și alții*) și o dată de Ungaria (Hotărârea *Apeh Ulldozotteinek Szovetsege și alții*). Problema concretă a probelor nu a determinat condamnarea Poloniei de Curte într-o cauză (Hotărârea *Wierzbicki*).

Nerespectarea dreptului la caracterul public al ședinței de judecată, înscris de asemenea în art. 6 parag. 1, este cauza unei condamnări de Curte a Cehiei (Hotărârea *Malhous*).

Durata rezonabilă a procedurii este o altă cerință a parag. 1 din art. 6 al Convenției. Pentru nerespectarea acestei condiții în procesele civile există: o condamnare a Bulgariei de Curte (Hotărârea *Ilijkov*); 7 condamnări ale Croației de Curte (Hotărârile *Rajak, Horvat, Cerin, Futterer, Mikulic, Delic și Rajcevic*), dar și o achitare a aceluiași stat de Curte (Hotărârea *Delic*); 22 condamnări ale Poloniei, din care 21 de Curte (Hotărârile *Styranowski, Podbielski, Dewicka, Wojnowicz, Sobczyk, Malinowska, Wasilewski, Kurzac, C., Zwierzynski* - fond și parțial art. 41, *Pogorzelec, Jedamski, Bejer, Parcinski, Zawadzki, Maczynski, Goc, Szarapo, Gronus, Uthke și Halka și alții*) și 1 de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Gibas*), dar și 3 achitări ale acestui stat de Curte (Hotărârile *Proszak, Humen și Pogorzelec*); o condamnare a României de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *C.C.M.C.*); 8 condamnări ale Slovaciei, și anume 6 de Curte (Hotărârile *Matter, I.S., Jóri, Stanciak, Nemeč și alții* și *Gajdusek*) și 2 de Comitetul Miniștrilor (Rezoluțiile *Preložnik și P.S.*); o achitare a Sloveniei de Curte (Hotărârea *Trickovic*); 3 condamnări ale Ungariei, 2 de Curte (Hotărârile *Magyar și Erdos*) și 1 de Comitetul Miniștrilor (Rezoluția *Adelmanné Kertész*). Similar, pentru durata procedurilor în materie penală, constatăm existența a: 2 condamnări ale Bulgariei de Comitetul Miniștrilor (Rezoluțiile *Nankov și Mironov*); unei condamnări (Hotărârea *Barfuss*) și unei achitări (Hotărârea *Punzelt*) a Cehiei de Curte; 2 condamnări aplicate de Curte Lituaniei (Hotărârile *Grauslys și Slezevicius*); 10 condamnări ale Poloniei, 9 din partea Curții (Hotărârile *Trazaska, Kudla, Jablonski, Szeloch, Kreps, Ilowiecki, Olstowski, Iwanczuk și Klamecki*) și 1 din partea Comitetului Miniștrilor (Rezoluția *Ciepluch*), ca și a unei achitări a sa de Curte (Hotărârea *Wloch*); unei condamnări a Rusiei de Curte (Hotărârea *Kalashnikov*); unei condamnări a Sloveniei de Curte (Hotărârea *Majaric*).

Dreptul la obținerea unei hotărâri judecătorești, înscris implicit în art. 6 parag. 1 din Convenție, a fost violat o dată de Croația, aspect reținut de Curte (Hotărârea *Kutic*). Nerespectarea stabilității hotărârilor judecătorești intrate în puterea lucrului judecat a determinat

Curtea să condamne de 11 ori România (Hotărârile *Brumărescu, Anghelescu, Vasiliu, Hodos și alții, Surpăceanu, Budescu și Petrescu, Crețu, Fălcoianu și alții, Bălănescu, Ciobanu și Oprea și alții*) și o dată Ucraina (Hotărârea *Sovtransauto Holding*). Neexecutarea hotărârilor judecătorești având caracter executoriu a generat o condamnare a Rusiei din partea Curții (Hotărârea *Burdov*).

Prezumția de nevinovăție, înscrisă în parag. 2 al art. 6 din Convenție, a fost violată o dată de Lituania (Hotărârea *Butkevicius*) și respectată o dată de același stat (Hotărârea *Daktaras*), aspecte constatate de Curte.

Cu privire la drepturile speciale ale persoanei acuzate în materie penală, consacrate de art. 6 parag. 3, cu raportare la parag. 1 al aceluiași articol, s-a reținut în jurisprudență: absența violării parag. 1 și 3.a și b, constatate de Curte în câte o cauză privind Lituania (Hotărârea *Sipavicius*) și Ungaria (Hotărârea *Dallos*), în urma condamnării în apel ca urmare a schimbării încadrării juridice a faptelor; o violare a parag. 1 și 3.c, decisă de Curte cu privire la Polonia (Hotărârea *Belziuk*), pentru absența audierii în prezența acuzatului; pe același temei al parag. 1 și 3.c, există 2 condamnări pronunțate de Curte împotriva Poloniei, pentru neacordarea de asistență judiciară inculpatului (Hotărârile *R.D. și Berlinski*); absența violării parag. 1 și 3.d, este constatată de Curte într-o cauză privind Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, cu referire la problematica martorilor (Hotărârea *Solakov*); în sfârșit, pe tărâmul parag. 3.d singur, Curtea reține o violare a lui de Lituania, cu referire la circumstanțele utilizării unor mărturii anonime (Hotărârea *Birutis și alții*).

b. Art. 13 din Convenție consacră dreptul la o cale efectivă de atac, la nivel intern, în cazul pretinselor violări ale drepturilor înscrise în Convenție. Prin urmare, chiar dacă este autonom, acest text nu are o existență independentă, el fiind legat de un alt drept prevăzut de Convenție. Art. 13 a fost încălcat de Bulgaria, Croația, Moldova, Polonia și România.

Pentru violarea art. 13 împreună cu art. 2 (dreptul la viață), ca urmare a absenței unei anchete efective relative la pretinsele încălcări ale acestui drept, Bulgaria a suferit o condamnare din partea Curții (Hotărârea *Velikova*).

Art. 13 raportat la art. 2 (dreptul la viață) și art. 3 (interzicerea torturii), împreună, a fost violat tot de Bulgaria, tot ca urmare a absenței unei anchete efective, constatare făcută o dată de Curte (Hotărârea *Angelova*).

Cu privire la art. 13 corelat cu art. 3 (interzicerea torturii), tot absența anchetei efective a determinat o condamnare a Bulgariei de Curte (Hotărârea *Assenov și alții*). Dimpotrivă, pe același teren, Ungaria a fost achitată de Comitetul Miniștrilor pentru existența unei căi efective de atac în cazul plângerilor privind condițiile de detenție (Rezoluția *Sárközy*).

Din punctul de vedere al art. 13 combinat cu art. 6 (dreptul la un proces echitabil) parag. 1 din Convenție, ca urmare a absenței unei căi efective de atac pentru a se plânge de durata excesivă a procedurii, Curtea a condamnat Croația de 3 ori, cu referire la procedura civilă (Hotărârile *Horvat, Mikulic și Delic*), iar Polonia o dată, cu referire la procedura penală (Hotărârea *Kudla*).

Chestiunea unei căi efective de atac pentru a invoca violarea dreptului la respectarea vieții private și familiale din Convenție, deci problema art. 13 împreună cu art. 8, a dus la câte o condamnare de Curte a Bulgariei (Hotărârea *Al-Nashif*) și României (Hotărârea *Rotaru*), respectiv la achitarea, de Comitetul Miniștrilor, a Ungariei (Rezoluția *Sárközy*).

În sfârșit, art. 13 combinat cu art. 9 (dreptul la libertatea de gândire, de conștiință și de religie) din Convenție a fost apreciat de Curte a fiind violat câte o dată de Bulgaria, ca urmare a absenței examinării fondului problemei din cauza puterii discreționare a Guvernului în materie (Hotărârea *Hassan și Tchaouch*) și, respectiv, de Moldova, ca urmare a faptului de a nu răspunde capetelor de cerere ale reclamantilor (Hotărârea *Mitropolia Basarabiei și alții*).

c. Fără a fi în mod explicit un drept inclus în titlul I al Convenției (consacrat drepturilor și libertăților), dreptul de sesizare a organelor de control ale Convenției, de victimă, printr-o

plângere individuală, reprezintă o garanție foarte importantă pentru respectarea drepturilor consacrate de acest tratat internațional. În forma anterioară amendării Convenției prin Protocolul nr. 11, era vorba de dreptul de plângere individuală în fața Comisiei Europene a Drepturilor Omului, potrivit art. 25. În prezent, noua redactare a textului are în vedere dreptul victimei de plângere individuală în fața Curții Europene a Drepturilor Omului, conform actualului art. 34 ("Plângeri individuale"). Curtea a constatat violarea acestui drept de Bulgaria și România și a achitat Lituania.

Condamnarea Bulgariei pe acest temei, de Curte, într-o cauză, a fost determinată de audierea de autoritățile statului a persoanelor care au formulat o plângere europeană, cu privire la acest subiect, și de presiunile nelegitime care s-au făcut asupra lor (Hotărârea *Assenov și alții*). Pentru deschiderea corespondenței cu Comisia Europeană a Drepturilor Omului, Curtea, de fiecare dată în câte o cauză, a reținut violarea Convenției de România (Hotărârea *Petra*), respectiv absența violării de Lituania (Hotărârea *Valasinas*).

10. Jurisprudența organelor de la Strasbourg privind statele din Europa Centrală și Orientală pe tărâmul interdicției discriminării - art. 14 ("Interdicția discriminării") din Convenție

Art. 14 din Convenție, care consacră dreptul de a nu fi supus la discriminare, nu are o existență independentă, el fiind legat de un alt drept consacrat de Convenție. Sub aspectul acestui drept, organele de la Strasbourg au reținut respectarea lui de Bulgaria, Slovacia și Ungaria.

Cu referire la art. 14 combinat cu art. 2 (dreptul la viață) din Convenție, Curtea a reținut inexistența violării într-o cauză privind Bulgaria, privitoare la o persoană de origine etnică romă (Hotărârea *Velikova*).

Aceeași soluție de achitare a fost pronunțată de Curte și într-o altă cauză, tot împotriva Bulgariei, și privind tot o persoană de origine etnică romă, pe terenul art. 14 combinat cu art. 2 (dreptul la viață) și art. 3 (interzicerea torturii) din Convenție (Hotărârea *Anguelova*).

Pe terenul art. 14 combinat cu art. 9 (libertatea de gândire, de conștiință și de religie) și art. 10 (libertatea de exprimare) din Convenție, pentru opiniile politice, Curtea a reținut absența violării într-o cauză relativă la Slovacia (Hotărârea *Feldek*).

În sfârșit, pentru art. 14 combinat cu art. 10 (libertatea de exprimare) și art. 11 (libertatea de reuniune și de asociere) din Convenție, tot Curtea, într-o cauză privind Ungaria, cu referire la interdicții puse polițiștilor, a statuat în același sens, al absenței violării (Hotărârea *Rekvényi*).

11. Scurte concluzii privind jurisprudența organelor Convenției europene a drepturilor omului în cauzele privind plângerile împotriva statelor din Europa Centrală și Orientală

Concluzii privind tendințe referitoare la situația drepturilor omului într-un anumit stat pot fi identificate numai acolo unde există o jurisprudență relativ semnificativă ca număr, într-o problemă determinată. Din acest motiv, concluziile vor viza numai câteva state, și anume Bulgaria, Cehia, Croația, Polonia, România, Slovacia și Ungaria (pentru Europa Centrală), respectiv Lituania (pentru Europa Orientală).

Bulgaria are condamnări repetate pentru: violențe polițienești asupra acuzaților arestați, care au dus la decesul acestora, și pentru absența unor anchete serioase ulterioare (art. 2, art. 3 și art. 13 din Convenție); detenția preventivă penală a unui acuzat decisă de procuror (art. 5 parag. 3 din Convenție); absența posibilității controlului legalității privării de libertate de un judecător sau absența garanțiilor de procedură în exercitarea acestui control (art. 5

parag. 4 din Convenție). Sub aspectul gravității violărilor (repetate ale) Convenției, considerăm că Bulgaria se plasează pe un nedorit loc întâi.

Condamnărilor Cehiei privesc, în primul rând, durata detenției preventive a celui acuzat de săvârșirea unei infracțiuni (art. 5 parag. 3 din Convenție).

Pentru Croația, cele mai multe condamnări sunt cauzate de durata a procedurilor civile (art. 6 parag. 1 din Convenție).

Polonia are condamnări repetate sub mai multe aspecte: menținerea în detenție preventivă a acuzatului după expirarea mandatului (art. 5 parag. 1.c din Convenție); detenția preventivă penală a acuzatului decisă de procuror (art. 5 parag. 3 din Convenție); durata detenției preventive a celui acuzat de săvârșirea unei infracțiuni (art. 5 parag. 3 din Convenție); garanțiile de procedură ale controlului de judecător al legalității privării de libertate (art. 5 parag. 4 din Convenție); durata controlului judiciar al legalității privării de libertate (art. 5 parag. 4 din Convenție); durata procedurilor civile (art. 6 parag. 1 din Convenție); durata procedurilor penale (art. 6 parag. 1 din Convenție); acordarea asistenței juridice persoanei acuzate în materie penală (art. 6 parag. 1 și 3.c). Ca număr, Polonia are cele mai multe condamnări pentru violarea Convenției.

România a încălcat cel mai des: dreptul de acces la o instanță judecătorească în materie civilă (art. 6 parag. 1 din Convenție); stabilitatea hotărârilor judecătorești intrate în puterea lucrului judecat (art. 6 parag. 1 din Convenție); dreptul ca privarea de proprietate să fie justificată și să se facă beneficiind de o indemnizație (art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție).

Pentru Slovacia, cele mai multe probleme există pentru: durata procedurilor de control judiciar al legalității privării de libertate (art. 5 parag. 4 din Convenție); durata procedurilor civile (art. 6 parag. 1 din Convenție); condițiile condamnărilor civile pentru calomnie (art. 10 din Convenție).

La rândul său, Ungaria a fost condamnată în mod repetat pentru durata procedurilor civile (art. 6 parag. 1 din Convenție).

Cât privește singurul stat din Europa Orientală pentru care există o jurisprudență semnificativă, Lituania a fost condamnată în mai multe rânduri pentru: detenția unui acuzat fără o autorizare din partea unui judecător, potrivit dreptului intern (art. 5 parag. 1.c din Convenție); durata detenției preventive a persoanei acuzate de săvârșirea unei infracțiuni (art. 5 parag. 3 din Convenție); absența examinării plângerilor persoanei private de libertate în cadrul controlului judiciar al legalității acestei măsuri (art. 5 parag. 4 din Convenție); durata rezonabilă a procedurilor penale (art. 6 parag. 1 din Convenție). În același timp, Curtea nu a reținut vreo violare pe terenul art. 5 parag. 3 din Convenție, pentru privarea de libertate a acuzatului de procuror, ca urmare a rezervei formulate în acest sens de Lituania la ratificarea Convenției.

Cu caracter general pentru statele din Europa Centrală și Orientală, se constată încălcarea dreptului particularilor de a se adresa liber organelor Convenției, 6 state fiind condamnate în acest sens (Bulgaria, Lituania, Polonia, România, Slovenia și Ungaria), fie pe terenul art. 8 din Convenție, fie pe acela al fostului art. 25 din Convenție.



SISTEMUL GERMAN AL DREPTURILOR REALE - POSSIBILĂ SURSĂ DE INSPIRAȚIE PENTRU PERFEȚIONAREA CODULUI CIVIL ROMÂN

dr. Cristian ALUNARU
conf., Univ. „Vasile Goldiș“ Arad
avocat – prodecanul Baroului Arad

Résumé: Le système allemand des droits réels – Une possible source d’inspiration pour perfectionner le Code civil Roumain. Le but de cet étude n’est pas de démontrer la supériorité du système allemand des droits réels *en général* par rapport au système français et implicitement, par rapport au système roumain. Il s’agit de démontrer la nécessité d’introduire dans le droit roumain des institutions juridiques dont l’utilité pratique a été vérifiée par la jurisprudence allemande depuis l’adoption du Code civil (BGB) en 1896. Parmi les institutions analysées dans l’étude il s’agit des droits réels limités sur le bien propre, des garanties réels en absence de n’importe quelle créance, de la remise d’un bien en propriété à titre de garantie, ou l’institution de la réserve de propriété.

Il est très important, aussi, dans une société fondée sur l’économie de marché, de considérer comme bien principal le terrain, et le construction, quelque valeur qu’elle ait, n’est accessoire du terrain. Comme conséquence, la superficie devient d’un droit perpétuel, un droit temporaire.

Plusieurs problèmes de terminologie juridique et de classification des droits réels du système allemand sont complètement applicables dans le droit roumain. Ces problèmes, quoique théoriques, ont des importantes conséquences pratiques. Par exemple, il s’agit de remplacer l’expression „démembrements de la propriété“ avec „droits réels limités“, et de reprendre la classification des servitudes du Droit Roumain. Ensuite, il faut inclure dans la catégorie des servitudes réelles seulement les servitudes établies par le fait de l’homme. Les servitudes naturelles et légales devraient être réglementées dans le Code civil roumain, comme dans le BGB, dans un chapitre concernant la définition, le contenu et les limites du droit de propriété parce qu’elle sont des limitations du droit de propriété résultant des rapports de voisinage.

Enfin, nous ne soutenons pas l’abandonnement complet du principe du consensualisme, comme dans le modèle allemand, ça veut que nous ne voulons pas transformer voire chaque aliénation mobilière dans un contract réel, mais nous soutenons la restriction du principe du consensualisme à son sens obligationnel, en ce qui concerne la circulation juridique des immeubles. Par conséquent, sans reproduire identiquement „le principe de l’ensaisinement“ du droit allemand, nous proposons d’attribuer au consentement des parties seulement le pouvoir de créer des obligations. Ces obligations sont exécutées par inscription dans le registre foncier, et seulement cette inscription peut créer des droits réels immobiliers.

§ 1. Considerații introductive

Sistemul drepturilor reale reglementate de Codul civil german de la 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) ca, de altfel, întregul sistem de drept civil german, a constituit extrem de rar obiectul unor trimiteri și analize de drept comparat în studiile juriștilor români¹. Interesul

¹ Astfel, dintre clasiile dreptului nostru civil, cităm monumentalul tratat al lui D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislații străine*.

mult mai mare al doctrinei din țara noastră pentru dreptul francez² și aparenta indiferență față de sistemul de drept german, justificată deseori prin aceea că sursa de inspirație a Codului civil român a constituit-o Codul Napoleon de la 1804, sunt nedrepte și dăunătoare.

Pe de o parte, Codul civil francez nu mai este de mult cel care a stat la baza redactării codului nostru, fiind modificat prin numeroase legi speciale, în timp ce Codul civil român a rămas același, nemodificat esențial, anacronic, răspunzând cerințelor unei societăți preponderent rurale, corespunzătoare începutului de secol XIX. Pe de altă parte, Codul civil german, mai „tânăr” cu peste 90 de ani și, în multe privințe mai modern, actualizat prin numeroase modificări, unele chiar recente, poate servi ca model pentru perfecționarea codului nostru, în această perioadă de tranziție și efervescentă legislativă.

Demersul nostru științific se înscrie pe linia acestui deziderat de modernizare a Codului civil român și de modificare a Legii cadastrului și publicității imobiliare, nr. 7/1996, în sensul apropierei sistemului de publicitate al cărților funciare din România de sistemul perfecționat și verificat în decursul timpului în Germania.³

Comparând sistemul drepturilor reale din dreptul civil român, (sistem aflat sub influența vădită a celui francez), cu sistemul drepturilor reale din dreptul german, bazat pe Codul civil de la 1896, încă în vigoare, constatăm numeroase puncte comune, în privința principalelor drepturi reale consacrate în sistemele contemporane de drept, dar și unele importante deosebiri.

Înainte de a prezenta sistemul propriu-zis al drepturilor reale, trebuie să reiterăm importanța *principiului esențial* care particularizează teoria germană a drepturilor reale și care atrage importante consecințe. Numai prin prisma acestui principiu, necunoscut în sistemele de drept civil francez și român, numit *principiul abstractizării* (*Abstraktionsprinzip*, *Abstraktionssgrundsatz*)⁴, consacrat în doctrina juridică de Friedrich Carl von Savigny⁵, pot fi înțelese

Tomul III. Partea I, Ediția a II-a, Atelierele grafice Socec & Co, București 1909, dar în acest caz autorul prin însuși titlul lucrării și-a propus analiza comparativă a mai multor sisteme de drept europene printre care și dreptul german căruia, însă, i se rezervă o atenție cu totul secundară. Din literatura română contemporană cităm, spre exemplu, V. Stoica, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile*, Ed. All, București 1997, p. 173 – 180, dar în acest caz este vorba de analiza unei singure instituții juridice iar comparația cu dreptul german se face în contextul unui studiu de drept comparat care privește alte 12 țări.

Și în revista „Dreptul” au fost analizate, izolat, doar unele instituții ale dreptului civil german. În acest sens, a se vedea:

J. Teves, *Rezerva dreptului de proprietate în dreptul german și francez, precum și perspectivele sale în dreptul român*, în „Dreptul” nr. 6/1998, p. 101 – 127; idem, *Unele aspecte ale reglementării române a falimentului din perspectiva garanțiilor mobiliare fără deposedare: garanția-proprietate și garanția-cesiune în dreptul german și perspectivele lor în dreptul român*, în „Dreptul” nr. 10/1998, p. 129 – 150.

Amintim și: O. Căpățînă, *Caracteristici ale noului sistem de drept internațional privat al Republicii Federale Germania* în „Revista română de drept” nr. 1/1989, p. 57 – 62, deși nu este un studiu de drept civil propriu-zis, ci de drept internațional privat.

² Ca exemplu de tratat care face referiri exclusiv la doctrina și jurisprudența franceză, cităm celebra lucrare a autorilor C. Hamangiu și N. Georgean *Codul civil adnotat*, (ediția în 9 volume) Ed. librăriei „Universala” Alcalay & Co, București 1925, sau ediția în 5 volume, Ed. Socec & Co, București 1927.

³ Pentru o prezentare cuprinzătoare a problemelor actuale din dreptul german (inclusiv a problemelor de drept civil) dezbătute de Congresul juriștilor germani, organizația reprezentativă a tuturor categoriilor de juriști din Germania și celelalte țări de limbă germană, a se vedea: Cr. Alunaru, *Al 61-lea Congres al juriștilor germani*, în „Studii de drept românesc”, Ed. Academiei române, nr. 1-2/1997, p. 150 – 155.

⁴ Acest principiu este analizat de toți marii comentatori ai Codului civil german (BGB) în introducerea la Cartea a III-a privind drepturile reale. Cităm, cu titlu de exemplu: Fr. Quack, *Drittes Buch. Sachenrecht. Einleitung (Introducere la cartea a III-a, Drepturile reale)*, în K. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6. Sachenrecht*. 3. Auflage (*Comentariul münchenez la Codul civil. Vol. 6. Drepturi reale*. Ediția a 3-a), Ed. C. H. Beck, München, 1977, p. 11, pct. 34 – 36; O. Jauernig, *Vorbemerkungen (Preliminarii la cartea a III-a, Drepturi reale)*, în O. Jauernig, P. Schlechtriem,

unele dintre drepturile reale precum și raporturile juridice complexe, legate de aceste drepturi, specifice sistemului german, pe care le vom prezenta.

Nu este cazul să intrăm în detalii privind originea, elementele specifice și efectele acestui principiu, analizat de noi pe larg într-un studiu anterior.⁶ Facem trimitere la toate argumentele noastre invocate acolo în favoarea sistemului german pentru a pleda, din nou, pentru modificarea art. 27 din Legea nr. 7/1996 așa cum, în mod judicios, a propus *de lege ferenda* o distinsă personalitate a dreptului civil român⁷, și anume în sensul *atribuirii efectului constitutiv de drepturi reale înscrierilor în noile cărți funciare a drepturilor asupra imobilelor*.

Aici, reamintim doar, sintetic, în ce constă „principiul abstractizării”. Orice înstrăinare a unui bun cuprinde, în sistemul de drept german, *două tipuri distincte de acte juridice*, diferite în ce privește conținutul, ba chiar și forma, reglementate în cărți diferite ale Codului civil german (*BGB*). Astfel, chiar și cea mai simplă vânzare a unui bun mobil (acord de voințe verbal și tradițiunea imediată a bunului) se realizează prin intermediul a două acte: un prim act *de natură obligatională*, contractul de vânzare-cumpărare care, dând naștere numai la obligații, este reglementat în Cartea a II-a, privind obligațiile, din *BGB*; al doilea act, transferul dreptului de proprietate (*Übereignung*), este un act juridic *de natură reală*, de realizare a obligației asumate de vânzător în ce privește transmiterea dreptului de proprietate și, ca atare, este reglementat în Cartea a III-a privind drepturile reale (*Sachenrecht*) din *BGB*.

Cele două accepțiuni ale „principiului abstractizării” reflectă această concepție care a impregnat sistemul german al drepturilor reale: prima accepțiune (cunoscută și sub numele de *principiul separațiilor – Trennungsprinzip*) desemnează delimitarea strictă dintre cele două raporturi juridice – obligational și real – care se nasc cu ocazia înstrăinării unui bun; cea de a doua, desemnează puternica abstractizare (obiectivare) a raportului juridic real.⁸

De esența actelor juridice reale, de dispoziție (*Verfügungsgeschäfte*), este că prin acestea se transmite, se grevează, se modifică sau încetează, *în mod nemijlocit* un drept real⁹, în

R. Stürner, A. Teichmann, M. Vollkommer, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen (Codul civil comentat)*, Ed. C.H.Beck, München 1979, p.928 – 929; P. Bassenge, *Einleitung (Introducere la cartea a III, Drepturile reale)*, în O. Palandt, ș.a., *Bürgerliches Gesetzbuch, (Codul civil german comentat și adnotat)* Ediția 54., Ed. C.H.Beck, München 1995, p. 1038, pct. 16 – 17; H. H. Seiler, *Einleitung zu §§ 854 ff, (Comentariu introductiv la § 854 și următoarele)*, în: J. Kohler, H. Roth, H. H. Seiler, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Drittes Buch. Sachenrecht. Dreizehnte Bearbeitung 1996 (Comentariul J. von Staudinger la Codul civil, cu legea de punere în aplicare și legi anexe. Cartea a treia. Drepturile reale. Ediția a 13-a)*, Ed. Sellier – de Gruyter, Berlin, 1996, p. 18-19, 28-30 și 34, pct. 27, 48-50 și 61.

⁵ Felgentraeger, *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, (Influența lui Fr. C. de Savigny asupra teoriei transmisiunii drepturilor reale)* 1927, citat de O. Mühl, *Introducere la cartea a III-a, Drepturi reale*, în H. Th. Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Band 6. Sachenrecht. (Codul civil adnotat, cu legea de punere în aplicare și legi anexe. Vol. 6. Drepturile reale)*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart Berlin Köln, 1990, p. 8, pct. 18. A se vedea și: Fr. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts, III (Sistemul dreptului roman actual, vol. III)*, 1840, p. 312 și urm., citat de H. H. Seiler, *op. cit.*, p. 18, pct. 27.

⁶ A se vedea: Cr. Alunaru, *Aplicabilitatea, în dreptul civil român, a principiului abstractizării din teoria germană a drepturilor reale*, în „Dreptul” nr. 1/2000, p. 42 – 54.

⁷ A se vedea: I. Albu, *Publicitatea imobiliară în dreptul român. Noile cărți funciare*, în „Dreptul” nr. 11/1996, p. 8-9.

⁸ K. H. Schwab, H. Prütting, *Sachenrecht*, 25. Auflage (*Drepturi reale. Ediția a 25 - a.*), Ed. C. H. Beck, München, 1994, p. 11; F. Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts (Manual de drepturi reale)*, Editura C.H.Beck, München, 1992, p. 43.

⁹ A se vedea: BGHZ 101, 204 - *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* – (Decizii ale Curții Federale de Justiție în materie civilă), vol. 101, p. 204.

timp ce actele obligaționale (*Verpflichtungsgeschäfte*) stabilesc numai drepturi și obligații¹⁰ *fără a afecta direct drepturile reale existente.*

Desigur, orice contract cu caracter real se încheie numai în considerarea și în executarea unui contract obligațional (cel puțin putativ). Acesta este temeiul juridic, *cauza* actului juridic real. Din acest motiv, contractul obligațional care stă la baza actului de înstrăinare este numit și „act juridic cauzal“.

Esența *principiului abstractizării* (*Abstraktionsprinzip*) constă în aceea că valabilitatea, eficacitatea celor două acte juridice diferite (actul obligațional și cel real) sunt apreciate în mod independent. *Adică ineficacitatea unuia dintre acte nu afectează valabilitatea celuilalt.*

Prin urmare, actul obligațional poate fi lovit de nulitate sau anulabil (pentru vicii de consimțământ, lipsa capacității de exercițiu, etc.), fără ca prin aceasta să fie afectat actul real, de transmitere a dreptului de proprietate. Desființarea contractului de vânzare-cumpărare *nu are ca efect repunerea părților în starea anterioară*, ca în sistemul dreptului civil român. Totuși, în cazul dreptului de proprietate transferat printr-un act de dispoziție *valid*, având la bază un act obligațional *nevalid*, înstrăinătorul va putea cere restituirea dreptului său, în baza principiului îmbogățirii fără just temei (*ungerechtfertigte Bereicherung*), conform § 812 alin. 1 BGB (*Leistungskondiktion*) întrucât, din cauza nevalidității actului obligațional, prestația executată este lipsită de cauză juridică.

Întregul sistem german al drepturilor reale, pe care îl vom prezenta în cele ce urmează, este guvernat de principiul fundamental al abstractizării. Am considerat utilă această scurtă rememorare a principiului enunțat, întrucât numai prin prisma lui pot fi înțelese și explicate unele instituții juridice pe care sistemul nostru actual de drept nu le cunoaște sau nu le admite.

§ 2. Clasificarea drepturilor reale în dreptul de proprietate, pe de o parte, și drepturile reale limitate, pe de altă parte

Clasificarea drepturilor reale se face în primul rând în *dreptul de proprietate* (*Eigentumsrecht*), pe de o parte, și *drepturile reale limitate* (*beschränkte dingliche Rechte*), pe de altă parte, rezultate prin desplicarea atributelor dreptului de proprietate și exercitarea unora dintre ele de către alt titular.

2.1 Forme specifice ale proprietății

Ca forme ale proprietății sunt menționate: *proprietatea exclusivă*, pe de o parte, și *proprietatea colectivă* (a asociațiilor asupra bunurilor din patrimoniul societății, conform § 718 BGB)¹¹ precum și *coproprietatea pe cote-părți*, pe de altă parte. Aceste forme nu implică explicații speciale, fiind identice cu cele din dreptul civil român.

Totuși, trebuie să menționăm calificarea *dreptului de proprietate locativă* (*Wohnungseigentum*) ca o formă specială de coproprietate pe cote-părți. În acest caz, specifică este legătura între coproprietatea asupra terenului și dreptul de proprietate exclusivă asupra locuinței, prin înfrângerea principiului *superficies solo cedit*, consacrat de § 94 BGB. Admisă în multe sisteme de drept europene, în special în cele de influență franceză¹²,

¹⁰ Astfel, § 241 BGB prevede că, în baza unui raport juridic obligațional, creditorul este îndreptățit să pretindă debitorului o prestație (care poate consta și într-o abstențiune). § 194 reiterează aceste drepturi ale creditorului, cu mențiunea că dreptul la acțiune este supus prescripției extinctive.

¹¹ O. Palandt ș.a., *op. cit.*, p.824 - 826.

¹² Doctrina invocă art. 664 C. civ. francez care reglementa indiviziunea forțată în situația specială a construcțiilor cu mai multe etaje, aparținând unor proprietari diferiți. A se vedea, în acest sens, C.Aubry,

chiar și în Germania până la 1900, prin reglementări locale, ale landurilor, sub forma dreptului de proprietate pe etaje, această formă de proprietate a fost interzisă expres prin art. 182 al EGBGB (*Einführungsgesetz zum BGB* - Legea de punere în aplicare a Codului civil german). Imperative sociale din perioada postbelică (lipsa de mijloace financiare a unei importante părți a populației care să-i permită dobândirea în proprietate a unor terenuri pentru construcții) au impus, însă, recunoașterea dreptului de proprietate locativă prin Legea asupra dreptului de proprietate locativă și a abitației de lungă durată (*Gesetz über das Wohnungseigentum und Dauerwohnrecht*) din 15. 03. 1951.

Mențiuni speciale se cuvin a fi făcute cu privire la așa-numita „proprietate relativă”, noțiune care cuprinde, în opinia unei părți a doctrinei,¹³ două situații juridice. Mai exact, deși în principiu, în sensul strict al termenilor, nu este posibilă o divizare a dreptului de proprietate între mai mulți titulari în așa fel încât fiecare să fie, în același timp, proprietar *deplin*, există, totuși, două situații în care se poate vorbi de o „relativitate a proprietății”.

Prima situație privește existența unei interdicții de înstrăinare, conform §135 - 136 BGB. În cazul când proprietarul, în pofida interdicției, înstrăinează bunul, dobânditorul devine proprietar în raport cu terții, dar înstrăinătorul rămâne proprietar în raport cu cel protejat prin interdicția de înstrăinare.

A doua situație este cea a „transmiterii fiduciare a proprietății” (*fiduziarische Übereignung*) caz în care se vorbește de o separare a proprietății *ecomonice* de cea *juridică*. Caracteristic acestei situații este că, față de terți, dobânditorul devine proprietar *deplin*, dar în raport cu alienatorul el se află într-un raport obligațional care îi limitează exercițiul dreptului conform condițiilor convenite cu alienatorul¹⁴. Fiducia, constând în transferul proprietății unui lucru, îndeplinind funcția fie de garanție (*fiducia cum creditore*) fie de realizare a unui depozit sau împrumut de folosință (*fiducia cum amico*), transfer însoțit întotdeauna de convenția de restituire a lucrului înstrăinătorului sau unei terțe persoane, este o instituție juridică consacrată de dreptul roman, fiind inclusă între contractele reale¹⁵. Preluând instituția din dreptul roman, dreptul german modern deosebește, în funcție de scopul urmărit, fiducia *cu funcție de garanție* (*Sicherungstreuhand*) când dobânditorul urmărește propriul său interes (*eigennützige Treuhand*) și fiducia *cu funcție de administrare* (*Verwaltungstreuhand*) numită și fiducia *în folosul altuia* (*uneigennützige, fremdnützige Treuhand*).

2.2 Drepturi reale „asemănătoare proprietății” - dreptul de superficie

Analizând clasificarea drepturilor reale principale, pe juristul român, obișnuit cu sistemul de drept civil francez, îl șochează încadrarea dreptului de *superficie* (*Erbbaurecht*) în categoria „drepturilor reale asemănătoare proprietății” (*Eigentumsähnliche Rechte*)¹⁶. Aceasta, întrucât în dreptul civil român, dreptul de superficie constă din *două drepturi de proprietate suprapuse* (cel al superficialului asupra construcției sau plantației și cel al titularului dreptului de

C. Rau, *Cours de droit civil français (Curs de drept civil francez)*, Ediția a 4-a, vol. II. Imprimerie et librairie generale de jurisprudence Marchal, Billard et Co, Paris 1869, p. 416 – 417. Art. 664 C. civ. fr. a fost abrogat prin Legea din 28 iunie 1938. Regimul juridic al coproprietății asupra construcțiilor este reglementat astăzi prin Legea nr. 65-557 din 10 iulie 1965 „fixând statutul coproprietății imobilelor construite”. A se vedea, în acest sens: G. Goubeaux, Ph. Bihl *Code civil*. Quatre-vingt dixième édition. Editions Dalloz, Paris 1990-1991, p. 463 - 476.

¹³ F. Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *op. cit.*, p. 18 - 19.

¹⁴ A se vedea: C. Creifelds, H. Kauffmann, K. Weber, *Rechtswörterbuch (Dicționar juridic)*. 14. Auflage (Ediția a 14-a), C. H. Beck “sche Verlagsbuchhandlung (Librăria Editurii C. H. Beck), München 1997, p. 1269-1270, „Treuhandigentum” (Proprietate fiduciară).

¹⁵ A se vedea: Vl. Hanga, *Drept privat roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București 1978, p. 371 - 372.

¹⁶ Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *op. cit.*, p. 18.

proprietate asupra terenului) dublate de un drept de folosință al superficiarului asupra terenului.¹⁷

Superficia, apreciată de doctrina germană ca fiind cel mai important drept din categoria drepturilor „asemănătoare proprietății“, este definită de lege¹⁸ ca fiind „dreptul alienabil și transmibil prin moștenire de a avea o construcție pe sau sub suprafața terenului grevat“.

Caracterul *ereditar* al dreptului de superficie - prevăzut expres și în art. 1507 din Codul Calimach, ca și în art. 1125 din Codul civil general austriac (ABGB) de la 1811, după care s-a inspirat vechea noastră legiuire - a fost considerat atât de important de redactorii Codului civil german (*BGB*) încât dreptul de superficie este denumit „*drept ereditar de construire*“ (*Erbbaurecht*)¹⁹.

Dreptul de superficie este privit din două unghiuri de vedere. Din punctul de vedere al proprietarului terenului este un „drept real limitat“ care grevează terenul. Dar, conform § II din Decretul privind superficies²⁰, acest drept real limitat este tratat la rândul său „ca un fond“. Explicația rezidă în concepția dreptului civil german despre proprietatea imobiliară care echivalează cu dreptul de proprietate asupra „fondului“ (*Grundstück*).

În sistemul dreptului civil german este atât de înrădăcinată concepția potrivit căreia *terenul este bunul imobiliar principal iar construcția, oricât de valoroasă, este doar un accesoriu al terenului*, încât la clasificarea bunurilor (în bunuri mobile și imobile) nici nu se folosește termenul de „imobil“ ci doar acela de *Grundstück* (adică „fond“, „teren“).²¹ Același termen (*Grundstück*) este folosit în loc de „imobil“ în toate reglementările legale referitoare la bunurile imobile.

Construcțiile nu sunt, conform § 94 BGB, decât accesoriile terenului (*wesentliche Bestandteile*), iar bunurile accesorii *nu pot face*, conform art. 93 BGB, *obiectul unor drepturi reale distincte de bunul principal*. Textul nu prevede excepții.²²

Această concepție consacrată de Codul civil german (BGB), potrivit căreia noțiunea de *imobil* echivalează cu aceea de *fond* (*Grundstück*), construcțiile, oricât de valoroase, nefiind decât bunuri accesorii ale terenului, și-a pus, evident, amprenta asupra investitorilor germani veniți în România să constituie societăți cu capital mixt sau integral străin. În ce ne privește, noi am atras atenția, la timpul potrivit, asupra acestei mentalități, pentru a se înțelege de ce investitorii străini (cel puțin cei germani) nu se mulțumesc cu un simplu drept de superficie, ci doresc ca societatea comercială constituia de ei – persoană juridică română – să poată dobândi în proprietate terenul necesar obiectului ei de activitate.²³

¹⁷ C. Stătescu, *Drept civil. Persoana fizică. Persoana juridică. Drepturile reale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București 1970 p.823; S. Brădeanu, Probleme de drept cu privire specială asupra dreptului de superficie, în „Justiția nouă“ nr. 1/1957, p. 38 și urm.; C. Opișan, *Principii de drept*, Ed. Științifică, București 1958, p. 262.

¹⁸ Dreptul de superficie a fost reglementat de Codul civil german (*BGB*) prin §§ 1012 -1017, abrogate prin Decretul asupra dreptului de superficie (*Verordnung über das Erbbaurecht*) din 15 ian.1919, publicat în Monitorul Imperial (*Reichsgesetzblatt*) nr. 72/1919, decret care, cu unele modificări, este în vigoare și în prezent. Articolele din Codul civil german referitoare la superficie, citate mai sus, au rămas aplicabile doar drepturilor constituite anterior datei de 15 ianuarie 1919.

¹⁹ A se vedea: O. Jauernig, ș.a. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen* (Codul civil adnotat), op. cit., p. 1074; O. Palandt, ș.a. *Bürgerliches Gesetzbuch* (Codul civil adnotat), op. cit., p. 1180 – 1196.

²⁰ H. Schönfelder, *Deutsche Gesetze. Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts. (Legi germane. Culegere de drept civil, penal și procesual)*. Ediția 80. Ed. C. H. Beck, München 1993, legea nr. 41.

²¹ A se vedea: F. Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *op.cit.*, p. 10 – 11.

²² O. Jauernig, P. Schlechtriem, R. Stürner, A. Teichmann, M. Vollkommer, *op. cit.*, p. 32 - 34.

²³ În acest sens, a se vedea: Cr. Alunaru, *Implicații ale modificării și ale abrogării Legii nr. 35/1991 asupra regimului juridic al dobândirii de către străini a terenurilor situate în România*, în „Dreptul“ nr. 11/1997, p. 63.

Deci numai fiind considerat ca un „fond“, dreptul de superficie poate fi înscris într-o coală de carte funciară proprie, poate fi grevat cu sarcini reale²⁴ și ocrotit ca un drept de proprietate funciară. Dar, se subliniază, cel mai important este că edificiul ce se construiește în exercitarea dreptului de superficie devine, conform § 12 din Decretul asupra dreptului de superficie, „bun accesoriu al dreptului de superficie iar nu al dreptului de proprietate asupra terenului.“²⁵

Această teză este, însă, un artificiu juridic și nu poate fi interpretată în sensul literal al termenilor. BGB cunoaște accesorii numai ale *bunurilor* principale, *nu și ale drepturilor*. Deci, sensul acestei prevederi este că clădirea, ridicată în baza dreptului de superficie, va intra în proprietatea superficialarului iar nu a titularului terenului.²⁶

S-a încercat, astfel, concilierea dreptului de proprietate al constructorului asupra supraedificatelor cu principiul menționat, conform căruia bunurile accesorii nu pot face obiectul unor drepturi distincte.

Sintetizând bogata doctrină și jurisprudență în materie, marile comentarii ale Codului civil german au încercat să definească natura juridică a dreptului de superficie, conchizând că este vorba de o *instituție juridică cu dublă natură*: drept real asupra bunului altuia și drept individual de proprietate asupra construcției.

Dreptul de superficie din sistemul german este un drept temporar²⁷, spre deosebire de sistemul nostru unde este considerat a fi *perpetuu*²⁸. La expirarea termenului, *construcția revine proprietarului terenului* încetând orice drept al constructorului, cu excepția unui drept la despăgubire stabilit fie de lege (în favoarea unor categorii de populație cu mijloace materiale modeste), fie prin convenția prealabilă a părților.

Mai mult, construcția poate reveni proprietarului terenului chiar mai repede de împlinirea termenului. Și anume, în cazul când părțile, făcând aplicarea art. 2 pct. 4 din Decretul asupra superficiei²⁹, au cuprins în convenția lor de constituire a superficiei dreptul de răscumpărare în favoarea proprietarului terenului (*Heimfall*) iar acesta înțelege să uzeze de

²⁴ Doctrina și jurisprudența au admis, mai nou, grevarea dreptului de superficie chiar și cu un alt drept de superficie, un „drept subsidiar de superficie“ (*Untererbaurecht*), motivând cu aceea că dreptul de superficie, fiind considerat ca un fond, poate fi grevat cu alte drepturi reale. În acest sens: BGHZ - *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* – (Decizii ale Curții Federale de Justiție în materie civilă), vol. 62, p. 179 și R. Stürner, *Begriff und Inhalt des Erbbaurechts (Noțiunea și conținutul dreptului de superficie)* în H. Th. Soergel, *op. cit.*, p. 1049, pct. 3.

²⁵ F. Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *op. cit.*, p. 313 - 315.

²⁶ H. Freiherr von Oefele, *Comentariu la Decretul asupra superficiei*, în K. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker, *op. cit.*, p. 1138 - 1139, pct. 3 - 7.

²⁷ Termenul pentru care se constituie dreptul de superficie variază în practică între 30 și 100 de ani, cel mai des fiind stabilit un termen de 99 de ani. În acest sens, a se vedea: Winkler, în NJW – *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, p. 2514, citat de K. H. Schwab, H. Prütting, *Sachenrecht (Drepturile reale)*, *op. cit.*, p. 363.

²⁸ A se vedea: Liviu Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*. Ediție revăzută și completată. Editura Lumina lex, București 2001, p. 186.

²⁹ Articolul 2 din Decretul asupra dreptului de superficie (*Verordnung über das Erbbaurecht*) completează conținutul legal al acestui drept (prevăzut de art. 1) reglementând *conținutul convențional* al dreptului de superficie. Art. 2 enumeră clauzele pe care părțile le pot cuprinde în convenția de constituire a dreptului de superficie, cum sunt: 1. construirea, întreținerea și folosirea construcției; 2. asigurarea construcției și reconstrucția în caz de distrugere; 3. suportarea sarcinilor și obligațiilor publice; 4. *obligația superficialarului de a transmite dreptul său către proprietarul terenului în cazul intervenirii anumitor condiții (Heimfall)* (sublinierea noastră); 5. obligația superficialarului de a plăti daune convenționale; 6. un drept de prelungire a dreptului de superficie în favoarea superficialarului, la expirarea termenului stipulat inițial; 7. obligația proprietarului terenului de a-l vinde superficialarului.

dreptul său. Doctrina germană a considerat că acest drept echivalează cu un drept legal de răscumpărare.³⁰

Caracterul temporar al dreptului real pe care constructorul îl dobândește asupra clădirii ridicate pe terenul altuia face ca suprafața din dreptul german să nu contrazică *regula fundamentală în materie imobiliară*, conform căreia construcția nu este decât un accesoriu al terenului.

În orice caz, dreptul de suprafață, fiind considerat un „*drept subiectiv personal*“, poate fi constituit numai în favoarea unei persoane fizice sau juridice, iar nu în favoarea unui fond. Din acest punct de vedere ea se aseamănă cu servituțile personale limitate (vezi *infra*) dar se deosebește de acestea prin faptul că este transmisibil prin acte între vii și prin moștenire.³¹

§ 3. Subclasificarea drepturilor reale limitate

3.1. Comparație între terminologia germană și cea română în materie

Înainte de a proceda la analiza propriu-zisă a drepturilor reale limitate, considerăm că se impune clarificarea unei probleme de terminologie. Sintagma *drepturi reale limitate* (*beschränkte dingliche Rechte*) ni se pare preferabilă celei folosite de majoritatea doctrinei civile române, aceea de *dezmembrăminte ale dreptului de proprietate*, întrucât exprimă mai exact natura juridică a acestor drepturi reale.

Termenul „dezmembrământ“ al dreptului de proprietate a fost preluat de la juriștii francezi³² și relevă concepția unei părți a doctrinei contemporane (române și franceze) privind natura juridică a acestor drepturi reale derivate din dreptul de proprietate și mecanismul formării acestor drepturi: ele sunt, în această concepție, „drepturi reale rezultate din separarea atributelor componente ale dreptului de proprietate. Nu desființează dreptul de proprietate, ci doar îl restrâng, în sensul că proprietarul este lipsit de exercițiul unora din atributele acestui drept“.³³

Cu alte cuvinte, aceste „sarcini“ ale proprietății „*stirbesc* în privința unor atribute caracterul exclusiv al dreptului deplin de proprietate“,³⁴ proprietarul lucrului grevat rămânând cu „un drept de proprietate micșorat (subl. noastră) deoarece este îngădit prin exercitarea dreptului real“.³⁵

Știrbirea dreptului de proprietate prin constituirea de drepturi reale derivate din acesta în folosul altor titulari a fost însă viu contestată în doctrină, unii autori încercând să demonstreze că *nici unul din drepturile reale asupra bunului altuia nu ar dezmembra dreptul de proprietate*.

³⁰ A se vedea comparația cu dreptul convențional de răscumpărare reglementat de art. 497 BGB, în: O. Jauernig, ș.a. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen (Codul civil adnotat)*, op. cit., p. 492.

³¹ W. Ring, *Comentariu la secțiunea a 4-a, Dreptul de suprafață*, în J. Kohler, H. Roth, H. H. Seiler, op. cit., p. 19, pct. 9.

³² H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Tome deuxième, Obligations. Théorie générale. Biens. Droit de propriété et ses démembrements*. (Lecții de drept civil. Volumul II. Obligații. Teoria generală. Bunuri. Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale), Troisième édition. Éditions Montchrestien, Paris 1966, p. 1328, pct. 1646; A. Weill, Fr. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*. (Drept civil. Bunurile) Troisième édition, Editura Dalloz, Paris 1985, p. 678, pct. 717.

³³ M. Costin, M. Mureșan, V. Ursa, *Dicționar de drept civil*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București 1980, p. 185. În același sens: D. Rădescu, *Dicționar de drept privat*. Ed. Mondan'94, București 1997, p. 399; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Teoria generală a drepturilor reale*, Universitatea din București, 1980, p. 244; Liviu Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, op. cit., p. 158.

³⁴ Matei B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. Cartea românească, București 1921, p. 110.

³⁵ I. Rosetti-Bălănescu, O. Sachelarie, N.G. Nedelcu, *Principiile dreptului civil român*, Ed. de stat, București, 1947, p. 219.

Deci calificarea juridică a acestor drepturi ar fi nu aceea de „dezmembrăminte ale dreptului de proprietate” ci de „prelungiri ale dreptului de proprietate în folosul unei alte proprietăți”³⁶ sau „o modalitate de exercitare a dreptului de proprietate”.³⁷

„Așa-numitele dezmembrăminte” deși au fost concepute de redactorii Codului civil ca limitări ale dreptului de proprietate, totuși, fiind constituite de către proprietar, finalmente ele dau expresie juridică modului în care acesta a înțeles să-și exercite dreptul său. Constituirea lor se înscrie ca un act de exercitare a dreptului de dispoziție de către proprietar.

Iată de ce susținem că sintagma *drepturi reale limitate* folosită în dreptul german este preferabilă termenului de *dezmembrământ* folosit în dreptul civil român.

3.2. Drepturile reale de folosință

Continuând analiza sistemului drepturilor reale în dreptul civil german, arătăm că drepturile reale limitate (*beschränkte dingliche Rechte*) se subdivid în trei categorii.³⁸

Prima categorie o constituie *drepturile reale de folosință* (*dingliche Nutzungsrechte*).

Unii autori, contrar celor arătate mai sus despre dreptul de *superficie*, includ acest drept aici, în categoria drepturilor de folosință.³⁹ Teza contrazice, în opinia noastră, nu doar concluziile doctrinei majoritare ci însăși intenția legiuitorului de la 1896. Chiar dacă, după cum am mai arătat, în prezent dreptul de *superficie* nu este reglementat de Codul civil german (*BGB*) ci de legea specială din 1919, așezarea dreptului de *superficie*, cu ocazia redactării codului, într-o secțiune specială, dedicată lui, (secțiunea 4.) din cadrul cărții a 3-a („Drepturi reale”), separat de drepturile de folosință, atestă intenția legiuitorului de a nu încadra *superficiea* în această categorie.

Codul civil german (*BGB*) cuprinde drepturile reale de folosință în cartea a 3-a „Drepturi reale” (*Sachenrecht*), secțiunea 5., intitulată „Servituți” (*Dienstbarkeiten*). Aici se includ: A.) *dreptul de uzufruct* (*Niessbrauch-§1030 BGB*), B.), *servitutea reală* (*Grunddienstbarkeit - § 1018 BGB*) și C.), *servitutea personală limitată* (*beschränkte persönliche Dienstbarkeit - § 1090 BGB*).

În aceeași categorie a drepturilor reale de folosință vom analiza și (D.) *dreptul de folosință funciară* pentru construirea de locuințe proprietate personală, reglementat de Codul civil al fostei Republici Democratice Germane.

A. Doctrina, analizând drepturile de folosință, constată că legea limitează conținutul drepturilor reale de folosință pentru a împiedica despărțirea perpetuă a dreptului de proprietate de atributul folosinței. Singurul drept deplin de folosință admis de lege, drept deosebit de împovăraător pentru că implică excluderea proprietarului de la exercitarea acestui atribut, este *dreptul de uzufruct*. Dar și uzufructul este limitat dintr-un punct de vedere, cel al timpului. Nu poate fi înstrăinat și, fiind cel mult viager, nu poate fi dobândit prin moștenire.⁴⁰

³⁶ P. C. Vlahide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. I, Ed. Europa Nova, București 1994, p. 93.

³⁷ Mircea N. Costin, *Marile instituții ale dreptului civil român*, Vol. I. *Dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale principale*, Ed. Dacia Cluj-Napoca, 1982, p. 18.

³⁸ În doctrină, s-a folosit și clasificarea drepturilor reale limitate în *drepturi de asigurare a creditelor* (*Kreditsicherungsrecht*) și *alte drepturi reale asupra bunului străin* (*die anderen Rechte an fremder Sache*), categorie în care se încadrează dreptul de *superficie*, uzufructul, servituțile reale și servituțile personale limitate, dreptul de preempțiune și sarcina reală. În acest sens, a se vedea: K. H. Schwab, H. Prütting, *op. cit.*, p. 265 - 412.

³⁹ H. Westermann, *Lehrbuch des Sachenrechts (Manual de drepturi reale)*, Ed. C. F. Müller Karlsruhe, 1951, p. 30. În același sens: M. Wolf, *Sachenrecht*. 12. Auflage (*Drepturi reale*. Ediția a 12 – a), Editura C. H. Beck, München, 1994, p. 4, pct. 7.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 29.

B. Clasificarea servituțiilor în servituți *reale* (*prediale*) și servituți *personale*, urmează tradiția Dreptului roman (*servitudes rerum* sau *praediarum* și *servitudes personarum* sau *servitudes nominum*).

În concepția germană, servituțiile reale și servituțiile personale limitate au ca element comun limitarea exercițiului unor *atribute determinate* ale dreptului de proprietate, aparținând proprietarului, în favoarea titularului servituții. Elementul care le deosebește este titularul servituții. În timp ce servitutea *reală* se constituie în favoarea proprietarului - din momentul respectiv - al unui *fond determinat* (numai în considerarea acestei calități), servitutea *personală limitată* se constituie în favoarea unei *persoane determinate*.

Esența servituțiilor *reale* este că se constituie în folosul unui fond, al fondului dominant (*praedio utilis*).

Abandonarea acestei clasificări de către redactorii Codului civil român, ba chiar și de literatura juridică română contemporană, nu se justifică într-un sistem de drept care se pretinde a fi continuatorul Dreptului roman, chiar dacă originea acestei clasificări este controversată de romaniști, fiind considerată mai degrabă de origine bizantină.⁴¹

S-a imitat aici, ca în atâtea alte cazuri, Codul civil francez. Dar motivul pentru care redactorii „Codului civil Napoleon“ au eliminat clasificarea tradițională a fost teama ca termenul de *servitute personală* să nu sugereze reînvierea numeroaselor robiri personale din epoca feudală, robiri ce tocmai fuseseră desființate prin Revoluția franceză. Deși deosebirea era evidentă, servituțiile „personale“ din dreptul roman fiind sarcini reale asupra unui bun *în folosul unei persoane iar nu în asupra* unei persoane, rezonanța acestui termen i-a speriat într-atât încât au preferat să-l evite.⁴² Absența acestei clasificări din Codul civil este, la rândul ei, un argument folosit de o parte a doctrinei franceze pentru a se opune folosirii ei în literatura juridică.⁴³

Unii autori români au folosit și în timpurile moderne clasificarea din dreptul roman.⁴⁴ Alții, deși au amintit-o, au propus înlăturarea din limbajul juridic a cuvântului de *servitute personală* în vederea evitării oricărei confuzii.⁴⁵ În cea mai mare parte, însă, doctrina română modernă a abandonat această clasificare, folosind termenul de „servituți“ numai pentru servituțiile reale (*prediale*).

Abandonarea clasificării din dreptul roman este nejustificată cu atât mai mult astăzi când există chiar și în doctrina franceză adepți ai acesteia, autori care explică semnificația termenului generic de „servituți“, folosit pentru a desemna toate drepturile reale care *aservesc* lucrul asupra căruia poartă.⁴⁶

⁴¹ VI. Hanga, *op. cit.*, p. 296 - 298.

⁴² A se vedea: C. Nacu, *Dreptul civil român*, vol. I, Ed. Socec, București 1901, p. 800.

⁴³ A. Weill, Fr. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, p. 678, nota 5. În același sens, dar cu 6 decenii mai devreme (în anul 1926): M. Planiol, G. Ripert, *Traite pratique de droit civil français. Tome III. Les biens. (Tratat practic de drept civil francez. Vol. III. Bunurile)*, Librairie generale de droit & de jurisprudence, Paris, 1926, p. 712, nota 1. Pentru clasificarea servituțiilor *lato sensu* în servituți personale și servituți reale, făcută de doctrina clasică franceză, a se vedea: C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français (Curs de drept civil francez)*, Quatrième édition, Tome deuxième, Imprimerie et librairie generale de jurisprudence Marchal, Billard et Co, Paris 1869, p. 463 - 464.

⁴⁴ I. Rosetti-Bălănescu, O. Sachelarie, N. G. Nedelcu, *op. cit.*, p. 214.

⁴⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. Națională, București 1929, p. 315.

⁴⁶ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *op. cit.*, tomul II., p. 1328, pct. 1646.

De asemenea, *ABGB - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Codul civil general austriac de la 1811),⁴⁷ în vigoare și astăzi, precum și *dreptul privat maghiar*⁴⁸, (ambele aplicabile, până la extinderea Codului civil român, în unele ținuturi românești, unite la 1918 cu patria-mamă) au adoptat și ele clasificarea servituților în servituți reale (prediale) și servituți personale, preluată din Dreptul roman.

Codul civil german consideră ca fiind *servituți reale* doar cele care în Codul civil român sunt denumite „servituți stabilite prin faptul omului“, adică adevăratele servituți, calificate de doctrină ca fiind „dezmembrăminte ale dreptului de proprietate“. Întregul titlu din B.G.B. consacrat servituților reale (cartea I., secțiunea 5., titlul 1.) reglementează numai modurile de constituire, de exercitare și de stingere a servituților reale. Exemple concrete de servituți care se pot constitui asupra fondurilor sunt date doar de doctrină și de jurisprudență.

Astfel, doctrina a clasificat servituțiile reale în trei grupe: *servituți aparente* (dreptul de trecere, dreptul de a extrage apă, prundiș, etc.); *servituți neaparente* - care constituie de fapt o reglementare particulară, convențională a dreptului de vecinătate - (interdicția de a depăși o anumită înălțime în construcții) și o *treia grupă de servituți* prin care se încearcă să se reglementeze probleme de *concurență* (interdicția de a construi pe terenul propriu un magazin de același profil cu cel al vecinului).⁴⁹

Codul civil german, spre deosebire de codurile civile român și francez, consecvent în clasificarea drepturilor reale, nu cuprinde așa-zisele servituți „naturale și legale“ în titlul consacrat servituților reale, ci le reglementează în secțiunea a 3-a, consacrată proprietății, din cartea a 3-a (privind drepturile reale), sub titlul I., „*Conținutul proprietății*“ (*Inhalt des Eigentums*) considerându-le limitări ale conținutului dreptului de proprietate rezultate din raportul de vecinătate. Astfel, spre exemplu, este reglementată servitutea legală de trecere (*Notweg* - drum de necesitate) în § 917 BGB, grănițuirea proprietăților (*Grenzmarkung*) în § 919 BGB, și coproprietatea asupra despărțiturilor comune în § 921 BGB.⁵⁰

C. Servituțiile personale limitate sunt, în concepția doctrinei germane, bazată pe textele Codului civil, o categorie intermediară între servitutea reală și uzufruct. Cu prima categorie au comun conținutul, adică implică un drept de folosință numai în *raporturi determinate* (după cum prevede expres § 1090 alin. I BGB. Mai mult, alin. 2 al aceluiași articol face trimitere la unele texte care reglementează servituțiile reale, spunând că sunt aplicabile și la servituțiile personale limitate). Cu uzufructul au în comun faptul că titular este o *persoană determinată*. De aceea sunt, ca și uzufructul, inalienabile și nu pot fi transmise prin moștenire (§1092 BGB).

Deci, după cum arată expres textul § 1090 BGB, nu există nici o deosebire de conținut între servitutea personală limitată și servitutea reală. Doar că servituții personale limitate îi lipsește cerința de a fi „utilă unui fond“ (*praedio utilis*).

Noțiunea de „servitute personală limitată“ nu înseamnă în nici un caz că ea ar putea consta dintr-un fapt personal al proprietarului fondului grevat. Se admit însă obligații conexe

⁴⁷ A se vedea, pentru textul § 473 ABGB, în limba germană: W. List, *Zivilrecht. Das ABGB und die praktisch wichtigsten Rechtsvorschriften des Zivilrechts*, (*Drept civil. Codul civil general austriac și practic cele mai importante prescripții legale ale dreptului civil*). Ediția a 6-a, Ed. Manz, Viena, 1997, p. 55. Pentru textul în limba română, a se vedea: I. Corjescu, *Codul civil general austriac*, Imprimeria statutului, București 1921, p. 138. Pentru comentarii: H. Koziol, R. Welsch, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht. (Compendiu al dreptului civil. Volumul II. Drepturi reale. Dreptul familiei. Drept succesoral.)* Ediția a zecea, Ed. Manz, Viena 1996, op. cit., p. 162.

⁴⁸ A se vedea: G. Plopu, *Părți alese din dreptul privat ungar. Tomul I. Partea generală. Dreptul real*, Tipografia Ateneu/S. A., Oradea-Mare, 1929, p. 684.

⁴⁹ F. Baur, J. F. Baur, R. Stürmer, *op. cit.*, p. 332 - 333.

⁵⁰ O. Palandt, ș.a., *op. cit.*, p. 1113 - 1118.

servituții, în sarcina titularului fondului grevat, cum ar fi întreținerea unei instalații străine, existente pe terenul său, care formează obiectul servituții.

Menționăm că această posibilitate ca proprietarul fondului aservit să-și asume obligația de a efectua el lucrările necesare exercițiului normal al servituții, în locul titularului fondului dominant, este prevăzută expres în art. 698 C. civ. francez și art. 631 C. civ. român. Obligația asumată de titularul fondului aservit, impunând acestuia un fapt personal, constituie o derogare de la interdicția consacrată de art. 620 C. civ. român și a fost calificată de doctrină ca fiind o *obligatie propter rem convențională*.⁵¹

Identitatea de conținut cu servitutea reală permite servituții personale limitate să fie utilizată în aceleași domenii. Astfel, doctrina germană citează: folosințe izolate, determinate (extragere de prundiș, apă, tolerarea unei stații de benzină, etc.); abținerea de la anumite acțiuni pe fondul grevat (interdicția de a ridica clădiri înalte); limitarea unor atribute ale proprietății grevate (tolerarea unor imixțiuni peste limita normală din partea proprietății vecine, etc.).

Principiul că servituții personale limitate îi lipsește condiția *praedio utilis* nu trebuie să ducă la concluzia că această servitute ar trebui neapărat să servească unui *interes personal* al titularului. Doctrina a precizat că, întrucât legea nu impune o asemenea condiție, se acceptă orice interes, propriu sau al altuia, demn de a fi legalmente ocrotit, interes care nici măcar nu trebuie să fie de natură patrimonială.⁵²

Dar lipsa cerinței de a fi utilă unui fond, lărgeste considerabil domeniul de aplicare al servituții personale limitate în comparație cu cel al servituții reale. Astfel, pe calea servituții personale limitate se stabilesc drepturi de folosință asupra unor terenuri pentru a fi traversate de conducte, linii de înaltă tensiune, etc.

Se cuvine să subliniem că, în acest domeniu, legislația română este cu un pas înaintea celei germane, reglementând expres o *servitute de trecere* (subterană, de suprafață sau aeriană) asupra terenurilor și altor bunuri proprietate privată în favoarea concesionarilor din sectorul gaze naturale, pentru instalarea de rețele, de conducte, linii sau alte echipamente aferente capacităților de producție, transport, depozitare și distribuție a gazelor naturale și pentru accesul la locul de amplasare a acestora. Din păcate, reglementarea nu este cuprinsă în Codul civil ci într-o Ordonanță a Guvernului României⁵³ iar domeniul de aplicabilitate este restrâns doar la sectorul de gaze naturale. Impunând și acordul proprietarilor terenurilor și al titularilor de activități desfășurate de persoane fizice sau juridice în vecinătatea capacităților, ordonanța citată reglementează mai degrabă o servitute stabilită prin fapta omului decât o servitute legală de trecere.

În categoria abținerii de la anumite acțiuni de către proprietarul fondului aservit doctrina germană include, spre exemplu, dreptul unor societăți care înstrăinează parcele pentru construcții de a pretinde ca pe parcelele vândute să nu se poată construi decât într-un anumit stil sau ca acele parcele să nu fie împrejmuite cu garduri. Pe calea acestor servituți personale limitate mai pot fi reglementate, în mod particular, raporturile de vecinătate. (În exemplul de mai sus, societatea care vinde parcela poate să înscrie

⁵¹ A se vedea: Tr. Ionașcu, S. Brădeanu, *Drepturile reale principale în Republica Socialistă România*. Ed. Academiei, București, 1978, p. 16; I. Albu, *Drept civil. Introducere în studiul obligațiilor*. Ed. Dacia Cluj-Napoca, 1984, p. 66; I. Lulă, *Privire generală asupra obligațiilor „propter rem”*, în „Dreptul” nr. 8/2000 p. 18; L. Pop, *op. cit.*, p. 32.

⁵² F. Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *op. cit.*, p. 340.

⁵³ A se vedea: Ordonanța Guvernului României nr. 60 din 30 ianuarie 2000, privind reglementarea activităților din sectorul gaze naturale, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I., nr. 46 din 31 ian.2000, art. 70 lit. c și art. 73. Ordonanța a fost aprobată prin Legea nr. 463 din 18 iulie 2001, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I., nr. 432 din 1 august 2001, care i-a adus numeroase modificări ce nu vizează, însă, servitutea analizată de noi.

asupra fondului o servitute personală în favoarea sa, în sensul că pe acea parcelă nu se vor putea construi unități comerciale.)

O specie de servitute personală limitată care este tratată distinct în lege, și analizată ca atare de doctrină, este *dreptul de abitație* (*Wohnungsrecht*). Dreptul german cunoaște două tipuri de abitație.

a. *Dreptul de abitație reglementat de § 1093 din Codul civil german - BGB (Wohnungsrecht)* este o servitute personală limitată care permite titularului să folosească o construcție sau o parte a acesteia ca locuință, cu excluderea proprietarului. Ca orice servitute personală limitată, acest drept de abitație nu poate fi nici înstrăinat prin acte între vii, nici transmis prin moștenire. Închirierea locuinței se poate face numai cu acordul proprietarului.

Această servitute personală prezintă serioase inconveniente, în special când dreptul de abitație a fost constituit ca o contraprestație în considerarea unui aport al titularului la finanțarea realizării construcției.

b. De aceea există și un *alt drept de abitație, numit „drept de abitație de lungă durată“ (Dauerwohnrecht) reglementat de §§ 31 - 41 din Legea privind proprietatea asupra locuinței (Wohnungseigentumsgesetz) din 15 martie 1951*⁵⁴. Pentru spațiile cu altă destinație decât aceea de locuință, legea folosește termenul de „drept de folosință de lungă durată“ (*Dauernutzungsrecht*).

Ca și dreptul de abitație reglementat de BGB, și dreptul de abitație reglementat de Legea din 15 martie 1951 este un drept real de folosință a unei locuințe dar se deosebește de primul prin aceea că poate fi înstrăinat, poate fi moștenit și dă dreptul la închiriere fără consimțământul proprietarului.

D. În categoria drepturilor reale de folosință se include și *dreptul de folosință funciară* pentru construirea de locuințe proprietate personală, reglementat de § 287 - 294 ZGB (*Zivilgesetzbuch* – Codul civil al fostei Republici Democratice Germane), menținut în continuare, conform art. 233, §§ 3, 4 EGBGB (*Einführungsgesetz zum BGB* - Legea de punere în aplicare a BGB), deși a fost constituit anterior reunificării Germaniei, chiar și în situația când nu a fost înscris în cartea funciară.⁵⁵

Dreptul cetățenilor fostei RDG asupra locuințelor proprietate personală și de folosință asupra terenului aferent a fost considerat ca o formă a „proprietății“, ceea ce contravenea principiilor din dreptul clasic german, consacrate de BGB, potrivit cărora construcțiile nu pot fi decât accesorii ale terenului, ale fondului (*Grundstück*), fiind exclusă o separare pe orizontală a dreptului de proprietate. Totuși, după reunificarea Germaniei, în landurile provenite din fosta RDG, se admite în continuare existența unui drept de proprietate separat asupra construcțiilor, căruia i se vor aplica, prin analogie, prevederile din BGB privitoare la imobile (fonduri).

Este ușor de recunoscut asemănarea cu situația locuințelor proprietate personală construite de cetățeni pe terenuri atribuite de stat în folosință în România postbelică. Doctrina și jurisprudența anterioară Revoluției din 1989⁵⁶, cu unele excepții⁵⁷, s-au pronunțat împotriva

⁵⁴ A se vedea: H. Schönfelder, *Deutsche Gesetze (Legi germane), op. cit.*, legea nr. 37.

⁵⁵ M. Wolf, *op. cit.*, p. 4, pct. 7.

⁵⁶ A se vedea: M. Ionescu, *notă la sent. civ. nr. 212/1955 a Trib. Popular al Raionului Răcari*, în „Justiția nouă“, nr. 1/1956, p. 132; S. Brădeanu, *Probleme de drept cu privire specială asupra dreptului de suprafață*, în „Justiția nouă“ nr. 1/1957, p. 38; S. Brădeanu, *notă la dec. civ. nr. 2320/1958 a Trib. Reg. Galați*, în „Legalitatea populară“, nr. 9/1959, p. 114; I. C. Vurdea, *Aspecte teoretice și practice ale dreptului de suprafață*, în „Justiția nouă“ nr. 6/1960, p. 1078; T. Pop (I), S. Brădeanu (II), *În legătură cu dobândirea, apărarea și stingerea dreptului de proprietate cu privire la construcții*, în „Justiția nouă“ 4/1966, p. 84; V. Giunea, *Natura juridică a raporturilor rezultând din construirea de locuințe proprietate personală cu sprijinul statului*, în „Revista română de drept“ nr. 1/1968, p. 32; T. Pop, *notă la dec. civ. nr. 46/1974 a Trib. Jud. Constanța*, în „Revista română de drept“ nr. 3/1975, p. 39.

constituirii dreptului de superficie în favoarea unei persoane fizice pe terenuri proprietate de stat, invocând caracterele juridice ale acestui tip de proprietate : drept absolut, exclusiv, inalienabil, imprescriptibil și insesizabil.⁵⁸ Prin urmare, se susținea că aceste locuințe ar forma „obiectul unui *drept de proprietate personală și nu al unui drept de superficie* (subl. noastră)“.⁵⁹

*
* *
*

După ce, în partea întâi a studiului nostru am început analiza *drepturilor reale limitate* cu categoria *drepturilor reale de folosință*, continuăm acum prezentarea acestor drepturi cu *garanțiile și drepturile de valorificare, drepturile de dobândire*, acordând o atenție deosebită categoriei *drepturilor reale asupra bunului propriu*, categorie străină dreptului civil român.

Această a doua parte a analizei noastre mai cuprinde, de asemenea, și acele drepturi pe care doctrina germană le-a calificat ca fiind „categoriile juridice intermediare“ și „drepturi relative care au dobândit un caracter real“.

Concluziile pe care le formulăm în final sintetizează constatările noastre făcute în urma cercetării instituțiilor juridice prezentate în ambele articole, deci privesc cercetarea ansamblului sistemului german al drepturilor reale.

3.3. Garanțiile și drepturile de valorificare

A doua categorie a drepturilor reale limitate o constituie *garanțiile și drepturile de valorificare* (*Sicherungs- und Verwertungsrechte*). Ele nu conferă titularului lor folosința bunului ci posibilitatea de a-l valorifica prin vânzare la licitație împotriva voinței proprietarului, în anumite condiții.

În această categorie sunt cuprinse drepturi reale accesorii mobiliare și imobiliare - *gajul și ipoteca* - precum și *sarcina reală (Reallast)*.

Dreptul civil german cunoaște, pe lângă ipotecă, mai multe forme de garanții reale imobiliare. Astfel, conform § 1191 BGB, fondul poate fi grevat cu o „obligație funciară reală“ (*Grundschild*) constând din plata unei sume de bani rezultând din fond. O variantă a acesteia este „obligația reală de rentă“ (*Rentenschuld*) prevăzută de § 1199 BGB, care înseamnă grevarea fondului cu o sarcină constând în obligația de a plăti beneficiarului, la intervale

⁵⁷ A se vedea: M. N. Costin, *Marile instituții ale dreptului civil român*. Vol. I., *op. cit.*, p. 128 –129 și 355. Autorul susține cu curaj că dreptul de folosință este opozabil, în aceste condiții și statului, *dezmembrând* dreptul de proprietate al statului asupra terenului. Condițiile politice din acea vreme au impus, însă, o concluzie de compromis în sensul că „drepturile reale de tip nou nu generează un drept de superficie propriu-zisă, ci numai o unitate juridică cu totul similară lui“ sau „un *drept de superficie* (subl. noastră) având un conținut nou și o finalitate nouă“.

⁵⁸ A se vedea: S. Brădeanu, *notă la dec. civ. nr. 5/1957 a Trib. Reg. Cluj*, în „Legalitatea populară“ nr. 9/1959, p. 11; V. Georgescu, *Natura juridică a dreptului asupra locuinței construite sau cumpărate cu credite acordate de la stat*, în „Studii și cercetări juridice“ nr. 1/1958, p. 276; Tr. Ionașcu, *Drepturile reale de tip nou referitoare la bunurile din fondul unitar al proprietății socialiste de stat*, în *Dreptul de proprietate socialistă și alte drepturi reale principale de tip nou în dreptul RPR*, de Tr. Ionașcu și S. Brădeanu, Ed. Academiei, București 1964, p. 204; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate personală*, Ed. Științifică, București 1967, p. 128; C. Stătescu, *Drept civil. Persoana fizică. Persoana juridică. Drepturile reale*, *op. cit.*, p. 668; E. Lupan, I. Reghini, *Drept civil. Drepturile reale principale*. Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, 1977, p. 136; Tr. Ionașcu, S. Brădeanu, *Drepturile reale principale în Republica Socialistă România*, *op. cit.*, p. 571; L. Pop, *Regimul juridic al terenurilor destinate localităților*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1980, p. 146.

⁵⁹ M. Costin, M. Mureșan, V. Ursa, *Dicționar de drept civil*, *op. cit.*, p. 215.

regulate de timp, o sumă de bani rezultând din fond. Pentru plata regulată a rentei, debitorul răspunde cu fondul respectiv.

Deosebirea esențială între ipotecă și aceste drepturi reale constă în faptul că legea impune numai în cazul ipotecii existența unei creanțe (*Forderung*) pe care să o garanteze. Deci *numai ipoteca are un caracter esențial accesoriu*. Această deosebire rezultă cu claritate din § 1192 BGB, care prevede aplicarea regulilor ipotecii și la obligația imobiliară reală dar numai în măsura în care nu contrazic principiul potrivit căruia obligația reală nu impune existența unei creanțe.⁶⁰

Desigur că și formele de obligație reală menționate pot servi (și se folosesc în practică) la garantarea unei creanțe, dar esențial este caracterul independent al acestora față de existența vreunei creanțe. O obligație reală „izolată“, în raport cu orice creanță, se întâlnește rar. Sunt citate situațiile când proprietarul obține acordul creditorului de a nu-și aservi acestuia întregul său patrimoniu, ci numai imobilul respectiv, sau când proprietarul vrea să acorde cuiva o cotă valorică din imobilul său, fără să existe o creanță din partea acestuia care să fie garantată (cazul tatălui care îi cedează fiicei, ca dotă, acest drept real asupra fondului său).⁶¹

Dar, cu toate deosebirile semnalate, cele trei garanții reale imobiliare din dreptul german au un element comun esențial: toate se caracterizează ca „drepturi reale de valorificare“. Adică, titularul lor este îndreptățit să valorifice imobilul grevat pe calea executării silite, „din cauza unei anumite sume de bani“, a neexecutării unei obligații.⁶²

Existența paralelă a unor drepturi reale atât de asemănătoare este justificată prin rațiuni istorice. Codul civil german (BGB) nu a dorit să desființeze aceste forme de garanții reale imobiliare care s-au dezvoltat, în decursul timpului, în diferitele teritorii germane, și care erau folosite în practică.

Sarcina reală – (*Reallast*, § 1105 BGB) se aseamănă cu obligația reală de rentă, mai sus descrisă, cu deosebirea că prestațiile la care este îndreptățit titularul dreptului nu trebuie să constea neapărat în sume de bani și nici nu trebuie să se repete la intervale regulate de timp. (Astfel, un agricultor transmite fiului său dreptul de proprietate asupra gospodăriei rurale dar își asigură întreținerea la bătrânețe prin înscrierea unei sarcini reale asupra fondului constând în prestații în produse și bani precum și îngrijire în caz de boală). Doctrina a explicat sensul regulii instituite de § 1105 BGB conform căreia „un fond poate fi grevat în așa fel încât beneficiarului sarcinii să i se cuvină unele prestații periodice din fond“. Nu trebuie să se înțeleagă că aceste prestații ar trebui acoperite din veniturile fondului. Mai mult, este posibil ca aceste prestații să nu aibă nici o legătură cu fondul. Regula face mai degrabă o trimitere la instituția ipotecii, admitând executarea silită asupra fondului pe baza unui titlu ce are caracter real.⁶³

Făcând o comparație a acestor garanții reale imobiliare din dreptul german cu cele din *dreptul civil român*, constatăm că, de principiu, nu este reglementată posibilitatea constituirii unei garanții reale imobiliare în lipsa oricărei creanțe. Ipoteca are, în dreptul nostru civil, un caracter accesoriu, de garantare a creanței creditorului ipotecar. Ea își păstrează acest caracter chiar dacă creanța este sub condiție sau eventuală.⁶⁴

⁶⁰ O. Palandt, ș.a., *op. cit.*, p. 1286; O. Jauernig, ș. a., *op. cit.*, 1174 - 1175.

⁶¹ A se vedea: F. Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *op. cit.*, p. 445 - 482.

⁶² *Ibidem*, p. 359.

⁶³ Kl. Schreiber, *Sachenrecht (Drepturi reale)*. 3. neubearbeitete Auflage (Ediția a 3-a revăzută), Richard Boorberg Verlag (Ed. Richard Boorberg), Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2000, p. 263 - 264.

⁶⁴ L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor*. Ed. Lumina lex, București 1998, p. 435-436.

Art.1776 din Codul civil român prevede expres că „ipoteka convențională nu poate fi valabilă decât atunci când suma pentru care ipoteka este constituită, va fi determinată prin act”⁶⁵.

Codul nostru a eliminat dispoziția din art. 2132 a Codului civil francez, potrivit căreia ipoteka poate fi constituită pentru asigurarea unei creanțe nedeterminate, dispoziția fiind considerată incompatibilă cu regimul specializării ipoteci. Totuși, clasicii dreptului nostru civil vorbesc de „garantarea prin ipotecă a unui cont-curent într-o bancă”⁶⁶ sau de „constituirea unei ipoteci pentru asigurarea unui credit deschis până la concurența unei sume determinate (făgăduință de împrumut) pe care cineva se obligă a o da”.⁶⁷ Această posibilitate este extrasă din Legea ipotecară belgiană de la 1851, care a servit ca model regimului juridic al ipoteci din Codul civil român, chiar dacă în codul nostru ipoteza analizată nu a mai fost reprodusă.

Acest exemplu, precum și unele dintre cazurile de ipotecă legală⁶⁸ în care se garantează o creanță eventuală, sunt considerate dovezi în ce privește posibilitatea constituirii, și în dreptul nostru civil, a unor ipoteci înainte de a se fi născut drepturile pe care sunt menite să le garanteze. (În cazul ipoteci femeilor măritate asupra imobilelor bărbatului, al ipoteci minorilor și interzișilor asupra bunurilor tutorelui - ipoteci azi dispărute - sau în cazul ipoteci statului asupra bunurilor mânuitorilor de valori ale statului, toate prevăzute în art.1753 C.civ., precum și ipoteka asupra imobilelor gestionarilor constituită în baza Legii nr. 22/1969, se garantează creanțe eventuale, care poate nu se vor naște niciodată). Se face însă o importantă precizare: rămâne bine-înțeles că ipoteka nu-și va produce efectele decât prin realizarea creanței sale.⁶⁹ Deci, prin aceasta, în dreptul nostru ipoteza își confirmă calitatea de *drept real accesoriu*.

În fine, o altă garanție reală specifică dreptului german, care poate fi înțeleasă numai prin prisma principiului abstractizării, este instituția juridică a *garanției-proprietate* (*Sicherungsübereignung*), unanim recunoscută în dreptul german, deși nu este expres reglementată în BGB. Ea constă în transmiterea dreptului de proprietate mobilă, cu titlul de garanție, către creditor, cu dreptul debitorului de a păstra posesiunea nemijlocită. Instituția este avantajoasă pentru debitor, întrucât dacă ar trebui să gajeze bunurile respective, pentru garantarea creditului, ar trebui să predea creditorului posesia asupra acestora, conform § 1205 alin.1 BGB, scoțându-le din circuitul comercial. Pe de altă parte, spre deosebire de un contract obișnuit translativ de proprietate, în cazul instituției analizate, locul tradiției bunurilor este luat de un pact posesoriu (*Besitzkonstitut*) pe baza căruia creditorul devine numai posesor mijlocit, iar comerciantul debitor, posesor nemijlocit⁷⁰. Acesta din urmă poate folosi

⁶⁵ C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat, op. cit.*, vol.V., p. 407.

⁶⁶ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Drept civil român. op. cit.*, vol. II., p. 1144 - 1145.

⁶⁷ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*. Tomul X., Atelierele grafice Socec & Co, București, 1911, p. 599.

⁶⁸ Pentru cazurile de ipotecă legală prevăzute în Codul civil român precum și în legi speciale, a se vedea: L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor.*, op. cit., p. 438 - 440.

⁶⁹ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 600.

⁷⁰ Doctrina română de drept civil nu folosește noțiunile „posesor mijlocit” și „posesor nemijlocit” deși admite că posesia poate fi exercitată, cel puțin în ce privește elementul material, *corpus*, nu numai personal de către posesor ci și printr-un reprezentant, cum sunt locatarul, depozitarul, mandatarul, comodatarul, etc. (A se vedea, în acest sens, L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale, op. cit.*, p. 196).

Desigur, ipoteza analizată, în care debitorul continuă să dețină un lucru „în puterea actului juridic încheiat cu proprietarul” (creditorul), fără elementul psihologic – *animus* – recunoscând și nu negând dreptul celui pentru care deține bunul (în speță, creditorul), poate fi calificată de juristul român mai degrabă ca o *detenție precară*. (Pentru elementele definitorii ale detenției precare, a se vedea: C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*. Ed. All Beck, București 2001, p. 240).

mai departe bunurile în cauză, potrivit activității sale economice obișnuite, de parcă nu ar fi intervenit nici un raport juridic între el și creditor. Dacă la scadență debitorul nu achită creanța, creditorul va putea revendica bunurile respective – în calitate de *proprietar* – și să se îndestuleze din valoarea lor. Până la împlinirea scadenței, creditorul-proprietar nu poate înstrăina dreptul de proprietate către un terț, ba mai mult, nu poate valorifica dreptul de proprietate nici pentru sine însuși.

Împreună cu *rezerva dreptului de proprietate – Eigentumsvorbehalt*⁷¹, instituția juridică a *garanției-proprietate (Sicherungsübereignung)* constituie forme moderne de garanție a creanțelor în dreptul civil german ce pot fi construite mult mai ușor și mai adecvat în sistemul principiului abstractizării. De aceea, doctrina germană a susținut că ele pledează în favoarea menținerii acestui principiu, garanțiile reale imobiliare, abstracte, prezentând toate avantajele pentru creditori și clienți (în dreptul comercial) în raport cu garanțiile accesorii cunoscute⁷² (în dreptul civil român, spre exemplu).

3.4. Drepturile de dobândire

A treia categorie a drepturilor reale limitate o constituie așa numitele *drepturi de dobândire (Erwerbsrechte)*, categorie hibridă în care sunt incluse drepturi foarte diferite, având ca unic element comun dreptul titularului de a dobândi, în anumite împrejurări, dreptul de proprietate sau alte drepturi reale.

Astfel, sunt incluse în această categorie: *drepturi de apropiere* (spre exemplu, dreptul vânătorii cuprinde atributul de apropiere a vânatului - animale sălbatice fără stăpân); *notarea în cartea funciară* a unui drept, pentru a-l asigura împotriva terților (cumpărătorul unui imobil care încă nu și-a înscris dreptul de proprietate în cartea funciară, se asigură, prin notarea dreptului său, împotriva încercării vânzătorului de a înstrăina imobilul unui terț); de asemenea, *dreptul real de preempțiune (dingliches Vorkaufsrecht)*, reglementat de § 1094 – 1101 BGB.

Acest ultim drept real ar trebui denumit mai degrabă *drept prioritar la cumpărare* pentru a nu fi confundat cu dreptul de preempțiune reglementat în sistemul nostru de drept, fie pentru cumpărarea de terenuri agricole în extravilan (instituit inițial de Legea nr. 18/1991, iar mai apoi de art. 5 – 11 din Legea nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor⁷³) fie pentru cumpărarea enclavelor din fondul forestier proprietate publică și terenurile limitrofe acestuia,

Dar, este evident că juriștii germani nu o califică astfel și nu poate fi vorba de nici o confuzie privind terminologia, chiar dacă, termenul „posesie” este folosit în mai multe sensuri, inclusiv, în lipsa unui alt termen adecvat, pentru a desemna detenția precară. Mai exact, bazată pe prevederile § 900 BGB (privind uzucapiunea tabulară a bunurilor imobile – *Buchersitzung*), § 937 BGB (privind uzucapiunea bunurilor mobile) și § 955 BGB (dobândirea fructelor prin posesie de bună-credință) care impun o „posesie pentru sine” (*Eigenbesitz*), literatura juridică germană a făcut cuvenita diferență între „posesia pentru sine” și „posesia lucrului străin” (*Fremdbesitz*), noțiuni care, în dreptul nostru civil, ar corespunde noțiunilor de „posesie” și „detenție precară”. „Posesor pentru sine” (*Eigenbesitzer*) este, conform § 872 BGB, cel ce posedă un lucru „ca fiind al său” (*als ihm gehörend*), iar „posesor al lucrului străin” (*Fremdbesitzer*) este cel ce posedă un lucru nu cu voința unui proprietar, ci cu cea a unui titular de drept obligațional sau de drept real limitat. În acest sens: F. Baur, J.F. Baur, R. Stürner, *Sachenrecht (Drepturi reale)*. C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Librăria Editurii C.H.Beck), München 1999, p. 77.

⁷¹ Pentru analiza acestei instituții juridice, vezi *infra*, § 4, cu precizarea că aici ipoteza vânzării unui bun sub rezerva reținerii de către vânzător a dreptului de proprietate până la plata integrală a prețului este analizată nu din punctul de vedere al vânzătorului, ci din cel al cumpărătorului, care are, în acest caz, un *drept al vocației reale (dingliches Anwartschaftsrecht)*.

⁷² F. Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts (Manual de drepturi reale)*, op. cit. p. 44.

⁷³ Publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 102 din 4 martie 1998.

precum și pentru terenurile acoperite cu vegetație forestieră (instituit de art. 52 din Codul silvic⁷⁴).

Așa cum a subliniat literatura noastră juridică, dreptul de preemțiune se naște direct din lege, în timp ce dreptul prioritar la cumpărare se naște dintr-un pact de preferință, fiind de natură contractuală.⁷⁵

Or, din § 1094 al Codului civil german rezultă că este vorba de grevarea unui fond cu o sarcină reală care îndreptățește pe cel în favoarea căruia a fost înscrisă să fie preferat în cazul vânzării bunului. Prin urmare, controversele din doctrina română privind natura juridică a dreptului de preemțiune instituit de cele două legi menționate, opiniile care contestă dreptului de preemțiune caracterul de drept real, rămân fără obiect în cazul analizat întrucât privesc o altă instituție juridică.⁷⁶

3.5. Drepturile reale asupra bunului propriu

O categorie de drepturi reale limitate care pun probleme deosebite începătorilor (spun maestrul dreptului civil german) este cea a *drepturilor reale limitate asupra bunului propriu*.

Conform principiilor aplicabile în dreptul civil român, aceste drepturi sunt greu de acceptat, nu numai „pentru începători”.⁷⁷

Existența acestor drepturi în sistemul de drept civil german este justificată prin faptul că asupra unui bun pot exista mai multe drepturi reale limitate, concomitent, având fiecare rangul său, rang care primește o importanță deosebită în cazul urmăririi silite. La această ordine de preferință trebuie să poată participa și proprietarul bunului însuși.

Drepturi reale asupra bunului propriu se nasc în următoarele situații:

- La toate drepturile reale imobiliare în caz de consolidare - confuziune -(*Vereinigung*), când § 889 BGB prevede expres că un drept asupra unui bun al altuia nu se stinge prin

⁷⁴ Legea nr. 26/1996 Codul silvic, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I., nr. 93 din 8 mai 1996.

⁷⁵ Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contractele speciale*. Ed. Actami, București 1996, p. 23; L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale, op. cit.*, p. 111.

⁷⁶ În ce privește controversa asupra naturii juridice a dreptului de preemțiune în dreptul civil român, menționăm în primul rând calificarea acestuia ca fiind un drept real opozabil tuturor, cu caracter temporar. (În acest sens: Gh. Beleiu, *Dreptul de preemțiune reglementat prin Legea nr. 18/1991 a fondului funciar*, în „Dreptul” nr. 12/1992, p. 3 –13; D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*. Ed. Cordial Cluj-Napoca, 1994, p. 63-64; Fr. Deak, *op. cit.*, p. 23; I. P. Romoșan, *Drept civil. Drepturile reale*. Ed. Imprimeriei de Vest, Oradea 1996, p. 167 – 168).

Apoi, dreptul de preemțiune a mai fost calificat și ca „drept relativ care conferă titularului său prioritate la încheierea unui contract, respectiv dreptul de a cere proprietarului, care și-a manifestat intenția de a vinde terenul, să încheie contract cu el.” (În acest sens: E. Chelaru, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 102).

Alți autori au susținut că „așa-zisul drept de preemțiune este doar o procedură obligatorie de publicitate a hotărârii de vânzare, fiind o îngrădire prin lege a atributului de dispoziție juridică asupra terenurilor agricole din extravilan și, în același timp, o limitare a libertății contractuale”. (În acest sens: L. Pop, *op. cit.*, p. 112). Prin urmare, contractul de vânzare-cumpărare pe care proprietarul terenului este obligat să-l încheie cu titularul dreptului de preemțiune poate fi inclus în categoria contractelor forțate.

⁷⁷ Clasicii dreptului civil român s-au pronunțat ferm împotriva admisibilității unui drept real sau personal („robire fie reală, fie personală”) asupra bunului propriu, în baza adagiului *nemini res sua servit*, cu motivarea că proprietarul are totalitatea atribuțiilor asupra lucrului, deci are *plena proprietas*. (A se vedea, în acest sens: C. Nacu, *op. cit.*, p. 866). Principiul *nulli enim res sua servit* este împărțit în doctrina română și de D. Alexandresco. A se vedea: D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român*. Vol I., Ed. Socec București, 1926, p. 474, pct. 643.

faptul că proprietarul dobândește acel drept sau titularul dreptului respectiv dobândește și proprietatea.⁷⁸ Observăm că există o importantă deosebire față de sistemul drepturilor reale român și francez, unde dezmembrămintele dreptului de proprietate se sting în cazul în care calitatea de titular al dreptului de proprietate și cea de titular al dezmembrământului, se întrunesc în aceeași persoană.⁷⁹

- În cazul ipotecii, conform § 1163 BGB, dacă creanța pentru care s-a înscris ipoteca s-a stins, dreptul de ipotecă revine proprietarului.
- Când proprietarul înscrie în favoarea sa, conform § 1196 BGB, o sarcină reală (*Eigentümergrundschuld*). În doctrină se citează cazul proprietarului care caută să obțină un împrumut pe care trebuie să-l garanteze cu un drept real accesoriu de rangul întâi. Pentru a nu pierde acest rang, înscrie pe numele său o sarcină reală astfel încât ceilalți creditori ipotecari să nu mai poată obține decât un rang inferior. Atunci când va găsi banca dispusă a-i acorda împrumutul garantat cu ipoteca de rangul întâi, va ceda în favoarea băncii rangul său.

Dreptul real limitat asupra bunului propriu a fost caracterizat, din această cauză, de doctrina civilă germană ca o „stocare, conservare a rangului”.⁸⁰

Menționăm că jurisprudența germană⁸¹ a admis chiar și constituirea unui *drept de suprafață* asupra terenului propriu, prin declarație unilaterală de voință a proprietarului fondului, dată la serviciul de carte funciară.⁸² Interesul practic al constituirii unui drept de suprafață asupra propriului teren există în special în cazul asociațiilor pentru construire de locuințe.⁸³

La situația unui drept de suprafață asupra terenului propriu se poate ajunge și în cazul când proprietarul terenului face uz de dreptul său de răscumpărare (*Heimfall*) a construcției, drept pe care părțile, în aplicarea § 2 pct. 4 din Decretul asupra suprafeței, îl stipulează în contractul de constituire. Ipotezele în care dreptul de răscumpărare devine incident sunt: neglijarea de către suprafațiar a construcției⁸⁴ și neplata, timp de peste doi ani, a indemnizației datorate de suprafațiar pentru folosința terenului.⁸⁵

În cazul răscumpărării construcției dreptul de suprafață nu se stinge ci intră în patrimoniul proprietarului terenului care îl poate transmite, la rândul său, unui terț.⁸⁶

Recunoașterea dreptului de suprafață asupra propriului teren s-a făcut în pofida unor dispoziții legale, aparent contrare. Și anume, § 873 BGB prevede pentru constituirea oricărui drept real asupra unui fond „*acordul de voință al celui îndreptățit și al celeilalte părți*” (subl. noastră) asupra modificării situației juridice și înscrierea în cartea funciară, ceea ce ar presupune existența a două subiecte distincte ale raportului juridic. De asemenea, regula

⁷⁸ O. Palandt, ș.a., *op. cit.* p. 1078.

⁷⁹ A se vedea, spre exemplu, pentru stingerea uzufructului, art. 557 C. civ. român și art. 617 C. civ. francez, iar pentru stingerea servitutiilor, art. 638 C. civ. român și art. 705 C. civ. francez.

⁸⁰ F. Baur, J. F. Baur, R. Stürmer, *op. cit.*, p. 471.

⁸¹ BGH NJW – *Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift* (Decizii ale Curții Federale de Justiție, în „*Noua revistă juridică săptămânală*”), anul 1982, p. 651.

⁸² K. H. Schwab, H. Prütting, *op. cit.*, p. 360.

⁸³ R. Stürmer, *Begriff und Inhalt des Erbbaurechts* (Noțiunea și conținutul dreptului de suprafață) în H. Th. Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Band 6. Sachenrecht. (Codul civil adnotat, cu legea de punere în aplicare și legi anexe. Vol. 6. Drepturile reale)*, *op. cit.*, p. 1049, pct. 2.

⁸⁴ BGH, NJW-RR, *Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* (Decizii ale Curții Federale de Justiție, în „*Noua revistă juridică săptămânală – Comunicări privind jurisprudența în materie civilă*”) anul 1988, p. 715.

⁸⁵ A se vedea: § 9 alin. 4 din Decretul asupra dreptului de suprafață (*Verordnung über das Erbbaurecht*) și *Comentariul la § 9 ErbB RVO* (Decretul asupra dreptului de suprafață) de P. Bassenge, în O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch (Codul civil adnotat)*, *op. cit.*, p. 1185 – 1186.

⁸⁶ K. H. Schwab, H. Prütting, *op. cit.*, p. 364

instituită de § 1 din Decretul asupra dreptului de suprafață, prevede existența a două persoane: suprafațiarul și proprietarul terenului grevat.⁸⁷

§ 4. Categoriile juridice intermediare

În încheierea analizei pe care o facem sistemului drepturilor reale în dreptul civil german, trebuie să amintim că existența principalelor drepturi reale precum și clasificarea acestora făcută de însuși Codul civil (BGB), nu a putut fi contestată de doctrină. Totuși, în privința anumitor drepturi a căror natură juridică nu este clarificată în cod sau în privința unor clasificări pe care codul nu le prevede expres, în literatura juridică s-au exprimat și opinii aparte.

Astfel, H. Westermann⁸⁸ consideră că, pe lângă clasificarea analizată mai sus, există și *fenomene intermediare*. Sistemica este, în opinia autorului, un mijloc pentru a stăpâni materialul legislativ din punct de vedere științific și practic. Acolo, însă, unde interesul dictat de funcția dreptului de ordonare a vieții oamenilor impune construcții care contrazic sistemica uzuală, această sistematică trebuie sacrificată în favoarea unor soluții adecvate.

De aceea autorul este de părere că trebuie admise și *categoriile intermediare*, ceea ce, de principiu, considerăm a fi justificat. Doar că, în rândul categoriilor intermediare, autorul enumeră *posesia*, ca „stăpânirea exterioară a unui bun, protejată în mod absolut,.. Există și alți autori în literatura juridică germană contemporană care și-au exprimat rezerve cu privire la calificarea posesiei ca o stare de fapt. Prerogativele posesorului sunt dintre cele conferite și proprietarului. Acestea, precum și mijloacele de apărare a posesiei pledează, în opinia lor, mai degrabă în favoarea calificării posesiei ca drept real.⁸⁹ Problema privind calificarea posesiei ca drept subiectiv⁹⁰ sau ca „factum și drept deopotrivă“⁹¹ a format obiect de controversă doctrinară încă din secolul XIX.

Posesia fiind o stare de fapt producătoare de efecte juridice, nu putem accepta includerea ei în rândul drepturilor reale, indiferent în ce categorie se încearcă a fi inclusă. De altfel, chiar și în doctrina germană s-a recunoscut că posesia este o stăpânire de fapt a bunului, independentă de existența vreunui drept al posesorului asupra bunului⁹², în pofida reglementării acestei instituții în cartea a III-a privind drepturile reale din BGB, § 854 – 872.⁹³

În ce privește *notarea unui drept în cartea funciară*, opinăm că includerea ei în această categorie intermediară este, oricum, preferabilă includerii printre „drepturile reale limitate“.

În fine o categorie intermediară, controversată în literatura juridică germană, nefiind reglementată expres de lege, este *vocația reală* (*dingliche Anwartschaft*) sau *dreptul vocației* (*expectativei*) *reale* (*dingliches Anwartschaftsrecht*). Aici se includ situațiile în care sunt deja îndeplinite unele cerințe legale pentru dobândirea unei drept real, iar altele încă nu sunt îndeplinite.⁹⁴

⁸⁷ W. Ring, *Comentariu la secțiunea a 4-a, Dreptul de suprafață*, în J. Kohler, H. Roth, H. H. Seiler, J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. (Comentariul J. von Staudinger la Codul civil, cu legea de punere în aplicare și legi anexe), *op. cit.*, p. 17, pct. 4.

⁸⁸ H. Westermann, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁹ W. Brehm, Ch. Berger, *Sachenrecht (Drepturile reale)*. Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2000, p. 34 -35.

⁹⁰ Gans, *System des römischen Civilrechts im Grundrisse (Sistemul dreptului roman în compendiu)* 1827, p. 202, citat de W. Brehm, Ch. Berger, *op. cit.*, p. 34.

⁹¹ Fr. C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes (Dreptul posesiei)* 1803, 7. Ausgabe 1864, herausgegeben von Rudorff (Ediția a 7-a, editată de Rudorff), p. 44, citat de W. Brehm, Ch. Berger, *op. cit.*, p. 34.

⁹² K. H. Schwab, H. Prütting, *op. cit.*, p. 22.

⁹³ M. Wolf, *op. cit.*, p. 5, pct. 11.

⁹⁴ H. Westermann, *op. cit.*, p. 30 -31.

Este citat cazul vânzării bunului mobil sub *rezerva reținerii dreptului de proprietate* (*Eigentumsvorbehalt*) până la plata prețului⁹⁵, caz pentru care § 455 BGB instituie prezumția legală a transferului dreptului de proprietate la cumpărător numai sub condiția suspensivă a plății integrale a prețului.⁹⁶

Vânzătorul rămâne în acest caz proprietar până la plata integrală a prețului, dar cumpărătorul este mai mult decât un simplu posesor (chiar dacă este posesor *nemijlocit*), el are o poziție juridică specială dată de faptul că i s-a transmis proprietatea asupra bunului, chiar dacă numai condiționat. În măsura în care cota din preț rămasă de achitat este foarte mică, deci cumpărătorul este aproape „proprietar deplin“ (*fast Volleigentümer*), poate apărea interesul legitim al acestuia de a înstrăina „vocația“ sa de a dobândi dreptul de proprietate sau creditorii săi pot deveni interesați în a o sechestra (popri)⁹⁷.

Principalele cazuri în care se vorbește de această „vocație de dobândire a unui drept real“ sunt:

- situația cumpărătorului unui bun vândut sub rezerva reținerii dreptului de proprietate, conform § 455 BGB, analizată mai sus;
- situația dobânditorului unui drept real asupra unui fond (în special a dreptului de proprietate) după stabilirea acordului de voință (*Auflassung*) și înaintarea cererii de înscriere în cartea funciară, dar înainte ca dreptul să fie întabulat;⁹⁸
- situația creditorului ipotecar înaintea promovării acțiunii garantate prin ipotecă.

Analizând natura juridică a acestei „vocații reale“, doctrina apreciază că ea reprezintă mai mult decât o simplă „perspectivă de dobândire a dreptului real“ dar mai puțin decât dreptul real deplin. Sunt îndeplinite unele cerințe legale pentru constituirea (transferul) dreptului respectiv (acordul de voință, cererea de înscriere în cartea funciară, etc.) iar altele încă lipsesc (îndeplinirea condiției suspensive, întabularea efectivă în cartea funciară, promovarea acțiunii garantate cu un drept de ipotecă, etc.)

Concluzia doctrinei este că se constată o tendință generală de a aplica și la această situație a vocației de dobândire regulile prescrise pentru drepturile reale propriu-zise. În acest sens, se face, la bunurile mobile, aplicațiunea § 929 BGB care prevede că transferul proprietății are loc prin acordul de voință al părților însoțit de remiterea bunului mobil.⁹⁹

⁹⁵ Printre puținele studii din literatura juridică română care analizează această instituție juridică, numită *rezerva dreptului de proprietate* (*Eigentumsvorbehalt*), cităm: J. Teves, *Rezerva dreptului de proprietate în dreptul german și francez, precum și perspectivele sale în dreptul român*, op. cit. p. 101 – 127.

⁹⁶ A se vedea: M. Vollkommer, *Comentariu la § 455 BGB*, în O. Jauernig, P. Schlechtriem, R. Stürmer, A. Teichmann, M. Vollkommer, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen*, (Codul civil comentat) op. cit., p. 448 - 450.

⁹⁷ Instituția *rezervei dreptului de proprietate* constituie, în același timp, un mijloc de garanție deosebit de eficient pentru vânzător, întrucât în caz de neplată a prețului la scadență, vânzătorul poate declara rezoluțiunea fără a fi nevoie de somație prealabilă și fără acordarea unui termen de grație. Situația este cu atât mai avantajoasă pentru vânzător cu cât, în dreptul german, rezoluțiunea își produce efectele de drept (§ 346 BGB), prin simpla declarație unilaterală de voință a celui care și-a rezervat acest drept la încheierea contractului, fără să fie nevoie de o hotărâre judecătorească.

⁹⁸ Reamintim că, pentru orice modificare a situației juridice a unui imobil (transferul dreptului de proprietate, grevarea fondului cu un drept real și transmiterea sau grevarea unui asemenea drept) § 873 BGB impune acordul de voință al celui îndreptățit și al celeilalte părți asupra respectivei modificări precum și înscrierea în cartea funciară. Conform alin. 2 al aceluiași articol, înaintea înscrierii în cartea funciară, părțile sunt obligate reciproc numai dacă: fie declarațiile lor sunt autentificate de notar, fie sunt exprimate la serviciul de carte funciară, fie au fost depuse la acest serviciu, fie cel îndreptățit a remis celeilalte părți consimțământul său pentru întabulare redactat conform prevederilor Legii cărților funciare.

⁹⁹ O. Jauernig, ș.a., op. cit., p. 998 - 1008.

În ultima vreme se constată, totuși, în literatura juridică obiecțiuni serioase la adresa acestei „figuri juridice“, obiecțiuni care însă nu au putut deocamdată să influențeze practica judiciară.¹⁰⁰

Având în vedere că instituția „dreptului expectativ de proprietate“ nu este cunoscută în sistemul de drept român, se pune problema terminologiei adecvate care să sugereze natura juridică a acestui drept.

În dreptul civil român este cunoscut termenul de „proprietate rezolubilă“, corespunzător unui contract încheiat sub condiție rezolutorie sau pentru a desemna dreptul constructorului pe terenul altuia până când proprietarul terenului, invocând accesiunea, își manifestă voința de a prelua construcția.¹⁰¹ Acest termen însă nu corespunde modalității dreptului de proprietate pe care o analizăm, așa cum nu corespunde pe deplin nici noțiunea de „proprietate suspensivă“ care s-ar putea folosi.

Trebuie să se înțeleagă că, în situația prezentată mai sus, dacă vânzătorul și-a rezervat dreptul de proprietate până la plata prețului de către cumpărător (*Eigentumsvorbehalt*), situația cumpărătorului este foarte apropiată de cea a unui proprietar. El este mult mai mult decât un posesor nemijlocit (vânzătorul fiind încă proprietar și posesor mijlocit). Prin plata prețului, care depinde numai de el și care nu poate fi împiedicată de vânzător, cumpărătorul poate deveni, oricând, proprietar. Nu este vorba de un drept viitor (viitor este numai dreptul de proprietate) nici un drept eventual și nici un drept de preempțiune (care privește un eventual contract viitor) ci un drept prezent stării juridice date. „Dreptul expectativ de proprietate“ a fost plastic caracterizat de practica judiciară germană ca fiind „anticamera dreptului de proprietate“.

§ 5. Drepturi *relative* care au dobândit un *caracter real*

Fără a contrazice principiul potrivit căruia sunt recunoscute ca drepturi reale doar cele reglementate expres prin lege (*numerus clausus al drepturilor reale*), doctrina germană semnalează existența unor drepturi relative (de creanță) cărora însăși legea le-a atribuit *unele* caractere specifice drepturilor reale. Sunt acele cazuri în care legătura dintre dreptul relativ și o anumită situație juridică a titularului, conferă dreptului său un caracter „quasi-real“.

Ca exemplu este citat cazul locatarului (chiriașului). Ca posesor nemijlocit al bunului (în dreptul civil român, simplu detentor precar - *nota noastră*) el se bucură de o ocrotire juridică față de terți asemănătoare cu cea a proprietarului. Situația sa în raport cu locatorul rămâne neschimbată și în cazul în care acesta din urmă înstrăinează bunul către un terț.

Conform § 571 BGB, dobânditorul unui bun închiriat se subrogă în drepturile și obligațiile locatorului înstrăinător. Iar pentru cazul neîndeplinirii obligațiilor, rezultând din contractul de locațiune, de către terțul dobânditor al bunului, locatorul înstrăinător răspunde în calitate de fidejutor (*Bürge*). De asemenea, conform § 986 alin. 2 BGB, posesorul (detentorul, *n.n.*) bunului poate opune și terțului dobânditor aceleași excepții pe care le-ar fi putut opune proprietarului înstrăinător, adică poate refuza predarea bunului solicitat de acesta pe calea acțiunii în revendicare.¹⁰²

În concluzie, s-a încercat de multe ori, dar fără folos, încadrarea dogmatică a acestor drepturi de creanță „întărite“ în categoria drepturilor reale. Dar ele nu pot fi considerate drepturi reale pentru că au doar *unele* calități specifice drepturilor reale, deci au doar *parțial* caracter real.¹⁰³

¹⁰⁰ A se vedea: E. Wolf, *Lehrbuch des Sachenrechts (Manual de drepturi reale)*, Ediția a 2-a, 1979, § 7 C, precum și autorii Kupisch, Marotzke, Eichenhofer, citați de F. Baur, J. F. Baur, R. Stürmer, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰¹ C. Stătescu, *În legătură cu practica judiciară privind partajul unor construcții clădite fără autorizație legală*, în „Revista română de drept“ nr. 12/1982, p. 25.

¹⁰² A se vedea: O. Palandt, ș.a., *op. cit.*, p. 623 - 624 și 1158 - 1161.

¹⁰³ F. Baur, J. F. Baur, R. Stürmer, *op. cit.*, p. 23.

În Codul civil român, obligația cumpărătorului unui bun închiriat sau arendat de a respecta locațiunea făcută înainte de vânzare (cu condiția să fi fost făcută prin act autentic sau prin act sub semnătură privată, dar cu dată certă) este reglementată în art. 1441. Literatura juridică a analizat acest raport juridic nu prin prisma dreptului locatarului ci numai din punctul de vedere al obligației dobânditorului dreptului de proprietate asupra bunului închiriat. Obligația acestuia a fost inclusă în categoria intermediară a obligațiilor reale, numite *obligatii scriptae in rem* (obligații opozabile terților).¹⁰⁴

§ 6. Concluzii

Scopul studiului nostru nu a fost de a demonstra superioritatea *generală* a sistemului german al drepturilor reale față de sistemul francez și, implicit, față de cel român. Există și în sistemul german instituții cel puțin discutabile.

Astfel, includerea, de către unii autori a *posesiei* în rândul drepturilor reale – chiar dacă în categoria specială a *fenomenelor intermediare*¹⁰⁵ - este inacceptabilă. Codul civil german nu definește posesia ca fiind un drept real, dar reglementând-o în primul capitol al Cărții a III-a, intitulată *Sachenrecht - Drepturile reale*, în § 854 – 872, creează această impresie.

De asemenea, chiar și principiul fundamental al sistemului german – principiul abstractizării – a fost vehement criticat de o parte a doctrinei germane, fiind considerat „străin de realitățile vieții”, „greu accesibil chiar și specialiștilor” realizând, de fapt, doar o mutare a problemei din domeniul drepturilor reale în domeniul obligațional, unde a dat naștere la raporturi juridice deosebit de complicate.¹⁰⁶

Așadar, nu pledăm în favoarea întregului sistem german al drepturilor reale ca posibil model de urmat pentru legiuitorul român. Pe lângă faptul că nu se justifică renunțarea la multe dintre instituțiile juridice preluate din dreptul francez, tradiția are și ea un cuvânt important de spus. Oricât de tentantă ar fi imitarea altor sisteme de drept, cum este și cel german, civilistului român îi va veni foarte greu să renunțe la cărțile fundamentale ale clasicilor literaturii juridice române, bazate pe comparații cu dreptul francez, nepieritoarele tratate ale unor autori ca: D. Alexandresco, M. B. Cantacuzino, C. Hamangiu și N. Georgean, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu și Al. Băicoianu, Istrate Micescu, etc.

Considerăm, însă, că unele instituții juridice, necunoscute la noi, a căror utilitate a fost verificată de jurisprudența germană în cei peste o sută de ani de la adoptarea Codului civil, pot fi introduse și în dreptul nostru. Astfel, așa cum am arătat, și-au dovedit utilitatea drepturile reale asupra bunului propriu (născute inclusiv prin suprimarea instituției confuziunii la dobândirea nudei proprietăți de către titularul dreptului real limitat), garanțiile reale specifice precum „garanția-proprietate”, garanțiile reale imobiliare în absența oricărei creanțe precum „obligația funciară reală”, instituția „rezervei dreptului de proprietate” până la plata integrală a prețului, etc.

Este, de asemenea, util să ne însușim concepția firească pentru o societate liberă, bazată pe economia de piață, conform căreia bunul principal este terenul iar construcția, oricât de mult ar valora, nu este decât accesorie terenului. Este nefirească actuala mentalitate, generalizată în pofida prezumției de acesiune consacrată de art. 492 C. civ., conform căreia construcția (uneori un simplu apartament), care nu este decât un accesoriu trecător - să fie considerat bunul principal, iar terenul care este veșnic, să fie considerat bun accesoriu,

¹⁰⁴ A se vedea: Tr. Ionașcu, S. Brădeanu, *op. cit.*, p. 16 –17; I. Albu, *op. cit.*, p. 65; L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, *op. cit.*, p. 28 –29.

¹⁰⁵ H. Westermann, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁶ Pentru o sinteză a doctrinei în materie, a se vedea: Fr. Quack, *Drittes Buch. Sachenrecht. Einleitung (Introducere la cartea a III-a, Drepturile reale)*, în K. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6. Sachenrecht*. 3. Auflage (*Comentariul münchenez la Codul civil. Vol. 6. Drepturi reale*. Ediția a 3-a), *op. cit.*, p. 11, pct. 34 – 36.

denumit, chiar și în unele legi¹⁰⁷, „teren aferent construcției“. De aceea, este pe deplin aplicabilă și la noi, fiind deja însușită de o parte a doctrinei, critica adusă despiciării artificiale pe orizontală a dreptului de proprietate prin recunoașterea unui drept de proprietate personală asupra locuinței aflată pe terenul altuia (a statului) situație existentă atât în fosta RDG cât și în România postbelică. În dreptul nostru, însă, spre deosebire de dreptul german, principiul enunțat nu a fost dus însă până la consecințele sale ultime în sensul că suprafeția poate fi recunoscută doar ca un drept temporar iar nu perpetuu¹⁰⁸.

Nu sunt, în opinia noastră, probleme pur teoretice cele privind propunerea de revenire la clasificarea servituților din dreptul roman (menținută de dreptul german) și de includere în categoria servituților reale (prediale) numai a servituților stabilite prin fapta omului. Așa-zisele servituți „naturale“ și „legale“ ar trebui reglementate și în Codul civil român, ca și în BGB, într-un capitol privind definiția, conținutul și limitele dreptului de proprietate (din cadrul actualului Titlu II „Despre proprietate“ al Cărtii a II-a) fiind, în realitate, limitări ale dreptului de proprietate rezultate din raporturile de vecinătate.

De asemenea, nu este o problemă pur teoretică înlocuirea sintagmei „dezmembrăminte ale dreptului de proprietate“ cu sintagma „drepturi reale limitate“.

În sfârșit, chiar dacă nu pledăm pentru completa renunțare la principiul consensualismului, în sensul de a face ca în dreptul german, chiar și din cel mai simplu act de înstrăinare a unui bun mobil un contract real, prin introducerea obligativității tradiției ca mod de transmitere a proprietății, pledăm cu toată convingerea pentru restrângerea acestui principiu în ce privește circulația juridică a imobilelor în sensul *aplicării principiului consensualismului numai în înțelesele obligațional*. Deci, fără a copia necritic „principiul abstractizării“ din dreptul german, *acordului de voință al părților* nu trebuie să i se recunoască decât puterea de a da naștere la obligații (după caz, de a constitui, modifica, strămăta sau stinge drepturi reale imobiliare). Aceste obligații se execută prin înscriere, numai prin înscriere pot lua naștere drepturi reale imobiliare.

Cu alte cuvinte, se impune revenirea la efectul constitutiv de drepturi reale al înscrierilor în cartea funciară, principiu existent în dreptul german și consacrat și la noi de art. 17 - 18 al Legii nr. 115/1938. Prin urmare, se impune modificarea *de lege ferenda* a art. 27 din Legea cadastrului și publicității imobiliare, nr. 7/1996, articol care impune înscrierea în cărțile funciare a drepturilor reale doar pentru a le face opozabile terților.

Siguranța circuitului juridic imobiliar, evidența clară, precisă și cuprinzătoare a drepturilor reale asigurate de sistemul cărților funciare întocmite după modelul german și austriac, verificate în țările respective în decursul unui secol de practică, nu trebuie să fie șubrezite prin adoptarea sistemului paradoxal al nașterii unor drepturi reale inopozabile (câtă vreme nu au fost supuse publicității) contrar tuturor sistemelor europene care au adoptat publicitatea imobiliară prin cărți funciare.¹⁰⁹

Și, nu în ultimul rând, încrederea cetățenilor din țara noastră în sistemul de carte funciară consacrat de Legea nr. 115/1938, încredere întărită și de faptul că acest act normativ este continuatorul, în unele ținuturi ale României, a unei tradiții vechi de secole, nu trebuie zdruncinată prin revenirea la un principiu caracteristic publicității prin registrele de transcripțiuni și inscripțiuni, caracteristic unui sistem unanim criticat de literatura noastră juridică din întreg secolul XX. Renunțarea la acest sistem depășit și inexact și generalizarea publicității prin cărți funciare devine fără sens dacă se păstrează tocmai principiul fundamental al vechiului sistem înlăturat.

¹⁰⁷ A se vedea, spre exemplu, art. 30 din Legea nr. 58/1974 cu privire la sistematizarea teritoriului localităților urbane și rurale (azi abrogată) dar și art. 36 din Legea fondului funciar nr. 18/1991.

¹⁰⁸ Caracterul *temporar* al dreptului de suprafeție (în sensul că dreptul este limitat la o durată de 18–70 ani iar la expirarea termenului stipulat în contract supraedificatele revin, fără despăgubire, proprietarului terenului) este consacrat chiar și în dreptul civil francez modern, în special în urma Legii nr. 64-1247 din 16 dec. 1964 care acordă un drept de suprafeție titularului contractului de locațiune a terenului în scop de construire (*bail a construction*). A se vedea, în acest sens: H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *op. cit.*, *Tomul II*, p. 1107 și 1118, pct. 1361.

¹⁰⁹ A se vedea I. Albu, *Noile cărți funciare*, Ed. Lumina lex, București, 1997, p. 96.



LEX REI SITAE SAU UNITATEA DEVOLUȚIUNII ȘI TRANSMISIUNII SUCCESORALE? (I)

Dr. Dan Andrei POPESCU
Conferențiar, U.B.B. Cluj-Napoca

Résumé: *Lex rei sitae* ou l'unité de la dévolution et de la transmission successorale? Cette étude – dressée en trois parties – se propose d'analyser en détail, avec des amples références à la doctrine et à la jurisprudence étrangère, le domaine d'application de la loi *rei sitae* et la mesure dans laquelle son application débouche sur la fragmentation de l'unité de la dévolution et de la transmission successorale.

Les deuxième et troisième parties, dédiées aux successions internationales, présentent les principales orientations et controverses, tout en insistant sur le domaine d'application du *lex successionis*. La doctrine, la jurisprudence et la législation étrangère sont aussi présentées, étant donné que seule une étude comparative serait en mesure de dévoiler au lecteur l'importance et la complexité de la problématique en discussion, les rapprochements ou les différences existantes entre les divers systèmes nationaux, mais aussi la distance entre la logique ou l'exactitude de certains principes, d'une part, et les hésitations et les orgueils nationaux encore présents, d'une autre part.

§ 1. Preliminarii

În ciuda obiectului său de studiu și a denumirii pe care o poartă, și chiar în pofida tendințelor și aspirațiilor sale internaționaliste, dreptul „internațional” privat nu s-a putut debarasa – cel puțin până în prezent – de „naționalismul” său¹, rămânând tributار intereselor care i-au conturat și impus apartenența, care i-au dictat natura, rațiunilor care au condus la cunoașterea și recunoașterea sa ca ramură distinctă a sistemului de drept al fiecărui stat. Dreptul internațional privat apare astfel ca „un sistem de principii naționale având drept premisă voința suveranității”² și misiunea de „indicator” al legii aplicabile relațiilor private internaționale.

Național prin izvoare, dar internațional prin obiect (relațiile private care transcend frontierele naționale – „viața privată internațională”³), dreptul „internațional” privat are propria sa istorie și propria sa filozofie, propriile sale controverse⁴ și propriile-i metode, marcate permanent

¹ Cu privire la naționalismul dreptului internațional privat v. Erwin Em. Antonescu, *Tratat teoretic și practic de drept internațional privat*, vol. I, p. 276. Între cele două tendințe de elaborare a dreptului internațional privat, „între tendința internaționalistă, „idealistă” și tendința naționalistă, „realistă”, a biruit incontestabil actualmente ultima!” (Erwin Em. Antonescu, *Principiile de drept internațional privat din Codul civil „Regele Mihai I”* (suspendat prin D. L. nr. 4223 din 31.12.1940), Tipog. „Viața literară”, București, p. 9). A se mai vedea și Yvette Lobin, *Les tendances nationalistes de notre système de droit international privé*, Aix-Marseille, 1937, cit. de Erwin Em. Antonescu în *op. cit.*, p.9.

² *Ibidem*, p.7.

³ Dreptul internațional privat nu este altceva decât dreptul privat privit în afara frontierelor naționale, adică dreptul privat pe arena internațională. Mai precis, obiect de preocupare al dreptului internațional privat îl constituie relațiile private internaționale, însă nu din punctul de vedere al conținutului lor, ci din punctul de vedere al stabilirii principiilor care duc la determinarea legii naționale competente a le reglementa.

⁴ Fără a intra în detalii, ținem totuși să reamintim că denumirea acestei științe nu a fost – nici ea – scutită de discuții și controverse. Chiar și în prezent există deosebiri, în această privință, între țările de *common law* și celelalte țări de pe continentul nostru (și nu numai), așa-numitele „civil law countries”.

de dihotomia raportului național-internațional care continuă să influențeze, obsesiv, natura, scopul și funcțiile sale, complicând și umbrind uneori demersul său pragmatic și acuratețea raționamentelor și a soluțiilor pe care le oferă pentru a-și justifica menirea.

Chiar dacă logica dreptului internațional privat poate fi considerată ca fiind universală⁵, există totuși numeroase deosebiri în ce privește maniera de soluționare a conflictelor de legi și a conflictelor de jurisdicții de la o țară la alta și chiar în ce privește domeniul dreptului internațional privat.⁶ Altfel spus, nu numai instituțiile dreptului privat sunt reglementate diferit de la o țară la alta, dar și normele destinate soluționării conflictelor de legi ce apar în legătură cu aceste instituții și cele care servesc pentru determinarea jurisdicției competente în raporturi cu elemente de extraneitate sunt și ele la fel de diverse, în funcție de particularitățile și de tradițiile legislative proprii fiecărei țări, de evoluția gândirii juridice și, nu în ultimul rând, în funcție de interesele urmărite.

Materia succesiunilor cunoaște reglementări dintre cele mai diferite în legislațiile statelor lumii.⁷ Principalele diferențe de reglementare pot fi remarcate în privința modului de alcătuire a claselor de moștenitori, inclusiv în stabilirea întinderii cotelor succesoriale cuvenite moștenitorilor legali, a poziției soțului supraviețuitor, a existenței și a întinderii rezervei, a

Dacă în literatura de *common law* denumirea cea mai des întâlnită este cea de „*conflict of laws*” – folosindu-se însă, alternativ, și cea de „*private international law*” (în Scoția și, uneori, în Anglia), în schimb, legislația și doctrina din numeroase state, mai ales europene, par să consacre neechivoc și definitiv denumirea „drept internațional privat” („*droit international privé*”, „*private international law*”, „*diritto internazionale privato*”, „*derecho internacional privado*” etc). O situație aparte, din acest punct de vedere, poate fi remarcată în Germania, Austria și Olanda. Legislația și literatura de specialitate din aceste țări dedică științei și ramurii de drept de care ne ocupăm denumirea „*internationales privatrecht*” (în Germania și Austria), respectiv „*internationaal privaatrecht*” (în Olanda), ceea ce în traducere exactă înseamnă „drept privat internațional”, iar nu „drept internațional privat”. Examinând atent lucrurile, credem că aceasta din urmă este denumirea cea mai potrivită și mai corectă, ea reflectând natura de drept intern (de ramură de drept) a acestei științe. Continuăm însă să folosim, totuși, denumirea „drept internațional privat”, deoarece această denumire este consacrată la noi, fiind folosită exclusiv atât în legislație, cât și în doctrina de specialitate.

⁵ În acest sens v. Raportul prezentat din partea Angliei de Prof. R. Fentiman (Univ. of Cambridge) la cel de al XV-lea congres internațional de drept comparat (desfășurat la Bristol în perioada 26 iulie – 2 august 1998), publicat în *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, lucrare editată de Prof. Symeon C. Symeonides (raportor general), KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague – London – Boston, 2000, p. 166.

⁶ Bunăoară, pe lângă domeniile rezervate în mod tradițional dreptului internațional privat, în unele state (precum Franța, Belgia) știința dreptului internațional privat are ca obiect de preocupare și instituția cetățeniei. Pentru detalii în această privință v. D. A. Popescu, în D. A. Popescu, M. Harosa, *Drept internațional privat. Tratat elementar, vol. I*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 40-45.

⁷ Pentru o prezentare a principalelor diferențe de reglementare, a se vedea Alain Verbeke, Yves-Henri Leleu, *Harmonization of the Law of Succession in Europe*, în *Towards a European Civil Code, second revised and expanded edition* (coord. A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron), Ars Aequi Libri – Nijmegen, Kluwer Law International – The Hague/London/Boston, 1998, p. 173-188 (cap.11); Y.-H. Leleu, *La transmission de la succession en droit comparé*, Antwerp/Brussels, Maklu/Bruylant, 1996, no. 154, p.491, no. 864, p. 500.; Louis Garb, *International Succession*, Union Internationale de Notariat Latin, 1998; *Family and Succession Law* edited by Walter Pintens, International Encyclopedia of Laws, 1997 (în două volume); Ferid/Firsching/Lichtenberger, *Internationales Erbrecht*, 4 Aufl., C. H. Beck, 1993; Flick/Piltz, *Der Internationale Erbfall. (Erbrecht. Internationales Privatrecht. Erbschaftsteuerrecht)*, C. H. Beck, München, 1999; Zillmann, *Die Haftung der Erben im internationalen Erbrecht*, 1998; M. Goré, *L'administration des successions en droit international privé français*, Economica, Paris, 1994; F. Boulanger, *Les successions internationales, Problemes contemporains*, Paris, 1981; Héron, *Le morcellement des successions internationales*, Paris, 1986. A se mai vedea și C. Toader, *Armonizarea dreptului succesoral în Europa*, în „Juridica” nr. 4/2000, p. 136 și urm., articol care se inspiră, în mare măsură, după Alain Verbeke, Yves-Henri Leleu, *Harmonization of the Law of Succession in Europe*, în *Towards a European Civil Code, second revised and expanded edition* (coord. A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron), Ars Aequi Libri – Nijmegen, Kluwer Law International – The Hague/London/Boston, 1998, p. 173-188 (cap.11).

persoanelor incluse în categoria moștenitorilor rezervari, a întinderii obligației moștenitorilor de a suporta pasivul succesoral. Deosebiri pot apărea și în ceea ce privește modalitatea și momentul transmisiunii activului succesoral⁸, condițiile, formele și efectele dispozițiilor pentru cauză de moarte, stabilirea naturii dreptului statului asupra succesiunii vacante etc.

Spre deosebire de alte instituții ale dreptului privat – care cunosc numeroase codificări uniforme (mai ales în plan european) –, materia succesiunilor a rămas, se pare, uitată, fiind lăsată la discreția legiuitorului național. Absența unor reglementări materiale uniforme pentru succesiunile internaționale⁹ ar putea avea ca explicație, în primul rând, lipsa unei legături directe între dreptul succesoral și obiectivele economice ale Comunității Europene. Dealtfel, în vederea atingerii scopurilor Comunității, printre obiectivele acesteia figurează „apropierea legislațiilor naționale în măsura impusă de funcționarea unei piețe comune” (art. 3, lit.h din

⁸ Fără a intra în detalii, menționăm că, din acest punct de vedere, sistemele successorale pot fi împărțite în trei categorii: a) *sistemul transmisiunii directe și imediate, prin efectul legii, a patrimoniului succesoral*. Acest sistem este consacrat în țara noastră, dar și în țări ca Franța, Belgia, Germania, Grecia, Olanda, Elveția. Patrimoniul succesoral se transmite la moștenitori încă din momentul morții lui *de cujus*, fără a fi necesară vreo inițiativă din partea acestora. Cum s-a spus, „*Le mort saisit le vif son hoir le plus proche habile à lui succéder*” (A. Verbeke, Y.-H. Leleu, op. cit., p. 177. Acceptarea moștenirii are rolul doar de a confirma transmisiunea succesorală care a avut deja loc. Sistemul se caracterizează, în principiu, prin răspunderea nelimitată a moștenitorilor, care răspund *ultra vires hereditatis*. Răspunderea limitată este întâlnită în cazul succesorilor incapabili sau în cazul acceptării moștenirii sub beneficiu de inventar. Prin excepție, sistemul succesoral german consacră răspunderea limitată a moștenitorilor (*intra vires hereditatis*), urmărind protecția acestora; b) *sistemul transmisiunii directe, dar amânate a patrimoniului succesoral*. Acest sistem – întâlnit în Austria – se caracterizează prin faptul că, deși transmisiunea patrimoniului succesoral operează în mod direct la moștenitori, momentul transmisiunii nu coincide cu cel al deschiderii succesiunii (data morții lui *de cujus*), ci este ulterior, la inițiativa moștenitorului, având semnificația acceptării moștenirii (*aditio hereditatis*). În plus, pentru ca transmisiunea succesiunii să opereze, este necesară o decizie judecătorească (*Einantwortung*), data pronunțării instanței coincidând cu cea a transmiterii masei successorale. Evident, în acest sistem sezina nu joacă nici un rol. Deși prezintă avantajul caracterului controlat și ordonat al transmisiunii, acest sistem nu poate totuși explica vidul creat între momentul deschiderii succesiunii și cel al transmiterii acesteia ca efect al deciziei instanței (*hereditas jacens*); c) *sistemul transmisiunii indirecte și amânate* este cel de al treilea sistem, specific țărilor care „nu se recunosc în clasificarea lui Gaius”, adică țărilor de *common law*. În acest sistem patrimoniul succesoral se transmite provizoriu unui „reprezentant personal” (*personal representative*), erezii și legatarii având de așteptat până în momentul lichidării pasivului succesoral. În consecință, la data deschiderii succesiunii operează primul transfer, către *personal representative*, prin intermediul unei proceduri judiciare (*probate procedure*). Funcția de reprezentant personal poate fi îndeplinită de executorul testamentar instituit sau, în lipsă, de către unul dintre moștenitori, în ambele cazuri numirea făcându-se de instanță. Reprezentantul personal este un mandatar, un administrator provizoriu, prerogativele sale fiind limitate atât în timp (lichidarea pasivului succesoral), cât și din punct de vedere al naturii operațiilor ce intră în competența sa (achitarea datoriilor succesiunii). În toată această perioadă erezii și legatarii au doar calitatea de creditori ai activului succesoral net, calitate în care pot introduce acțiuni împotriva executorului testamentar sau administratorului succesiunii. După lichidarea datoriilor și stabilirea activului net al moștenirii operează cel de al doilea transfer succesoral – către moștenitorii legali și către legatari. De remarcat că în acest sistem obiectul transmisiunii successorale către moștenitori este limitat la activul succesoral net, datorile fiind lichidate în etapa anterioară. Este și motivul pentru care răspunderea moștenitorilor nu poate fi imaginată decât ca fiind una strict limitată (Ibidem, p. 178).

⁹ Avem în vedere, desigur, tratate sau convenții internaționale care să reglementeze în mod sistematic și atotcuprinzător succesiunile internaționale, iar nu reglementări secvențiale. Bunăoară, norme (materiale) unificate întâlnim în materia formei testamentelor internaționale (Convenția de la Washington din 26 octombrie 1973 care stabilește legea uniformă aplicabilă formei testamentului internațional), a înregistrării testamentelor (Convenția de la Basel din 16 mai 1972 privind stabilirea unui sistem de înregistrare a testamentelor). Norme (conflictuale) uniforme întâlnim în următoarele convenții: Convenția de la Haga din 5 octombrie 1961 cu privire la conflictele de legi în materie de formă a dispozițiilor testamentare, Convenția de la Haga din 2 octombrie 1973 cu privire la administrarea internațională a succesiunilor, Convenția de la Haga din 1 august 1989 privind legea aplicabilă succesiunilor pentru cauză de moarte.

Tratatul instituind Comunitatea Europeană, - subl. ns., D.A.P.).¹⁰ Or, reglementarea unitară a succesiunilor internaționale nu are un impact direct asupra funcționării pieței comune, fiind considerată – cel puțin până în prezent – un obiectiv colateral, mai puțin presant. În al doilea rând, ideea codificărilor uniforme este întâmpinată uneori cu reticentă și răceală din partea statelor, mai ales atunci când normele unificate diferă semnificativ de conținutul normelor similare naționale. Renunțarea la aplicarea acestora din urmă este percepută ca o abdicare de la tradiția juridică națională care fundamentează conținutul normei, ca o renunțare la acel „*Kultursgefühl*“ național, știut fiind faptul că „nu există în drept formulare textuală care să nu fie produsul unei culturi: *extra culturam nihil datur*.”¹¹ Pe de altă parte, nu trebuie uitat faptul că atât statutul real imobiliar, cât și dreptul succesoral reprezintă domenii cu grad ridicat de „încărcătură emoțională“, în care orgoliile își fac din plin jocul, sacrificând nu de puține ori logica și raționalul, domenii în care statele sunt dispuse, în general, la puține concesii.

Iată deci de ce ideea unui *jus europaeum* în materie succesorală este destul de dificil de realizat și nici măcar nu se întrevăde într-o perspectivă apropiată. În acest context, rolul normelor conflictuale este decisiv, numai că și în acest domeniu diferențele de concepție și de reglementare ies ușor la lumină, îngreunând considerabil dezlegarea soluției.

§ 2. Lex rei sitae – fundament și domeniu de aplicare

Lex rei sitae (sau *lex situs*) este legea care cârmuiește statutul real, adică legea care statornicește regimul juridic al bunurilor. Acest principiu are un caracter tradițional în dreptul internațional privat, fiind universal recunoscut. Într-adevăr, legea locului situării bunului s-a dovedit a fi punctul de legătură cel mai natural pentru localizarea raporturilor juridice privitoare la bunuri, deoarece asigură localizarea după un criteriu obiectiv: situarea bunului („*der Lageort der Sache*“). Prin locul situării bunului înțelegem locul în care acesta se găsește din punct de vedere fizic, fără a avea însă importanță – în cazul bunurilor mobile – dacă durata poziționării într-un anumit loc este cunoscută sau nu.¹²

În dreptul internațional privat român acest factor de localizare este consacrat, cu valoare de principiu, în art. 49 din Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat.¹³ Potrivit acestui articol, „Posesia, dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale asupra bunurilor, inclusiv cele de garanții reale, sunt cârmuite de legea locului unde acestea se află sau sunt situate, afară numai dacă prin dispoziții speciale se prevede altfel.“ Din formularea acestui articol rezultă fără echivoc că legea locului situării bunului determină atât regimul juridic al bunurilor imobile, cât și cel al bunurilor mobile. Așadar, atâta vreme cât bunurile imobile „sunt situate“ în țara noastră, iar bunurile mobile „se află“ pe teritoriul românesc, regimul lor juridic va fi stabilit, ca regulă, de legea română.¹⁴

¹⁰ A se vedea, cu privire la acest tratat, „*Documente de bază ale Comunității și Uniunii Europene*“ (ediție îngrijită de V. Constantin), Ed. Polirom, 1999, p. 29 și urm.

¹¹ P. Legrand, *Dreptul comparat*, Ed. Lumina Lex, 2001, p. 105 (trad. de R. Bercea). Autorul precizează că în spatele tehnicismului formulărilor juridice stau „alegeri și determinisme cu caracter cultural, implantate într-o istorie și într-o geografie, într-o societate și într-o viață politică“; altfel spus, „orice formulă tehnică este susținută de un angajament cultural care îi condiționează formele și conținuturile [...]“, *idem*, p.104.

¹² În acest esns, M. Bierle, *Pfandrechte an beweglichen Sachen im internationalen Privatrecht*, teză de doctorat, Johannes Gutenberg Universität, 1993, p.95.

¹³ Publicată în M. Of. Nr. 245 din 1 octombrie 1992.

¹⁴ Nu considerăm că era necesară distincția terminologică pe care o face legiuitorul, din punct de vedere al poziționării, între bunurile mobile și cele imobile. Ar fi fost poate mai corect, cel puțin din punct de vedere gramatical, de a nu se diferenția predicatul după cum este vorba despre bunuri mobile sau imobile. Chiar și în absența unei atare diferențieri s-ar fi putut „intui“ voința legiuitorului nostru de a se referi atât la bunurile mobile, cât și la cele imobile, *deoarece ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Pe de altă parte, nimic nu l-ar fi împiedicat să precizeze *in terminis* că are în vedere atât bunurile mobile, cât și pe cele imobile.

Regula aplicării legii locului situației bunului are un caracter tradițional în dreptul nostru internațional privat. Ea a fost consacrată în alin. 1 al art. 2 din Codul nostru civil – articol abrogat de Legea nr. 105/1992 (art.183).¹⁵ Textul acestui alineat prevedea că „Numai imobilele aflătoare în cuprinsul teritoriului României sunt supuse legilor române, chiar când ele se posedă de străini.”¹⁶ Alineatul 2 al aceluiași articol stabilea: „Legile relative la starea civilă și la capacitatea persoanelor urmăresc pe Români, chiar când ei își au reședința în străinătate.”¹⁷ Apoi, în alineatul 3 (și ultimul) se prevedea: „Forma exterioară a actelor este supusă legilor țării unde se face actul”. Primele două alineate ale articolului 2 C. civ. consacrau tradiționala clasificare a statutelor în reale și personale, instituind principiul că legile privitoare la imobile sunt cele ale țării locului unde acestea se găsesc, adică *lex rei sitae* (statutul real¹⁸), în vreme ce aspectele referitoare la starea și capacitatea persoanelor urmau a fi supuse legilor personale (statutul personal). Distincția între statutul personal și cel real era oglindită și la lucrările preparatorii ale Codului Napoleon. Bunăoară, Portalis spunea că întotdeauna s-a făcut această diferențiere între legile privitoare la starea și capacitatea persoanelor și legile care priveau regimul bunurilor imobiliare, primele fiind personale iar cele din urmă reale.¹⁹

¹⁵ Regula *lex situs* este însă mult mai veche, având rădăcini mult mai adânci. Ea a fost consacrată de *Codul Calimach*, prin art. 396, care avea următorul conținut: „Nemișcătoarele lucruri se supun legilor locului unde se află, iar toate celelalte se supun acelor legi cărora este supusă persoana proprietarului lor.”

Abrogarea art. 2 din Codul nostru civil nu a avut ca motivație modificarea de opțiune a legiuitorului. Abrogarea era necesară pentru a putea include în noua lege toate normele destinate soluționării conflictelor de legi în spațiu (deci inclusiv cele referitoare la bunuri). Chiar dacă într-o formulare diferită – mai detaliată, dar și mai explicită –, regula *lex rei sitae* a rămas în continuare consacrată, însă sub forma unei norme conflictuale bilaterale (art. 49 din Legea nr. 105/1992). În doctrină s-a apreciat că norma conflictuală din art. 2 alin. 1 C. civ. era o normă conflictuală unilaterală (D.- A. Sitaru, *Drept internațional privat. Tratat*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2000, p. 190). Într-adevăr, din punct de vedere formal, norma conflictuală la care am făcut referire (din art. 2 alin. 1 C. civ.) apare ca o normă conflictuală unilaterală, ea stabilind – explicit – doar competența legii române, lege care s-ar aplica numai în privința imobilelor „aflătoare în cuprinsul teritoriului României”, indiferent dacă acestea aparțin cetățenilor români sau străinilor. Încercând însă să privim mai adânc lucrurile, vom constata că norma conflictuală la care am făcut referire trebuia privită – în pofida „unilateralismului afișat”, dar aparent – ca o normă conflictuală bilaterală, fiind evident (subînțeles) că legiuitorul din acea vreme a avut în vedere aplicarea legii străine competente în privința imobilelor situate în țară străină. La fel de evident – și de altfel de nimeni contestat – era și faptul că în privința imobilelor situate în țară străină urma a se aplica nu orice lege străină, ci acea lege străină care corespundea statului pe al cărui teritoriu se afla situat imobilul, adică tot așa cum legea română se aplica pentru „imobilele aflătoare pe teritoriul României” (argumentul analogiei). Altfel spus, regula instituită de art. 2, alin. 1 C. civ. impunea – fie și în mod implicit – criteriul de localizare juridică în privința statutului real, acest criteriu fiind „așezarea” bunului, adică *rei sitae*. Iată deci că, în realitate, eram incontestabil în prezența unei norme conflictuale bilaterale, „formulată însă unilateral.”

¹⁶ La redactarea conținutului alin. 1 al art. 2 C. civ. legiuitorul nostru din 1864 s-a inspirat din art. 3 alin. 2 (în vigoare și în prezent) al Codului civil francez, care prevede: „*Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.*”

¹⁷ Alineatul 2 al art. 2 din Codul nostru civil avea ca și corespondent art. 3 alin. 3 din Codul civil francez: „*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résident en pays étranger.*”

¹⁸ Prin statut real înțelegem dreptul aplicabil bunurilor („*droit applicable aux biens*” – G. Beliard, E. Riquier, W. Xiao-Yan, *Glossaire de droit international privé*, Bruylant-Bruxelles, 1992, p.259). A se mai vedea și Y. Loussoarn, P. Bourel, *Droit international privé*, 6 édition, Dalloz, 1999, p. 495, unde precizează: „*Le statut réel englobe l'ensemble des droits réels portant soit sur des biens considérés isolément, soit sur des universalités, parmi lesquelles il faut faire une place à part aux successions dont le rattachement est dans la tradition française opérée en fonction de la situation des biens composant l'hérité.*”

¹⁹ v. în acest sens, G. Plastara, *Manual de drept internațional public (cuprinzând și o expunere a conflictelor de legi)*, Ed. Librăriei Socec & Co., Soc. Anonimă, București, 1927, p. 553-554.

În concluzie, imobilele țin de statutul real, urmând a fi guvernate de *lex rei sitae*, pentru că legile reale²⁰ sunt teritoriale (*clauduntur territorio*).²¹

Care era însă situația bunurilor mobile? În privința bunurilor mobile primate *ut singuli*, adică în individualitatea lor, se admitea constant că acestea vor fi cărmuite de legea locului situării lor, adică tot de *lex rei sitae*. Doctrina noastră nu s-a abătut de la această poziție, considerând, bunăoară, că „mobilele, fie corporale sau incorporale, considerate în individualitatea lor, se regulează de legea română, chiar când sunt proprietatea străinilor.”²² În acest sens, s-a mai apreciat că „legile relative la natura mobilă sau imobilă a bunurilor, la privilegiu, la executarea silită, la prescripție, etc., sunt aplicabile nu numai mobilelor posedate de români, dar și acelor posedate de străini. Ordinea publică cere, în adevăr, ca mobilele

²⁰ Legile reale sunt legile „care au în mod principal și direct lucrurile de obiect, și care numai în mod accesoriu sunt privitoare la persoane” (D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul I, ediția a doua, București, 1906, p. 126). Altfel spus, legile reale „sunt acelea care se ocupă în principal de bunurile ce stau în legătură cu persoanele...” (*Ibidem*, p. 124). Legea este considerată reală – spunea Demolombe (I, n. 76 cit. de C. Nacu în *Dreptul civil român, vol. I*, București, I. V. Socecu, 1901, p. 92) – „când are de obiect predominant și esențial bunurile în ele însele; când are mai întâi în vedere bunurile și nu se ocupă decât în mod accesoriu de persoane; când nu se ocupă de persoane decât ca mijloc, dacă se poate spune astfel, ca să ajungă la scopul final ce își propune pentru a regula, pentru a dirige transmiterea bunurilor.” Dimpotrivă, legea este considerată a fi personală – spunea același autor – „când obiectul său principal și esențial este însăși persoana, persoana întreagă, adică starea civilă și capacitatea în mod general, nedeterminat, absolut, când nu se ocupă de bunuri decât în mod accesoriu și ca mijloc...” (*Ibidem*). S-a apreciat ca făcând parte din statutul real, „dispozițiunile relative la distincțiunea bunurilor în bunuri imobile și în bunuri mobile, fie prin natură, fie prin dispozițiunea legii sau destinațiunea proprietarului, la diferite dezmembrări sau drepturi reale asupra imobilelor, la mijloacele de dobândire a proprietății imobiliare și a celorlalte drepturi imobiliare, la modul cum se exercită proprietatea și celelalte drepturi reale, la modurile cum se pierde proprietatea și dezmembrămintele ei. Tot în statutul real intră posesiunea imobiliară, fie pentru a duce la prescripțiune, fie pentru a dobândi fructele. În fine, acțiunile posesorii și petitorii se regulează după legea locului situațiunii bunului” (C. Nacu, *op. cit.*, p. 94). Cum s-a putut constata, autorul include în statutul real doar drepturile având ca obiect bunurile imobile. Pornind de la interpretarea literală a art. 2, al. 1 din Codul nostru civil, mai precis de la tăcerea legiuitorului în privința bunurilor mobile, explicabilă prin „considerarea prea mică ce a arătat pentru lucrurile mobile” (*ibidem*), influențat fiind și de Laurent (*Droit international*, VII, n. 160-168), profesorul C. Nacu conchide, ca regulă, în favoarea aplicării legii personale în privința regimului bunurilor mobile: „În principiu – spunea autorul – admitem că mobilelor le aplicăm legea personală a proprietarului lor.” *Obiter dicta* remarcăm faptul că doctrina veche era împărțită în privința legii care urma a stabili regimul juridic al mobilelor. Adepții aplicării legii personale a proprietarului (sau posesorului) bunului mobil au pornit de la premisa că mobilele reprezintă bunuri fără prea mare importanță și de aceea, din punct de vedere al legii ce urmează a li se aplica, situația lor reală este indiferentă, ele urmând a fi cărmuite de legea aplicabilă statutului personal al „stăpânului” lor, în ale cărui mâini erau prezumate a se găsi, urmând adagiul „*mobilia personam sequuntur, mobilia ossibus inhaerent*” sau „*personal property has no locality*.” Motivația opțiunii în favoarea legii personale a proprietarului mobilelor era fundamentată fie pe ideea că mobilele erau prezumate a se găsi acolo unde este proprietarul acestora (statut real fictiv), fie pe ideea că mobilele nu au situare, motiv pentru care „sunt nevoite” să urmeze persoana. Printre adepții cei mai de seamă ai acestui sistem amintim pe: D’Argentré, P. Voet, Fælix, Laurent, Bouhier, Pothier, Schaeffner. Dimpotrivă, adepții aplicării legii statului unde bunurile mobile se găsesc au considerat că nu trebuie făcută nici o diferențiere, din punct de vedere al locului situării, între bunurile mobile și cele imobile, legea teritorială urmând a se aplica în ambele cazuri. Printre adepții acestui sistem amintim pe: Waechter, Savigny, de Bar, Westlake, Aubry și Rau, Demolombe. Acesta din urmă considera că mobilele, primate individual, nu pot fi cărmuite decât de legea situării lor actuală, legea personală a proprietarului urmând a se aplica universalității lor de bunuri mobile. Codul Maximilian al Bavariei consacră (în cap. II, § 17), la rândul său, completa egalitate între bunurile imobile și cele mobile, ambele categorii de bunuri fiind guvernate de *lex rei sitae*. Astăzi este evident și unanim admis că tot de statutul real țin și drepturile reale asupra mobilelor, neglijate, ce-i drept, în acea epocă (*mobilia possessio vilis*).

²¹ v. D. Alexandresco, *idem*, tomul I, ediția a doua, București, 1906, p. 132.

²² *Ibidem*, p. 133.

considerate în individualitatea lor să fie în totul cărmuite de legea teritorială.²³ În schimb, aceeași doctrină supunea mobilele primate *ad universum juris* legii naționale a proprietarului lor. În acest sens, s-a spus că în ceea ce privește „mobilele considerate *ca universalitate*, adică din punct de vedere al transmiterii lor prin moștenire, nu mai rămâne, după noi, nici o îndoială că statutul este personal și că moștenirea se va regula în toate privințele după legea națională a defunctului.”²⁴ Într-adevăr, bunurile mobile, primate ca universalitate, adică din punct de vedere al transmiterii prin moștenire, nu pot fi desprinse de persoana căreia au aparținut: *mobilia sequuntur personam; ossibus personae inhaerent*. Soluția se putea desprinde, pe de o parte, din interpretarea *per a contrario* a art. 2 alin. 1 din Codul civil – care avea în vedere „numai imobilele aflătoare în cuprinsul teritoriului României” – iar, pe de altă parte, din vechea tradiție a statutelor, îmbrățișată, așa cum văzut deja, de legiuitorul nostru de la 1864.²⁵

Aplicarea în privința statutului real a legii locului de situare a bunurilor se justifică din multiple considerente. Mai întâi, în temeiul principiului suveranității, statul pe teritoriul căruia se află bunurile are tot dreptul de a reglementa regimul juridic al acestora. Apoi, aplicarea legii locului contribuie la asigurarea securității circuitului civil, răspunzând totodată exigențelor creditului și venind în întâmpinarea intereselor terților, care se pot astfel informa cu privire la persoana proprietarului bunurilor prin intermediul măsurilor de publicitate consacrate în acest scop de legea locului situării acestora.²⁶ Totodată, trebuie avut în vedere că, în privința bunurilor imobile, instanțele statului pe teritoriul căruia acestea sunt situate se bucură, în majoritatea legislațiilor naționale, de competență jurisdicțională exclusivă.²⁷ Astfel, art. 151,

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 134.

²⁵ Jurisprudența nu s-a abătut de la această linie. Astfel, s-a decis că „o succesiune mobilă a unui sârb, chiar în ce privește averea mobilă din țara noastră, trebuie să fie regulată după legea lui națională, adică după legea sârbă” (Cas. I, 8 feb. 1912, Buletinul Curții de Casație, p. 215, Curierul Judiciar 26/1912 și 42/1912, cit. de C. Hamangiu, *Codul civil adnotat, vol. I, București, 1925*, p. 27-28, nr. 52). Tot astfel s-a decis că succesiunea mobilă a unui străin decedat în România este supusă legilor țării sale, chiar dacă toate persoanele implicate în proces ar avea cetățenie română și chiar dacă ultimul domiciliu al defunctului ar fi în România (C. Hamangiu, *idem*, p. 26, nr. 34). Într-o altă speță s-a statuat că averea mobilă dintr-o succesiune „nu este supusă legilor române când se posedă de străini și este revendicată tot de străini” (*Ibidem*, p. 25, nr. 32). Legea română nu se aplică chiar dacă averea mobilă dintr-o succesiune care cuprinde mobile și imobile „se revendică de un erede devenit român prin căsătorie, când acel erede nu vine cu un drept al său propriu la succesiune, ci ca succesor al străinului care avea drept la acea succesiune. Numai averea imobiliară este supusă legilor române” (*Ibidem*).

²⁶ În acest sens, T. R. Popescu, *Drept internațional privat*, București, 1994, p. 165; D. – A. Sitaru în *op. cit.*, p. 189. Art. 65 din Legea nr. 105/1992 stabilește că formele de publicitate referitoare la un bun imobil „sunt supuse legii statului unde acesta se găsește situat, chiar dacă temeiul juridic al nașterii, transmiterii, restrângerii sau stingerii dreptului real ori garanției reale s-a constituit prin aplicarea altei legi.”

²⁷ Edificatoare, în acest sens, este *Convenția de la Bruxelles din 1968 cu privire la competența judiciară și executarea deciziilor în materie civilă și comercială* (versiunea actualizată a acestei convenții fiind publicată în Journal Officiel nr. C 027 din 26.01.1998, p. 0001-0027). Secțiunea 5 din cadrul Convenției este dedicată competenței internaționale exclusive. Astfel, potrivit art. 16, sunt singure competente, fără a se ține seamă de domiciliu: (1) a) în litigiile având ca obiect drepturi reale imobiliare, inclusiv folosința asupra bunurilor imobile (închirierea sau arendarea imobilelor), instanțele statului contractant pe al cărui teritoriu sunt situate imobilele; b) totuși, în litigiile care au ca obiect închirierea sau arendarea bunurilor imobile, încheiate în scop de folosință privată pe o durată ce nu depășește 6 luni (calculate consecutiv), instanțele statului unde pârâtul își are domiciliul au de asemenea competență, cu condiția ca proprietarul și locatarul (arendășul) să fie persoane fizice și să aibă domiciliul pe teritoriul aceluiași stat contractant. Mai amintim că, potrivit art. 19 al Convenției, *dacă o instanță aparținând unei părți contractante este sesizată cu o acțiune care are legături, în principal, cu un domeniu ce ține, potrivit art. 16 al Convenției, de competența exclusivă a instanțelor unui alt stat contractant, își va declara din oficiu necompetența*. Această convenție – cunoscută și sub denumirea de „Brussels

pct. 7 din Legea nr. 105/1992 atribuie instanțelor române *competență jurisdicțională exclusivă* în privința bunurilor imobile situate pe teritoriul României.^{28,29} Nu în ultimul rând însă, aplicarea legii locului situării bunului se impune și datorită faptului că statul pe al cărui teritoriu se află bunul imobil dispune de un *control absolut* asupra acestuia, impunând atât aplicarea legilor proprii, cât și, de cele mai multe ori, jurisdicția exclusivă a instanțelor sale.³⁰ Așadar, aplicarea oricărei alte legi în privința statutului real imobiliar nu numai că nu s-ar putea justifica, dar ar

Convention“ – a fost adoptată la 27 septembrie 1968 de către cele șase membre ale Comunității Europene la acea dată (Belgia, Franța, Germania, Italia, Luxemburg și Olanda) și a intrat în vigoare la 1 februarie 1973. În 1971 a fost adoptat Protocolul care conferea Curții Europene competența de a interpreta Convenția, protocol care a intrat în vigoare în anul 1975. De la această dată Convenția a fost modificată succesiv ca urmare a extinderii Comunității prin aderarea a noi state. Amintim, în acest sens, Convenția de aderare semnată la Luxemburg la 10 octombrie 1978, în urma căreia au devenit membre ale Comunității Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, Irlanda și Danemarca. În anul 1982 o nouă convenție de aderare a fost adoptată prin aderarea Greciei la Comunitate. La 16 septembrie 1988 a fost semnată, la Lugano, o convenție având ca părți semnatare statele Comunității Europene și statele membre ale Asociației Europene a Liberului Schimb (EFTA): „*Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*“ (Official journal no. L 319 din 25.11.1988, p. 0009-0033). Această convenție are drept scop extinderea principiilor și regulilor prevăzute de Convenția de la Bruxelles la statele membre ale Asociației Europene a Liberului Schimb. De aceea, i se mai spune și „convenția paralelă“. Competența jurisdicțională exclusivă în materie imobiliară este consacrată și de Convenția de la Lugano, în art. 16, pct. 1 a) și b). A treia convenție de aderare a fost adoptată la San Sebastian în luna mai 1989, prin admiterea Portugaliei și Spaniei în Comunitatea Europeană, ocazie cu care s-au adus unele modificări Convenției de la Bruxelles. Cea de a patra convenție de aderare a fost semnată în anul 1996, marcând aderarea Austriei, Finlandei și a Suediei la Comunitate. Pentru detalii v. *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, ediția a 13-a, Sweet & Maxwell, London, 2000 (General Editor: Lawrence Collins / Editors: Adrian Briggs, Jonathan Hill, J.D. McClean, C.G.J. Morse), vol. 1, p.264 și urm.; *Morris: The Conflict of Laws*, ediția a 5-a (de David McClean), London, Sweet & Maxwell Ltd., 2000, p. 90-92 și 96; B. Audit, *Droit international privé*, 2^e édition, Economica, Paris, 1997, p.448 și urm. A se mai vedea și The Council of the European Union – *Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, art.22, pct. 1.

²⁸ Este interesant de remarcat faptul că, fără a fi consacrat explicit printr-o dispoziție legală, principiul competenței exclusive a instanțelor române în privința imobilelor situate în România era recunoscut în doctrina și jurisprudența noastră veche, fiind considerat de ordine publică pentru că „imobilul este un accesoriu al pământului, care aparține națiunii“ (D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul I, ediția a doua, București, 1906, p. 127). De aceea, „numai tribunalele române au, deci, competența de a judeca orice contestații privitoare la imobile situate în România, și aceasta chiar dacă părțile care se judecă pentru acele imobile n-ar fi pământene“ (*Ibidem*, nota 1 la pag. 127). Și invers, instanțelor române nu le era recunoscută competența de „a ordona trimiterea în posesiunea unui imobil situat în străinătate“ (*Ibidem*). Jurisprudența noastră nu a ezitat de la acest punct de vedere, apreciind în mod constant că instanțele noastre judecătorești nu pot pronunța hotărâri care ar privi un imobil situat în afara fruntariilor României. V. în acest sens decizia Curții noastre de casare, pronunțată în 1928 (secțiuni unite), publ. în „Dreptul“, 7. Oct. 1928, Nr. 30.

²⁹ Deși legiuitorul nostru se referă explicit doar la competența exclusivă a instanțelor române în materie de „imobile situate pe teritoriul României“ (art. 151, pct. 7), este incontestabil că această competență exclusivă se extinde și în privința actelor instrumentate de notarii publici având ca obiect imobile situate în România, rațiunile fiind identice (*ubi eadem ratio est, idem solutio esse debet*). Dealtfel, legiuitorul nu ezită să precizeze, atunci când reglementează efectele hotărârilor străine, că are în vedere „actele de jurisdicție ale instanțelor judecătorești, notariatelor sau oricăror autorități competente dintr-un alt stat“ (art. 165 din lege).

³⁰ În acest sens, v. *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, ediția a 13-a, Sweet & Maxwell, London, 2000 (General Editor: Lawrence Collins / Editors: Adrian Briggs, Jonathan Hill, J.D. McClean, C.G.J. Morse), vol. 2, p.958-959 – cel mai prestigios tratat englez, autoritate științifică de necontestat în domeniul dreptului internațional privat – unde se precizează: „*The sovereign of the country where land is situate has absolute control over the land within his dominions: he alone can bestow effective rights over it; his courts alone are, as a rule, entitled to exercise jurisdiction over such land. Consequently, any decision by an English court which ran counter to what the lex situs had decided or would decide would be in most cases a brutum fulmen.*“

fi chiar imposibilă, deoarece nu s-ar bucura de recunoaștere în statul pe al cărui teritoriu se găsesc imobilele, acestea putând fi privite numai în maniera pe care *lex situs* o permite.³¹

Lex rei sitae se aplică deci atât bunurilor mobile privite *ut singuli*, cât și în privința bunurilor imobile („*immobilia vero territorium*“), indiferent dacă acestea din urmă fac sau nu parte dintr-o succesiune (art. 66, lit. b din Legea nr. 105/1992³²) și indiferent de apartenența națională a defunctului, de ultimul său domiciliu, de cetățenia sau domiciliul moștenitorilor.

Tot în funcție de legea locului situării bunurilor se va determina natura mobilă sau imobilă a acestora. Altfel spus, calificarea bunurilor, inclusiv conținutul drepturilor reale asupra acestora se stabilesc potrivit legii statului pe al cărui teritoriu acestea se găsesc, prin derogare de la regula generală în materie de calificare, consacrată de art. 3 (art. 50 din lege).³³ Soluția calificării bunurilor în funcție de legea locului situării lor este tradițională în dreptul nostru internațional privat, deși ea a primit consacrare expresă doar prin Legea nr. 105/1992 (art. 50). **Legea rei sitae** trebuie considerată „ca o normă de drept natural [...] și va prevala întotdeauna, motivată însă prin considerațiuni de tehnică funciară și de necesitățile creditului civil.”³⁴

„*Calificarea juridică în bunuri mobile și bunuri imobile aparține legii rei sitae* – spre deosebire de alte calificări guvernate de legea forului sesizat –, pentru că distincțiunea între mobile și imobile este esențială pentru sistemele juridice de dobândirea bunurilor și obținere de credit“ (subl. ns., D.A.P.).³⁵ Soluția se justifică prin nevoia de a se asigura

³¹ *Ibidem*, p. 958: „*The general principle is beyond dispute, and applies to rights of every description. It is based upon obvious considerations of convenience and expediency. Any other rule would be ineffective, because in the last resort land can only be dealt with in a manner which the lex situs allows.*“

³² Prin excepție, așa cum vom vedea, art. 68 din Legea nr. 105/1992 recunoaște testatorului dreptul de a supune transmisiunea prin moștenire a bunurilor sale altei legi decât cea care ar fi fost normal competentă în lipsa unei asemenea opțiuni – adică legea locului situării bunurilor imobile ce fac parte din masa succesorală (*lex rei sitae*), respectiv legea națională a lui *de cuius* (*lex patriae*) în privința bunurilor mobile, oriunde acestea s-ar afla (art. 66, lit. a și b din aceeași lege) – „fără a avea dreptul să înlăture dispozițiile ei imperative“ (art. 68).

³³ Reamintim că, potrivit art. 3 din Legea nr. 105/1992, ori de câte ori „determinarea legii aplicabile depinde de calificarea ce urmează să fie dată unei instituții de drept sau unui raport juridic, se ia în considerare calificarea juridică stabilită de legea română“. Altfel spus, regula în materie de calificare este că aceasta se face după *lex fori*. Acest principiu este reiterat de legiuitor – fără să mai fi fost necesar – în cuprinsul art. 159, alin. 2, potrivit căruia legea română este cea care stabilește „dacă o anumită problemă este de drept procedural sau de drept material.“ Excepțiile de la regula calificării după *lex fori* vor trebui însă să rezulte explicit din lege, altminteri urmând a se aplica regula. În afară de excepția mai sus semnalată (legată de determinarea naturii mobiliare sau imobiliare a bunurilor, art. 50), mai întâlnim și altele. Bunăoară, în materie de cetățenie, legiuitorul stabilește că determinarea și proba acesteia se vor face „în conformitate cu legea statului a cărui cetățenie se invocă“ (art. 12), iar nu în conformitate cu legea forului. Tot astfel, stabilirea faptului dacă o persoană a acționat sau nu în calitate de comerciant, adică determinarea acestei calități, se va face în conformitate cu „legea statului unde persoana fizică sau juridică a obținut autorizarea de a desfășura activități economice sau unde este înmatriculată“ (art. 48, alin. 1); în cazul în care persoana respectivă nu deține autorizație sau, dimpotrivă, a obținut mai multe autorizații – respectiv este înmatriculată în mai multe state – „se aplică legea statului unde funcționează conducerea activității ei economice“ (art. 148, alin. 2). O altă excepție de la regula calificării după *lex fori* o întâlnim formulată în art. 59, alin. 1, potrivit căruia determinarea naturii titlului de valoare, inclusiv „dacă acesta întrunește condițiile spre a fi un titlu reprezentativ al mărfii pe care o specifică“, se face după legea indicată expres în cuprinsul titlului său, în lipsă, „potrivit legii statului în care își are sediul întreprinderea emitentă.“ Mai amintim că stabilirea naturii juridice a unui contract, inclusiv interpretarea clauzelor pe care le cuprinde, se face potrivit legii aplicabile fondului contractului, iar nu potrivit legii forului (art. 80).

³⁴ V. Hillard, *Principii de drept internațional privat în legislația pozitivă română*, București, Tipog. „Curierul Judiciar“ S. A., 1932, p. 228.

³⁵ *Ibidem*.

securitatea circuitului juridic privitor la bunuri în ordinea internațională.³⁶ În literatura noastră de specialitate³⁷ s-a apreciat că „În cazul în care calificarea bunurilor în mobile și imobile prezintă interes pentru determinarea legii aplicabile, de exemplu în materia succesiunii, calificarea se face după legea forului, fiind principală, spre deosebire de aceea în materia regimului bunurilor, care este secundară sau subsecventă“ și care se face, așa cum am văzut, având ca reper *lex rei sitae*. În ce ne privește însă, apreciem că *indiferent de situație* calificarea bunurilor în mobile sau imobile se va face în funcție de legea statului pe teritoriul căruia se găsesc bunurile, adică după *lex rei sitae*, deoarece atunci când legiuitorul nostru consacră această excepție o face fără să distingă după cum ea produce sau nu consecințe în privința determinării legii aplicabile (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Pe de altă parte, faptul că legiuitorul prevede această excepție de la principiul calificării după *lex fori* în capitolul V al legii, destinat bunurilor, nu poate să conducă la concluzia că domeniul ei de aplicare s-ar limita la determinarea regimului juridic al bunurilor – după o lege a cărei competență a fost deja dictată de *lex fori* –, ci, dimpotrivă, calificarea după *lex rei sitae* urmează a se aplica și în alte materii (cum ar fi, spre exemplu, materia succesiunilor), indiferent dacă în funcție de calificarea dată bunului (mobil sau imobil) depinde sau nu legea care urmează să se aplice în cauză. A admite altă soluție, adică a califica natura unui bun având exclusiv ca reper legea forului, înseamnă *mutatis-mutandis* fie a atribui competență altei legi decât cea recunoscută ca fiind competentă de legea locului situării bunului, fie a „impune“ competență acesteia din urmă fără ca ea însăși să se considere competentă a guverna regimul juridic al bunului. Or, într-o asemenea situație, cu siguranță „soluția“ impusă conflictului de legi de către *lex fori* nu se va putea bucura de recunoaștere în statul pe al cărui teritoriu se găsește bunul, ceea ce nu putea fi în intenția legiuitorului nostru.³⁸

Soluția calificării bunurilor după *lex fori* – „în cazul în care calificarea bunurilor în mobile și imobile prezintă interes pentru determinarea legii aplicabile“, cum consideră distinsul autor³⁹ – este nefirească, deoarece ar presupune, din punct de vedere al etapizării logice a operațiunilor, să se califice mai întâi bunul având ca reper *lex fori*, urmând ca apoi, în funcție de legea desemnată, să se recalifice („califice secundar“ ?!) bunul. Iar în măsura în care calificarea după cele două legi (*lex fori* și *lex rei sitae*) diferă, ar însemna, în ipoteza examinată,

³⁶ A. Pillet, *Traité pratique de droit international privé, vol. I*, Paris, 1923, No. 349.

³⁷ I. P. Filipescu, *Drept internațional privat* (ediție revăzută și completată), Ed. ACTAMI, București, 1999, p. 310, nota nr. 24.

³⁸ În consecință, ori de câte ori stabilirea naturii unui bun (calificarea acestuia) prezintă importanță pentru alegerea normei conflictuale aplicabile în cauză – cum se întâmplă, spre exemplu, în materia succesiunilor –, calificarea se va face în funcție de *lex rei sitae* (iar nu după *lex fori*) și va fi o calificare primară. Nici nu s-ar putea imagina altfel fără a lipsi de sens și de obiect dispoziția cuprinsă în art. 50 al Legii nr. 105/1992, fiind evident că în ipoteza calificării secundare nu mai era necesară o normă derogatorie de la regula instituită în art. 3 al aceleiași legi. Calificarea secundară este calificarea făcută de *lex causae*, fiind o chestiune de drept intern. Ea nu are influență asupra determinării legii aplicabile, deoarece intervine după soluționarea conflictului de legi. De aceea, calificarea secundară, fiind o calificare internă, nu este o excepție veritabilă de la regula calificării după *lex fori*, ci una aparentă, interesând în mică măsură dreptul internațional privat. Înțelegem astfel să ne revizuiim punctul de vedere exprimat anterior, când, „purtați de val“, am inclus necondiționat calificarea bunurilor, alături de alți autori, în rândul exemplelor de calificare secundară (D. A. Popescu, în D. A. Popescu, M. Harosa, *Drept internațional privat. Tratat elementar*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 344). Rațiunea calificării bunurilor după legea *rei sitae* se explică și justifică și prin conferirea jurisdicției internaționale exclusive, în privința bunurilor imobile, instanțelor statului pe al cărui teritoriu acestea se găsesc. Ce rațiuni ar putea exista ca altă instanță sau autoritate – decât cea de la locul situării bunului – să califice după criterii și interese proprii natura acestuia, câtă vreme competența soluționării litigiilor privind bunurile imobile ține de atributul exclusiv al instanței de la locul situării acestora ?

³⁹ I. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 310, nota nr. 24 (subsol).

să se aplice legea străină (*lex rei sitae*) ca *lex causae*, deși ea însăși se declară necompetentă, ceea ce va avea repercusiuni în planul recunoașterii hotărârii în țara locului situării bunurilor.

Opinie pe care o susținem i s-ar putea obiecta faptul că determinarea naturii bunului după legea străină (*lex rei sitae*) înseamnă *eo ipso* să aplicăm legea forului în funcție de calificarea dată de o lege străină⁴⁰, adică să stabilim domeniul de aplicare al normei conflictuale a forului în funcție de modul în care legea străină (*lex rei sitae*, în cazul față) califică bunul, ceea ce, în principiu, apare ca nefiind admisibil. Un asemenea „argument“ nu credem că poate fi susținut, deoarece faptul că se apelează la o calificare străină pentru a stabili domeniul de aplicare al normei conflictuale române (*lex fori*) este pentru că legiuitorul român a dorit acest lucru, și a făcut-o tocmai pentru a feri hotărârea pronunțată de instanța română de eventuale impedimente la recunoaștere și executare în țara pe al cărui teritoriu se află bunul. Altfel spus, regula soluționării conflictului de calificări după *lex fori* nu este o normă de „interdicție legiuitoare“, ci, dimpotrivă, o normă de la care legiuitorul, urmărind varii rațiuni, se poate oricând abate.

Nu în ultimul rând ca importanță, nu putem admite ideea că regula calificării bunurilor în mobile și imobile, având ca reper *lex rei sitae*, s-ar aplica doar atunci când această calificare nu prezintă interes pentru determinarea legii aplicabile – cum ar fi, bunăoară, în domeniul stabilirii posesiei și a drepturilor reale asupra bunurilor –, deoarece, în acest caz, neexistând diferențieri din punct de vedere al determinării legii aplicabile, problema calificării⁴¹ nu se mai pune, fiind lipsită de obiect. Altminteri ar însemna *mutatis-mutandis* ca norma cuprinsă în art. 50 din Legea nr. 105/1992 să rămână o simplă „vorbă goală“.

În sfârșit, legat de problematica calificării bunurilor, ținem să precizăm că, uneori, însuși legiuitorul procedează la calificarea anumitor categorii de bunuri, mai ales atunci când, datorită caracterului *sui generis* al acestora, determinarea naturii lor juridice poate întâmpina dificultăți în practica judiciară, fiind totodată posibil ca nici legea străină să nu conțină indicii sau criterii clare de calificare, existând deci riscul de a se contura o practică neunitară, cu consecințe dezastruoase în privința stabilirii regimului lor juridic. Într-o asemenea situație vorbim despre **calificarea legală**, aceasta având un caracter obligatoriu pentru autoritatea investită cu dezlegarea conflictului de legi (instanță, arbitru, notar public), fiind opera

⁴⁰ Calificarea instituțiilor juridice după *lex fori* constituie regula, principiul în dreptul internațional privat. Rațiunea acestui principiu – consacrat de art. 3 din Legea nr. 105/1992 – trebuie căutată în faptul că soluționarea conflictului de calificări este prealabilă soluționării conflictului de legi, modul de soluționare a conflictului de calificări influențând soluția dată conflictului de legi. Prin urmare, fără soluționarea prealabilă a conflictului de calificări nu se poate cunoaște norma conflictuală aplicabilă în cauză. Pe de altă parte, deslușirea conținutului și a semnificației noțiunilor folosite de legiuitor în conținutul și în legătura normei conflictuale este normal să aparțină instanțelor forului și să se facă conform principiilor și regulilor proprii sistemului de drept căruia aparțin, deoarece este cunoscut că interpretarea normelor aparține celui ce le-a edictat, potrivit principiului „*ejus est interpretari legem cuius est condere*“. De aceea, ca principiu, soluționarea conflictului de calificări se va face, în mod logic, după *lex fori*. Aceasta înseamnă că *regula soluționării conflictului de calificări după lex fori se va urmări în toate situațiile și ori de câte ori legiuitorul nu stabilește în mod expres altfel*. Însă acolo unde se consacră excepții, soluționarea conflictului de calificări se va face exclusiv după legea indicată de legiuitor, fiind în prezența unei calificări primare (atunci când calificarea prezintă interes pentru determinarea legii aplicabile) sau, după caz, a unei calificări secundare (atunci când aceasta nu are influență asupra determinării legii aplicabile). Așa se întâmplă, bunăoară, în cazul stabilirii naturii mobiliare sau imobiliare a bunurilor, unde, *indiferent dacă aceasta influențează sau nu determinarea legii aplicabile*, calificarea se va face după *lex rei sitae*. Acest lucru este posibil deoarece, spre deosebire de alte situații, aici legea competentă a soluționa conflictul de calificări se poate determina *ab initio* și fără a apela la legea forului, tocmai datorită caracterului obiectiv al localizării – locul situării bunului (*rei sitae*).

⁴¹ Avem în vedere, desigur, calificarea primară, deoarece cea secundară, fiind o calificare internă, este evident că se va face de *lex causae*, nefiind necesar ca legiuitorul să o consacre ca excepție.

legiuitorului. Altfel spus, în cazul calificării legale nu se mai pune problema soluționării unui conflict de calificări, existând o calificare unică, legală și obligatorie. *Exempli gratia* sunt considerate de legiuitor ca fiind bunuri imobile platformele „și alte instalații durabile de exploatare a resurselor submarine situate pe platoul continental al unui stat“ (art. 51 din Legea nr. 105/1992).

Concluzionând, putem spune că **stabilirea naturii bunurilor reprezintă o calificare primară⁴² ori de câte ori ea are repercusiuni asupra determinării legii aplicabile** (în materia moștenirii, spre exemplu) **sau, dimpotrivă, una secundară când nu are influență asupra legii aplicabile** (în materia regimului juridic al bunurilor, fie ele mobile sau imobile). **Însă în ambele ipoteze calificarea (primară sau secundară) se va face exclusiv după legea rei sitae.⁴³**

⁴² În sens contrar, D. - A. Sitaru, op. cit., p. 190. Autorul apreciază, invariabil, că „prin dispozițiile art. 50 se instituie o excepție de la calificarea după *lex fori*, în acest caz fiind vorba de o calificare secundară, care se efectuează după legea locului situării bunului (*lex causae*, în materie).“

⁴³ Concluzia la care am ajuns se poate desprinde (pe lângă argumentele mai sus invocate) și din interpretarea coroborată a celor două texte de lege – cel care consacră regula în materie de calificare (art. 3 din Legea nr. 105/1992) și, respectiv, cel care prevede excepția sau, mai corect spus, una dintre excepții (art. 50 din aceeași lege). Art. 3 statuează cu valoare de principiu că se va lua în considerare calificarea juridică stabilită de legea română atunci „când determinarea legii aplicabile depinde de calificarea ce urmează să fie dată unei instituții de drept sau unui raport juridic“. Se poate observa că acest articol se referă exclusiv la calificarea primară, adică cea care influențează determinarea legii aplicabile, fiind evident că cea secundară se face de către legea a cărei competență a fost deja desemnată de legea forului (*lex causae*). Art. 50 are următorul conținut: „Natura mobilă sau imobilă, cât și conținutul drepturilor reale asupra bunurilor se determină în conformitate cu legea locului unde se află sau sunt situate, *prin derogare de la art. 3^e* (subl. ns., D. A. P.). Altfel spus, stabilirea naturii mobiliare sau imobiliare a bunurilor se va face după *lex rei sitae* chiar și atunci când aceasta influențează determinarea legii aplicabile, derogându-se, într-adevăr, de la art. 3 al legii. Ținem totuși să precizăm că în doctrina franceză recentă se consideră că atunci când de calificare depinde determinarea legii aplicabile (de exemplu în materie succesorală), calificarea bunurilor se va face după *lex fori*, fiind deci în prezența „excepției la excepție“, adică revenindu-se din nou la regulă [B. Audit, *Droit international privé*, 2^e édition, Economica, Paris, 1997, p. 612, nota nr. 1: „*Mais lorsque de la qualification dépend la loi applicable, comme c'est le cas en matière de succession (et en d'autres pays en matière de régime matrimonial), c'est la loi du juge saisi qui doit donner la qualification.*“ Ibidem, p. 181]. În același sens, a se mai vedea Y. Loussouarn, P. Bourel, *Droit international privé*, 6^e édition, Dalloz, Paris, 1999, p. 213. Autorii (Y. Loussouarn, P. Bourel) apreciază că descoperirea legii după care se va face calificarea nu prezintă câtuși de puțin importanță atunci când calificarea este efectuată în scopul de a stabili regimul de proprietate al bunurilor, deoarece, în acest caz, fie că este vorba despre bunuri mobile, fie de imobile, calificarea se va face după *lex rei sitae*, fiind o calificare secundară („*qualification en sous-ordre*“), fără influență asupra legii aplicabile. Însă atunci când de rezultatul calificării depinde legea ce urmează a se aplica în cauză, bunăoară când calificarea se ridică în raport cu o problemă succesorală, lucrurile se schimbă. „*Dans ce cas – apreciază autorii mai sus citați – , la qualification mobilière conduit à l'application de la loi du domicile du de cujus et la qualification immobilière à celle de la lex rei sitae. On est donc bien en présence d'une qualification préalable, d'une véritable qualification de droit international privé (Ibidem).* S-a exprimat și un punct de vedere diferit. Astfel, profesorul *Bartin* admitea că și în materie succesorală calificarea bunurilor trebuie făcută după legea *rei sitae*, deoarece această calificare reprezintă o excepție de la principiul calificării după *lex fori*. În plus, s-a arătat că această soluție (a calificării după *lex rei sitae*) se poate desprinde, în dreptul francez, și din subordonarea devoluțiunii succesorală regimului bunurilor, pentru că în dreptul internațional privat francez, succesiunile, indiferent de natura mobilă sau imobilă a obiectului lor, sunt o materie de statut real [Lerebours-Pigeonnière, *Précis de Droit international privé*, 6^e éd., nr. 256, p. 273, cit. de Y. Loussouarn, P. Bourel în op. cit., (1999), p. 213; E. *Bartin*, *Principes de droit international privé*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 1930, § 88, p. 236: „*Distincția dintre mobile și imobile depinde invariabil, în opinia mea – spune prof. *Bartin* –, din punct de vedere civil, în fața oricărui judecător investit cu această chestiune, de legea locului situării lucrului la data nașterii raportului juridic a cărui soluționare presupune calificarea în mobil sau imobil a acestui lucru*“, subl. ns., D.A.P. „*Supposons qu'un meuble soit considéré comme immobilisé par la*

Regula calificării bunurilor după *lex rei sitae* este unanim recunoscută și aplicată, unele legislații consacrand-o *in terminis*.⁴⁴

Lex rei sitae va governa:

- drepturile reale care pot exista asupra bunurilor. Bunăoară, așa cum s-a arătat, „un străin nu ar putea să pretindă existența unui drept real asupra unui bun situat în țara noastră pe motivul că legea lui națională cunoaște un asemenea drept dacă legea

loi du lieu où se trouve situé l'immeuble auquel il est attaché, et qu'il conserve, au contraire, son caractère de meuble pour la loi du lieu où s'élève un procès concernant l'acquisition qui en a été faite par un tiers; le droit commun des qualifications voudrait que sa qualité de meuble ou d'immeuble dépendit, pour le juge saisi, de la lex fori, autrement dit, qu'il fût considéré par ce juge comme un meuble, avec toutes les conséquences que cette qualification pourrait entraîner, notamment quant à la validité de l'aliénation dont il a été l'objet. La solution contraire est cependant la seule rationnelle. La loi du lieu de la situation réelle au jour de l'aliénation litigieuse l'emportera sans aucun doute. La raison en est que toutes les règles comprises dans le régime des biens, c'est-à-dire dans la catégorie des dispositions légales qui régissent l'aliénation ou la mise en gage des biens particuliers, abstraction faite de la personne de l'aliénateur et de celle de l'acquéreur, dépendent de la lex situs, et il faut qu'il en soit ainsi, pour que la sécurité des transactions en vue de laquelle ces dispositions sont établies soit assurée. – *Bartin* în *op. cit.*, p. 236, subl. ns., D.A.P.] Mergând pe aceeași linie de gândire, s-a apreciat că și succesiunile mobiliare țin de statutul real, deoarece regula „*mobilia sequuntur personam*” se fundamentează pe prezumția localizării fictive a mobilelor la domiciliul defunctului. În consecință, calificarea bunurilor după *lex rei sitae* s-ar justifica și în materie succesorală. Opinia contrară, majoritară în prezent, pornește de la faptul că această localizare fictivă a mobilelor poate conduce la atribuirea competenței unei legi diferite de cea care rezultă din localizarea reală (Y. Lousouarn, P. Bourel, *op. cit.*, p. 214). *Niboyet* se pronunță, de asemenea, pentru calificarea după *lex fori* (*Niboyet, Manuel élémentaire*, 2 éd., n. 504 cit. de E. *Bartin* în *op. cit.*, p. 236, nota nr. 1). Nu credem că soluția doctrinei franceze poate fi extrapolată la noi. La francezi, neexistând vreun text care să reglementeze explicit calificarea, ea a fost consacrată jurisprudențial (atât ca regulă, cât și ca excepție). Determinarea după *legea rei sitae* a regimului bunurilor în dreptul internațional privat francez, recunoscută în doctrina din această țară, se poate deduce din interpretarea sistematică a art. 3, al. 2 din C. civ. fr. De aceea, s-a considerat că derogarea de la regula calificării după *lex fori* nu poate fi extinsă prin aplicare și în alte situații decât cele care privesc strict regimul bunurilor. Or, la noi, calificarea bunurilor având ca reper *lex rei sitae* rezultă fără echivoc din formularea art. 50 al Legii nr. 105/1992, derogându-se astfel de la art. 3 al legii, adică chiar și atunci „când determinarea legii aplicabile depinde de calificarea ce urmează să fie dată unei instituții de drept sau unui raport juridic”.

⁴⁴ Amintim *exempli gratia* § 31, alin. 2 din Legea federală austriacă cu privire la dreptul internațional privat, din 15 iunie 1978, unde se precizează că natura juridică a bunurilor și conținutul drepturilor asupra acestora se determină în conformitate cu legea statului unde acestea se află. Asupra acestei legi v. Dr. Wolfgang Riering, *IPR-Gesetze in Europa*, Verlag C. H. Beck, München - Verlag Stämpfli + Cie AG, Bern, 1997, p. 82-92; *KODEX DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTS / BÜRGERLICHES RECHT*, bearbeitet von Dr. Franz Mohr, 19 Auflage, ORAC, Wien, 1998, (2)-p. 6; M. Schwimann, *Internationales Privatrecht (einschließlich Europarecht)*, 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1999, p. 104 și urm. La fel procedează și legiuitorul brazilian în art. 8 din Legea introductivă la Codul civil brazilian (*Lei de Introdução ao Código Civil*), adoptată prin Decretul-lege nr. 4.657 din 04.09.1942 (modif. prin Legea nr. 6.515 din 26.12.1977 și prin Legea nr. 9.047 din 18.05.1995). Potrivit acestui articol (alin. 1), „*Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.*” Tot astfel, art. 57 din Codul de drept internațional privat al Tunisiei din 1998 – *Code de droit international privé* publ. în Journal Officiel de la République Tunisienne du 1er décembre 1998, Nr. 96, p. 2332, în J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze*, lucrare apărută sub egida prestigioaselor *Deutsches Notarinstitut* și *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg/Würzburg, 1999, p. 894) – prevede: „*Les biens sont qualifiés meubles ou immeubles selon la loi de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent.*” Principiul calificării naturii bunului după *lex rei sitae* rezultă explicit și din art. 18, alin. 2 al Codului civil al Emiratelor Arabe Unite, adoptat prin Legea nr. 5/1985, unde se precizează că dreptul statului pe teritoriul căruia se află bunul stabilește dacă el este imobil sau mobil (*Außereuropäische IPR-Gesetze*, p. 999). A se mai vedea, în acest sens, art. 16 din Codul civil al Republicii Paraguay din 1985; art. 2398 din Codul civil al Republicii Uruguay din 1868 („*Apéndice del Título Final*”) etc.

română nu-l admite. Dimpotrivă, un cetățean român poate avea asupra unui bun situat în străinătate un drept real necunoscut de legea română, dar admis de legea situației bunului.⁴⁵ Potrivit art. 49 al Legii nr. 105/1992, „Posesia, dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale asupra bunurilor, inclusiv cele de garanții reale, sunt cârmuite de legea locului unde acestea se află sau sunt situate, afară numai dacă prin dispoziții speciale se prevede altfel.“ Din formularea legiuitorului rezultă că legea locului situației bunului va cârmui posesia acestuia, efectele posesiei⁴⁶ și mijloacele de apărare a posesiei (acțiunile posesorii);

- condițiile de existență a drepturilor reale, inclusiv formele de publicitate cerute fie pentru nașterea drepturilor reale (adică cele cu efect constitutiv de drepturi reale imobiliare), fie numai pentru opozabilitatea acestora față de terți. Prin urmare, formele de publicitate, indiferent de natura și efectele lor, vor fi cârmuite de *lex rei sitae*.⁴⁷ Articolul 64 al Legii nr. 105/1992 supune formele de publicitate, realizate în orice mod, referitoare la bunuri, legii aplicabile la data și locul unde se îndeplinesc. Formularea acestui articol pare să exprime intenția legiuitorului nostru de a supune, cu titlu general, formele de publicitate legate de drepturile reale legii locului unde aceste forme se îndeplinesc, adică regulii *locus regit actum*; altfel spus, nu rezultă în mod explicit opțiunea spre aplicarea legii *rei sitae*. Însă lucrurile par să se lămurească prin coroborarea art. 64 (la care ne-am referit mai sus)⁴⁸ cu art. 65 și 87 al legii. Potrivit art. 65, formele de publicitate „arătate în art. 64, precum și cele cu efect constitutiv de drepturi referitoare la un bun imobil sunt supuse legii statului unde acesta se găsește situat, chiar dacă temeiul juridic al nașterii, transmiterii, restrângerii sau stingerii dreptului real ori garanției reale s-a constituit prin aplicarea altei legi.“ La rândul său, art. 87 prevede că formele de publicitate „necesare spre a conferi validitate sau opozabilitate contractului prin care se constituie, se modifică, se transmit ori se sting drepturi asupra bunurilor corporale, sunt supuse legii locului unde acestea se află sau sunt situate“ (subl. ns., D.A.P.). Altfel spus, indiferent de natura bunurilor corporale (mobile sau imobile), formele de publicitate având ca obiect aceste bunuri vor fi cârmuite de *lex rei sitae*, care va coincide, în cazul de față, cu legea locului unde se îndeplinește forma de publicitate. Soluție rațională dacă avem în vedere faptul că măsurile de publicitate nu se pot

⁴⁵ I. P. Filipescu, *op. cit.*, p.311.

⁴⁶ În consecință, uzucapiunea va fi supusă legii locului situației bunului ce urmează a fi uzucapat. Art. 145 din Legea nr. 105/1992 prevede în acest sens că uzucapiunea „este cârmuită de legea statului unde bunul se afla la începerea termenului de posesie, prevăzut în acest scop.“ În situația în care bunul este dus pe teritoriul unui alt stat, unde se și împlinește termenul de uzucapiune, posesorul este îndreptățit să ceară aplicarea legii acestui din urmă stat cu condiția îndeplinirii tuturor condițiilor cerute de legea statului pe al cărui teritoriu a fost adus bunul, „cu începere de la data deplasării bunului“ (art. 146 din Legea nr. 105/1992). Rezultă că persoana în folosul căreia curge termenul de uzucapiune nu va putea invoca în favoarea sa termenul scurs pe perioada anterioară deplasării bunului, mai precis nu va putea cumula această perioadă cu cea scursă ulterior deplasării bunului; tot astfel, nu va putea invoca joncțiunea posesiilor dacă aceasta presupune unirea posesiei sale cu cea a persoanelor care au posedat bunul pe teritoriul inițial. Explicația trebuie căutată în caracterul real al legilor care reglementează uzucapiunea, de unde rezultă că efectele lor sunt esențialmente teritoriale. O lege reală nu poate ține seama de efecte care s-au produs în afara teritoriului țării care a edictat-o și sub imperiul altei legi (străine). Asemenea „efecte“ scapă de sub incidența ei, fiind inexistente. De aceea, persoana interesată în invocarea uzucapiunii va trebui să opteze între legea statului unde se afla inițial bunul și legea statului unde a fost adus, comparând atât întinderea termenelor de uzucapiune, cât și perioadele de timp cât a durat posesia sub imperiul fiecărei legi. Așa cum s-a putut constata, legiuitorul folosește în cele două articole conceptul de uzucapiune într-o accepțiune largă, extensivă, referindu-se, deci, atât la bunurile imobile, cât și la cele mobile.

⁴⁷ În acest sens, I. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁸ Pentru opinia în sensul că art. 64 al Legii nr. 105/1992 „se referă în primul rând la formele de publicitate care au ca scop numai de a face dreptul real opozabil terților“, v. D – A. Sitaru, *op. cit.*, p.193.

- îndeplini fără intervenția autorităților publice de la locul situării bunului și fără aplicarea legilor țării căreia aparțin aceste autorități;
- sfera bunurilor care se găsesc în circuitul civil, bunurile care sunt scoase (definitiv sau temporar) din circuitul civil și bunurile alienabile condiționat⁴⁹;
 - calificarea bunurilor, adică, așa cum am văzut, stabilirea naturii mobiliare sau imobiliare a bunurilor;
 - dreptul de preemțiune⁵⁰ în cazul înstrăinării *inter-vivos* (prin acte cu titlu oneros) a anumitor categorii de bunuri. Așadar, legea locului situării bunului va stabili bunurile ce cad sub incidența dreptului de preemțiune, sfera persoanelor în favoarea cărora este recunoscut dreptul de preemțiune, modalitatea de exercitare a acestuia și autoritatea competentă în acest scop, inclusiv sancțiunea nerespectării dreptului de preemțiune (nulitatea relativă sau absolută a actului încheiat cu încălcarea acestui drept). Dreptul de preemțiune se deosebește astfel – și din punct de vedere al determinării legii aplicabile – de pactul de preferință, acesta din urmă având o natură contractuală și fiind, deci, supus legii aplicabile contractului din care izvorăște (*lex contractus*);
 - dezmembrămintele dreptului de proprietate;
 - întinderea prerogativelor ce aparțin titularilor dreptului de proprietate sau titularilor altor drepturi reale (principale sau accesorii), limitările aduse folosinței sau exercițiului drepturilor reale. *Lex rei sitae* va cârmui, de asemenea, modalitățile dreptului de proprietate;
 - acțiunile reale, adică mijloacele de apărare a dreptului de proprietate și a celorlalte drepturi reale, atât din punct de vedere a condițiilor cerute pentru introducerea acestor acțiuni, cât și în privința efectelor și a prescripției extinctive a dreptului la acțiune. În ce privește acest din urmă aspect, art. 147 al Legii nr. 105/1992 prevede că prescripția

⁴⁹ Pentru detalii v. C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ALL Beck, București, 2001, p.52-54.

⁵⁰ Dreptul de preemțiune constă în prerogativa conferită de lege anumitor persoane de a cumpăra cu prioritate categorii determinate de bunuri ori de câte ori proprietarii acestora au decis înstrăinarea lor prin vânzare. El exprimă o îngrădire, prin lege, a atributului de dispoziție juridică asupra bunurilor pentru vânzarea cărora legea impune respectarea acestui drept și, în același timp, o limitare a libertății contractuale (în acest sens, L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 129-130). S-a susținut și opinia că dreptul de preemțiune este un drept real temporar (Gh. Beleiu, *Dreptul de preemțiune reglementat prin Legea nr. 18/1991*, în „Dreptul” nr. 12/1992, *idem*, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ediția a V-a, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1998, p. 86). A se mai vedea: D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 56-58; Fr. Deak, *Dreptul de preemțiune*, în „Dreptul” nr. 7/1992, p. 34-43; *idem*, *Tratat de drept civil. Contracte civile*, ediția a III-a, actualizată și completată, Universul Juridic, București, 2001, p. 28 și urm.; C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 155-156; I. Adam, *Proprietatea publică și privată asupra imobilelor în România*, ALL Beck, București, 2000, p. 379-392; E. Chelaru, *Unele aspecte în legătură cu circulația juridică a terenurilor proprietate privată*, în „Dreptul” nr. 9/1993, p. 25-26. În sistemul nostru de drept respectarea dreptului de preemțiune este cerută în cazul *vânzării terenurilor agricole situate în extravilanul localităților* (art. 69 din Legea nr. 18/1991, republicată – M. Of. Nr. 1 din 5 ianuarie 1998; art. 5-10 din Legea nr. 54/1998 – M. Of. nr. 102 din 4 martie 1998), în cazul *vânzării terenurilor din fondul forestier* proprietate privată (art. 4 din Ord. de urgență a Guvernului nr. 226/2000, astfel cum a fost modif. prin Legea nr. 66/2002 – M. Of. nr. 74 din 31 ianuarie 2002), precum și în cazul *vânzării monumentelor istorice* aflate în proprietatea persoanelor fizice și juridice de drept privat (art. 4, alin. 4 al Legii nr. 422/2001 - publ. în M. Of. nr. 407 din 24 iulie 2001). Nerespectarea dispozițiilor privind dreptul de preemțiune conduce la nulitatea relativă a contractului astfel încheiat (în cazul terenurilor agricole extravilane – art. 14 din Legea nr. 54/1998, respectiv art. 70 din Legea nr. 18/1991, republicată – și a celor din fondul forestier – art. 8 din Ord. de urgență a Guvernului nr. 226/2000, astfel cum a fost modif. prin Legea nr. 66/2002), respectiv la nulitatea absolută a contractului (în cazul vânzării monumentelor istorice – art. 4, alin. 4 din Legea nr. 422/2001). Dreptul de preemțiune este reglementat și de Legea nr. 10/2001 (M. Of. nr. 75 din 14 februarie 2001), art. 43, alin. 2 și 3.

- extinctivă a dreptului la acțiune este supusă legii care se aplică dreptului subiectiv însuși;
- unele moduri de dobândire a drepturilor reale: ocupațiunea, accesiunea, uzucapiunea⁵¹, exproprierea, confiscarea, rechiziția. Art. 52 este edificator în acest sens: „Constituirea, transmiterea sau stingerea drepturilor reale asupra unui bun care și-a schimbat așezarea sunt cârmuite de *legea locului unde acesta se afla* în momentul când s-a produs faptul juridic care a generat, modificat sau stins dreptul respectiv“ (subl. ns., D.A.P.). În privința modurilor neoriginare⁵² de dobândire a drepturilor reale, trebuie să distingem între aspectele de natură reală (*jus in rem*) și aspectele de natură obligațională (*jus ad rem*) pe care le generează. Bunăoară, în cazul în care dobândirea dreptului de proprietate se face în temeiul unui contract translativ de proprietate, trebuie să deosebim, în privința determinării legii aplicabile, între aspectele reale ale contractului și celelalte aspecte. Primele vor fi cârmuite de *lex rei sitae* în vreme ce ultimele vor fi supuse altor legi;⁵³
 - obligațiile *propter rem*, acestea fiind în mod indisolubil legate de anumite bunuri, fiind considerate un accesoriu al stăpânirii acestora⁵⁴;

⁵¹ A se vedea art. 145 și 146 din Legea nr. 105/1992, citate la nota nr. 46 din prezentul studiu; v. și I. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 313-314.

⁵² Pentru clasificarea modurilor de dobândire a dreptului de proprietate în funcție de situația juridică a bunului în momentul dobândirii, v. L. Pop, *op. cit.*, p. 241.

⁵³ Astfel, *lex rei sitae* va governa toate aspectele ce țin de statutul real, cum sunt, spre exemplu, cele legate de condițiile de naștere a dreptului real, transferul dreptului de proprietate sau a altui drept real, formele de publicitate „necesare spre a conferi validitate sau opozabilitate contractului prin care se constituie, se modifică, se transmite sau se sting drepturi asupra bunurilor corporale“ (art. 87 din Legea nr. 105/1992). Capacitatea de a contracta va fi cârmuită de legea personală a fiecărui cocontractant (*lex patriae* sau, după caz, *lex domicilii*, în funcție de apartenența persoanei fizice la un anumit sistem de drept, respectiv de *lex societatis* în cazul persoanelor juridice). În schimb, condițiile de fond și efectele contractului sunt, în principiu, supuse legii aplicabile contractului (*lex contractus*). *Lex contractus* se va aplica și în privința condițiilor de formă ale contractului (art. 86, alin. 1). Articolul 73 al Legii nr. 105/1992 conferă părților contractante dreptul de a-și alege singure legea aplicabilă contractului. Alegerea legii aplicabile trebuie să fie expresă sau „să rezulte neîndoiește din cuprinsul acestuia sau din circumstanțe“ (art. 74). În ipoteza în care părțile contractante nu au optat pentru o anumită lege, contractul va fi supus legii statului cu care acesta prezintă legăturile cele mai strânse (art. 77, alin. 1). Iar, în măsura în care contractul are ca obiect un drept imobiliar sau un drept de folosință temporară asupra unui imobil, se prezumă că acesta are legăturile cele mai strânse cu legea statului unde imobilul se află situat (art.77, alin. 3).

⁵⁴ Care va fi situația, din punctul de vedere al legii aplicabile, în privința obligațiilor *scriptae in rem*? Se cunoaște că obligațiile *scriptae in rem* se caracterizează printr-o opozabilitate mai largă, ele corespunzând unor drepturi de creanță strâns legate de stăpânirea unor bunuri imobile de către o altă persoană decât proprietarul lor. De aceea, ele mai sunt denumite și obligații opozabile terților (v. privința detalii L. Pop în *op. cit.*, p. 24-25; I. Albu, *Drept civil. Introducere în studiul obligațiilor*, Ed. „Dacia“, Cluj-Napoca, 1984, p. 65). Având în vedere specificul lor, apreciem că aspectele legate de opozabilitate, mai precis de condițiile în care aceste obligații devin opozabile terților, vor fi cârmuite de *lex rei sitae*, adică de legea locului situării bunului imobil, deoarece, prin efectele lor, obligațiile *scriptae in rem* afectează (limitează) exercitarea prerogativelor titularilor dreptului de proprietate sau altor titulari de drepturi reale asupra bunurilor respective. De aceea, aceste obligații sau, mai exact, efectele lor în planul opozabilității, nu pot fi desprinse de statutul real, iar legea aplicabilă lor nu poate fi alta decât legea care guvernează statutul real în ansamblu său. În privința celorlalte aspecte se va aplica *lex contractus*, adică legea care guvernează cu titlu general efectele actului juridic din care izvorăsc. Un exemplu de obligație *scriptae in rem* este cea reglementată în art. 1441 din Codul nostru civil. Potrivit acestui articol, „Dacă locatorul vinde lucrul închiriat sau arendat, cumpărătorul este dator să respecte locațiunea făcută înainte de vânzare, întrucât a fost făcută prin act autentic sau prin act privat, dar cu dată certă, afară numai când desființarea ei din cauza vânzării s-ar fi prevăzut în însuși contractul de locațiune.“ Izvorul obligației cumpărătorului unui bun închiriat sau arendat de a respecta efectele contractului de locațiune încheiat anterior vânzării – asigurând locatarului sau arendașului folosința aceluși bun până la expirarea termenului extinctiv

– măsurile de urmărire și executare silită, deoarece îndeplinirea lor se poate face numai cu concursul organelor judiciare aparținând statului pe al cărui teritoriu se găsesc bunurile.

§ 3. Excepții aduse regulii *lex rei sitae*.

În considerația anumitor rațiuni care țin fie de natura specifică a unor categorii de bunuri, fie de caracterul aparte al titularului dreptului de proprietate ce poartă asupra lor, legea locului situării bunului este abandonată în favoarea altor legi. Fără a intra în detalii, ne propunem să prezentăm succint situațiile în care *lex rei sitae* nu se va aplica, cedând competența altor legi.

Bunurile aflate în curs de transport (*res in transitu*) vor fi cărmuite, ca principiu, de legea aleasă de către părțile interesate prin acordul de voință exprimat în acest sens (art. 53, lit. a din Legea nr. 105/1992). Dacă contractul încheiat nu conține dispoziții privind legea care ar urma să-l guverneze, părțile omițând acest lucru, bunurilor aflate în curs de transport li se va aplica legea statului de unde au fost expediate (art. 53, al. 1 al legii).⁵⁵

În privința mijloacelor de transport trebuie să distingem, în ceea ce privește determinarea legii aplicabile, între nave și aeronave, pe de o parte, și vehiculele feroviare și rutiere, pe de altă parte. Navele și aeronavele vor fi cărmuite de legea pavilionului pe care îl arborează, în vreme ce în privința vehiculelor feroviare și a celor rutiere se va aplica legea care guvernează statutul organic al întreprinderii de transport din al cărei patrimoniu acestea fac parte (art. 55 din Legea nr. 105/1992). Derogarea de la principiul *lex rei sitae* în privința mijloacelor de transport se justifică ținând cont de natura specială a acestor categorii de bunuri mobile care în mod frecvent, potrivit destinației lor, se află într-o continuă mișcare, deplasându-se de pe un teritoriu pe altul și chiar în zone nesupuse vreunei jurisdicții naționale. Aplicarea legii *rei sitae* ar genera serioase dificultăți în privința stabilirii regimului lor juridic, regim care s-ar schimba frecvent în raport de statul pe al cărui teritoriu ele se găsesc la un moment dat. Iar în măsura în care navele (sau aeronavele) se găsesc în marea liberă (sau în spațiul aerian aferent acesteia) ar însemna *mutatis-mutandis* ca ele să nu fie supuse nici unei legi.⁵⁶

stipulat – îl reprezintă legea. Altfel spus, opozabilitatea dispozițiilor unui contract și altor persoane decât celor care au consimțit la încheierea lui (sau succesiorilor lor universali ori cu titlu universal) nu poate fi decât opera legii. Iar legea care consacră o asemenea excepție de la „*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*” nu poate fi alta decât legea situării bunului imobil al cărui titular de drept real este obligat să respecte situația juridică născută dintr-un contract anterior la care nu are calitatea de parte, adică *lex rei sitae*. Dealtfel, *legiutorul nostru supune în mod explicit formele de publicitate „necesare spre a conferi validitate sau opozabilitate contractului prin care se constituie, se modifică, se transmit ori se sting drepturi asupra bunurilor corporale” legii locului unde acestea se află sau sunt situate* (art. 87 din Legea nr. 105/1992).

⁵⁵ În ipoteza în care bunul aflat în curs de transport a fost depozitat într-un antrepozit sau pus sub sechestrul în temeiul unor măsuri asigurătorii sau ca urmare a unei vânzări silite, regimul acestuia va fi stabilit, pe întreaga perioadă a depozitului sau a sechestrului, de „legea locului unde a fost reasezat temporar” (art. 53, lit. b). În privința bunurilor personale aparținând pasagerilor, se va aplica legea națională a pasagerului (art. 53, lit. c).

⁵⁶ Pavilionul navei (sau aeronavei) exprimă naționalitatea acesteia, adică apartenența sa la un anumit stat și, implicit, la un anumit sistem de drept. Așa cum s-a arătat în literatura noastră de specialitate, naționalitatea exprimă „particularitatea unei nave de a aparține unui anumit stat, al cărui pavilion îl poartă, de a cărui protecție se bucură și sub jurisdicția căruia se află. Naționalitatea se acordă de stat în conformitate cu legile naționale și este dovedită cu ajutorul certificatului de naționalitate” (A. Cristea, *Drept maritim*, ALL BECK, București, 2001, p. 25). Potrivit art. 23 din Ordonanța Guvernului nr. 42 din 28 august 1997 (publ. în M. Of. nr. 221 din 29 august 1997), „Navele au naționalitatea statului al cărui pavilion sunt autorizate să-l poarte.” Dreptul de arborare a pavilionului român (cât și suspendarea sau retragerea acestui drept) se stabilește de Guvernul României prin

Legea aplicabilă mijloacelor de transport, după distincția de mai sus, va governa constituirea, transmiterea și stingerea drepturilor reale asupra acestora.⁵⁷ Totodată, această lege se va aplica în privința bunurilor aflate în mod durabil la bord, formând dotarea tehnică a vehiculului, cât și în privința „creanțelor care au ca obiect cheltuielile efectuate pentru asistența tehnică, întreținerea, repararea sau renovarea mijlocului de transport“ (art. 56 din aceeași lege).

Ministerul Transporturilor (art. 24 din Ordonanța menționată). Navele care arborează pavilionul român au naționalitate română și nu pot naviga sub pavilionul altui stat (art. 25, al. 1 din Ordonanță). Cu privire la naționalitatea navelor, a se mai vedea R. Munteanu în *Dicționar juridic de comerț exterior*, coord. B. Ștefănescu și O. Căpățînă, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1986, p. 247). În principiu, navele navighează sub pavilionul unui singur stat, fiind supuse jurisdicției exclusive a acestuia în marea liberă, în afara cazurilor excepționale prevăzute în mod expres de tratatele și convențiile internaționale. Nu este permisă nici o schimbare de pavilion în cursul unei călătorii sau unei escale, cu excepția cazului de transfer al proprietății sau de schimbare a înmatriculării (art. 6, al. 1 din *Convenția internațională privind marea liberă*, adoptată în anul 1958 la Geneva, ratificată de România prin Decretul nr. 253/1961, publ. în B. Of. nr. 25/1961). Nava care navighează sub pavilioanele a două sau mai multe state, de care se folosește la alegerea sa, nu se va putea prevala, față de orice stat terț, de nici una din aceste naționalități, putând fi asimilată unei nave fără naționalitate (art. 6, al. 2 din aceeași convenție). Fiecare stat are dreptul de a stabili condițiile potrivit cărora el acordă navelor naționalitatea sa, precum și condițiile de înmatriculare și dreptul de a purta pavilionul său. Totuși, va trebui „să existe o legătură substanțială între Stat și Navă; Statul trebuie mai ales să-și exercite în mod efectiv jurisdicția și controlul în domeniile tehnic, administrativ și social, asupra navelor care poartă pavilionul său (art. 5, al. 1 din Convenție). Iată deci de ce drepturile reale asupra navelor nu pot fi supuse legii *rei sitae*, ci legii statului căruia aparțin navele și al cărui pavilion îl arborează, această din urmă lege fiind preferabilă din toate punctele de vedere. Cu privire la pavilioanele de complezență v. G. Caraiani, *Navele sub pavilioane de complezență*, Ed. Lumina Lex, București, 1996. * „Nava are, ca și persoanele vii, un nume, care o desemnează. Ea este de o anumită clasă socială, deoarece facem distincție între navele de plăcere și cele destinate comerțului sau apărării țării. Ea are un domiciliu: este portul de înmatriculare unde sunt păstrate actele care o privesc. Ea are o naționalitate: se spune despre o navă că este franceză sau străină. Se pledează în justiție împotriva ei sau pledează ea însăși, deoarece în cauzele maritime căpitanul o reprezintă. În sfârșit, aproape se poate spune că ea moare; când este prea veche sau când este declarată nenavigabilă, dispăre ca bun juridic“ (Rene Rodiere, *Droit maritime*, Dalloz, 1979, p. 29, cit. de A. Cristea în *op. cit.*, p. 24). În privința aeronavelor, a se vedea capitolul III (intitulat „Naționalitatea aeronavelor“) din *Convenția privind aviația civilă internațională*, semnată la Chicago la 7 decembrie 1944. România a aderat la această Convenție prin Decretul nr. 194/1965 (publ. în B. Of. nr. 14 din 22.03.1965; textul Convenției a fost publicat în B. Of. nr. 15 din 29.04.1965). Aeronavele au naționalitatea statului în care sunt înmatriculate (art. 17 al Convenției), acestea neputând fi valabil înmatriculate în mai multe state (art. 18). Înmatricularea sau transferul înmatriculării aeronavelor în orice Stat contractant se va face potrivit legilor și regulamentelor acestui stat (art. 19). De asemenea, orice aeronavă folosită în navigația aeriană internațională este obligată să poarte semnele de naționalitate proprii (art. 20 din Convenție). Art. 19, al. 1 din *Codul aerian* stabilește că *prin înmatricularea în Registrul unic de înmatriculare a aeronavelor civile, aeronava respectivă dobândește naționalitatea română*. Transmiterea dreptului de proprietate, constituirea ipotecilor sau a altor drepturi reale având ca obiect o aeronavă civilă „sunt reglementate de legislația națională și se înscriu în Registrul unic de înmatriculare a aeronavelor civile“ (art. 22, al. 1 din *Codul aerian*). Această înscriere nu este constitutivă de drepturi, ci are ca efect numai opozabilitatea față de terți a dreptului înscris (art. 22, al.2).

⁵⁷ Potrivit art. 139 din Legea nr. 105/1992, legea pavilionului navei sau legea statului de înmatriculare a aeronavei va governa regimul faptelor și actelor intervenite la bord, dacă, potrivit naturii lor, acestea sunt supuse legii locului unde au survenit. Această dispoziție trebuie corelată cu cea cuprinsă în art. 16 din *Codul aerian*. Art. 16 din *Codul aerian* conține o normă conflictuală unilaterală. Potrivit acestui articol, „Faptele și actele juridice petrecute la bordul aeronavelor civile înmatriculate în România, precum și statutul juridic al încărcăturii aflate la bordul acestora, în timpul unui zbor internațional, dincolo de granițele României, sunt reglementate de legislația română, dacă prin acordurile și convențiile internaționale la care România este parte contractantă nu s-a stabilit altfel.“

Titlurile de valoare sunt reglementate în art. 57-59 din Legea nr. 105/1992. În privința legii care urmează să se aplice titlurilor de valoare trebuie să distingem, mai întâi, între emisiunea titlurilor și transmisiunea dreptului de proprietate asupra lor, mai precis condițiile și efectele transmiterii unui titlu de valoare. Apoi, sub acest din urmă aspect – transmiterea titlurilor – trebuie să facem diferențieri în funcție de natura titlului (nominativ, la ordin sau la purtător). Potrivit art. 57 al Legii nr. 105/1992, emiterea acțiunilor și a obligațiunilor nominative, la ordin sau la purtător este supusă legii aplicabile statutului organic al persoanei juridice emitente (*lex societatis*). Această regulă este firească, deoarece emiterea titlurilor de valoare nu se poate face decât respectând regulile consacrate în acest scop în actele constitutive ale persoanei juridice emitente, ținând de statutul organic al acesteia. Pe de altă parte, deși între societatea emitentă a acțiunilor sau a obligațiunilor și achizitorul acestor titluri se naște un raport juridic contractual, legea care urmează a-l câmui nu este cea aleasă prin consens de către părțile contractante (*lex voluntatis*) – cum se întâmplă, ca regulă, în materie contractuală (art. 73 din Legea nr. 105/1992) –, ci legea care guvernează statutul organic al societății emitente (*lex societatis*), urmărindu-se asigurarea unui regim unitar pentru toate emisiunile de asemenea titluri, indiferent de locul emisiunii, mai precis de statul pe al cărui teritoriu are loc emisiunea.⁵⁸ În privința condițiilor și a efectelor transmiterii titlurilor de valoare, trebuie să distingem în funcție de natura titlului. Astfel, transmisiunea acțiunilor și a obligațiunilor nominative va fi guvernată de *lex societatis*, adică de legea aplicabilă statutului organic al persoanei juridice emitente, în vreme ce transmisiunea titlurilor la ordin va fi supusă legii locului de plată (*lex loci solutionis*), iar transmisiunea titlurilor la purtător va fi cârmuită de legea locului unde acestea se află în momentul transmiterii (*lex rei sitae*), în raporturile dintre posesorii succesivi, precum și dintre aceștia și terțele persoane (art. 58 lit. a-c).⁵⁹ Legea aplicabilă transmiterii acțiunilor și obligațiunilor, astfel determinată, va governa

Totodată, legea pavilionului navei (legea statului de înmatriculare a aeronavei) va mai câmui, potrivit art. 140 din Legea nr. 105/1992: a) puterile, competențele și obligațiile comandantului navei sau aeronavei; b) contractul de angajare a personalului aerian, dacă părțile nu au ales o altă lege; c) răspunderea armatorului navei sau a întreprinderii de transport aerian pentru faptele și actele comandantului și echipajului; d) drepturile reale și de garanție asupra navei sau aeronavei, precum și formele de publicitate privitoare la actele prin care se constituie, se transmit și se sting asemenea drepturi.

⁵⁸ Cel puțin în privința acțiunilor – care reprezintă titluri de participare la capitalul social al emitentului, conferind calitatea de asociat (acționar) subscriitorului – opțiunea făcută de art. 57 al Legii nr. 105/1992 pentru *lex societatis* este în concordanță cu dispoziția art. 42 lit. b) din aceeași lege, potrivit căreia legea statutului organic al persoanei juridice (*lex societatis*) cârmuiește, printre altele, „modul de dobândire și de pierdere a calității de asociat“. Or cumpărarea acțiunilor exprimă, pe lângă interesul pentru plasamentul avantajos al unor sume de bani, și intenția de a dobândi calitatea de asociat (acționar) în societatea emitentă, cu toate drepturile și îndatoririle ce decurg din această calitate. Așa cum s-a arătat în literatura noastră de specialitate, „norma conflictuală privind statutul organic al persoanei juridice este, de principiu, imperativă, iar legea nu a făcut o excepție în această materie“ (D. - A. Sitaru, *op. cit.*, p. 415). Opțiunea legiuitorului nostru pentru *lex societatis* ca lege care să guverneze emisiunea valorilor mobiliare „denotă adoptarea, de către legiuitorul român, a soluției moniste, în această materie, în sensul că toate emisiunile de valori mobiliare, indiferent de țara unde au loc, sunt concentrate sub incidența aceleiași legi. Nu este adoptată, așadar, soluția pluralistă, la care s-ar fi ajuns dacă Legea nr. 105/1992 ar fi desemnat ca aplicabilă legea locului emisiunii valorii mobiliare, adică legea locului fiecărei subscrierii în parte“ (*Ibidem*).

⁵⁹ În cazul în care transmisiunea titlurilor se face pe o piață organizată sau de către un intermediar profesionist, de exemplu o societate de valori mobiliare sau o bursă de valori, se va aplica legea bursei sau, generalizând, legea statului pe al cărui teritoriu s-a perfectat contractul având ca obiect transmisiunea titlurilor. Astfel, potrivit art. 90 al Legii nr. 105/1992, „Vânzarea prin licitație, prin burse sau târguri este supusă legii statului unde are loc încheierea pe această cale a contractului, afară numai dacă legea statului respectiv admite ca părțile să aleagă prin acord legea aplicabilă și ele au procedat explicit la o asemenea alegere.“ A se mai vedea și art. 95 din Legea nr. 105/1992.

condițiile de validitate și efectele transmisiunii acestor titluri de valoare, dar și restricțiile legate de transmiterea lor.⁶⁰

O categorie distinctă de titluri de valoare o reprezintă titlurile care exprimă drepturi asupra mărfurilor – titlurile reprezentative ale mărfurilor (conosamentul, recipisa de depozit, warrantul). Art. 59 al Legii nr. 105/1992 precizează că legea indicată în mod expres în cuprinsul titlului „stabilește dacă acesta întrunește condițiile spre a fi un titlu reprezentativ al mărfii pe care o specifică.” Prin urmare, condițiile care se cer pentru ca un titlu să poată fi considerat ca fiind reprezentativ al mărfii sunt cele cerute de legea menționată în cuprinsul titlului, adică de legea aleasă de emitentul titlului (*lex voluntatis*). Desigur, această lege trebuie să rezulte în mod explicit din cuprinsul titlului respectiv, ca o consecință a caracterului literal al titlurilor de valoare. În ipoteza în care titlul nu conține mențiuni privind legea aplicabilă, natura titlului se va determina în conformitate cu legea statului pe al cărui teritoriu își are sediul întreprinderea emitentă (*lex societatis*).

Prin derogare de la regula aplicării legii locului situării bunului (*lex rei sitae*) – regulă care cârmuiește, cu titlu general, regimul bunurilor mobile și imobile –, al. 2 al art. 59 din Legea nr. 105/1992 consacră o excepție⁶¹, stabilind că drepturile reale asupra bunurilor care fac obiectul unor titluri reprezentative, specificate în cuprinsul acestora, vor fi guvernate de aceeași lege care se aplică și titlurilor respective în calitatea lor de bunuri mobile. Prin urmare, legea aleasă de către emitentul titlului și menționată în cuprinsul acestuia (sau, în lipsă, legea statului în care își are sediul întreprinderea emitentă) va fi cea care va cârmui drepturile reale referitoare atât la titlu, cât și la bunurile (mărfurile) specificate în cuprinsul său, cu condiția însă ca titlul să aibă un caracter reprezentativ al bunurilor (mărfurilor) la care se referă.⁶²

⁶⁰ În acest sens, a se vedea D.- A. Sitaru în *op. cit.*, p. 418.

⁶¹ Dealtfel, art. 49 din Legea nr. 105/1992 prevede că posesia, dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale asupra bunurilor sunt cârmuite de legea locului unde acestea se află sau sunt situate, „afară numai dacă prin dispoziții speciale se prevede altfel.” Or, o asemenea dispoziție este tocmai cea pe care o analizăm, prevăzută de art. 59, al. 2 al Legii nr. 105/1992.

⁶² Legat de emiterea și transmiterea titlurilor reprezentative ale mărfurilor, în literatura noastră de specialitate s-a apreciat că pentru aceste aspecte sunt aplicabile, prin analogie, dispozițiile art. 57 și 58 ale Legii nr. 105/1992 (D.- A. Sitaru în *op. cit.*, p. 420). Nu credem că este soluția corectă, deoarece art. 57 se referă exclusiv la emiterea „de acțiuni nominative, la ordin sau la purtător, precum și de obligațiuni”, iar art. 58 este destinat condițiilor și efectelor „transmiterii unui titlu de valoare dintre cele arătate de art. 57”, astfel că orice analogie nu poate fi decât exclusă. Pe de altă parte, dacă legea arătată expres în cuprinsul unui titlu reprezentativ „cârmuiește drepturile reale referitoare la marfa pe care o specifică” (art. 59, al. 2), deci inclusiv transmiterea drepturilor reale referitoare la marfa specificată în titlu, atunci nu poate fi decât nefiresc ca cesiunea drepturilor legate de titlu să fie supusă unei legi diferite, în funcție de natura titlului. Legiuitorul a urmărit ca regimul bunurilor (mărfurilor) care fac obiectul unui titlu reprezentativ să fie supus aceleași legi ca și titlul însuși, privit în calitatea sa de bun mobil, adică legii prevăzute expres în cuprinsul titlului (*lex voluntatis*) sau, în lipsă, legii statului pe al cărui teritoriu își are sediul întreprinderea emitentă (art. 59, al. 1 din Legea nr. 105/1992). Mai adăugăm că, din formularea legiuitorului, folosită la redactarea al. 2 al art. 59, rezultă fără echivoc faptul că „legea care i se aplică” titlului reprezentativ al mărfii, în calitatea sa de bun mobil, este cea stabilită „potrivit alineatului precedent”, adică legea aleasă de către emitentul titlului și arătată expres în cuprinsul acestuia sau, în absența unei precizări în acest sens, legea statului în care își are sediul întreprinderea emitentă. Dealtfel, regimul juridic al bunurilor ce constituie obiect al titlurilor nu poate fi disociat, nici chiar din punct de vedere al determinării legii aplicabile, de cel al titlurilor care le reprezintă. Nu putea fi în intenția legiuitorului de a stabili, fie și chiar implicit, ca legea care guvernează transmiterea titlurilor reprezentative ale mărfurilor să difere de cea care cârmuiește drepturile reale referitoare la marfa pe care o specifică și care coincide, dealtfel, cu cea care se aplică condițiilor cerute unui titlu de valoare spre a fi reprezentativ al mărfii. Dacă ar fi dorit acest lucru, credem că legiuitorul nu ar fi ezitat să prevadă în mod expres legea căreia îi va fi supusă transmisiunea titlurilor reprezentative ale mărfurilor, trimițând la dispozițiile art. 58, așa cum a procedat în cazul altor titluri de valoare (acțiuni și obligațiuni) unde, în funcție de natura titlului, legea care se aplică emiterii poate să difere de cea care cârmuiește condițiile și efectele transmiterii.

Drepturile de creanță sunt, în principiu, sustrate domeniului de aplicare al legii locului situării bunului (*lex rei sitae*). Deși Legea nr. 105/1992 nu conține dispoziții care să privească explicit drepturile de creanță, se consideră că ele sunt guvernate de legea care se aplică actului sau faptului juridic din care izvorăsc.⁶³

Drepturile asupra operelor de creație intelectuală cunosc o reglementare specială, fiindu-le dedicată secțiunea a V-a din capitolul V al Legii nr. 105/1992 (art. 60-63), secțiune intitulată „Bunurile necorporale”. În privința drepturilor de autor, legiuitorul face distincție, în privința determinării legii aplicabile, după cum opera de creație intelectuală a fost sau nu adusă la cunoștința publicului. În primul caz, se va aplica legea statului „unde aceasta a fost pentru întâia oară adusă la cunoștința publicului prin publicare, reprezentare, expunere, difuzare sau în alt mod adecvat” (art. 60, al. 1). În cazul operelor de creație intelectuală neaduse la cunoștința publică („nedivulgate”) se va aplica legea națională a autorului (art. 60, al. 2).⁶⁴ Legea astfel determinată – în funcție de aducerea sau nu la cunoștința publică a conținutului operei de creație intelectuală – va cărmui nașterea, conținutul și stingerea dreptului de autor.

⁶³ Cesiunea de creanță, fiind un contract, este cărmuită de legea aleasă de către părțile contractante (creditorul cedent și creditorul cesionar), prin clauza de *electio juris* inserată în cuprinsul contractului. Dacă părțile nu au optat în favoarea unei anumite legi, se va aplica legea creanței cedate. Oricum, alegerea de către creditor, prin contractul de cesiune, a altei legi – decât cea care se aplică creanței ce face obiectul cesiunii (creanței cedate) – „nu este opozabilă debitorului cedat decât cu consimțământul său” (art. 120, al. 1 din Legea nr. 105/1992). Alineatul 2 al art. 120 stabilește că „Obligațiile dintre cedent și cesionar sunt supuse legii care se aplică raportului juridic pe care s-a bazat cesiunea.”

⁶⁴ Legea națională a autorului operei este legea statului a cărui cetățenie o are persoana în cauză (art. 12, al. 1 din Legea nr. 105/1992). În caz de dublă sau multiplă cetățenie, va trebui să distingem după cum autorul operei are sau nu cetățenia română (a forului). În caz afirmativ, se va aplica legea română, deoarece, potrivit art. 12, al. 2, „Legea națională a cetățeanului român care, potrivit legii străine, este considerat că are o altă cetățenie, este legea română.” În ipoteza în care nici una dintre cetățeniile autorului operei nu este cea română, nașterea, conținutul și stingerea drepturilor de autor vor fi cărmuite de legea statului unde autorul operei nedivulgate își are domiciliul sau, în lipsă, legea reședinței (art. 12, al. 3). Aceeași lege se va aplica și în situația în care autorul operei nedivulgate este apatrid (*heimatlos*) – art. 12, al. 4. Ce se va întâmpla însă atunci când două sau mai multe persoane, *de cetățenii diferite*, colaborează la realizarea unei anumite opere, pe care o finalizează, dar care nu a fost încă adusă la cunoștința publică? Ce lege se va aplica în acest caz – în raporturile dintre coautori în cazul unui litigiu având ca obiect, spre exemplu, stabilirea țării și a modalității de aducere la cunoștința publică a operei sau împărțirea între autori a remunerației aferente? Avem în vedere, mai ales, situația în care aporturile autorilor având cetățenii diferite nu pot fi individualizate cu exactitate și departajate, ele conjugându-se și îngemănându-se într-o operă unică și indivizibilă, nesusceptibilă de valorificare parțială sau separată. De exemplu, doi sau mai mulți sculptori din țări diferite se asociază conjugându-și eforturile pentru realizarea în comun a unei anumite sculpturi. Odată finalizat, obiectul de artă sculptat devine indivizibil, nesusceptibil de valorificare fracționată; de aceea, drepturile asupra operei de artă realizată în comun nu vor putea fi cărmuite, simultan și concurrent, de două sau mai multe legi aparținând unor state diferite, corespunzătoare apartenenței naționale a autorilor operei. Considerăm că, într-o asemenea situație, neputându-se aplica norma conflictuală din art. 60, al. 2 al Legii nr. 105/1992, raportul juridic va trebui localizat după alte criterii. Astfel, dacă înțelegerea făcută de către doi sau mai mulți artiști, supuși unor legi naționale diferite, s-a materializat prin încheierea unui contract, considerăm că regimul operei realizată în comun va fi cărmuit de legea aleasă de către artiștii contractanți prin *clauza de electio juris* stipulată în cuprinsul contractului, aplicându-se dispozițiile art. 73 și urm. din Legea nr. 105/1992. Dacă părțile nu au prevăzut nimic în privința legii aplicabile, considerăm că întinderea drepturilor și a obligațiilor asumate reciproc, dar și regimul operei de creație rezultată, vor fi cărmuite – în lipsă de prestație caracteristică – de legea locului încheierii contractului (art. 79 al Legii nr. 105/1992). *De lege ferenda* legiuitorul ar putea opta, în ipoteza examinată, în favoarea legii statului pe al cărui teritoriu a fost realizată opera, considerând că, în circumstanțele date, raportul juridic prezintă legături mai strânse cu legea locului în care a fost executată opera și în care se afla fizic la data finalizării ei (*lex rei sitae*).

Drepturile de proprietate industrială sunt supuse, în privința nașterii, a conținutului și a stingerii, „legii statului unde s-a efectuat depozitul ori înregistrarea sau unde s-a depus cererea de depozit sau de înregistrare“ (art. 61).

Bunurile aparținând unui stat străin, situate în țara noastră, și invers, bunurile aparținând statului român situate în străinătate sunt exceptate de la aplicarea principiului *lex rei sitae*. Această excepție se întemeiază pe principiul imunității statului și bunurilor sale, cunoscut fiind că *par in parem non habet imperium*. În consecință, regimul juridic al bunurilor aparținând unui stat străin va fi dictat de legislația acestuia. Altfel spus, se va aplica întotdeauna legea statului căruia îi aparțin bunurile, fără a avea vreo importanță locul unde aceste bunuri se află.⁶⁵

Bunurile aparținând patrimoniului cultural al unei țări, scoase de pe teritoriul acesteia în mod ilicit. Aceste bunuri, din rațiuni evidente, cunosc un regim juridic aparte, menit să protejeze patrimoniul cultural al țărilor de origine, prin împiedicarea operațiunilor ilicite de export și transfer de proprietate cu privire la acestea. În acest scop, Conferința generală a Organizației Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură a adoptat, la 14 noiembrie 1970, la Paris, **Convenția asupra măsurilor ce urmează a fi luate pentru interzicerea și împiedicarea operațiunilor ilicite de import, export și transfer de proprietate al bunurilor culturale.**⁶⁶ Convenția statuează obligația statelor de a lua „toate măsurile necesare, conforme legislației lor naționale, pentru a împiedica achiziționarea, de către muzee sau alte instituții similare aflate pe teritoriul lor, a bunurilor culturale care provin dintr-un alt stat parte la prezenta convenție, bunuri care ar fi putut fi exportate ilicit“ după intrarea în vigoare a Convenției (art. 7, lit. a). De asemenea, convenția stabilește obligația statelor părți de a lua măsuri adecvate pentru a sechestra și a restitui, la cererea statului de origine, orice bun cultural furat și importat, cu condiția ca statul reclamant să verse o sumă de bani cu titlu de despăgubire pentru persoana care a achiziționat cu bună-credință bunul respectiv sau care este proprietar de drept al acestui bun (art. 7, al. 2).⁶⁷ Rezultă, deci, fără echivoc, că regimul juridic al bunurilor ce aparțin patrimoniului național cultural al fiecărui stat parte la convenție este stabilit de legea statului respectiv (*legea statului de origine*), iar nu de legea statului pe al cărui teritoriu se găsesc aceste bunuri în urma exportului, a importului sau a transferului ilicit de proprietate (*lex rei sitae*).

O altă convenție având ca scop protejarea patrimoniului cultural al statelor este **Convenția UNIDROIT privind bunurile culturale furate sau exportate ilegal**, adoptată la Roma la 24 iunie 1995.⁶⁸ Potrivit art. 1, Convenția se aplică cererilor cu caracter internațional pentru: a) restituirea bunurilor culturale furate; b) înapoierea bunurilor culturale scoase de pe teritoriul unui stat contractant cu încălcarea legislației sale care reglementează exportul bunurilor

⁶⁵ De asemenea, bunurile aparținând unui stat străin nu vor putea fi indisponibilizate, neputând face obiectul unor măsuri de executare silită pe bază de hotărâri judecătorești, nu vor putea fi rechiziționate, expropriate sau sechestrate, indiferent de titlu sau teme. De aceeași imunitate se bucură și bunurile aparținând anumitor organizații internaționale, regimul lor juridic fiind stabilit prin convenții internaționale.

⁶⁶ România a aderat la această convenție prin Legea nr. 79 din 11 noiembrie 1993 (publ. în M. Of. nr. 268 din 19 noiembrie 1993).

⁶⁷ Articolul nr. 13 al Convenției statuează obligația statelor părți de a lua măsuri, în cadrul legislației lor, de natură: a) să împiedice transferurile de proprietate ale bunurilor culturale, care tind să favorizeze importul sau exportul ilicit al acestor bunuri; b) să faciliteze restituirea celui în drept, în cel mai scurt timp, a bunurilor culturale exportate ilicit; c) să admită acțiunea în revendicare a bunurilor culturale pierdute sau furate, introdusă de proprietarul legitim sau în numele acestuia; d) să recunoască dreptul imprescriptibil al fiecărui stat de a clasa și a declara inalienabile unele bunuri culturale care, prin aceasta, nu pot fi exportate, și să faciliteze recuperarea, de către statul interesat, a unor astfel de bunuri, în cazul în care acestea au fost deja exportate.

⁶⁸ Convenția a fost ratificată de țara noastră prin Legea nr. 149 din 24 iulie 1997 (publicată în M. Of. nr. 176 din 30 iulie 1997).

culturale, în scopul protejării patrimoniului său cultural. Convenția consacră principiul potrivit căruia *posesorul unui bun cultural furat trebuie să-l restituie* (art. 3, al. 1).⁶⁹ Obligația de restituire există indiferent de buna sau de reaua credință a posesorului. Totuși, posesorul de bună-credință este protejat, acesta având dreptul la plata, în momentul restituirii, a unei compensații echitabile. În acest domeniu este considerat posesor de bună-credință doar cel care nu a cunoscut sau nu a putut afla, în mod rezonabil, că bunul era furat, *putând dovedi că a acționat cu diligența cuvenită la achiziționarea lui* (art. 4, al. 1). Calificarea caracterului ilicit al scoaterii unui bun cultural de pe teritoriul unei țări se face – astfel cum rezultă din formularea art. 3, al. 2 al Convenției – potrivit legislației statului de pe al cărui teritoriu a fost scos bunul.

În concluzie, bunurile aparținând patrimoniului cultural al statelor au un regim juridic aparte, croit după interesele statului în a cărui patrimoniu cultural se integrează, regim care urmărește aceste bunuri indiferent de locul unde au fost aduse temporar sau unde se află. Legislația statului de origine va fi cea care va cârmui aceste bunuri, atât în ceea ce privește îndeplinirea prerogativelor pe care titularii drepturilor reale le au asupra lor, cât și în ceea ce privește regimul circulației acestora.

§ 4. *Lex rei sitae* versus *lex patriae* (*lex domicilii*).

Am văzut până acum că *lex rei sitae* guvernează, cu titlu general și cu putere de principiu, regimul juridic al bunurilor. Întrebarea care se pune – și la care vom încerca să răspundem în continuare – este în ce măsură legea locului situării bunului are teme și justificare logică de aplicare în cazul universalităților de bunuri (mobile și/sau imobile) având ca izvor moștenirea.

Bunurile care alcătuiesc masa succesorală vor fi cârmuite de o lege unică (*lex patriae* sau, eventual, *lex domicilii*), lege care stabilește regulile devoluțiunii, transmisiei și împărțelii succesoriale, sau, dimpotrivă, regimul acestor bunuri se va diferenția în funcție de natura lor (mobile sau imobile) și locul unde sunt situate? Are legea locului situării bunului (*lex rei sitae*) înțepătirea de a cârmui fiecare dintre bunurile ce compun masa succesorală, sacrificând astfel caracterul unitar al devoluțiunii și transmisiei succesoriale? Sau, dimpotrivă, ar fi de preferat ca universalitățile de bunuri succesoriale să fie supuse unei legi unice, care păstrează caracterul unitar patrimoniului succesoral supus transmisiei, indiferent de natura sau locul situării bunurilor? Altfel spus, funcția de *lex succesionis* ar trebui să fie îndeplinită de către o singură lege – în concordanță cu caracterul universal al transmisiei succesoriale⁷⁰ – sau, din contră, de mai multe legi care ar urma să se aplice simultan și concurrent, fragmentând astfel transmisiunea? În măsura în care succesiunea (pentru cauză

⁶⁹ Cererea de restituire trebuie să fie făcută în termen de trei ani de la data la care solicitantul a cunoscut locul unde se află bunul cultural și identitatea posesorului, dar, indiferent de situație, în termen de 50 de ani de la data furtului (art. 3, al. 3).

⁷⁰ Cu privire la acest caracter, v. M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 51; *idem*, *Curs de succesiuni*, Ed. Humanitas, București, 1997, p. 27 și urm. (tipărit după versiunea litografiată a cursului, din 1949); Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Actami, București, 1999, p. 14-17; D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 6-7; E. Safta-Romano, *Dreptul de moștenire. Doctrină și jurisprudență, vol. I*, Ed. Graphix, Iași, 1995, p. 29-30; St. D. Cărpenu, *Drept civil. Drepturile de creație intelectuală. Succesiunile*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1971, p. 162; D. Macovei, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 7-8; R. Petrescu, *Dreptul succesoral. Moștenirea. Devoluția și împărțea. Curs*, Ed. Fundației „România de Mâine”, București, 1995, p. 14; J. Manoliu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1995, p. 8-11; M. Popa, *Drept civil. Succesiuni*, Oscar Print, 1995, p. 10-11.

de moarte) ar fi cârmuită de o lege unică, care ar fi legea cea mai potrivită a se aplica – legea națională a defunctului, legea ultimului său domiciliu sau legea statului pe al cărui teritoriu *de cuius* și-a stabilit reședința sa obișnuită („*habitual residence*“)? În măsura în care opțiunea se îndreaptă, totuși, în favoarea aplicării mai multor legi care să guverneze moștenirea, care sunt rațiunile ce ar putea determina pe legiuitor să procedeze în acest sens, ale cui interese se urmărește a se proteja și cât de puternice sunt aceste interese pentru a înfrânge ordinea firească a lucrurilor prin sacrificarea unui principiu pe cât de logic pe atât de natural și de firesc? Opțiunea s-ar mai putea îndrepta și spre o soluție intermediară, în care universalitatea bunurilor succesoriale mobile ar urma a fi cârmuită de o lege unică (***lex patriae*** sau ***lex domicilii***), în vreme ce universalitatea bunurilor succesoriale imobile ar urma să rămână fragmentată, aplicându-se atâtea legi naționale câte imobile situate pe teritoriile unor state diferite există (***lex rei sitae***); și într-o astfel de ipoteză, privind în ansamblu, transmisiunea succesorală nu va mai fi unitară, ci fragmentată, bunurilor mobile din masa succesorală aplicându-li-se ***lex patriae*** sau ***lex domicilii***, iar bunurilor imobile ***lex rei sitae***. Care este poziția legiuitorului nostru și cum stau lucrurile în dreptul internațional privat comparat? Care sunt ultimele evoluții în plan internațional în acest domeniu?

§ 5. Legea aplicabilă moștenirii în dreptul internațional privat român. Sedes materiae. Principiu.

Legea nr. 105/1992 dedică conflictelor de legi în materia moștenirii capitolul VI, cuprinzând trei articole: 66-68.

Derogând de la caracterul unitar al devoluțiunii și al transmisiunii succesoriale, art. 66 stabilește că moștenirea este cârmuită:

- în privința bunurilor mobile, oriunde acestea s-ar afla, de legea națională pe care *de cuius* o avea la data morții;
- în privința bunurilor imobile și a fondului de comerț, de legea statului pe al cărui teritoriu este situat fiecare din aceste bunuri.

În consecință, patrimoniul succesoral va fi, din punct de vedere al legii aplicabile, fracționat, în funcție de natura bunurilor care îl compun, astfel:

masa bunurilor mobile care, la data deschiderii succesiunii, aparțineau defunctului. Devoluțiunea și transmisiunea acestor bunuri, indiferent de locul situării lor în momentul morții lui *de cuius*, vor fi guvernate de o lege unică, această lege fiind legea națională a defunctului (*mobilia sequuntur personam; ossibus personae inhaerent*). Iar cum, potrivit art. 12, al. 1 din Legea nr. 105/1992, legea națională a persoanei fizice „este legea statului a cărui cetățenie o are persoana în cauză”, rezultă *mutatis-mutandis* că succesiunea averii mobiliare va fi supusă legii statului a cărui cetățenie o avea autorul succesiunii (***lex patriae***). Dacă defunctul avea, pe lângă cetățenia română, și una sau mai multe cetățenii străine, legea aplicabilă moștenirii (mobiliare) va fi tot legea română (art. 12, al. 2 din aceeași lege). În ipoteza în care *de cuius* avea mai multe cetățenii – toate străine –, se va aplica „legea statului unde își are domiciliul”⁷¹ sau, în lipsă, legea reședinței” (art. 12, al. 3). Aceeași lege

⁷¹ Cum se va proceda, bunăoară, în ipoteza în care defunctul, posedând mai multe cetățenii străine, are înscris în fiecare din actele sale de identitate, eliberate de statele a cărui cetățenie o posedă, un domiciliu diferit? Credem că, într-o asemenea situație, autoritățile statului investite cu dezbateră succesiunii vor trebui să procedeze, în prealabil, la calificarea domiciliului defunctului. Fiind, deci, în prezența unei operațiuni de calificare, aceasta se va face urmând regulile statornicite în acest scop de legea forului (*lex fori*). Astfel, dacă legea forului este legea română, stabilirea statului pe al cărui teritoriu a avut ultimul domiciliu *de cuius*, în scopul determinării legii competente a se aplica averii mobiliare din masa succesorală, se va face potrivit regulilor consacrate în acest domeniu de legea română, făcându-se, deci, abstracție de cele consemnate în actele de identitate ale

– a ultimului domiciliu (*lex domicilii*) sau, în lipsă, legea reședinței⁷² – se va aplica și în situația în care defunctul nu avea, la data morții, nici o cetățenie, fiind apatrid (*heimatlos*);⁷³

defunctului eliberate de autoritățile străine. Prin urmare, este posibil ca ultimul domiciliu al lui *de cuius* să fie stabilit ca fiind în România sau chiar pe teritoriul unui stat terț (a cărui cetățenie acesta nu o avea), în măsura în care locuința sa statornică sau principală se afla aici (art. 13 din Decretul nr. 31/1954, resp. art. 25, al. 1 din Legea nr. 105/1992). Calificarea domiciliului se va face de *lex fori* (în exemplul dat, de legea română), urmând regula în materie de calificare, consacrată în art. 3 al Legii nr. 105/1992. Se poate observa că nu are nici o relevanță faptul că ultimul domiciliu al autorului succesiunii care posedă mai multe cetățenii străine se afla pe teritoriul unuia dintre aceste state sau, dimpotrivă, pe teritoriul unui stat terț. Legiuitorul nostru a optat pentru aplicarea legii ultimului domiciliu (*lex domicilii*) numai datorită imposibilității localizării persoanei străinului (și, implicit, a succesiunii mobiliare lăsată de acesta) potrivit criteriului apartenenței naționale prin cetățenie (*lex patriae*). În concluzie, atât domiciliul, cât și reședința reprezintă criterii subsidiare, „ultimative”, de localizare a persoanei fizice în privința statutului personal și succesiunii mobiliare, respectiv criteriile utilizate numai „în caz de egalitate”, adică de dublă sau multiplă cetățenie străină, datorită imposibilității folosirii criteriului apartenenței naționale prin cetățenie sau, mai precis, datorită neimplicării în căutarea unui criteriu de preferință între legile străine concurente. În schimb, în dreptul internațional privat elvețian localizarea persoanelor ce posedă mai multe cetățenii – indiferent dacă una dintre cetățenii este cea elvețiană – se face prin raportare la una dintre cetățenii, mai precis la cea a statului cu care persoana în cauză prezintă cele mai strânse legături. Astfel, art. 23, al. (2) al Legii federale elvețiene cu privire la dreptul internațional privat (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht – IPRG*), din 18 decembrie 1987, statuează că, în lipsa unor dispoziții contrare, dacă o persoană are mai multe cetățenii, *din punct de vedere al stabilirii legii aplicabile*, determinantă va fi cetățenia celui stat cu care persoana în cauză prezintă cele mai strânse legături. În original, art. 23 (2): „*Besitzt eine Person mehrere Staatsangehörigkeiten, so ist, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, für die Bestimmung des anwendbaren Rechts die Angehörigkeit zu dem Staat massgebend, mit dem die Person am engsten verbunden ist.*” A se mai vedea, în acest sens, Pierre A. Karrer, Karl W. Arnold, Paolo Michele Patocchi, *Switzerland's Private International Law*, second edition, 1994, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer / Netherlands – distribution of Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, p. 50; Dr. Wolfgang Riering, *IPR-Gesetze in Europa*, Verlag Stämpfli + CIE AG Bern, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 215. Ne grăbim însă să precizăm că în dreptul internațional privat elvețian cetățenia autorului succesiunii nu prezintă nici un rol în determinarea legii successorale competente. Succesiunea, indiferent de natura bunurilor din masa succesorală și de locul unde acestea se află la data deschiderii succesiunii, este supusă legii elvețiene dacă defunctul avea, la data morții, ultimul domiciliu în Confederația Elvețiană – art. 90, (1) din legea menționată – sau, în caz contrar, legii stabilite ca fiind competente de normele conflictuale ale statului pe teritoriul căruia autorul succesiunii își avea ultimul său domiciliu – art. 91, (1).

⁷² O întrebare care vine aproape de la sine este de ce a stabilit legiuitorul nostru ca punct de legătură subsidiar domiciliului – în materia statutului persoanei fizice ce posedă două sau mai multe cetățenii străine (sau a celei apatride) și a moștenirii mobiliare lăstate de aceasta – reședința, de vreme ce se cunoaște că unul dintre caracterele juridice ale domiciliului, ca atribut de identificare a persoanei fizice, este *obligativitatea*, nefiind de imaginat persoană fără domiciliu? Reamintim formularea legiuitorului nostru din art. 12, al. 3 și 4 al Legii nr. 105/1992, unde se stabilește că legea națională a străinului ce posedă mai multe cetățenii (străine) și a persoanei apatride este, *în lipsă de domiciliu*, legea reședinței. Credem că soluția legiuitorului este, de această dată, înțeleaptă. Adevărul este că, spre deosebire de dreptul civil, în practica dreptului internațional privat lucrurile se dovedesc a fi mai complicate, nu de puține ori domiciliul unei persoane fiind necunoscut sau greu de stabilit. De aceea, legiuitorul a fost nevoit să apeleze la un factor de localizare subsidiar domiciliului – care, la rândul său, este subsidiar cetățeniei – la reședința persoanei. Prin urmare, ori de câte ori nu se va putea dovedi existența unui domiciliu, localizarea se va face apelând la punctul de legătură subsidiar domiciliului, la reședința persoanei. Unele legislații vorbesc despre reședința obișnuită a persoanei fizice („*gewöhnliche Aufenthalt*”, „*habitual residence*”, „*residence habituelle*”), considerată a fi mai relevantă pentru localizarea acesteia în materia statutului personal, datorită persistenței șederii într-un anumit loc, chiar dacă lipsește intenția neechivocă de stabilire permanentă. O astfel de opțiune ar putea fi explicată și prin faptul că domiciliul comportă accepțiuni diferite de la un sistem legislativ la altul, recunoașterea domiciliului într-un anumit loc fiind, uneori, condiționată de îndeplinirea anumitor formalități administrative prealabile. Reședința obișnuită – „*rattachement qui tend à se répandre*” (B. Audit, *op. cit.*, p. 118) – pare să câștige tot mai mult teren în ultimul timp, ea se vrând a fi, pur și simplu, un factor de localizare a persoanei desprins de orice conotație de

bunurile imobile⁷⁴, privitye ut singuli, care, la data deschiderii succesiunii, aparțineau defunctului. Devoluțiunea și transmisiunea succesorală a acestor bunuri va fi cârmuită de

apartenență la un anumit stat sau sistem de drept, spre deosebire de cetățenie sau chiar de domiciliu. Incontestabil, însă, ea este mai apropiată, din punct de vedere conceptual, de domiciliu decât de cetățenie, fără a exprima însă un compromis – imposibil de altfel – între cele două puncte de legătură. Se deosebește, totuși, de domiciliu prin faptul că în cazul reședinței nu se cere intenția persoanei de menținere a șederii în acel loc, continuitatea nefiind un atribut esențial pentru stabilirea reședinței. „*La résidence* – spune profesorul francez Bernard Audit (în *op. cit.*, p. 131) – *désigne un établissement objectif dans un pays donné. Bien que l'habitude soit impliquée dans la notion même de résidence, l'adjectif qui lui est accolé est destiné à marquer qu'il ne doit pas s'agir d'une demeure éphémère ou épisodique, même si la résidence n'est pas nécessairement continue; une durée minimum est parfois fixée. L'intention pourrait être prise en considération pour déterminer s'il y a résidence ou quel en est le caractère (principale, secondaire). Des faits de nature personnelle, familiale ou professionnelle peuvent également intervenir, dans la mesure où ils révèlent des liens stables entre une personne et un établissement*” (subl. ns., D. A. P.). În al doilea rând, fiind o stare de fapt, reședința obișnuită nu este susceptibilă de determinare indirectă, cum se întâmplă, bunăoară, în cazul domiciliului legal (numit și domiciliu de dependență). Nu în ultimul rând, spre deosebire de domiciliu, reședința (obișnuită) este în afara oricărei forme de intervenție a autorităților publice, pentru stabilirea ei necerându-se îndeplinirea vreunor formalități. În doctrina franceză s-a apreciat că în caz de disociere între ceea ce este invocat cu titlu de domiciliu legal al celui interesat și reședința sa obișnuită, cea de a doua este cea care trebuie, în principiu, să prevaleze (*Ibidem*). Reședința obișnuită este, așadar, folosind cuvintele aceluiași Bernard Audit, un punct de legătură pur funcțional, „*désignant la loi du milieu actuel de l'intéressé*” (*Ibidem*). Ea apare ca fiind un adevărat domiciliu *ad hoc* al persoanei, un „domiciliu simplificat”, servind la localizarea acesteia în spațiu în scopul stabilirii legii aplicabile statutului său personal. De altfel, Convenția de la Haga privind reglarea conflictelor între legea națională și legea domiciliului, adoptată la 15 iunie 1955 – dar care nu a intrat în vigoare până în prezent –, definește în art. 5 *domiciliul* ca fiind „*locul unde o persoană își are reședința în mod obișnuit, fără ca aceasta să depindă de cea a unei alte persoane sau de sediul unei autorități*” (s.n.). Pentru detalii, v. D. A. Popescu, în D. A. Popescu, M. Harosa, *op. cit.*, p. 153 și urm.

⁷³ v. art. 12, al. 4 din Legea nr. 105/1992.

⁷⁴ Legiuitorul asimilează bunurilor imobile din masa succesorală, din punct de vedere al stabilirii legii aplicabile, fondul de comerț, cu toate că, privit din perspectiva naturii sale juridice, acesta din urmă este considerat a fi „o masă impersonală de bunuri mobiliare” (V. Pățulea, C. Turianu, *Elemente de drept comercial*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1993, p. 114), un „bun mobilier incorporabil” (I. L. Georgescu, *Drept comercial român*, Ed. Socec & Co., S.A.R., București, 1947, p.252, 517 și urm.). Subscriem opiniei potrivit căreia imobilele nu fac parte din fondul de comerț; în acest sens, v. O. Căpățînă, „*Caracteristici generale ale societăților comerciale*”, în „Dreptul” nr. 9-12/1990, p. 23-24, autorul calificând fondul de comerț „o universalitate de natură mobilieră”; V. Pățulea, C. Turianu, *op. cit.*, p. 115; *idem*, *Instituții de drept economic și comercial. Practică juridicțională*, Ed. Continent XXI & Universul, București, 1994, p. 222; în sens contrar, I. L. Georgescu, *op. cit.*, p. 517 și jurisprudența acolo citată, St. D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, ALL, București, 1998, p. 109, M. N. Costin, *Dicționar de drept internațional al afacerilor*, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 109, Cas. S.U. dec. nr. 183/1939 – publ. în *Practica judiciară în materie comercială*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, p. 228). Așadar, cu toate că fondul de comerț are o natură mobilieră, fiind o universalitate de fapt (*universitas facti*), el nu este asimilat – din punct de vedere al determinării legii aplicabile – bunurilor mobile, ci imobilelor. Art. 66: „Moștenirea este supusă: [...] *b) în ce privește bunurile imobile și fondul de comerț*, legii locului unde fiecare din aceste bunuri este situat” (s.n.). Ne întrebăm dacă nu ar fi fost firesc ca legiuitorul să supună fondul de comerț ce face parte din masa succesorală aceleiași legi care se aplică în privința bunurilor mobile din masa succesorală, respectând astfel natura de universalitate mobilieră a fondului de comerț. Cel puțin din punct de vedere logic așa ar fi trebuit să stea lucrurile, fondul de comerț integrându-se în masa succesorală mobilieră, cârmuită de legea națională a autorului succesiunii. Faptul că legiuitorul supune transmisiunea succesorală a fondului de comerț ce aparține defunctului legii statului pe al cărui teritoriu acesta se găsea la data decesului (*lex rei sitae*) – folosind, deci, același criteriu de localizare ca și în privința imobilelor din moștenire – nu poate fi considerat decât bizar și criticabil. „Explicația” acestei similitudini nefericite din optica legiuitorului trebuie căutată, în opinia noastră, în disputa doctrinară creată în legătură cu apartenența imobilelor la fondul de comerț. Cum lucrurile nu sunt – nici până în prezent – tranșate din acest punct de vedere, doctrina și jurisprudența rămânând în continuare împărțite, pentru a elimina orice posibilitate ca transmisiunea succesorală

legea statului pe al cărui teritoriu este situat fiecare dintre imobile, adică de *lex rei sitae*. În consecință, bunurile imobile vor fi privite separat, în funcție de localizarea lor, iar nu ca făcând parte dintr-un întreg – masa succesorală ce constituie obiect al devoluțiunii și transmisiunii succesore. Deși imobilele din masa succesorală fac parte în mod natural dintr-o universalitate juridică, ale cărei reguli ar trebui, în mod logic, să se aplice indiferent și independent de natura elementelor ce o compun, totuși, se pare că legiuitorul nostru a preferat să abdice de la ordinea firească a lucrurilor, sacrificând astfel unitatea succesiunii ori de câte ori ea conține bunuri imobile situate pe teritorii naționale diferite sau când imobilele se află pe teritoriul altui stat decât cel a cărui lege națională o avea *de cujus* în momentul morții.

„Descompunerea“ masei succesore în funcție de natura elementelor patrimoniale active ce o compun este, în opinia noastră, o soluție criticabilă, care nu ține seama nici de caracterul universal și unitar al transmisiunii succesore și, cu siguranță, nici de caracterul indivizibil al acestei transmisiuni. În plus, o asemenea „soluție“ nu face decât să îngreuneze considerabil lichidarea pasivului succesoral, care nu totdeauna va putea fi localizat prin raportare la natura elementelor active, mai precis atunci când pasivul nu are nici o legătură cu vreunul din bunurile din masa succesorală. Așa cum s-a arătat în doctrina noastră interbelică, „încercările jurisprudenței de a diviza pasivul succesiunii în datorii succesore imobiliare și datorii succesore mobiliare sunt paleative de speță.”⁷⁵ Legea nr. 105/1992 nu face nici o referire la legea aplicabilă pasivului moștenirii. Care va fi această lege și cum se va determina ea ? Lichidarea pasivului succesoral se va face având ca reper dispozițiile unei singure legi sau, și în această privință, urmează a se aplica mai multe legi? Desigur, toate aceste întrebări legate de legea aplicabilă pasivului succesoral nu s-ar fi pus în ipoteza în care legiuitorul nostru ar fi optat – asemenea altor legislații – pentru o unică lege care să reglementeze succesiunea, indiferent de structura masei succesore și de natura elementelor active și pasive ce o compun. S-ar fi evitat astfel aplicarea simultană a mai multor regimuri legale, care impun, adeseori, criterii inegale de asumare a pasivului succesoral. Pe de altă parte, divizarea succesiunii, în privința legii aplicabile acesteia, în funcție de natura elementelor active care o alcătuiesc, dă naștere, nu de puține ori, la consecințe vădit inechitabile între moștenitori, știut fiind faptul că nu toate țările cunosc instituția rezervei succesore, că nu în toate sistemele întinderea ei este identică și că sfera persoanelor ce sunt incluse în categoria rezervatarilor nu este, nici ea, peste tot aceeași. Astfel, spre exemplu, dacă un defunct care posedă un imobil în Franța și unul în Anglia, de aceeași valoare, le lasă moștenire celor doi copii ai săi, *al doilea copil* (care a fost gratificat cu imobilul din Anglia) va putea cere din imobilul francez partea sa de rezervă, în timp ce *primul* (care a fost gratificat cu imobilul situat în Franța) nu va putea revendica nimic din imobilul englez, deoarece acest sistem nu cunoaște rezerva succesorală, permițând (cu mici excepții) exheredarea totală a rudelor de sânge, indiferent de grad.⁷⁶ Deși, în acest caz, intenția autorului succesiunii a fost aceea de a-și gratifica în mod egal copiii, lăsând fiecăruia un bun imobil egal din punct

a vreunui imobil – făcând parte din fondul de comerț – să fie supusă altei legi decât legii statului pe teritoriul căruia se găsește situat, legiuitorul nostru a găsit această „soluție”, asimilând ceea ce nu era de asimilat. Desigur, ipoteza avută în vedere este cea în care fondul de comerț aparținea defunctului ca persoană fizică, iar nu societății în care acesta avea calitatea de asociat, deoarece, în această din urmă ipoteză, în masa succesorală vor intra titlurile de participare la capitalul social ce aparțineau defunctului (părți de interes, părți sociale sau acțiuni – în funcție de specificul formei societare), iar nu fondul de comerț.

⁷⁵ V. Hillard, *Principii de drept internațional privat în legislația pozitivă română (naționalitate – extraneitate; conflictul legilor; conflicte interprovinciale – exequatur)*, Tipog. „Curierul Judiciar” S. A., București, 1932, p. 216.

⁷⁶ Edificatoare, în acest sens, este speța *Stewart contra Marteau* – publ. în *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (par B. Ancel et Y. Lequette), 3e édition, Dalloz, 1998, p. 19-25.

de vedere valoric cu cel transmis celuilalt, se ajunge, în final, datorită „multiplicității“ legilor succesoriale aplicabile succesiunilor internaționale, la o soluție profund inechitabilă. Acest lucru se datorează „jocului rezervei succesoriale“, faptului că aceasta – atunci când este cunoscută în toate țările cu care raportul succesoral prezintă legături – se calculează în mod distinct pentru fiecare masă de bunuri supusă unei legi diferite.⁷⁷ Iată cum rezerva, instituită pentru a menține o anumită egalitate succesorală, creează, contrar finalității ei, inegalitate. Apoi, disjungerea patrimoniului supus transmisiunii prin moștenire poate genera reale dificultăți creditorilor succesiunii, care vor fi acum nevoiți să-și urmărească creanțele participând la proceduri succesoriale multiple și costisitoare, să înfrunte concepții legislative diferite cu privire la lichidarea pasivului succesoral, urmând să se îndrepte, uneori, împotriva unor moștenitori diferiți – în funcție de vocația succesorală recunoscută persoanelor de fiecare sistem succesoral cu care moștenirea în cauză prezintă legături – între care apar deseori dispute legate de repartizarea pasivului moștenirii.

§ 6. Doctrina și jurisprudența română până la apariția Legii nr. 105/1992.

Pentru a înțelege mai bine poziția actuală a legiuitorului nostru în această materie, ne propunem să examinăm, fie și chiar succint, doctrina și jurisprudența anterioare apariției actualei legi de drept internațional privat.

Precum se știe, până la apariția Legii nr. 105/1992 – intrată în vigoare la 1 decembrie 1992 – legislația din țara noastră se caracteriza printr-un număr extrem de restrâns de norme de drept internațional privat. Fără îndoială, art. 2 (în prezent abrogat) din Codul nostru

⁷⁷ În acest sens, pentru dreptul internațional privat francez, Cour de cassation, chambre civile (Civ. 1 re), 4 déc. 1990 în Journal du droit international /presc. JDI/ (Clunet) 91.398 n. Revillard, Revue critique de droit international privé (presc. RC) 92.76, n. Droz. Divizarea masei succesoriale, din punctul de vedere al legii competente a o cârmui, se explică prin încercarea jurisprudenței franceze de a elimina, pe cât posibil, încercarea de fraudă în această materie. Astfel, în doctrina franceză s-a apreciat că nu-i poate fi îngăduit testatorului să alegă, pe baza principiului autonomiei de voință, legea aplicabilă moștenirii – libertate permisă în materie contractuală pentru a elibera comerțul internațional de piedicile ce ar putea fi prevăzute de legile interne ale statelor. În schimb, dreptul succesoral reflectă anumite concepții sociale în materie de familie și de proprietate care se manifestă sub forma unor norme imperative și care nu sunt, în general, compatibile cu posibilitatea de alegere a legii aplicabile. Pe de altă parte, se apreciază că libertatea de alegere a legii aplicabile succesiunii ar deschide posibilitatea sustragerii de la normele care consacră rezerva succesorală în folosul rudelor apropiate și a soțului supraviețuitor, ceea ce nu poate fi admis. Mergând pe aceeași linie de gândire s-a argumentat că trebuie să ne temem cu atât mai mult de riscul de fraudă, inerent oricărei *professio juris*, în măsura în care aceasta s-ar produce prin intermediul unui act unilateral, în folosul unei terțe persoane, decât în materie contractuală, unde acest risc este limitat de antagonismul de interese care opune în mod normal părțile (*B. Audit, op. cit.*, nr. 866, p. 722). De aceea, acest factor (alegerea legii aplicabile) – apreciază aceeași doctrină – este străin naturii testamentelor. Dreptul francez nu admite această posibilitate, subordonând succesiunea testamentară legii aplicabile succesiunii *ab intestat* (*Ibidem*; v. și Cour de cassation, chambre civile, 19 iunie 1939 – Labedan contra văduvei Lavedan –, publ. în *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (par B. Ancel et Y. Lequette), 3e édition, Dalloz, 1998, p. 138-144). În consecință, defunctul nu-și va putea reglementa succesiunea decât în limitele permise de legea obiectiv aplicabilă, rezerva succesorală fiind la nevoie restabilă. Subordonarea succesiunii testamentare celei *ab intestat*, în dreptul francez, exprimă preocuparea doctrinei și a jurisprudenței din această țară pentru respectarea regulilor referitoare la rezervă. Este motivul pentru care clauza de *electio juris* nu este permisă în materie succesorală, fiind considerată „un factor străin naturii testamentelor“ (*B. Audit*, p.722) care permite sustragerea de la respectarea acestor reguli. Din același motiv, chiar și validitatea donațiilor, *privită din punct de vedere al măsurii în care acestea aduc sau nu atingere rezervei*, este supusă legii succesoriale (în acest sens, *B. Audit*, p. 723-724; Cour de cassation, chambre civile, 3 martie 1971 în Revue critique de droit international privé /presc. RC/ 38.283 n. Batiffol, cit. și de *B. Audit* în *op. cit.*, p. 724 nota nr. 1 de subsol).

civil se detașă prin importanță, el consacrand *in terminis* trei principii fundamentale destinate soluționării conflictelor de legi în spațiu: principiul aplicării legii naționale (*lex patriae*) statutului persoanei fizice (al. 2 al art. 2), principiul aplicării legii locului situării bunurilor (*lex rei sitae*) în privința statutului real (al. 1 al. art. 2) și principiul aplicării legii locului încheierii actului juridic (*locus regit actus*) în ce privește forma acestuia (al. 3 al art. 2). Nici în Codul civil și nici în vreun alt act normativ nu puteau fi identificate norme pentru soluționarea conflictelor de legi în materie succesorală. Astfel că, în absența unei norme conflictuale explicite, doctrina și jurisprudența au fost nevoite să contureze reperele care să conducă la localizarea succesiunilor internaționale, recurgând în acest scop la analogii, argumente de natură istorică și de drept comparat, la raționamente care să conducă la dezvăluirea voinței „presupuse“ a legiuitorului în această materie, încercând, deci, să ofere o soluție *de lege lata* care să devină unanim recunoscută și acceptată.

S-a pornit de la redactarea art. 2 al. 1 din Codul civil, care statuează: „Numai imobilele aflătoare pe teritoriul României sunt supuse legilor române, chiar atunci când ele se posedă de străini.“ De aici s-a concluzionat că succesiunile imobiliare sau devoluțiunea și transmisiunea succesorală a bunurilor imobile din masa succesorală urmează a fi cârmuite de legea locului situării lor (*lex rei sitae*), deoarece legiuitorul nu distinge în privința imobilelor după cum acestea sunt privite *ut singuli* sau ca părți componente ale unei universalități juridice (moștenirea), astfel că *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Dealtfel, al. 1 al art. 2 nu era decât o copie aproape fidelă a al. 2 al art. 3 din Codul civil francez, care prevede și astăzi: „*Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.*“

Vom continua – în partea a doua a acestui studiu – analiza doctrinei și a jurisprudenței conturate în materia succesiunilor internaționale în țara noastră până la apariția actualei legi de drept internațional privat. Vom prezenta în detaliu principalele orientări și controverse în această materie. Vom analiza – critic – dispozițiile Legii nr. 105/1992, insistând asupra domeniului de aplicare al *lex successionis*.

Nu vor lipsi doctrina, jurisprudența și legislația străină în domeniu, considerând că doar un studiu comparat va fi în măsură să dezvăluie cititorului importanța și complexitatea problematicii pe care ne-am propus să o analizăm, apropierea sau diferențierile existente între sistemele naționale analizate, dar și distanța între logică sau acuratețea anumitor principii, pe de o parte, și ezitățile și orgoliile naționale încă prezente, pe de altă parte.

Vom prezenta principalele documente internaționale adoptate în acest domeniu, încheind cu aspectele legate de regimul testamentelor internaționale, impactul ordinii publice de drept internațional privat în privința anumitor acte încheiate *mortis causa*.



CONSIDERAȚII PRIVIND EXTRĂDAREA, ÎN LUMINA LEGII NR. 296/2001

Lect.univ.dr. Florin STRETEANU

Résumé: Quelques réflexions concernant la nouvelle loi roumaine sur l'extradition (Loi n. 296/2001). L'objet de cette étude c'est d'examiner les modifications apportées par la loi 296/2001 quant aux conditions de l'extradition. Sont ainsi analysées les conditions quant à la personne, les conditions concernant l'infraction et les conditions liées à la procédure. Le législateur a repris la disposition constitutionnelle selon laquelle l'extradition est accordée unquement par les autorités judiciaires ainsi que la disposition interdisant l'extradition des nationaux. Parmi les nouvelles dispositions on peut aussi remarquer celle qui permet l'extradition des personnes qui ont commis l'infractions sur le territoire roumain, lorsque les poursuites, l'administration des preuves ou le jugement peuvent se dérouler mieux dans le pays requérant.

En même temps, l'auteur analyse les limites imposées par la sauvegarde des droits fondamentaux de l'homme en matière d'extradition, notamment lorsqu'il s'agit du droit à la vie, de l'interdiction de la torture, du droit à un proces équitable et du droit au respect de la vie privée.

Enfin, la dernière partie este réservée à l'analyse des nouvelles réglementations européennes en la matière, notamment la Convention d'extradition de de 1996 et la Décision-cadre du Conseil de l'U.E. concernant le mandat d'arrêt européen (2002).

1. Considerații generale

Extrădarea este un act juridic bilateral prin care un stat, numit *stat solicitat* acceptă să remită unui alt stat, numit *stat solicitant*, o persoană aflată pe teritoriul său, în vederea judecării acesteia ori supunerii ei la executarea unei pedepse în statul solicitant¹. Extrădarea apare ca o formă de asistență judiciară internațională în materie penală, menită să evite sustragerea infractorilor de la judecată ori de la executarea unor pedepse prin părăsirea teritoriului statului unde au comis infracțiunea sau unde au fost condamnați.

Cea mai veche formă de cooperare internațională în materie penală, extrădarea, deși a suferit în ultimele decenii o oarecare restrângere a domeniului de aplicabilitate, o dată cu implementarea unor noi forme de cooperare - recunoașterea hotărârilor penale străine, transmiterea procedurilor represive² sau transferul persoanelor condamnate³ - rămâne și în prezent una dintre cele mai importante modalități de asistență juridică penală internațională⁴.

¹ M. Puech, *Droit pénal général*, Ed. Litec, Paris, 1988, p.155; J. Pradel, *Droit pénal général*, vol.1, Ed. Cujas, Paris, 1997, p.270; C. Bulai, *Manual de drept penal*, Ed. All, București, 1997, p.110; R. Bellido Penadés, *La extradición en derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p.26.

² *Transmiterea procedurilor penale* constituie o măsură alternativă la extrădare, utilizabilă atunci când statul căruia i-ar reveni în mod normal competența de a de a urmări sau judeca o anumită infracțiune nu dorește sau nu poate solicita extrădarea și cere altui stat să urmărească infracțiunea. Condiția de bază este aceea ca autorul infracțiunii să fie un cetățean al statului solicitant ori să se aple pe teritoriul acestui stat. Între statele membre ale Consiliului Europei această procedură este reglementată prin dispozițiile Convenției privind transmiterea procedurilor penale, încheiată în 1972. Transmiterea procedurilor poate înlocui extrădarea atunci când nu sunt îndeplinite unele dintre condițiile acesteia – spre exemplu, infractorul este cetățean al statului solicitant – sau atunci când din alte motive se consideră oportun ca procesul să se desfășoare pe teritoriul statului unde s-a refugiat infractorul (mijloacele de probă pot fi administrate mai ușor etc.).

³ Reglementată de Convenția europeană asupra transferului persoanelor condamnate (1983), această procedură presupune transferul unei persoane definitiv condamnate, de pe teritoriul statului care a pronunțat

Procedura de extrădare presupune întotdeauna participarea a două state:

- *statul solicitant*, care se consideră competent pentru a proceda la judecarea infractorului sau pentru obligarea lui la executarea unei sancțiuni și care solicită remiterea acestuia;
- *statul solicitat*, pe al cărui teritoriu se află persoana a cărei extrădare se cere.

Extrădarea este susceptibilă de mai multe clasificări, în funcție de diverse criterii⁵:

a) prin prisma acțiunii celor două state distingem:

- *extrădare activă* care privește procedura derulată de statul solicitant pe lângă statul solicitat în vederea obținerii remiterii infractorului;
- *extrădare pasivă* care se referă la soluționarea cererii de extrădare și remiterea infractorului de către statul solicitat.

b) în funcție de manifestarea de voință a persoanei extrădate distingem:

- *extrădare voluntară* atunci când persoana a cărei remitere este cerută nu se opune extrădării și acceptă să fie remisă autorităților statului solicitant;
- *extrădare impusă* atunci când remiterea se face în baza unei decizii luate împotriva voinței persoanei extrădate.

c) în funcție de organul competent să decidă asupra cererii de extrădare distingem:

- *extrădare judiciară*, atunci când competența de a decide revine exclusiv puterii judecătorești;
- *extrădare administrativă*, atunci când competența revine unui organ administrativ, de regulă Guvernului;
- *extrădare mixtă* atunci când în luarea deciziei de extrădare intervine atât autoritatea judecătorească, cât și cea executivă.

2. Izvoarele instituției extrădării în dreptul român

În prezent materia extrădării este reglementată în dreptul nostru de Legea nr.296/7 iunie 2001⁶ care a înlocuit vechile dispoziții cuprinse în Legea nr.4/1971. Actuala reglementare este în concordanță cu prevederile constituționale incidente în materie, precum și cu prevederile unor acte normative internaționale ratificate de România (în principal, Convenția europeană privind extrădarea și protocoalele acesteia, Convenția europeană pentru reprimarea terorismului și Convenția europeană a drepturilor omului).

Legea internă este de aplicație subsidiară, dat fiind că, potrivit art.2 alin.1 ea se aplică numai în baza și pentru executarea normelor interesând extrădarea, cuprinse în convențiile internaționale la care România este parte, pe care le completează în situațiile nereglementate. Totuși, în absența unei convenții internaționale Legea 296, reprezintă dreptul comun aplicabil în materie, sub rezerva reciprocității.

Raporturile privind extrădarea între statul român și celelalte state părți la Convenția europeană privind extrădarea sunt guvernate în principal de această convenție care, în momentul ratificării, a abrogat acordurile bilaterale în materie (art.28 din Convenție). Legea

condamnarea pe teritoriul altui stat, în vederea executării sancțiunii aplicate. Inițiativa transferului poate aparține oricăruia dintre cele două state iar transferul este condiționat de caracterul definitiv al hotărârii de condamnare, de durata restului de pedeapsă rămas de executat (minim 6 luni) de dubla incriminare și de acordul celui transferat. Persoana transferată trebuie să fie „resortisant” al statului unde ar urma să fie transferată, dar fiecare stat parte la Convenție poate defini în mod autonom acest termen.

⁴ J. Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español, Parte general, Introducción*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p.219-220.

⁵ A se vedea L. Morillas Cueva, *Curso de derecho penal español, Parte general*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p.129.

⁶ M.Of. nr. 326 din 18 iunie 2001.

internă se aplică în subsidiar, pentru reglementarea aspectelor nereglementate expres de Convenție.

În ceea ce privește sistemul adoptat, în concordanță cu prevederile art.19 alin.3 din Constituție⁷ legea instituie sistemul jurisdicțional de acordare a extrădării, competența în materie revenind instanțelor judecătorești.

3. Condiții de fond pentru acordarea extrădării

Deși art. 1 din Lege prevede obligația statului român de a preda, la cererea de extrădare a unui alt stat, persoanele aflate pe teritoriul său și care sunt urmărite penal sau trimise în judecată pentru o infracțiune ori sunt căutate în vederea executării unei pedepse de către autoritățile judiciare ale statului solicitant, admisibilitatea cererii de extrădare presupune îndeplinirea cumulativă a mai multor condiții. Acestea sunt, pe de o parte, condiții de fond – referitoare la persoana a cărei remitere se cere, la faptă, la acțiunea penală etc.- iar pe de altă parte, condiții de formă – referitoare la aspectele procedurale ale extrădării. În cadrul materialului de față ne vom opri exclusiv asupra condițiilor de fond ale extrădării, analiza aspectelor procedurale necesitând un spațiu cel puțin la fel de amplu.

3.1. Persoanele supuse extrădării

În principiu sunt supuse extrădării persoanele a căror predare este solicitată de un alt stat în care sunt urmărite penal sau sunt trimise în judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni ori sunt căutate în vederea executării unei pedepse penale. Mai mult, potrivit art.1 alin.2 din lege prevederile acesteia se aplică și măsurilor de siguranță. Noțiunea de „măsuri de siguranță” are însă în acest context un sens diferit de sensul comun din dreptul penal, ea desemnând orice măsură privativă de libertate care a fost dispusă pentru completarea sau pentru înlocuirea unei pedepse printr-o hotărâre penală⁸.

Prin excepție, nu pot fi extrădate următoarele categorii de persoane:

a) cetățenii români;

Potrivit art.19 alin.1 din Constituție „cetățeanul român” nu poate fi expulzat sau extrădat din România. În schimb, legea nu mai face nici o referire la apatrizii cu domiciliul în țară, ceea ce înseamnă că ei sunt asimilați cetățenilor străini din acest punct de vedere și pot fi extrădați în aceleași condiții ca și aceștia. Mai mult, potrivit art.6 alin.1b din Convenția europeană privind extrădarea, statele semnatare au posibilitatea de a defini noțiunea de „resortisant” utilizată de convenție. Exercitându-și acest drept, statul român, o dată cu ratificarea Convenției⁹, a formulat următoarea declarație: *prin termenul resortisant, în sensul prezentei convenții, se înțelege cetățeanul român sau persoana care a obținut drept de azil în România*. Este deci limpede că legiuitorul nu a dorit să includă apatrizii domiciliați în România în categoria persoanelor exceptate de la extrădare.

Nu interesează momentul dobândirii cetățeniei, extrădarea va fi refuzată chiar și în situația în care infractorul a devenit cetățean român după comiterea infracțiunii¹⁰.

⁷ Potrivit căruia „Extrădarea se hotărăște de justiție”.

⁸ Spre exemplu, măsura educativă a internării într-un centru de reeducare sau a internării într-un institut medical-educativ din dreptul nostru ar constitui o „măsură de siguranță” în sensul art. 1 alin.2 din Legea 296/2001.

⁹ Realizată prin Legea nr.80/1997, M.Of.nr.89 din 14 mai 1997.

¹⁰ În legislațiile altor state se prevede, prin excepție, posibilitatea acordării extrădării în situația în care făptuitorul a solicitat acordarea cetățeniei în scopul paralizării procedurii de extrădare. Această intenție frauduloasă trebuie dovedită, sarcina probei revenind Ministerului Public. A se vedea R. Bellido Penadés, *op.cit.*, p.102.

Refuzul extrădării naționalilor face în prezent, în plan european, obiectul criticilor unei importante părți a doctrinei, care arată că această clauză este în măsură să confere impunitate unor infractori care se refugiază pe teritoriul statului ai cărui cetățeni sunt, mai ales atunci când acesta nu are competența de a judeca infracțiunile comise în străinătate (spre exemplu Marea Britanie, cu excepția infracțiunilor de omor)¹¹.

b) persoanele cărora li s-a acordat dreptul de azil în România;

Dreptul de azil reprezintă protecția pe care un stat o acordă unei persoane care s-a refugiat pe teritoriul său datorită persecuțiilor la care a fost supusă de către un alt stat. Această protecție se materializează și în refuzul extrădării acestei persoane. Trebuie subliniat însă faptul că refuzul extrădării privește orice cerere de extrădare și nu doar cererea formulată de statul de pe al cărui teritoriu a venit persoana ce beneficiază de azil.

În măsura în care persoana a cărei extrădare se cere a formulat o cerere de acordare a azilului, procedura de extrădare va fi suspendată până la soluționarea acestei cereri.

c) persoanele străine care se bucură în România de imunitate de jurisdicție, în condițiile și în limitele conferite prin convenții sau prin alte înțelegeri internaționale;

Atâta vreme cât persoanele care beneficiază de imunitate de jurisdicție nu pot fi urmărite sau judecate potrivit legii statului unde sunt acreditate, este firesc ca ele să nu poată fi remise unui alt stat în vederea urmăririi sau judecării.

Imunitatea nu poate fi însă opusă statului care a acreditat respectiva persoană și care i-o poate retrage în orice moment. Astfel, un stat poate retrage imunitatea unui diplomat al său acreditat la București pentru ca apoi să solicite extrădarea acestuia. Mai mult, așa cum s-a decis în practica internațională, odată ce statul care a conferit imunitatea a formulat o declarație de renunțare la această imunitate, persoana în cauză poate fi extrădată și la cererea unui stat terț¹².

d) persoanele străine citate din străinătate în vederea audierii ca părți, martori sau experți în fața unei autorități judiciare române solicitante, în limitele imunităților conferite prin convenție internațională.

Calitatea de cetățean român sau de refugiat politic în România se apreciază la data hotărârii asupra extrădării. Dacă această calitate este dobândită după admiterea cererii de extrădare dar înainte de remiterea persoanei se va pronunța o nouă hotărâre în cauză.

Statul român poate refuza sau amâna extrădarea altor persoane decât cele menționate, în măsura în care predarea acestora este susceptibilă să aibă consecințe de o gravitate deosebită, în special din cauza vârstei sau a stării sale de sănătate. Nu este vorba aici de temerea că persoana extrădată ar putea fi supusă de către statul solicitant la tratamente neconforme cu prevederile art. 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului¹³ - caz în care cererea de extrădare ar fi inadmisibilă – ci de situația în care operațiunea de remitere ar fi în măsură să pună în pericol viața sau sănătatea celui extrădat (așa cum se întâmplă, spre exemplu, când este vorba de un bolnav netransportabil). Referiri similare la vârsta persoanei a cărei extrădare se cere există și în alte legislații (Franța, Spania, Olanda, Danemarca etc.) și ele sunt interpretate în doctrină ca vizând deopotrivă persoanele în vârstă și minorii¹⁴. Astfel, în cazul minorilor, se va refuza extrădarea atunci când minorul

¹¹ J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.118.

¹² A se vedea R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Stämpfli Editions, Berne, 1999, p.354. Astfel, Tribunalul Federal elvețian a statuat în cazul Marcos că, din momentul în care autoritățile filipineze au renunțat la orice imunitate acordată fostului șef de stat și familiei acestuia, nimic nu se opune acceptării unei cereri de cooperare internațională în materie penală formulate de autoritățile americane cu privire la infracțiuni comise de clanul Marcos.

¹³ Care interzice tortura și tratamentele inumane ori degradante.

¹⁴ R. Bellido Penadés, *op.cit.*, p.109; J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.117.

are legături stabile cu statul solicitat (reședință, familie etc.) iar transferul său în statul solicitant poate periclita reintegrarea sa socială.

3.2. Condiții cu privire la faptă

a) dubla incriminare

Potrivit art.8 alin.1, extrădarea poate fi admisă numai dacă fapta care face obiectul cererii de extrădare este prevăzută ca infracțiune atât de legea statului solicitant, cât și de legea statului solicitat.

Această condiție nu impune însă ca în cele două legislații fapta să aibă aceeași denumire¹⁵ ori să facă parte din aceeași categorie de infracțiuni¹⁶. Ceea ce interesează deci este ca fapta în materialitatea ei să fie prevăzută de legea penală a ambelor state.

Tot astfel, este posibil ca potrivit legislației statului solicitat acțiunile comise de infractor să întrunească elementele unei infracțiuni complexe, iar potrivit legislației statului solicitant să fie vorba de două infracțiuni distincte. Într-o asemenea situație se va putea acorda extrădarea pentru ambele infracțiuni prevăzute în cererea de extrădare, condiția dublei incriminări fiind îndeplinită¹⁷.

Prin convenție internațională sau prin declarația de reciprocitate statele pot însă aduce precizări suplimentare în această materie, în sensul unei mai stricte condiționări a admisibilității extrădării de identitatea de calificare sau de denumire în cele două legislații.

În cazul așa-numitelor infracțiuni fiscale – infracțiuni în materie de taxe și impozite, vamă și schimb valutar - condiția dublei incriminări este îndeplinită atunci când faptei pentru care se cere extrădarea îi corespunde, potrivit legii statului solicitat, o infracțiune de aceeași natură. Spre exemplu, dacă o persoană se sustrage cu intenție de la plata unui impozit prin declararea unor venituri sau cheltuieli ce nu corespund realității, ea va putea fi extrădată în cazul în care o asemenea fraudă fiscală este sancționată și de legea penală a statului solicitat, chiar dacă încadrarea juridică e diferită în cele două legislații. De asemenea, extrădarea nu poate fi refuzată pentru motivul că legislația statului solicitat nu impune același tip de taxe sau de impozite ori nu cuprinde același tip de reglementare în materie ca legislația statului solicitant (art.11).

Această dispoziție, preluată din Protocolul adițional nr.2 la Convenția europeană privind extrădarea (adoptat în 1978), este menită să consacre asimilarea infracțiunilor fiscale cu infracțiunile de drept comun, după ce în mod tradițional¹⁸ acestea erau considerate în doctrina și practica europeană ca infracțiuni excluse de la extrădare, fie în considerarea pericolului social relativ scăzut care le era atribuit în trecut, fie în considerarea caracterului fluctuant al legislației în materie, ceea ce ridica probleme în raport de condiția dublei incriminări.

b) să nu fie vorba de o infracțiune politică

Extrădarea nu se acordă dacă infracțiunea pentru care este cerută este considerată de statul solicitat ca infracțiune politică sau ca faptă conexasă unei asemenea infracțiuni. Aprecierea caracterului politic al infracțiunii se face de către statul solicitat, indiferent de calificarea

¹⁵ Spre exemplu, infracțiunii de tâlhărie din Codul penal român (art.211) îi corespunde infracțiunea de furt prin violență în Codul penal francez.

¹⁶ Așa de pildă, extrădarea poate fi, în principiu, admisă și pentru o faptă care în legea română este infracțiune iar în legea statului solicitant este calificată drept contravenție, în măsura în care contravențiile fac parte, în acea legislație, din sfera dreptului penal.

¹⁷ R. Bellido Penadés, *op.cit.*, p.60.

¹⁸ Și în prezent unele state europene refuză cooperarea în cazul acestor infracțiuni, chiar dacă doctrina se arată în general favorabilă ratificării Protocolului adițional nr.2 la Convenția Europeană privind extrădarea. A se vedea, pentru situația Elveției, R. Zimmermann, *op.cit.*, p.311-313.

faptei potrivit legii statului solicitant. Cum legislația română nu conține o reglementare generală a infracțiunii politice, instanța sesizată cu cererea de extrădare va aprecia caracterul politic al faptei folosind oricare dintre criteriile stabilite de doctrină (obiectiv, subiectiv, mixt).

Extrădării pentru o infracțiune politică îi este asimilată și extrădarea în scop politic, în acest din urmă caz cererea de extrădare fiind motivată formal de o infracțiune de drept comun. Astfel, potrivit art.9 alin.2, extrădarea nu va fi acordată nici atunci când statul solicitat are motive temeinice de a crede că cererea de extrădare motivată printr-o infracțiune de drept comun a fost prezentată în vederea urmăririi sau pedepsirii unei persoane din considerente de rasă, de religie, de naționalitate sau de opinii politice, ori că situația acestei persoane riscă să fie agravată pentru unul sau altul dintre aceste motive.

Nu constituie infracțiune politică în sensul legii privind extrădarea:

- atentatul la viața unui șef de stat sau a unui membru al familiei sale.

Excepția nu operează în cazul atentatului împotriva unui membru al guvernului, caz în care fapta poate fi considerată ca fiind infracțiune politică. De asemenea, în cazul statelor federale, dispoziția privește doar șeful statului federal, nu și pe șefii formațiunilor componente. În acest sens, liderii landurilor germane nu se încadrează în categoria șefilor de stat¹⁹.

- crimele contra umanității și crimele de război prevăzute în unele acte internaționale²⁰;

În cazul infracțiunilor prevăzute de art.1 și 2 din Convenția europeană pentru reprimarea terorismului(1977)²¹ considerarea lor ca infracțiuni politice este lăsată la aprecierea instanței, ținând cont de împrejurările în care fapta a fost comisă. În măsura în care statul român refuză extrădarea în cazul infracțiunilor prevăzute de această convenție, el supune cauza, fără nici o excepție și fără întârziere nejustificată, autorităților sale competente să exercite acțiunea penală, dacă:

¹⁹ A se vedea Conseil de l'Europe, *Convention européenne d'extradition. Rapport explicatif*.

²⁰ Este vorba despre:

a) crimele împotriva umanității prevăzute de Convenția pentru prevenirea și reprimarea crimei de genocid, adoptată la 9 decembrie 1948 de Adunarea Generală a Națiunilor Unite;

b) infracțiunile prevăzute la art. 50 din Convenția de la Geneva din 1949 pentru îmbunătățirea soartei răniților și bolnavilor din forțele armate în campanie, la art. 51 din Convenția de la Geneva din 1949 pentru îmbunătățirea soartei răniților, bolnavilor și naufragiaților forțelor armate maritime, la art. 130 din Convenția de la Geneva din 1949 cu privire la tratamentul prizonierilor de război și la art. 147 din Convenția de la Geneva din 1949 cu privire la protecția persoanelor civile în timp de război;

c) orice violări similare ale legilor războiului, aplicabile la data intrării în vigoare a Protocolului adițional la Convenția europeană de extrădare, și ale cutumelor războiului existente în acel moment, care nu sunt prevăzute de dispozițiile din convențiile de la Geneva menționate la lit. b).

²¹ Este vorba, în esență, de:

- infracțiunile care intră în sfera de aplicare a Convenției de la Haga din 1970 privind reprimarea capturării ilicite de aeronave ;

- infracțiunile care intră în sfera de aplicare a Convenției de la Montreal din 1971 privind reprimarea actelor ilicite îndreptate împotriva siguranței aviației civile ;

- infracțiunile grave îndreptate împotriva vieții, integrității corporale sau libertății persoanelor ce se bucură de o protecție internațională, inclusiv agenții diplomatici ;

- infracțiunile ce implică răpirea, luarea de ostatici, lipsirea de libertate în mod ilegal ;

- infracțiunile ce implică utilizarea de bombe, grenade, arme de foc automate, scrisori sau colete-capcană în măsura în care această utilizare prezintă pericol pentru persoane ;

- tentativa la aceste infracțiuni sau participarea în calitate de coautor sau complice al unei persoane care încearcă să comită o asemenea infracțiune.

Trebuie subliniat faptul că, deși art. 1 al Convenției prevede că în procedura de extrădare aceste infracțiuni nu pot fi considerate ca infracțiuni politice, art.13-1 permite formularea unor rezerve prin care statele își mențin dreptul de a considera aceste fapte ca fiind infracțiuni politice sau infracțiuni conexe unor infracțiuni politice. Așa fiind, majoritatea statelor au formulat rezerve, ceea ce a lipsit Convenția din 1977 de eficacitatea scontată. A se vedea J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.128.

- infracțiunea a creat un pericol colectiv pentru viața, integritatea corporală sau libertatea persoanelor;

- infracțiunea a adus atingere unor persoane străine de mobilurile care au determinat-o;
- s-au folosit mijloace crude sau perfide pentru comiterea infracțiunii.

În situația în care extrădarea se cere pentru un concurs de infracțiuni, în structura căruia intră infracțiuni de drept comun și infracțiuni politice cererea de extrădare va fi admisă doar în situația în care statul solicitant dă asigurări că infractorul nu va fi judecat pentru infracțiunile politice. Tot astfel, în ipoteza în care pedeapsa ce urmează a se executa a fost pronunțată pentru un asemenea concurs de infracțiuni, extrădarea va putea fi acordată numai în măsura în care instanțele statului solicitant procedează la recalcularea pedepsei rezultante având în vedere doar infracțiunile neexceptate de la extrădare²².

c) să nu fie vorba de o infracțiune militară

Excepția are în vedere doar infracțiunile „pur militare” (dezertarea, călcarea de consemn etc.) astfel că infracțiunile de drept comun comise de militari – spre exemplu un furt comis de un militar – nu intră în această categorie, chiar dacă potrivit legii statului solicitat acestea sunt asimilate infracțiunilor militare (sub aspectul competenței instanțelor, a modului de executare a sancțiunii etc.).

d) fapta comisă să prezinte o anumită gravitate

Dat fiind că extrădarea presupune adeseori o procedură complicată și susceptibilă să aducă atingere unor drepturi și libertăți fundamentale ale persoanei, nu se justifică declanșarea ei în cazul unor infracțiuni minore sau pentru executarea unor pedepse cu o durată foarte scurtă²³. De aceea, legea condiționează admisibilitatea cererii de extrădare de limitele pedepsei aplicabile sau aplicate pentru infracțiunea care face obiectul cererii de extrădare. Astfel:

- atunci când extrădarea este solicitată în vederea urmăririi penale sau judecării, fapta trebuie să fie sancționată, potrivit legii ambelor state, cu pedeapsa închisorii mai mare de 2 ani;

- dacă extrădarea este cerută în vederea executării unei pedepse privative de libertate, aceasta trebuie să fie mai mare de 1 an.

În cazul în care legislația statului solicitant permite suspendarea parțială a executării pedepsei, extrădarea poate fi acordată pentru executarea fracțiunii de pedeapsă rămasă executabilă dacă aceasta este mai mare de un an. Tot astfel, considerăm că, deși legea nu o prevede expres, o soluție similară trebuie aplicată și în caz de grațiere parțială intervenită anterior acordării extrădării. Într-un asemenea caz, fracțiunea de pedeapsă rămasă negrațiată trebuie să fie mai mare de un an.

3.3. Condiții privind acțiunea penală și competența

a) infracțiunea să fie, în principiu, comisă în afara teritoriului statului solicitat

Spre deosebire de reglementarea anterioară, conform Legii nr. 296/2001 comiterea infracțiunii în tot sau în parte pe teritoriul României nu mai constituie un impediment absolut la acordarea extrădării. Deși, în principiu, într-o asemenea situație autoritățile române vor proceda la judecarea infractorului potrivit legii române, este totuși posibilă admiterea cererii de extrădare atunci când urmărirea și judecata pe teritoriul statului solicitant sunt justificate

²² R. Zimmermann, *op.cit.*, p.381-382.

²³ R. Zimmermann, *op.cit.*, p.326.

fie de aflarea adevărului, fie de posibilitatea de a aplica o sancțiune potrivită sau de a asigura reintegrarea socială a persoanei extradabile.

În măsura în care infracțiunea nu a fost comisă nici pe teritoriul statului solicitat și nici pe teritoriul statului solicitant extradarea va fi admisă în măsura în care legislația română permite sancționarea unei fapte similare comise în străinătate. Se vor avea în vedere în acest context principiul personalității și realității legii penale române, precum și ipoteza prevăzută de art.6 alin.2 C. pen.

b) acțiunea penală să fie pusă în mișcare din oficiu

Potrivit art. 17, dacă acțiunea penală este pusă în mișcare, potrivit legislației ambelor țări, la plângerea prealabilă a persoanei vătămate iar aceasta se opune extradării, extradarea nu va fi acordată. În acest caz persoana vătămată este principalul titular al acțiunii penale și deci este firesc ca ea să decidă unde va fi judecat infractorul.

Credem totuși că această prevedere este inutilă, fiind aproape imposibil de imaginat o ipoteză practică de aplicare. Dacă potrivit legii penale a statului solicitant acțiunea penală nu se poate pune în mișcare decât la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, autoritățile acestui stat nu vor putea cere extradarea decât în măsura în care au fost sesizate de partea vătămată. Iar dacă partea vătămată a fost cea care a sesizat autoritățile statului solicitant ce interes ar avea ea să se opună ulterior extradării?

Dacă însă potrivit legislației unuia dintre state acțiunea se pune în mișcare din oficiu extradarea va putea fi acordată indiferent de poziția părții vătămate.

c) cauza penală privind infracțiunea ce face obiectul cererii de extradare să nu se afle pe rolul autorităților române

În măsura în care anterior primirii cererii de extradare autoritățile române au fost sesizate cu privire la infracțiunea ce face obiectul cererii, extradarea poate fi refuzată în măsura în care se apreciază ca fiind necesară continuarea derulării procedurii în România. Într-o asemenea ipoteză statul solicitant va fi înștiințat la finalizarea procesului despre modul în care autoritățile române au soluționat cauza.

În măsura în care autoritățile române decid totuși să dea curs cererii de extradare, urmărirea sau judecata desfășurate de autoritățile noastre vor înceta în momentul acordării extradării²⁴.

Dacă este vorba de o infracțiune continuată sau complexă ale cărei acte s-au comis atât pe teritoriul statului solicitant cât și în România iar cauza aflată pe rolul instanțelor noastre are în vedere doar actele comise în România, considerăm totuși că extradarea nu se va putea acorda²⁵. Aceasta deoarece conform principiului ubicuității infracțiunea în întregul ei este considerată a fi comisă în România iar în final hotărârea pronunțată de instanțele noastre va trebui să aibă în vedere toate actele de executare.

Faptul că o cauză privind aceeași faptă se află pe rolul instanțelor dintr-un stat terț nu justifică un refuz al extradării atâta timp cât instanțele aceluia stat nu au pronunțat o hotărâre definitivă²⁶.

²⁴ J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.139.

²⁵ A se vedea *per a contrario* jurisprudența elvețiană citată de R. Zimmermann, *op.cit.*, p.328. Soluția se impune *mutatis mutandi* și în cazul hotărârii definitive pronunțate de instanțele noastre pentru unele dintre actele materiale ale infracțiunii continuate sau complexe.

²⁶ R. Bellido Penadés, *op.cit.*, p.121.

d) *cauza penală privind infracțiunea ce face obiectul cererii de extrădare să nu fi fost soluționată definitiv de autoritățile române*

Cererea de extrădare va fi respinsă în cazul în care persoana solicitată a fost definitiv judecată pentru aceeași faptă în România, indiferent care a fost soluția pronunțată de instanță (condamnare, achitare, încetarea procesului penal). Dacă procesul s-a finalizat înainte de sesizarea instanței, prin neînceperea urmăririi penale, scoaterea de sub urmărire sau încetarea urmăririi penale, admiterea cererii de extrădare este facultativă pentru instanță.

Dacă respectiva cauză a fost instrumentată de organele judiciare ale unui stat terț, parte la Convenția europeană privind extrădarea, cererea de extrădare va fi respinsă dacă:

- prin hotărârea respectivă s-a pronunțat achitarea acelei persoane;
- pedeapsa privativă de libertate a fost executată integral sau a făcut obiectul unei grațieri ori amnistii, în totalitatea ei sau asupra părții neexecutate;
- judecătorul a constatat vinovăția autorului infracțiunii fără să pronunțe vreo sancțiune.

Extrădarea poate fi totuși acordată, în pofida soluționării definitive a cauzei în statul terț, în măsura în care:

- fapta care a format obiectul judecății a fost săvârșită împotriva unei persoane, unei instituții sau unui bun având caracter public în statul solicitant;
- persoana care a fost subiectul judecății avea ea însăși un caracter public în statul solicitant;
- fapta care a dat loc judecății a fost săvârșită, în totul sau în parte, pe teritoriul statului solicitant.

e) *acțiunea penală ori executarea pedepsei să nu se fi stins ca efect al prescripției, amnistiei sau grațierii*

În ceea ce privește prescripția, potrivit legii aceasta se apreciază atât în raport de legislația statului solicitant, cât și de legislația statului solicitat. Această soluție face obiectul criticilor unei părți a doctrinei europene²⁷ care arată că este nejustificată instituirea unui motiv de refuz al extrădării prin raportare la normele privind prescripția din statul solicitat, mai ales atunci când acest stat nu are nici o legătură cu infracțiunea comisă. Profitând de această reglementare, infractorii pot evita cu ușurință consecințele comiterii infracțiunii alegând ca loc de refugiu teritoriul unui stat a cărui legislație prevede termene de prescripție foarte reduse. De aceea, se propune *de lege ferenda* ca împlinirea prescripției să se analizeze doar prin raportare la legislația statului solicitant.

Împlinirea termenului de prescripție se apreciază în raport de momentul cererii de extrădare astfel că termenul neîmplinit se întrerupe prin depunerea acestei cereri și se suspendă în caz de amânare a extrădării.

Amnistia intervenită în statul solicitat împiedică acordarea extrădării în măsura în care acest stat avea competența de a judeca infracțiunea. Prin urmare, dacă infracțiunea cade sub incidența legii române în baza principiului teritorialității, personalității (în ipoteza apatrizilor cu domiciliul în țară și în măsura în care le este aplicabil) sau realității, iar fapta a fost amnistiată, extrădarea infractorului va fi refuzată.

În ceea ce privește grațierea, potrivit art.23 din Legea nr. 296/2001, actul de grațiere adoptat de statul solicitant face inoperantă cererea de extrădare, chiar dacă celelalte condiții ale extrădării sunt îndeplinite. Acest text este susceptibil de cel puțin două observații. În primul rând, deși nu o arată în mod expres, textul nu poate viza decât grațierea totală. Așa cum am arătat mai sus, în caz de grațiere parțială este posibilă acordarea extrădării în măsura în care partea negrațiată din pedeapsă îndeplinește condițiile prevăzute de lege. Pe

²⁷ J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.141; R. Zimmermann, *op.cit.*, p.337.

de altă parte, utilitatea acestui text poate fi pusă sub semnul îndoielii, căci e greu de imaginat o ipoteză în care statul solicitant, după ce l-a grațiat pe infractor, să ceară extrădarea acestuia²⁸.

3.4. Limite impuse de garantarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului

În afara limitărilor decurgând din necesitatea îndeplinirii condițiilor de fond menționate, dreptul statului de a extrăda este susceptibil și de alte limitări, impuse de necesitatea garantării efective a drepturilor omului recunoscute de legislația națională și de documentele internaționale ratificate de România. Vom evidenția în continuare câteva dintre aceste drepturi fundamentale, cărora o decizie de extrădare ar putea să le aducă atingere.

a) dreptul la viață

Două sunt situațiile în care admiterea unei cereri de extrădare ar putea intra în conflict cu acest drept.

a₁)- ipoteza în care cel extrădat riscă să fie condamnat sau supus la executarea unei pedepse cu moartea.

Dat fiind că, potrivit Constituției României, pedeapsa cu moartea este abolită, autoritățile române nu doar că nu mai pot aplica o asemenea sancțiune, dar nici nu pot da curs unei cereri de extrădare atunci când persoana vizată ar putea fi condamnată la o această pedeapsă. Astfel, potrivit art.13 din lege, dacă fapta pentru care se cere extrădarea este pedepsită cu moartea de către legea statului solicitant, extrădarea nu va putea fi acordată decât cu condiția ca statul respectiv să dea asigurări considerate ca îndestulătoare de către statul român că pedeapsa capitală nu se va executa, urmând să fie comutată.

a₂)- ipoteza în care viața persoanei este pusă în pericol în statul solicitant.

Nu este vorba aici de aplicarea unei pedepse capitale, ci de situația în care viața celui extrădat este pusă în pericol din alte motive odată ajuns pe teritoriul statului solicitant. Așa se întâmplă, spre exemplu, atunci când în statul solicitant există o practică a eliminării fizice a unor deținuți pe motivul apartenenței lor la un grup politic, rasial sau religios. O cerere de extrădare ar putea fi respinsă în acest caz în baza dispoziției din art.9 alin.2 ca fiind o extrădare în vederea urmăririi sau pedepsirii unei persoane din considerente de rasă, de religie, de naționalitate sau de opinii politice.

Chiar dacă nu se poate face dovada scopului ascuns al cererii de extrădare, instanța va trebui să examineze cu atenție datele care confirmă existența practicilor amintite precum și autoritatea pe care statul solicitant o are pentru a înlătura riscurile vizând viața celui extrădat (spre exemplu în ipoteza unui conflict armat intern) dat fiind că admiterea unei asemenea cereri de extrădare poate fi contrară prevederilor art.2 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (CEDO).

b) interzicerea torturii și tratamentelor inumane sau degradante

Atunci când există date care fundamentează temerea că în statul solicitant persoana extrădată va fi supusă unui tratament din categoria celor menționate, cererea de extrădare nu poate fi admisă. O soluție contrară ar contraveni obligației asumate de statul nostru prin ratificarea CEDO, care interzice aceste tratamente prin dispoziția din art.3.

²⁸ A se vedea J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.142. Autorii examinează situația amnistiei dispuse în statul solicitant dar concluzia poate fi transpusă și în planul analizei noastre.

Riscul ca persoana extrădată să fie supusă în statul de destinație la tortură sau tratamente inumane sau degradante poate fi consecința unor împrejurări dintre cele mai diverse²⁹. În primul rând, acest risc poate proveni de la autoritățile statului solicitant. Așa se întâmplă atunci când regimul politic din statul solicitant încurajează torturarea opozanților politici de către poliție sau când în statul solicitant, pe fondul unui conflict civil sau unor tulburări sociale, domnește o situație de insecuritate, datorată în principal acțiunilor forțelor de securitate (dispariții, execuții sumare etc.)³⁰. Nu în ultimul rând, riscul poate decurge din sistemul penal al statului de destinație care prevede pedepse corporale incompatibile cu prevederile art. 3 din Convenție (amputarea unor membre, biciuirea în public, lapidarea etc.). Astfel, s-a decis de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului că o măsură de expulzare³¹ a unei persoane în Iran, unde risca să fie supusă lapidării pentru adulter constituie o violare a art. 3 din Convenție³².

Riscul ca persoana extrădată să sufere tratamente contrare art. 3 din Convenție poate proveni și din partea unor grupuri private ale căror acțiuni scapă autorității statului, așa cum se întâmplă în ipoteza unor grupări paramilitare ce nu sunt controlate de stat ori a unor entități ce acționează în sfera crimei organizate. În aceste cazuri trebuie să fie dovedit nu doar riscul potențial, ci un risc real, astfel că persoana interesată trebuie să probeze nu numai existența unei situații de această natură în statul solicitant, ci și faptul că este vizată în mod nemijlocit de acest risc³³. Această condiție este îndeplinită, spre exemplu, în cazul unui traficant de droguri care, expulzat în Columbia, riscă să fie asasinat de membrii cartelului din care făcuse parte³⁴.

În fine, uneori riscul încălcării prevederilor art.3 din Convenție decurge din împrejurări legate de persoana celui extrădat, fără a se putea reține o implicare a autorităților statului solicitant sau a altor entități acționând pe teritoriul acestuia. Așa se întâmplă în cazul persoanelor aflate în stadiul terminal al unei boli incurabile, când extrădarea într-un stat unde nu există posibilitatea continuării tratamentului ar grăbi decesul celui extrădat. Spre exemplu, s-a decis de către Curte că transferul unul bolnav de SIDA, aflat în faza finală a bolii, în țara sa de origine contravine prevederilor art.3 în măsura în care acolo persoana în cauză s-ar fi văzut privată de orice tratament medical și ar fi fost obligată să-și aștepte sfârșitul într-o situație de izolare și mizerie³⁵.

Noțiunile de tortură și tratamente inumane au, potrivit jurisprudenței Curții, o sferă foarte largă, care nu se limitează la actele de violență fizică. Astfel, s-a decis că practica existentă la acea dată în sistemul penitenciar american potrivit căreia condamnații la moarte erau ținută în așa-numitul „coridor al morții” timp de 8-10 ani sub amenințarea unei execuții iminente constituie un tratament inuman în sensul art.3³⁶. Prin urmare o decizie de extrădare a unei

²⁹ A se vedea F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Ed. PUF, Paris, 2001, p.349 și urm.

³⁰ A se vedea hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului în cauzele *Vilvarajah c. Marii Britanii* din 30.10.1991 și *Chahal c. Marii Britanii* din 15.11.1996, <http://www.echr.coe.int>

³¹ Soluția rămâne aceeași și în cazul unei extrădări.

³² A se vedea hotărârea *Jabari c. Turcia* din 11.07.2000, <http://www.echr.coe.int>

³³ J.F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Ed. L.G.D.J., Paris, 2001, p.82.

³⁴ A se vedea hotărârea Curții în cauza *H.L.R. c. Franței* din 29.04.1997 în <http://www.echr.coe.int>

³⁵ Hotărârea *D.c. Marii Britanii* din 02.05.1997, <http://www.echr.coe.int>. Trebuie remarcat însă faptul că instanța de control european nu a dorit să instituie prin această decizie o interdicție a expulzării sau extrădării unor astfel de persoane, soluția pronunțată fiind una cu caracter de excepție, în considerarea situației cu totul speciale din țara de destinație. Decizia nu trebuie deci interpretată în sensul că extrădarea ar fi interzisă ori de câte ori nivelul dotării instituțiilor medicale din statul solicitant este inferior celui din statul solicitat.

³⁶ A se vedea hotărârea *Soering c. U.K.* din 07.07.1989, <http://www.echr.coe.int>

persoane care riscă să sufere un asemenea tratament constituie o violare a art.3 din Convenție³⁷.

c) dreptul la un proces echitabil

Potrivit art.18 din lege, România nu va acorda extrădarea în cazurile în care persoana reclamată ar fi judecată în statul solicitant de un tribunal care nu asigură garanțiile fundamentale de procedură și de protecție a drepturilor la apărare sau de un tribunal național instituit anume pentru cazul respectiv, ori dacă extrădarea este cerută în vederea executării unei pedepse pronunțate de acel tribunal.

Această dispoziție este în concordanță atât cu prevederile constituționale cât și cu cele ale CEDO privind dreptul la un proces echitabil (art.6). În aprecierea admisibilității cererii de extrădare din acest punct de vedere instanța noastră va lua în considerare atât prevederile legii de procedură din statul solicitant, cât și informațiile privind modul în care aceste dispoziții sunt aplicate. În măsura în care în cursul procesului derulat în statul solicitant inculpatul nu are dreptul de a fi asistat de un apărător ales, nu are acces la dosarul cauzei, nu are dreptul de a solicita administrarea unor probe sau audierea de martori etc. instanța va constata că nu sunt respectate garanțiile elementare ale dreptului la apărare și va respinge cererea de extrădare.

De asemenea, extrădarea nu este admisibilă dacă persoana în cauză ar urma să fie judecată de un tribunal extraordinar.

Verificarea modului în care procedura penală a statului solicitant respectă dreptul la apărare se va face și în situația în care persoana a cărei extrădare se cere a fost judecată în lipsă în statul solicitant. Potrivit art. 19 din lege, în cazul în care se solicită extrădarea unei persoane în vederea executării unei pedepse pronunțate printr-o hotărâre dată în lipsă împotriva sa, statul român poate refuza extrădarea în acest scop, dacă apreciază că procedura de judecată nu a satisfăcut minimul de drepturi la apărare recunoscute oricărei persoane învinuite de o infracțiune.

Totuși, extrădarea se va acorda dacă statul solicitant dă asigurări apreciate ca suficiente pentru a garanta persoanei a cărei extrădare este cerută dreptul la o nouă procedură de judecată care să asigure respectarea dreptului la apărare. Reluarea procedurii este însă un drept al persoanei extrădate, la care aceasta poate renunța. De aceea, în măsura în care aceasta nu înțelege să ceară o nouă judecare a cauzei și recunoaște hotărârea pronunțată în lipsă, statul solicitant poate trece la executarea hotărârii³⁸.

d) dreptul la viață familială

Articolul 8 din CEDO garantează, între altele, dreptul la respectul vieții familiale. Măsura extrădării poate intra în conflict cu acest drept atunci când persoana extrădată se află de mai mult timp pe teritoriul statului solicitat și are deja o familie acolo. Potrivit jurisprudenței Curții, o măsură de expulzare sau de extrădare a unei persoane, poate constitui o ingerință

³⁷ În cazul României nu se poate pune această problemă, dat fiind că extrădarea unei persoane care riscă pedeapsa capitală nu este posibilă.

³⁸ Potrivit art 19 din lege, statul solicitant poate „fie să treacă la o nouă judecată în cauză, în prezența condamnatului, dacă acesta nu se împotrivesc, fie să îl urmărească pe extrădat, în caz contrar”. Este vorba aici de o eroare de traducere a textului original din art.3 al Protocolului adițional nr.2 la Convenția europeană privind extrădarea, conform căruia statul solicitant poate fie să execute hotărârea în cauză dacă persoana condamnată nu se împotrivesc, fie să declanșeze o nouă urmărire în caz contrar. (*cette décision autorise la Partie requérante soit à exécuter le jugement en question si le condamné ne fait pas opposition, soit à poursuivre l'extradé dans le cas contraire*).

în exercițiul dreptului său la viață familială, mai ales în condițiile în care ceilalți membri ai familiei sale nu îl pot însoți în statul unde urmează a fi transferat³⁹.

În această materie însă, nu orice ingerință echivalează cu o violare a art. 8 din CEDO, deoarece, potrivit alin.2, unele ingerințe sunt admisibile, în măsura în care sunt prevăzute de lege, urmăresc un scop legitim și sunt necesare într-o societate democratică pentru atingerea acestuia. Necesitatea măsurii presupune asigurarea unui echilibru între dreptul persoanei în cauză la respectul vieții familiale și dreptul statului de a lua anumite măsuri pentru apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor. Astfel, atunci când infracțiunea comisă este gravă, persoana are numeroase antecedente penale și ea și-a constituit de dată recentă o familie pe teritoriul statului solicitat acordarea extrădării nu constituie o violare a art.8. Dacă însă infracțiunea este de mai mică gravitate, dacă statul solicitat ar putea proceda la judecarea acesteia, iar viața familială a inculpatului se desfășoară de mult timp în statul solicitat, extrădarea nu mai constituie o ingerință necesară iar acordarea ei poate reprezenta o violare a art.8 din Convenție⁴⁰.

4. Efectele respingerii cererii de extrădare

Respingerea cererii de extrădare ca urmare a neîndeplinirii condițiilor prezentate anterior nu are ca efect înlăturarea răspunderii penale a persoanei în cauză. Indiferent care sunt motivele de fond ale soluției de respingere a cererii, autoritățile române vor proceda la urmărirea și judecarea persoanei a cărei extrădare a fost refuzată.

Modul de declanșare a procesului penal diferă însă în funcție de cetățenia sau statul persoanei respective. Astfel, dacă este vorba de un cetățean român ori de un refugiat politic, autoritățile judiciare române vor exercita urmărirea penală și judecata, dacă este cazul, la cererea statului solicitant. În acest scop statul solicitant va transmite gratuit Ministerului Justiției din România dosarele, informațiile și obiectele privind infracțiunea, urmând a fi informat cu privire la soluția pronunțată în cauză.

Dacă s-a refuzat extrădarea unui cetățean străin sau apatrid, învinuit sau condamnat în alt stat pentru infracțiuni grave sau pentru cele incriminate prin convenții internaționale care nu impun un alt mod de represiune⁴¹, exercitarea, dacă este cazul, a acțiunii penale de către organele judiciare române se face din oficiu, fără excepție și fără întârziere.

5. Efectele admiterii cererii de extrădare

Admiterea cererii de extrădare are ca efect remiterea infractorului autorităților statului solicitant în vederea judecării acestuia ori supunerii lui la executarea pedepsei deja aplicate.

Remiterea infractorului nu presupune însă dobândirea de către statul solicitant a unui drept nelimitat de tragere la răspundere a acestuia deoarece acțiunea penală exercitată pe teritoriul acestui este guvernată de *principiul specialității extrădării*.

Potrivit acestui principiu persoana extrădată nu poate fi urmărită, judecată ori deținută în vederea executării unei pedepse, pentru un fapt anterior predării, altul decât cel care a motivat extrădarea. Prin excepție, judecarea sau executarea unei pedepse pentru o altă faptă este posibilă dacă:

³⁹ A se vedea, spre exemplu, hotărârile Curții în cauzele Cruz Varas c. Suediei din 20.03.1991 și Mehemi c. Franței din 26.09.1997, <http://www.echr.coe.int>

⁴⁰ A se vedea *mutatis mutandi* hotărârile Curții în cauzele: Boughanemi c. Franței din 24.04.1996; El Boujaïdi c. Franței din 26.09.1997; Baghli c. Franței din 30.11.1999, <http://www.echr.coe.int>.

⁴¹ Dacă nu este vorba de infracțiuni date în competența unor instanțe penale internaționale (ex. Tribunalul penal pentru fosta Iugoslavie).

- statul român care a predat-o consimte. În acest scop statul solicitant va adresa statului român o cerere privind extinderea extrădării, care va fi însoțită de documentele necesare privind noua infracțiune. Statul solicitat își va putea da consimțământul în măsura în care în raport de fapta respectivă ar fi fost admisibilă o cerere de extrădare;
- având posibilitatea să o facă, persoana extrădată nu a părăsit, în termen de 45 de zile de la liberarea sa definitivă, teritoriul statului căruia i-a fost predată ori dacă s-a înapoiat acolo după ce l-a părăsit. În acest sens trebuie să se constate că persoana a avut nu doar libertatea de a părăsi teritoriul statului solicitant, ci și posibilitatea efectivă de a o face. Prin urmare, dacă pe durata termenului de 45 de zile infractorul a fost bolnav și nu s-a putut deplasa ori nu a avut mijloacele financiare necesare părăsirii teritoriului nu va fi posibilă judecarea lui pentru o altă faptă⁴².

Principiul specialității nu se opune la schimbarea încadrării juridice în cursul procedurii în măsura în care aceasta respectă două condiții:

- fapta în materialitatea ei rămâne cea descrisă în cererea de extrădare;
- elementele constitutive ale infracțiunii recalificate ar îngădui extrădarea.

Astfel, în măsura în care noua calificare a faptei ar include printre elementele constitutive un element de natură politică, o condamnare pentru această infracțiune ar contraveni regulii specialității. Cu toate că textul legii vorbește doar de elementele constitutive ale infracțiunii recalificate, în realitate compatibilitatea extrădării cu noua calificare se va analiza și sub aspectul sancțiunii atrase de aceasta din urmă⁴³. Spre exemplu, atunci când noua încadrare este mai ușoară pedeapsa aplicabilă trebuie să fie mai mare de 2 ani, în caz contrar continuarea judecării nemaifiind posibilă. Dacă schimbarea se face dintr-o încadrare mai ușoară în una mai grea trebuie ca noua încadrare să nu atragă o pedeapsă care ar exclude extrădarea⁴⁴.

Legea nu face însă nici o referire la circumstanțele agravante, astfel că se pune problema dacă acestea pot fi reținute în hotărârea de condamnare în măsura în care nu au fost menționate în cererea de extrădare. Alături de alți autori⁴⁵ considerăm că reținerea circumstanțelor agravante este posibilă, ea analizându-se cel mult ca o schimbare de calificare (în măsura în care este vorba de agravante speciale).

Regula specialității nu se opune însă luării de către statul solicitant a unor așa numite *măsuri conservatorii* în privința altor infracțiuni comise anterior de persoana în cauză și care nu au fost vizate de cererea de extrădare. Potrivit art.51 alin.2 din lege, statul solicitant va putea lua totuși măsurile necesare în vederea, pe de o parte, a unei eventuale trimiteri a persoanei de pe teritoriul său, iar pe de altă parte, a întreruperii prescripției potrivit legislației sale, inclusiv recurgerea la o procedură în lipsă. Principiul specialității autorizează deci expulzarea infractorului de pe teritoriul statului solicitant precum și efectuarea actelor de procedură menite să întrerupă cursul prescripției în cazul altor infracțiuni decât cea care a determinat extrădarea. Mai mult decât atât, statul solicitant poate proceda chiar la judecarea infractorului pentru aceste infracțiuni, dar numai după procedura judecării în contumacie. Statul solicitant poate deci efectua în privința noilor infracțiuni orice acte de procedură care nu implică prezența inculpatului (începerea urmăririi penale, audieri de martori, expertize

⁴² A se vedea Conseil de l'Europe, *Convention européenne d'extradition. Rapport explicatif*, cit.supra.

⁴³ J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.159.

⁴⁴ Spre exemplu, dacă se schimbă încadrarea dintr-o faptă praeterintenționată, sancționată cu pedeapsa închisorii, într-o faptă comisă cu intenție directă și sancționată cu pedeapsa capitală, principiul specialității nu ar permite aplicarea acestei pedepse.

⁴⁵ R. Zimmermann, *op.cit.*, p.380-381. Chiar dacă cu anumite rezerve, această soluție este acceptată și de A. Zaïri, *Le principe de la spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme*, Ed. L.G.D.J., Paris, 1992, p.62.

etc.), dar va fi lovit de nulitate orice act procedural care presupune prezența acestuia, cum ar fi interogatoriul, arestarea preventivă etc. Autorizarea efectuării actelor procedurale care nu implică participarea inculpatului este firească, ele putând fi efectuate și în situația în care infractorul nu ar fi ajuns pe teritoriul statului solicitant ca urmare a extrădării⁴⁶.

Regula specialității formulată în art.51 din lege se referă la faptele comise anterior predării și care nu au fost vizate de cererea de extrădare, fiind general recunoscută competența statului solicitant de a urmări și judeca infracțiunile comise ulterior predării. Se poate pune însă în acest context problema infracțiunilor cu durată de consumare care s-au consumat anterior predării dar s-au epuizat ulterior acesteia (infracțiunea continuă, continuată, de obicei, progresivă etc.). Va putea statul solicitant să procedeze la urmărirea acestor infracțiuni în întregul lor fără a aduce atingere regulii specialității? În opinia noastră răspunsul trebuie să fie, în principiu, afirmativ, în măsura în care legislația statului solicitant consacră regula ubicuității. Cum, prin ipoteză, aceste infracțiuni se epuizează ulterior remiterii extrădatului iar regula ubicuității le aduce sub incidența legii statului solicitant în întregul lor, apreciem că o condamnare pentru aceste infracțiuni nu contravine specialității extrădării, chiar dacă ele nu au fost vizate de cererea de extrădare⁴⁷. În sprijinul acestei concluzii s-ar mai putea arăta, că în condițiile în care infractorul a continuat comiterea actelor de executare pe teritoriul statului solicitant după extrădare, el a înțeles să-și asume riscul ca infracțiunea cu durată de consumare să ajungă integral sub incidența legii acestui stat și să piardă astfel beneficiul specialității în privința ei. Considerăm totuși că soluția trebuie să fie diferită în cazul infracțiunii progresive, dat fiind că în această ipoteză nu există o nouă intervenție a autorului ulterioară extrădării, ci doar o agravare a rezultatului unei acțiuni comise anterior. De aceea, chiar dacă infracțiunea progresivă s-a epuizat după acordarea extrădării, statul solicitant nu va putea proceda la judecarea acesteia în măsura în care acțiunea ce a stat la baza ei nu a fost menționată în cererea de extrădare.

Nici reextrădarea infractorului de către statul solicitant la cererea unui stat terț nu va putea fi făcută fără acordul statului român în situația în care cererea formulată de statul terț privește fapte anterioare extrădării. Acest consimțământ nu mai este necesar dacă persoana extrădată nu părăsește teritoriul statului solicitant în termenul de 45 de zile menționat anterior.

În schimb, așa cum am arătat deja, statul solicitant poate lua măsura expulzării infractorului după executarea de către acesta a pedepsei. Expulzarea către un stat terț nu trebuie să constituie însă o reextrădare deghizată⁴⁸.

6. Extrădarea aparentă

Nu constituie o extrădare în sensul legii interne cererea formulată de o instanță penală internațională privind remiterea unui infractor acuzat de comiterea unor crime grave.

Această procedură, denumită uneori *extrădare aparentă*, se deosebește de extrădarea propriu-zisă prin cel puțin două elemente:

- ea nu presupune un raport între două state, ci între un stat și o organizație/instanță internațională;
- ea nu își are izvorul într-o convenție de extrădare sau în legea internă, ci în statutul instanței penale internaționale respective.

Pe cale de consecință, această procedură nu este guvernată nici sub aspectul condițiilor de fond sau de formă și nici în ceea ce privește efectele de legea privind extrădarea.

⁴⁶ J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.158.

⁴⁷ În același sens, A. Zaïri, *op.cit.*, p.72-73.

⁴⁸ A se vedea *mutatis mutandis* hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului în cauza Bozano c. Franței din 18.12.1986, <http://www.echr.coe.int>

Spre exemplu, art.86 din statutul Curții penale internaționale permanente prevede obligația statelor de a coopera cu această instanță în instrumentarea cauzelor privind infracțiunile de competența ei. Această cooperare se realizează prin mai multe activități, între care și aceea de „remitere a unor persoane” pe baza unor cereri de arestare și remitere ori de arestare provizorie adresate de Curte⁴⁹.

7. Perspective ale instituției extrădării

Deși Legea nr. 296/2001 aduce nu puține elemente de noutate în dreptul nostru și – analizată în comparație cu vechea reglementare – constituie un element de progres incontestabil, nu putem să nu remarcăm faptul că ea nu reprezintă decât o fidelă transpunere în legislația internă a Convenției europene privind extrădarea din 1957 și a celor două protocoale adiționale ale acesteia. De aceea, actualele reglementări i se pot aduce toate reproșurile formulate de doctrina europeană la adresa acestei Convenții, considerată astăzi, în bună măsură, ca fiind depășită.

De aceea, ne propunem în această ultimă parte a studiului nostru o succintă trecere în revistă a preocupărilor și evoluțiilor recente privitoare la materia extrădării, manifestate în cadrul Uniunii Europene.

Astfel, prin Convenția de aplicare a acordului de la Schengen (adoptată în 1990) s-a prevăzut, între altele, ca în procedura de extrădare derulată între statele semnatare împlinirea, întreruperea sau suspendarea cursului prescripției să fie analizate doar în raport de legislația statului solicitant iar amnistia acordată de statul solicitat să nu constituie un impediment la acordarea extrădării, cu excepția cazului în care acest stat avea și el competența de a judeca fapta⁵⁰.

Un alt document important l-a constituit Convenția privind o procedură simplificată de extrădare între statele membre ale Uniunii Europene⁵¹ care are drept scop accelerarea procedurii de extrădare atunci când persoana în cauză consimte la extrădare.

În 1996 a fost adoptată Convenția privind extrădarea între statele membre ale Uniunii Europene care aduce o serie de schimbări majore în acest domeniu, răsturnând o întreagă serie de principii considerate, prin tradiție, fundamentale în materia extrădării. Astfel, în principiu, caracterul politic al infracțiunii nu va mai putea fi opus unei cereri de extrădare, căci, potrivit art.5 din Convenție „în scopul aplicării prezentei convenții, nici o infracțiune nu poate fi considerată ca infracțiune politică ...”. S-a considerat astfel că, dată fiind similitudinea existentă între principiile care guvernează regimurile politice din statele membre ale U.E. și încrederea reciprocă în funcționarea sistemelor juridice ale acestora, nu se mai poate în prezent găsi o justificare pentru invocarea caracterului politic al infracțiunii ca impediment la extrădare⁵². Totuși, alin. 2 al articolului lasă statelor posibilitatea formulării unei rezerve, care nu poate privi însă infracțiunile de terorism menționate de convenție⁵³. Reglementarea reprezintă un progres semnificativ, cel puțin în raport cu Convenția europeană pentru reprimarea terorismului, care permitea statelor semnatare formularea unor rezerve prin care își păstrau dreptul de a considera în anumite circumstanțe infracțiunile teroriste ca infracțiuni politice, facultate de care a uzat majoritatea statelor părți, inclusiv România.

⁴⁹ Pentru detalii asupra acestei proceduri a se vedea Ch. Bassiouni, *Note explicative sur le Statut de la Cour Pénale Internationale*, în „Revue internationale de droit pénal” nr.1-2/2000, § 97-104.

⁵⁰ J. Pradel, G. Corstens, *op.cit.*, p.114; R. Bellido Penadés, *op.cit.*, p.88-90.

⁵¹ Adoptată în 1995, convenția nu a intrat încă în vigoare.

⁵² A se vedea Raportul explicativ pe marginea convenției (<http://europa.eu.int>)

⁵³ Este vorba de infracțiunile prevăzute de art. 1 și 2 din Convenția europeană pentru reprimarea terorismului precum și de infracțiunile de asociere în vederea comiterii de infracțiuni aflate în legătură cu aceste fapte.

De asemenea, convenția instituie regula extrădării resortisanților statului solicitat (art.7)⁵⁴, dar lasă statelor posibilitatea formulării unei rezerve în privința acestei prevederi. Convenția menține regulile instituite de Convenția privind aplicarea acordului de la Schengen cu privire la prescripție și amnistie și aduce o serie de limitări ale principiului specialității. Astfel, spre exemplu, persoana extrădată poate fi judecată și pentru alte infracțiuni decât cele menționate în cererea de extrădare dacă ele nu atrag o sancțiune privativă de libertate.

Practica a demonstrat însă că reconsiderarea principiilor considerate tradiționale în materie de extrădare nu este un demers lipsit de dificultăți, dovada cea mai elocventă în acest sens fiind oferită de faptul că nici până în prezent Convenția din 1996 nu a intrat în vigoare. În aceste condiții la nivelul Uniunii Europene a fost recent adoptat un alt document menit să înlocuiască această Convenție începând cu 1 ianuarie 2004. Este vorba de *decizia-cadru a Consiliului Uniunii Europene din 13 iunie 2002 privind mandatul de arestare european și procedurile de remitere între statele membre*⁵⁵.

Potrivit art.1 din decizia-cadru, mandatul de arestare european este o decizie judiciară emisă de autoritățile unui stat membru în vederea arestării și remiterii de către autoritățile altui stat membru a unei persoane, în vederea urmăririi, judecării sau executării unei pedepse. Prin urmare procedura mandatului de arestare european se substituie procedurii clasice a extrădării, motiv pentru care condițiile de emisie și executare a mandatului sunt similare condițiilor prevăzute de Convenția din 1996 pentru acordarea extrădării.

Infracțiunile pentru care un mandat de arestare european poate fi emis sunt împărțite în două categorii:

- infracțiuni pentru care legea statului care emite mandatul prevede o pedeapsă cu închisoare de cel puțin 3 ani, în cazul cărora arestarea și remiterea este obligatorie, chiar în absența dublei incriminări. Este vorba de infracțiuni cuprinse într-o listă⁵⁶ prevăzută de art.2 alin.2, dintre care menționăm: terorism, trafic de ființe umane, exploatare sexuală a copiilor și pornografie infantilă, corupție, trafic de stupefiante, arme, substanțe explozive, cybercriminalitate, viol, deturnare de avioane sau nave etc.;
- infracțiuni pentru care legea statului care emite mandatul prevede o pedeapsă de cel puțin 1 an atunci când mandatul a fost emis în vederea judecării, respectiv 4 luni atunci când a fost emis în vederea executării unei pedepse. Este deci vorba de orice alte infracțiuni în afara celor cuprinse în lista din art.2 alin.2. În acest caz remiterea persoanei vizate de mandatul de arestare poate fi supusă condiției dublei incriminări.

Decizia-cadru reglementează două categorii de cauze de neexecutare a mandatului de către statul pe al cărui teritoriu se află persoana urmărită (statul de executare).

- *Cauze de neexecutare obligatorie*: infracțiunea a fost amnistiată în statul de executare, în măsura în care acesta avea competența de a o judeca; persoana a fost definitiv condamnată de autoritățile judiciare ale altui stat membru pentru aceeași faptă și a executat pedeapsa sau se află în curs de executare; persoana, din cauza vârstei, nu răspunde penal, potrivit legislației statului de executare.
- *Cauze de neexecutare facultativă*: lipsa dublei incriminări, în cazul altor infracțiuni decât cele prevăzute la alin.2 al art.2; persoana este urmărită în statul de executare pentru aceeași faptă; autoritățile statului de executare au decis să nu înceapă urmărirea

⁵⁴ Potrivit acestui text, „extrădarea nu poate fi refuzată pe motiv că persoana care face obiectul cererii de extrădare este un resortisant al statului solicitat ...”.

⁵⁵ Potrivit art. 34, statele membre vor lua măsurile necesare astfel încât pentru punerea în practică a deciziei până la data de 31 decembrie 2003.

pentru aceeași faptă ori să înceteze această urmărire; atunci când potrivit legii statului de executare a intervenit prescripția, în măsura în care acest stat avea competența de a judeca fapta; persoana a fost definitiv condamnată pentru aceeași faptă într-un stat care nu face parte din U.E. și a executat pedeapsa ori este în curs de executare; în cazul mandatului emis pentru executarea unei pedepse, persoana vizată este un resortisant al statului de executare ori își are rezidența în acest stat, dacă statul de executare se obligă să pună în executare pedeapsa potrivit legislației sale naționale; infracțiunea a fost comisă în tot sau în parte pe teritoriul statului de executare.

În anumite situații punerea în executare a mandatului de arestare european poate fi condiționată de un anumit angajament din partea statului care a emis mandatul. Astfel, spre exemplu, atunci când persoana vizată de mandatul de arestare emis în vederea executării unei pedepse a fost judecată în lipsă, statul de executare poate cere asigurări că persoana va avea posibilitatea să solicite declanșarea unei noi proceduri de judecată. Tot astfel, atunci când persoana vizată de mandatul de arestare urmează a executa o pedeapsă privativă de libertate pe viață, remiterea poate fi acceptată sub condiția ca ea să poată cere revizuirea sancțiunii la cerere sau cel mai târziu după 20 de ani sau să poată beneficia de măsurile de clemență prevăzute de dreptul statului care a emis mandatul în vederea neexecutării pedepsei.

Emiterea și respectiv executarea mandatului de arestare european este de competența autorităților stabilite în acest sens de legislația fiecărui stat.

Cu toate că aceste documente nu au o incidență directă asupra dreptului național român în materia extrădării, ele ilustrează tendințele actuale ale dreptului european și nu pot fi ignorate în perspectiva unei noi reforme a legislației naționale în vederea armonizării cu legislația Uniunii Europene. În același timp, așa cum practica a demonstrat deja aceste noi tendințe nu pot fi impuse deocamdată în relațiile privind extrădarea cu statele care nu fac parte din Uniunea Europeană. De aceea, perspectiva care pare a se contura pentru perioada următoare, cel puțin din momentul integrării României în U. E., este existența unei pluralități de regimuri în materia extrădării: mandatul de arestare european în relațiile cu țările Uniunii; regimul stabilit prin convențiile adoptate în cadrul Consiliului Europei, în relația cu celelalte state europene; convențiile bilaterale, reciprocitatea și legea internă în relațiile cu alte state.

⁵⁶ Lista poate fi extinsă oricând prin votul unanim al Consiliului.



DESPRE DISCIPLINA CONTRACTUALĂ ȘI DICTATURA AMIABILĂ

dr. Paul VASILESCU
lector, UBB Cluj-Napoca

Résumé: De la discipline contractuelle et de la dictature amiable. Bref. Parfois il n'est pas suffisant de vouloir, encore faut-il le pouvoir; un effort ne vaut rien en soit si le résultat demeure irréalisable ou dérisoire. Tout cela arrive à législateur roumain quand il veut ordonner la vie privée et le circuit civil. Désespéré par le chaos existant dans les rapports contractuels, par le fait que la parole donnée ne vaut presque rien pour personne, par la réalité qu'un contrat reste toujours un bout de papier sans valeur, le législateur est entré en lice conventionnelle. Mais l'effet n'est pas celui escompté. La loi no. 469/2002 (regardant quelques mesures pour le renforcement de la discipline contractuelle) n'a réussi qu'à augmenter la confusion terminologique, aussi que renforcer la puissance de l'Etat en rapports privés, en faisant de l'inexécution d'un contrat une faute contraventionnelle et en laissant, par ceci, les cocontractants à la merci du fisc qui a la possibilité de punir administrativement l'inexécution d'un contrat civil ou commercial. Cette voie, empruntée par le législateur, se dirige-t-elle vers l'économie de marché ou bien vers un cul-de-sac? L'article n'est qu'une sonnette d'alarme tirée, peut-être, trop tard. A bon entendeur salut!

Globul de cristal al juristului îl constituie actul normativ. Nou sau vechi, în acesta se reflectă urmele trecutului, amăgirile prezentului și iluziile viitorului. Dincolo de tehnica juridică, care trebuie trecută în revistă, de învederarea rolului și locului legii în sistemul juridic, parcurgerea unui act normativ ne dezvăluie o sumedenie de amănunte despre starea socială, politică și intelectuală a societății care primește legea în cauză. Social – se destăinuie starea cea mai intimă a națiunii, a nivelului ei de dezvoltare, a nevoilor, posibilităților și năzuințelor ei de evoluție. Politic – o lege este un barometru ideal pentru a afla cu precizie milimetrică tendințele garniturii politice care conduce la un moment dat soarta unui popor. Dincolo de acestea, care toate interesează, direct sau indirect, știința dreptului, o lege este și un gest cultural. Legea, înțeleasă ca un act de cultură (politică și nu numai), este un revelator exact al nivelului de înțelegere a realității de către legiuitor. O lege este un act de reflecție, care pornind de la real se întoarce către acesta încercând să-l modeleze, să-l **în-drepte** spre un făgaș dezirabil și bine reflectat. O lege consemnează un efort de creație, nu numai legislativă, o strădanie culturală care reflectă o viziune asupra prezentului, se voiește o proiecție ideală a unui viitor proximal și un instrument ideal de sondare a sensurilor dezvoltării societății. Ca expresie culturală a ordinii sociale, legea trebuie să fie clară și în acord cu țelurile promise de cei care o aduc pe lume. Act cosmogonic, intelectual și politic, o lege este un plus de cunoaștere și înțelepciune. Sau ar trebui să fie ...

Dar, câte din toate aceste deziderate se regăsesc sau se urmăresc la lectura unui act normativ? Câte acte normative nu trec neobservate¹ sau beneficiază de o analiză pur tehnică

¹ Legea nr. 545/2001 pentru completarea art. 36 din Legea fondului funciar nr. 18/1991, publicată în M.Of. nr. 659/19 octombrie 2001, nu a suscitât nici un interes doctrinar, deși unica rațiune a textului este consolidarea efectelor unor acte normative adoptate sub comunism („Decretului nr. 712/1966 și a altor acte normative speciale” în exprimarea art. 36 alin. 5 din Legea nr. 18/1991), prin care unele terenuri au trecut în proprietatea socialistă de stat. După cum nu au fost analizate nici implicațiile juridice ale respingerii unei ordonanțe care a reglementat câțiva ani importanta problemă a impozitului pe venit (Legea nr. 206/2002 pentru respingerea O.G. nr. 73/1999 privind impozitul pe venit, publicată în M.Of. nr. 275/24 aprilie 2002). Și, pentru a ne opri aici, nimeni

care escamotează atât spiritul lor, cât și pericolul care-l constituie pentru echilibrul democratic? Câte analize de text nu constituie decât un aport savant și tehnocratic, fără să evidențieze sărăcia ideatică a legiuitorului, stângăciile lexicale sau reflexele sale colectiviste, reflexe incompatibile cu năzuința declarată de europenizare a legislației românești? Ticurile apologetice, hagiografia oficială, refugiul în searbăda abordare tehnică a vieții juridice - toate acestea, și încă altele, determină ca juristul să se izoleze de realitatea non-juridică, să claustreze știința dreptului într-o fortificație efemeră și șubredă: litera legii. Rătăcirea căii spre spiritul legii este astfel garantată, dar și dezirabilă, deoarece ea asigură comoditate și refugiu din fața realității imunde din care litera se plămădește. Și fiindcă am amintit de literă, de expresia legii, câte analize de text își focalizează atenția pe limbajul juridic, pe terminologie sau pe stilul nomothetului sau a jurisprudenței?

Astfel, un bun material didactic care se pretează perfect și la o analiză „non-pozitivistă” îl constituie un act normativ recent: legea privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale². În cele ce urmează vom încerca să creionăm câteva aspecte legate de lexicul și stilul acestei legi (1), iar mai apoi ne vom apleca asupra unor elementele de fond (2).

(1) **Exprimarea legii.** Chiar titlul legii ne indică, firesc, conținutul acesteia: „unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale.” Este însă cuvântul „disciplină” unul potrivit să fie asociat cu ideea de contract? Disciplina nu este decât un ansamblu de reguli obligatorii de comportament³, care vor trebui aplicate în materie contractuală. Din orice punct de vedere, utilizarea termenului de „disciplină” în materia contractelor ni se pare cel puțin improprie. Un contract este un acord care conține manifestările de voință libere ale părților, cu efecte obligatorii pentru acestea. Obligativitatea contractului trebuie căutată în efectele acestuia, iar nu într-un act normativ care să disciplineze contractanții. Termenul de disciplină nu face decât să trădeze o viziune etatică și dirijistă a legiuitorului asupra vieții juridice și economice, dar și nuditatea ideatică a legiuitorului.

Mai departe. Potrivit art. 1, Legea se aplică „tuturor contractelor încheiate pentru realizarea actelor de comerț de către agenții economici comercianți (...), indiferent de forma de proprietate” (a cui ?, a agenților, care sunt persoane ?! și care nu pot fi în proprietatea nimănuil!). Legea este, deci, de aplicare generală în materie comercială, inclusiv în „cadru procesului de privatizare”. Ceea ce vrem aici să evidențiem este limbajul legiuitorului: „agenții economici comercianți” se vor supune Legii. Suntem în drept să întrebăm: 1) sintagma „agenți economici” este ea de acceptat ?, trebuie la infinit să tolerăm limba de lemn care a înlocuit „întreprinderile socialiste” cu „agenți economici”? 2) dacă se admite (sau ignoră – după caz) limba juridică de lemn, aceasta nu are nici o limită, de s-a trecut la siluirea limbii române cu expresia: „agenți economici comercianți”? Nu se putea spune simplu și corect: comercianți?! Sinistrul adevăr este că Legea se adresează acestora: comercianților, indiferent de forma de ducere a comerțului lor și indiferent de conținutul capitalului lor de afaceri ori de aportul la constituirea acestuia: privat, mixt sau de stat.

nu a sesizat încă jugularea juridică a leasingului prin Legea nr. 414/2002 (privind impozitul pe profit, publicată în M.O.F. nr. 456/27 iunie 2002), care în art. 12 dispune, halucinant, că „în cazul leasingului financiar utilizatorul este tratat din punct de vedere fiscal ca proprietar (...).” Textul nu numai că contrazice flagrant esența leasingului și art. 1, 9, 10, 12 din O.G. nr. 51/1997 (privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, republicată în M.Of. nr. 9/12 ianuarie 2000), dar introduce o dimensiune abisală în știința **dreptului**: proprietatea există nu în sine și absolut, ci „din punct de vedere”!

² Legea nr. 469/2002, publicată în Monitorul Oficial nr. 529/19 iulie 2002, denumită în continuare Lege; toate articolele din text fără altă trimitere sunt din legea amintită.

³ A se vedea pentru definiția cuvântului DEX-ul, eventual un dicționar Hachette.

Art. 2 oferă și el pilde pentru cum nu trebuie să ne exprimăm, dacă suntem juriști. Să cităm alin. 1 al articolului amintit: „Părțile contractante enumerate la art. 1 alin (1) vor întreprinde toate diligențele pentru stipularea de clauze care să asigure realizarea obiectului contractului.” Textul este o mostră de limbă de lemn și stângăcie lexical-juridică. Nu vedem de ce părțile ar trebui să „întreprindă toate diligențele pentru stipularea de clauze”, când contractul este chiar opera voinței lor, voință materializată într-un acord juridic care îmbracă forma unor clauze. Depunerea de diligențe sugerează ideea că părțile ar trebui să intervină pe lângă un terț, căruia să-i câștige bunăvoința în sensul stipulării unor clauze. Situație pe cât de absurdă, pe atât de străină ideii de contract. Stângăcia lexicală atinge culmile prin aceea că zisele diligențe trebuie să se concretizeze în clauze care „să asigure realizarea obiectului contractului”. O interpretare juridică a textului nu te poate duce cu gândul decât la ipoteza că singurele convenții care intră sub incidența Legii sunt cele care nu au decât un obiect determinabil, iar nu deja determinat, la data încheierii contractului. Este de respins o asemenea pripită concluzie exegetică, pentru simplul motiv ca ea contravine art. 1 și 2, precum și întregii economii a actului normativ. În fond, Legea se referă la executarea contractului, și nu la altceva. De ce legiuitorul nu s-a exprimat explicit în acest sens și cu acești termeni, rămâne un mister demn de obiectul unui amplu studiu semiotic juridic (și/sau psihanalitic?).

Cel mai grav rămâne însă faptul că exprimarea Legii este nu numai imprecisă juridic, ci de-a dreptul diletantă și ineptă. Rațiunea oricărui contract este de a fi executat; creanțele generate de acesta trebuie să fie stinse prin plată, iar creditorul să-și vadă interesul juridic atins și stins, totodată. Executarea contractului se numește chiar așa: **executare**, iar nu altfel, și în nici un caz „realizarea obiectului contractului”.

Sensul limbajului este acela de a comunica și de a ne face înțeleși, nu acela de a semăna confuzie, iar în știință, jargonul, termenii și expresiile deja consacrate au rolul de a evita un efort inutil de metalimbaj sau de decriptare a ceea ce deja se cunoaște. În știință, ca și în filozofie, introducerea de noi termeni, categorii sau expresii impune explicarea lor, iar în lipsa unei explicații deja avansate de autorul acestora, lectorul este îndemnat nu să traducă în termeni obișnuți, ci să caute sensuri diferite de cele consacrate deja prin termenii uzuali. Numai astfel cititorul poate sonda și înțelege noua realitate intelectuală care i se înfățișează. Dacă lucrurile stau astfel, considerăm că maniera în care sunt formulate dispozițiile Legii trădează o lacună deosebit de gravă: ignorarea jargonului științific, cu efectul că suntem induși în eroare de folosirea inexactă a unor termeni cu denotații juridice exacte („obiectul contractului”). Iar utilizarea improprie a limbajului juridic ne îndeamnă, dacă nu o sesizăm și o expunem, să facem un efort de descoperire a sensurilor presupus noi ale realităților propuse spre analiză. Pierdere totală de timp și de energie! În majoritatea cazurilor, exprimarea juridică defectuoasă și folosirea improprie a jargonului juridic nu camuflează decât spiritul ignar al autorului, iar nu propuneri de noi concepte care să necesite decriptare și aparat critic. Revenind la Lege, aceasta nu putea avea în vedere decât ideea „executării contractului”, iar nu alte realități juridice absconse, care ar trebui dezvăluite prin analiza exprimării sibilinice a legiuitorului.

Aceeași situație de *qui pro quo* terminologic este oferită și de art. 6 alin. 2 lit. b), care definește categoria, conceptul juridic (!) de „forfetare”. Astfel, suntem învățați că „forfetarea este un contract prin care un vânzător sau prestator de servicii își vinde creanțele pe care le are față de un cumpărător sau beneficiar unei societăți bancare sau unei instituții financiare specializate, contra unei taxe de forfetare”. Efortul novator al legiuitorului este demn de prețuire, dacă nu ar fi cu totul inutil. În loc să se reinventeze roata, mai bine s-ar fi consultat codul civil (art. 1391-1401 C.civ.), codul comercial (art. 45) și/sau un curs de obligații care tratează despre cesiunea de creanță. Această specie de contract are ea nevoie de o nouă denumire care să se aplice în materie comercială ? Ne temem că nu! Cu atât mai mult, cu

cât Legea nu derogă cu nimic de la dreptul comun al cesiunii ordinare! Atunci cum poate să se explice introducerea unui termen, pe cât de imprecis juridic⁴, pe atât de inutil?

Pentru a scurta, mai amintim un singur episod care ar trebui să dea de gândit, deoarece în această situație expresia are drastice implicații de substanță. Astfel, art. 5 ne vorbește despre persoanele care „cu rea-credință stabilită în condițiile legii, nu își îndeplinesc obligațiile asumate prin contract.” Pe fond, articolul amintit trebuie coroborat cu art. 10, care transformă inexecutarea contractuală în ... contravenție! Dar nu asupra acestui aspect vrem să insistăm acum. Ceea ce dorim să pricepem este sensul literei legii. Înainte de toate, este de precizat că în spațiul dreptului privat noțiunea esențială este nu reaua, ci buna-credință. În al doilea rând, este știut că cele două noțiuni gemene și antinomice nu beneficiază de definiții legale cu aplicare generală. Ceea ce este general este prezumția de *bona fides* (art. 1899 C.civ)⁵. Cum Legea nu definește reaua-credință⁶, rămâne să acceptăm că prin aceasta se înțelege, în sensul Legii, dolul în executarea unui debit, dol care se stabilește nu potrivit legii, pentru că nici o lege civilă nu oferă o definiție sau explicație generală a dolului sau intenției civile la inexecutarea unei creanțe, ci potrivit doctrinei și jurisprudenței. Deci, până aici, Legea este inutilă prin trimiterea amăgitoare la o lege putativă. Cel mai important rămâne însă aspectul de fond legat de inexecutarea cu intenție a unei obligații (civile sau comerciale): ipoteza presupune intenția debitorului, existentă la data încheierii contractului, de a nu-și executa obligațiile pe care urmează să și le asume prin contractare. Dar acest lucru valorează lipsa intelectuală a voinței, a consimțământului, determinată de lipsa cauzei juridice a zisei convenții, convenție care va fi nulă absolut pentru inexistența cauzei. Efectul prim va fi angajarea răspunderii (de este cazul) delictuale a pretinsului debitor, cu scoaterea din discuție a răspunderii sale contractuale. Aspectul excedează însă sfera de preocupare a Legii, care, amintim, se referă la „întărirea disciplinei contractuale”, nu a celei delictuale ... Dacă intenția de neplătă survine momentului încheierii actului juridic, întreaga problemă să strămută în dreptul comun al rezoluțiunii (/rezilierii) contractului. Dar, destul despre limbajul nomothetului!

(2) **Conținutul legii.** Legea nu face decât să abroge (art. 13) și să înlocuiască alte acte normative⁷ care au intenționat să limiteze blocajul financiar și să sporească fluidizarea schimburilor comerciale. Deosebirea fundamentală dintre Lege și actele normative pe care aceasta le-a înlocuit este că cele din urmă se refereau la societățile comerciale de stat și la regiile autonome, iar esența era de a reaminti unele instrumente de plată specifice economiei de piață (cecul, cambia, factoringul etc), precum și de a introduce un sistem articulat pe care să se bazeze compensarea datoriilor nerambusate și, mai ales, conversia debitelor neplătite în acțiuni sau părți sociale. Că sistemul propus de O.U.G. nr. 10/1997 nu a funcționat, că blocajul nu a fost rezolvat, că mijloacele capitaliste de a face plata (cambia, cecul etc.) nu sunt folosite în practică decât accidental – toate acestea sunt dovedite de crunta realitate a economiei românești. În toate cazurile, însă, nu poate fi decât salutată inițiativa legiuitorului

⁴ Termenul în discuție poate fi considerat cu greu unul juridic, evident că nimic nu oprește ca el să devină și unul juridic, până atunci însă, „forfetarea” nu indică decât evaluarea unei sume în mod global sau în sistem pașal.

⁵ A se vedea **D. Gherasim** – *Buna-credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei R.S.R., București-1981. p. 46 și urm. Pentru maniera în care legiuitorul înțelege să manipuleze conceptul de *bona fides* și în materia revindicării imobiliare, a se vedea **D. Chirică** – *Regimul juridic al revindicării imobilelor preluate de stat fără titlu de la subdobânditorii care se prevalează de buna lor credință la data cumpărării*, în *Dreptul nr. 1 /2002*, p. 64 și urm.

⁶ **I. D. Romoșan** – *Vinovăția în dreptul civil român*, Ed. All beck, București-1999, p. 57 și 200.

⁷ Este vorba de Ordonanța de Urgență a Guvernului (O.U.G.) nr. 10 din 19 aprilie 1997, cu privire la diminuarea blocajului financiar și a pierderilor din economie, publicată în M.Of. nr. 72 din 22 aprilie 1997 și Legea nr. 151 din 24 iulie 1997 pentru aprobarea O.U.G. nr. 10/1997 cu privire la diminuarea blocajului financiar și a pierderilor din economie, publicată în M.Of. nr. 172 din 28 iulie 1997.

de a încerca să furnizeze economiei, (inclusiv comercianților de stat), mijloace prin care aceștia să-și rezolve problemele legate de plăți, cu toate că problema economiei noastre nu constă nicidecum în lipsa instrumentelor de plată, ci în sistemul de producție și proprietate. Dar, în momentul în care legiuitorul pune semnul egalității între comercianți doar cu scopul să-i disciplineze uniform prin amendarea pentru neexecutarea contractelor comerciale, viziunea este una etatistă asupra economiei, în care „unitățile de producție” sunt și organe ale administrației de stat care trebuie să se subordoneze controlului ierarhic exercitat astăzi, nu prin ministere și „centrale”, ci prin fisc. Despre conținutul și spiritul Legii s-ar putea spune foarte multe, în cele ce urmează nu am făcut decât să selectăm câteva aspecte care ne-au atras în mod deosebit atenția.

Astfel, înainte de toate, trebuie notat că Legea constituie un atentat la libertatea comerțului, o sfidare a Constituției și a spiritului reglementărilor în materie de drept comercial⁸. Fără a intra în detaliile unei analize care să învedereze strict dacă Legea este într-adevăr (tehnic) neconstituțională, este obligatoriu să semnalăm că ea contravine (cel puțin) spiritului art. 134 din legea fundamentală care consacră nu dirijismul, ci faptul că „Economia României este economie de piață” (alin. 1), iar „Statul trebuie să asigure: a) libertatea comerțului, protecția concurenței loiale, crearea cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție; (...)” (*ibidem* alin. 2). Imixtiunea în viața contractuală a comercianților este cu atât mai grosolană cu cât face din neexecutarea unei convenții o chestiune administrativă, sancționând cu amenda neexecutarea unui contract sau „neasigurarea evidenței obligațiilor de plată pe scadențe” (art. 10)⁹. Prin urmare, rămâne la inițiativa agenților fiscalului să constate că un contract nu a fost executat „cu rea-credință”, pentru a aplica mai apoi o amendă cuprinsă între 100 și 300 de milioane de lei, indiferent de valoarea creanței neplătite. Dincolo de faptul că se poate ajunge la aberația ca pentru o creanță de câteva sute de mii de lei sau câteva milioane să se plătească o amendă care depășește de sute de ori cuantumul debitului neonorat, se investește fiscalul cu puterea de a controla și sancționa inexecutarea unui contract ordinar. Aberația este atât de imensă și grosieră, încât orice analiză științifică a actului juridic, a obligativității lui între părți și a opozabilității sale față de terți, a respectului separării puterilor executive și judecătorești într-un stat, a limitelor intervenției statului în viața privată și în economie, devine inutilă și derizorie.

Art. 2 are incidență directă atât asupra formei actului juridic, cât și asupra conținutului său. Astfel: „Contractul trebuie să cuprindă în mod obligatoriu, în funcție de natura sa, clauze contractuale¹⁰ referitoare la: (...) modalitățile de plată și de garantare a plății prețului (...)”. Lăsăm la o parte faptul că textul legii uită discriminarea introdusă între contracte „în funcție de natura lor” și uniformizează regimul lor prin folosirea unui termen specific vinderii –prețul. După cum nu insistăm nici asupra amneziei legiuitorului, care, după ce impune un formalism generalizat prin art. 2, vorbește de contracte „indiferent de forma în care acestea se încheie” (cf. art. 4 alin. 2). Textul art. 2 ridică o sumedenie de interogații. Vom semnală doar câteva. Astfel, dacă „în mod obligatoriu” contractul trebuie să conțină anumite clauze, care este sancțiunea omisiunii stipulării ziselor clauze? Legea trece sub tăcere orice referire la vreo sancțiune civilă sau administrativă, iar noi preferăm de asemenea să păstrăm tăcerea, pentru simplu motiv că nu vedem ce sancțiune s-ar aplica respectării principiului libertății

⁸ S. Cărpenu – *Drept comercial român*, Ed. All București-1998, p. 18.

⁹ Întrebarea este dacă nu ajungea ca amestecul dreptului public în viața convențională să se rezume la zisele infracțiuni contra patrimoniului și la nesfârșita listă de legi speciale care incriminează (penal și administrativ) comportamentele abuzive, neloiale și incorecte ale comercianților?! Dacă se va face un inventar al acestor legi se va observa că nici una nu pune accentul pe răspunderea civilă a comerciantului, ci pe cea contravențională și penală! Simplă tehnică legislativă sau reziduu al statului totalitar?

¹⁰ „Contractul trebuie să cuprindă clauze contractuale...” aviz stilștilor în căutare de redundant și tautologie!

contractuale, a libertății în general. În al doilea rând, Legea vorbește de clauze care trebuie stipulate „în mod obligatoriu” privind „modalitățile de plată și de garantare a plății pretului”. Care este concluzia care trebuie desprinsă? Orice contract comercial „în mod obligatoriu” trebuie să formeze creditorii privilegiați sau garantați special? Că epoca creditorilor chirografari este de mult revolută? Credem că, dincolo de jocul de-a cuvintele, nu se ascunde nimic (spectaculos) în textul Legii, pentru simplul motiv că încrederea constituie capitalul esențial în lumea afacerilor, iar nu avalizările ori garanțiile personale sau reale. În plus, este evident că dacă părțile ignoră să-și garanteze executarea obligațiilor, rămânând simpli chirografari, nu au nici o sancțiune legală de suportat, ci doar riscul comercial, care oricum este presupus de orice fapt de comerț.

Nu putem abandona litera art. 2 fără a semnala ideea că el ar impune, cel puțin la o primă vedere, forma scrisă (*ad probationem*) tuturor actelor juridice de drept comercial, cu răsturnarea consensualismului și a libertății probelor în materie comercială (art. 46 C.com.). Toate acestea, deoarece, în lipsa formei scrise, nu vedem cum s-ar putea stipula „în mod obligatoriu” noianul de clauze arătate de Lege (art. alin. 2) și, în plus, s-ar putea verifica dacă acestea există. Credem însă că doar un raționament pripit ar ajunge la o asemenea concluzie catastrofală pentru circuitul comercial, deoarece legea oricum nu are nici o sancțiune a nerespectării inserării „în mod obligatoriu” a respectivelor clauze în contract și –prin urmare, este indiferentă forma actului juridic, iar principiul consensualismului, ca și aplicarea pe mai departe a art. 46 C.com., sunt pe deplin salvagardate. Concluzia: art. 2 este inutil în toate cele trei alineate ale sale, iar analiza sa nu este decât irosire de timp prețios.

Art. 8 și 9 au relevanță pentru executarea creanțelor rezultate din contractele comerciale care se supun Legii. Înainte de toate, este de precizat că Legea nu instituie o procedură specială pentru această executare, după cum nici nu aduce nici un element fundamental nou. Se pot însă remarca două aspecte reglementate: ordinea de urmărire a bunurilor debitorului recalcitrant și prioritatea la îndestulare. În mod straniu, Legea (art. 8) dispune că „(...) creditorul va urmări patrimoniul debitorului, în următoarea ordine: a) mijloace bănești (...); b) active financiare de orice fel; c) produse finite, materii prime și materiale, mijloace fixe; d) creanțe și alte valori patrimoniale aflate în circuitul civil.” Bizarul constă în aceea că, trecând peste faptul că nu ni se explică în ce ar consta zisele „active financiare de orice fel”, ordinea la executare nu are nici o noimă. Gajul general al creditorilor chirografari lasă la alegerea celui care cere plata care bun să fie executat mai întâi. În al doilea rând, regula este ca legea să indice care bunuri ale debitorului nu pot fi, în special din rațiuni umanitare, executate. Sesizabilitatea este regula (art. 1718 C.civ.), insesizabilitatea este excepția care trebuie arătată de către lege. În al treilea rând, esențial nu este bunul (sesizabil) care se execută, ci ordinea de preferință. De acest aspect se ocupă însă art. 9, care nici el nu vedește mai multă înțelepciune. Astfel, ni se spune că titlul executoriu al creditorului „(...) are prioritate în satisfacerea creanței, cu excepția creditorilor cu garanții reale mobiliare și imobiliare.”

Ce trebuie să înțelegem din textul amintit? Că creditorii chirografari vin după cei garantați? Truism juridic (art. 1719 C.civ.)! Că chirografarii vin înaintea creditorilor privilegiați? Imposibilitate juridică (art. 1719 și 1720 C.civ.)! Că se creează o categorie specială de creditorii chirografari care se supun Legii? Futilitate juridică, pentru că oricum Legea nu reglementează un anumit tip de chirografari¹¹, ci doar creditorii chirografari (art. 1718)! Legea

¹¹ Cuvântul nu este folosit deloc în Lege! În plus, doar într-un singur caz legiuitorul a inovat creând o specie nouă de creditorii, cei „sub-chirografari”. Este vorba de art. 108 din Legea nr. 64 din 22 iunie 1995 privind procedura reorganizării și lichidării judiciare, publicată în M.Of. nr. 130 din 29 iunie 1995, text care oricum nu a rămas prea mult timp în vigoare el fiind mai apoi abrogat (a se vedea Legea nr. 64 din 22 iunie 1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului republicată în M.Of. nr. 608 din 13 decembrie 1999). Considerăm însă interesant să reproducem aici conținutul fostului art. 108, pentru a sublinia ideea că atunci când cu

nu reușește, în fond, să spună nimic. Mai mult, ea nu ține cont, așa cum este formulată, de esența și rațiunea ordinii la plată: creditorii își datorează rangul de plată fie vigilenței lor (garanții) (art. 1719 și 1720 C.civ.), fie datorită calității creanței lor (art. 1722 C.civ.). Vrea Legea să facă din toate creanțele comerciale unele privilegiate? Juridic este inadmisibilă o asemenea soluție, pentru simplul motiv că ceea ce are în vedere legea când instituie privilegiul este calitatea cauzei creanței (art. 1722 C.civ.), iar nu alt element! Creanțele comerciale nu pot fi considerate *a priori* privilegiate doar din simplul motiv că sunt izvorâte dintr-un anumit tip de acte juridice. Acest raționament este admis, prin tradiție (*fiscus potest omnes*) și abuz de autoritate, numai pentru creanțele fiscolei (art. 1725 C.civ.). Dar dacă creanțele comerciale nu pot fi considerate *in toto* privilegiate, ce sens are art. 9? Nici unul!

Mai trebuie observat faptul că legiuitorului nu numai că i-a scăpat esența regulilor prezentării creanțelor la plată, dar nici măcar nu cunoaște regulile elementare în materie. Astfel, în finalul art. 9 se arată că creditorii comerciali au prioritate „în satisfacerea creanței, cu excepția creditorilor cu garanții reale mobiliare și imobiliare.” Din litera Legii am putea deduce, obnubiți de pozitivismul acesteia, că chirografarii ar veni înaintea creditorilor privilegiați, dar în urma celor garantați real. Ipoteza este exclusă pentru simplul motiv că privilegiile, la rang egal, premerg (inclusiv) garanțiilor reale (art. 1722 C.civ.).

Tot ignoranța și sfidarea principiilor fundamentale ale dreptului privat constituie humusul din care se hrănește și art. 12: „Contractele încheiate până la data intrării în vigoare a prezentei legi de părțile (sic!) contractante cu principalii creditori și societățile bancare finanțatoare rămân în vigoare, cu respectarea termenelor de plată și a cuantumului sumelor stabilite la data încheierii acestora.” Textul legii este, în cel mai bun caz, superfluu, deoarece regula dreptului intertemporal, unanim admisă¹², este aceea a neretroactivității legii noi¹³, situație rezumată, în materia actului juridic, prin dictonul *tempus regit actum*. În plus, mai trebuie amintit că în cazul în care Legea ar dispune contrar unor acte normative abrogate de ea, acestea din urmă se vor aplica totuși în continuare tuturor situațiilor juridice voluntare (inclusiv și mai ales contractelor) născute sub imperiul legilor abrogate¹⁴. Dacă se insistă însă pentru o analiză a literei art. 12, dezastrul juridic va fi total. Astfel, se poate constata că acesta induce, prin maniera sa de exprimare, ideea că rămân în „vigoare”¹⁵ doar contractele încheiate „cu principalii creditori și societățile bancare finanțatoare”, iar restul actelor juridice și-ar epuiza efectele ca urmare a activității Legii. În plus, rămâne o nedumerire greu de disipat: legea se aplică creditorilor sau doar „principalilor creditori”? Cine stabilește care sunt secundarii, respectiv principalii creditori și care ar fi efectele juridice ale discriminării practicate de Lege între acești creditori? Așteptăm, deci, normele de aplicare ale Legii! Până atunci însă putem considera art. 12 ca inexistent.

Ultimele aspecte asupra cărora vrem să atragem atenția sunt cele ridicate de art. 4, care dispune: „(1) În contractele încheiate părțile contractante¹⁶ vor prevedea ca, în cazul

adevărat vrea, legiuitorul își exprimă neîndoielnic voința în sensul inovației legislative. Astfel, art. 108 dispunea: „Următoarele creanțe vor fi îndreptățite să participe la distribuire, fie în cazul unui plan de reorganizare ori de lichidare, fie în cel al unei lichidări judiciare, numai după ce toate creanțele chirografare vor fi plătite în întregime: 1. creanțe izvorând din credite acordate unei societăți comerciale de către un acționar sau un asociat, membru al acesteia; 2. creanțe izvorând din acte cu titlu gratuit.”

¹² Cf. O. Căpățină *apud* P. Cosmovici (coordonator) - *Tratat de drept civil*, vol. I, Ed. Academiei R.S.R., București - 1989, p. 121 - 122.

¹³ *Ibidem* p. 123 și urm.

¹⁴ *Ibidem* p. 139 și urm.

¹⁵ Doar un act normativ poate fi sau nu în „vigoare”, un contract este în ființă sau își produce efectele! Ne îndoiim că exprimarea legiuitorului ar trăda o viziune kelseniană asupra dreptului contractelor...

¹⁶ Explicarea, ca și cea din debutul următorului alineat, este demnă doar de un corigent la drept civil.

neîndeplinirii în termen de 30 de zile de la data scadenței a obligațiilor prevăzute la art. 3 alin. (1), debitorii să plătească, în afara sumei datorate, penalități pentru fiecare zi de întârziere. (2) În contractele comerciale dintre părțile contractante, indiferent de forma în care se încheie, în afara penalităților contractuale prevăzute la alin. (1), pentru compensarea¹⁷ prejudiciului suferit de către creditor ca urmare a îndeplinirii cu întârziere sau a neîndeplinirii obligațiilor asumate de debitor, se pot include și daune-interese pentru neexecutarea totală sau parțială a contractului¹⁸, sub forma daunelor moratorii sau a celor compensatorii. (3) Totalul penalităților pentru întârziere în decontare¹⁹, prevăzute la alin (1) și (2), nu poate depăși cuantumul sumei asupra căreia sunt calculate, cu excepția cazului în care prin contract s-a stipulat contrariul.” Acest ultim alineat pare să adauge la funcțiile obișnuite ale răspunderii civile (preventiv-educativă și cea reparatorie²⁰) și o funcție reprimatorie, care nu mai ține cont de exigențele principiale ale reparării prejudiciului, ci pune accentul pe pedepsirea debitorului rău platnic. Ideea este întărită și de celelalte alineate ale art. 4, care impun, pe de o parte, „penalități pentru fiecare zi de întârziere”, iar pe de altă parte, fac posibilă cumularea acestora cu „daune-interese pentru neexecutarea totală sau parțială a contractului”. În plus, legiuitorul conferă și avantajul părților să excedeze limita normală a acestor despăgubiri, prin stipularea unor clauze care să înlăture orice proporționalitate pecuniară între prejudiciu și cuantumul daunelor-interese pretinse (art. 4 alin. 3). Funcția reprimatorie civilă este dublată, așa cum deja am constatat, de una punitivă administrativă (art. 10).

Alineatul 1 al art. 4 ridică cel puțin două probleme mai importante. Prima se referă la caracterul său imperativ, cea de a doua privește natura juridică a penalităților. Obligativitatea inserării unor clauze care să instituie penalități de întârziere ar putea fi dedusă din exprimarea folosită: contractele „vor prevedea” asemenea sancțiuni convenționale. Dar concluzia stipulării imperative a penalităților este contrazisă de faptul că Legea nu dispune nici o sancțiune pentru sfidarea alin. 1 al art. 4. În aceste condiții, suntem de părere că textul nu este decât aparent imperativ, iar lipsa de sancțiune (prevăzută de Lege sau dedusă²¹) ne îndeamnă să conchidem că rămâne la latitudinea părților să prevadă sau nu, fără frică de pedeapsă, zisele penalități.

Cea de a doua chestiune pare să se rezolve prin trimiterea la conceptul de daune cominatorii²² jurnalieri și posibilității cumulului acestora cu oricare alt tip de daune-interese. Amenzi civile sau daune cominatorii, „penalitățile pentru fiecare zi de întârziere” au darul să sublinieze că disciplina contractuală se realizează exclusiv prin recurgerea la sancțiuni patrimoniale. Cea mai spinoasă întrebare rămâne dacă această dispoziție se va aplica și obligațiilor bănești. Evaluarea legală a despăgubirilor în cazul inexecutării acestora din urmă

¹⁷ Nu poate fi vorba de compensație în sensul art. 1143-1153 C.civ. (pentru simplul motiv că nu sunt îndeplinite condițiile acesteia!), ci de repararea prejudiciului cauzat prin neexecutarea contractului. Textul constituie încă o mostră de exprimare juridică neglijentă.

¹⁸ Textul legal ar fi trebuit să se sfârșească aici, deoarece restul nu este decât o repetare inutilă a ultimei idei.

¹⁹ Textul pare redactat de autorul Legii nr. 3/1988 privind încheierea și executarea contractelor economice, publicată în B.Of. nr. 18/02.04.1988.

²⁰ C. Stătescu, C. Bîrsan - *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Educational, București-1998, p. 124-125; L. Pop - *Tratat de Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Chemarea, Iași – 1994, p. 165.

²¹ Singura sancțiune de aplicat ar fi, potrivit dreptului comun, nulitatea; dar aceasta nu credem că-și regăsește temeiurile, sensurile și finalitatea în cauză.

²² C. Stătescu, C. Bîrsan – *op.cit.*, p. 310-311. Scoatem din discuție faptul că inclusiv această categorie de „sancțiune” poate fi (și a fost!) contestată din punct de vedere al resorturilor sale intime sau chiar a legitimității sale.

este realizată de un act normativ special²³, care reglementează dobânda legală și care pune semnul egalității între dobândă și „alte prestații sub orice titlu sau denumire, la care debitorul se obligă drept echivalent al folosinței capitalului.” (art. 6). Prin urmare, trebuie considerată sinonimă juridic sintagma „penalități pentru fiecare zi de întârziere” cu termenul de „dobândă”. Dar, ceea ce diferă este modalitatea de evaluare a dobânzii sau a „penalității pentru fiecare zi de întârziere”. O.G. nr. 9/2000 a păstrat viziunea clasică²⁴ asupra evaluării legale a prejudiciului pentru creanțele bănești, reglementând în acest sens cuantumul dobânzii legale prin raportare la dobânda de refinanțare a Băncii Naționale a României²⁵, în timp ce Legea nu mai face nici o referire la această dobândă legală, nici măcar înțeleasă ca prag (superior) pentru dobânzile convenționale.

O.G. nr. 9/2000 este de aplicat inclusiv în materie comercială (art. 3), dar ea contravine dispozițiilor Legii. Ce trebuie înțeles din conflictul existent între cele două acte normative? Din interpretarea diacronică a celor două acte normative, din aplicarea regulilor de drept intertemporal, dar și din specificația expresă a Legii, care abrogă „orice alte dispoziții contrare” (art. 13), se degajă concluzia că dispozițiile O.G. nr. 9/2000 nu mai sunt operante pentru evaluarea (legală) în comerț a daunelor-interese pecuniare. Deci, dobânda legală, criteriul unic (de până acum) de evaluare al daunelor neexecutării obligațiilor bănești, își pierde calitatea de reper exclusiv în materie comercială. Alături de evaluarea legală, Legea permite părților să recurgă și la mijloace convenționale (clauză penală) de prețuire a prejudiciului produs. Dobânda, legală sau convențională, se poate acum cumula cu „penalitățile pentru fiecare zi de întârziere”, dar și cu „daunele-interese pentru neexecutarea totală sau parțială a contractului, sub forma daunelor moratorii sau a celor compensatorii.” Toate acestea adunate vor putea depăși chiar și cuantumul creanței primitive, dacă părțile o doresc și o stipulează (art. 4 alin. 3)! Un alt efect, dedus *a pari*, al textului Legii este acela că în materia obligațiilor pecuniare comerciale își face loc și evaluarea judecătorească, judecătorul ne mai fiind ținut strict de evaluarea făcută de lege, adică de dobânda fixată de aceasta. Nu știm dacă este bine sau rău ca evaluarea legală a prejudiciului produs prin neexecutarea creanțelor bănești să fie izgonită din circuitul comercial, ceea ce știm este faptul că din 1879²⁶ legiuitorul s-a străduit să reprime camăta și anatocismul, iar acum acestea se pot metamorfoza în clauze penale stipulate cu scopul declarat de a întări disciplina contractuală...

Ne oprim aici cu scurtele noastre considerații asupra Legii. În loc de concluzie, suntem tentați să ricanăm, pasișând un *famos stilist*²⁷: am putea face orice, dar nu legi...

²³ O.G. nr. 9/2000 privind nivelul dobânzii legale pentru obligații bănești, publicată în M.Of. nr.26/25.01.2000 și Legea nr. 365/2002 pentru aprobarea O.G. nr. 9/2000 privind nivelul dobânzii legale pentru obligații bănești, publicată în M.Of. nr. 425/06.06.2002, precum și art. 1089 C.civ., care s-a „reîntregit” ca urmarea a faptului că Legea nr. 365/2002 a abrogat art. 11 al O.G. nr. 9/2000, care abroga expres art. 1089 alin. 2 C.civ....

²⁴ C. Stătescu, C. Bîrsan – *op.cit.*, p. 323-324. Unde se arată că instanțele pot totuși trece la evaluarea prejudiciului cauzat prin neexecutarea creanțelor bănești, ignorând dobânda legală. Ideea vine în contradicție cu faptul că la dobânda legală (daunele moratorii) nu se pot cumula și daunele compensatorii, aspect relevant inclusiv de către autorii citați (*ibidem* p. 323). În sensul că neexecutarea creanțelor bănești dă drept numai la daune moratorii, care sunt reprezentate doar de dobânda legală, a se vedea și sentința civilă nr. 322/11.01.2001 a Judecătoriei sectorului 1 București, în Pandectele Române nr. 3/2001, p. 161, cu nota critică a D-lui Alexandru George Ilie).

²⁵ Cf. art. 2 din Legea nr. 422/2002 privind stabilirea dobânzii de referință de către Banca Națională a României, publicată în M.Of. nr.497/10 iulie 2002 și art. 3 din Legea nr. 365/2002. Înainte de 1989, principiul exclusivității dobânzii legale a fost statuat chiar de către instanța supremă, a se vedea dec. civ. a Trib. Suprem nr. 1729/15.10.1970 în *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Tribunalului Suprem și a altor instanțe judecătorești pe anii 1969-1975*, Ed. Științifică și enciclopedică, București-1976, p. 117.

²⁶ L nr. 313/1879 pentru anularea clauzei penale din oarecare contracte, publicată în M.Of. nr. 40/20 februarie 1879, a apărut tocmai în ideea că art. 1088 și 1089 C.civ. nu i s-au părut legiuitorului ca suficiente în lupta împotriva cametei.

²⁷ E. Cioran – *Sfârtecare*, Ed. Humanitas, București-1995, p. 122. Textul maltratată de noi fiind, în original, următorul: „Aș fi putut fi orișicine, dar nu legislator.”



FORMALISM SUBSTANȚIAL ȘI LIBERTATE CONTRACTUALĂ ÎN DREPTUL PRIVAT CONTEMPORAN

Juanita GOICOVICI
asistent, UBB
Cluj-Napoca

Résumé: Formalisme substantiel et liberté contractuelle dans le droit privé contemporain. Parce que nul ne dénie, dans le droit privé indigène, l'importance de la forme substantielle pour la naissance des contrats comme la donation, l'hypothèque ou la vente des terrains, le positivisme juridique semble prendre, en matière, plusieurs longueurs d'avance. En lieu de s'interroger sur *la finalité* de la forme *ad validitatem*, les juges prennent une seule précaution: celle d'appliquer *ad litteram* la rigueur de la loi. La généralisation repose pourtant sur des bases bien fragiles. A l'évidence, aucune réponse générale et abstraite ne peut être donnée à la question de savoir quels sont les buts suivis par la règle de forme pour chacun de ces contrats. A travers de l'histoire du droit privé, le formalisme substantiel a été *un garant de la liberté contractuelle*. Pour étudier une telle philosophie, en la respectant, il faudrait être capable d'apprécier ses ressorts intimes, alors même que le juriste roumain en a déjà profité avant de la bien connaître. Il importerait de saisir également les relations qu'entretient la forme substantielle avec l'âge *contemporaine* des contrats solennels. Ce dont il faut se convaincre, c'est qu'il serait bien difficile de conserver l'exigence de la forme *ad validitatem* pour contrats dans le cas desquels la gravité originaire n'existe plus... Il ne suffit donc pas de lire les dispositions légales; la tâche du juriste consiste, dans ce domaine, de livrer un droit "prêt à l'emploi"...

1. Observații liminare. Imaginea formalismului substanțial în dreptul privat contemporan se află sub semnul unei duble obișnuințe. Obișnuim, pe de o parte, să gândim forma *ad validatem* ca pe o cerință – "povară" care, într-o ontologie voluntaristă a contractului, devine obstacol al formării convențiilor *solo consensu*. Pe de altă parte, abordarea doctrinară și jurisprudențială cunoaște astăzi, în special în dreptul privat indigen¹, doar norma vidată de sens: aplicată cu strictete în contracte precum donația, ipoteca și vânzarea de terenuri, forma creatoare de act juridic este puțin înțeleasă sub aspectul finalităților ce o impun.

S-a vorbit, de asemenea, vreme de mai multe decenii, despre un declin al formalismului constitutiv; s-a anunțat, mai recent, în legătură cu forma imperativă, o neașteptată renaștere²; contradictorii sau nu, afirmațiile ne prilejuiesc un punct de debut într-o analiză care, în dreptul nostru, s-a lăsat prea mult așteptată.

¹ Literatura franceză de specialitate pare, dimpotrivă, a se preocupa obsesiv de formalismul *ad validatem*, până la a-i surprinde în detalii resorturile intime. Pentru o aprofundare a relației formalism – voință în materia actelor juridice de drept privat, a se vedea îndeosebi: J. Bonnetcase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie*, Recueil Sirey, Paris, 1925, tome deuxième, p. 488 și urm.; J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, în "Études offertes à G. Ripert", tome I, L.G.D.J., Paris, 1950; M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, L.G.D.J., Paris, 1975.

² X. Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, în JCP nr. 40/1999, p 1767 și urm.

2. Plan de expunere. Scurtă privire asupra poziției tradiționale a formalismului substanțial în dreptul privat al contractelor. Pe terenul actelor juridice de drept privat, puține principii par astăzi mai bine consolidate decât cel al consensualismului. Libertatea contractuală și consensualismul sunt, ambele, epifanii ale autonomiei de voință, principiu filozofic potrivit cu care voința umană își este sieși sursă de lege.³ Contractele solemne⁴, a căror naștere validă presupune nu numai un acord de voințe, ci și îndeplinirea anumitor forme reprezintă situații de excepție; principial, forma – înțeleasă ca exteriorizare a voinței – rămâne la alegerea părților și cunoaște specii variate. Consensualismul are drept primă consecință simplitatea (deci rapiditatea) încheierii convențiilor, dublată de folosul evitării unor proceduri costisitoare de materializare a consimțământului.

Același principiu este prezentat ca fiind purtătorul unui indeniabil dezavantaj: acela de a permite consimțirea pripită la convenții ale căror efecte se vor dovedi pernicioase și indezirabile. În expresia plastică a unor reputați autori francezi – consensualismul “este făcut pentru contractanți puternici, adulți și onești”⁵; atunci când planează pericolul rămânării la bunul plac al celui alt contractant sau acela ca propria conduită să fie una nechibzuită, un abandon al consensualismului în favoarea formalismului substanțial își găsește pe deplin justificarea.

3. Orice formalism *ad validatem* urmează, astfel, un scop sanitar, securizator: forma vine să garanteze libertatea părții de a decide încheierea sau neîncheierea contractului, persoana cocontractantului și clauzele respectivei convenții. Libertatea contractuală și formalismul validator fac un cuplu fericit. Partea este protejată de manevrele persuasive ale celui alt, dar și de propria inabilitate de a surprinde, pe moment, adevărata substanță a intereselor sale, în “ipostaze” juridice de “gravitate” excepțională. Penetrarea părților în sfera dreptului are loc prudent și gândit, forma cerută *ad substantiam* venind să asigure, prin temporizarea contractării, un consimțământ avizat.

4. “Rolul profilactic al cerinței forme” și funcția sa de “garant al libertății contractuale” devin clișee cu care, în mod obișnuit, se explică intenția legiuitorului de a solicita respectarea anumitor solemnități. Ordonarea acestor idei juristul contemporan o datorează, în bună parte, lui Rudolf van Jhering, care, într-o căutare a sensurilor forme în dreptul roman al contractelor, nu ezită să afirme: “forma este sora geamănă a libertății; (...) o fortifică în interior și o protejează în afară. Formele fixate sunt o școală a disciplinei și ordinii și, drept consecință, o școală a libertății înseși (...). Toate popoarele care au știut să practice adevăratul cult al libertății au descoperit că posedau în forme nu ceva strict exterior, ci ‘înțelepciunea’ libertății lor”.⁶

A ne opri la suprafața acestor afirmații ar rezulta într-o observare incompletă a fenomenului. Ne propunem, în continuare, să surprindem, după o digresiune istorică indispensabilă (I), care sunt punctele de legătură între soluțiile formaliste ale dreptului roman, așa cum le descoperea Jhering, și cele ale Codului civil și legilor speciale moderne. Fragmentele interogației se vor a fi următoarele: care sunt finalitățile relației formă – libertate în dreptul contemporan (II); în ce

³ A se vedea, pentru această definiție ca și pentru considerații mai ample asupra amintitelor principii: Ph. Malaurie, L. Aynès, *Cours de droit civil*, tome VI, *Les obligations*, 7e éd., Cujas, Paris, 1996, p. 211 și urm.; de asemenea: P. Vasilescu, *Autonomia de voință – epifania juridică a ideii filozofice*, în SUBB nr. 2/1994, p. 89-106.

⁴ Cultura vocabulei amintește de latinescul *sollemne*, -is, care desemna o ceremonie religioasă celebrată la date anume fixate. În plan juridic, termenul este însă departe de a cunoaște o elucidare completă a originii sale: ar putea fi vorba despre *sollus + annus* (“care are loc în fiecare an”). Ceea ce se poate observa cu siguranță este doar faptul că etimologia sintagmei “contract solemn” evocă, totuși, obârșia religioasă, sacră a primelor solemnități formatoare de contract la Roma.

⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les obligations*, cit. supra, p. 249.

⁶ R. van Jhering, *L'esprit du droit romain*, citat după Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les obligations*, cit. supra, p. 249, nota 6.

măsură acestea propun, în contemporaneitate, o “cizelare” intelectuală și, poate, o moralizare explicită a raporturilor contractuale; ce anume rămâne din ideea de protecție a părții în confruntarea conceptului de formă autentică cu varianta electronică a informației (III).

I. GENEALOGIA CONCEPTULUI DE FORMALISM SUBSTANȚIAL. FORMA CREATOARE DE CONTRACT ÎN DREPTUL ROMAN

5. Prolegomena. Discursul doctrinar asupra dreptului roman al contractelor este, astăzi, unul stereotip. La baza sa: postulate precum cel al “societății primitive” și al relațiilor necesare de tip “magie-drept”, “religie-drept” și “rit-obligație”. În acest cadru, primele forme contractuale romane sunt văzute ca fiind de “un riguros și excesiv formalism”, contractul urmând să se “descătușeze definitiv din lanțurile formalismului primitiv” de abia în epoca imperială⁷. În ce ne privește, două observații ni se par axiomatice și, deci, necesare:

- juristul modern este tentat “să deschidă cu cheie improprie” abordarea istorică a conceptelor de drept. Pentru a facilita “lectura” substanței unei instituții, deplasarea la origini este o indispensabilă metodă; a le privi însă cu ochii epocii în care trăim nu poate fi o atitudine utilă;

- o bună parte din expunerile care exploatează, în literatura de specialitate, segmentul roman al evoluției unei instituții fie reduc materia la o banală înfățișare de date, fie se interesează de “curiozitățile” epocii, cu sacrificarea viziunii de ansamblu. Distanțarea netă de astfel de atitudini devine obligatorie, chiar dacă, procedând în acest mod, sfârșim în prezența unei construcții istorice pentru care dovezile lipsesc. Construcția propusă nu este, însă, nici “originală” – pentru ca, prea aventuroasă, să fie greu de acceptat –, nici funciamente “personală” – pentru ca, astfel fiind, să eșueze în subiectivism. Indiciile romane asupra modului în care forma poate fi exploatată ca și garant de libertate vor fi, în final, corelate cu ceea ce, în contemporaneitate, putem înțelege prin “trăsături ale formalismului substanțial”.

6. Prezervarea libertății prin constrângere? Sinopsis al tiparelor romane de contract. Într-o macroistorie a obligației de sorginte contractuală, apogeul acesteia poate fi plasat, fără nici o umbră de îndoială, în decorul dreptului roman⁸. Prin primele forme contractuale

⁷ Nici romaniștii nu cruță, sub acest aspect, dreptul roman al contractelor: a se vedea VI. Hanga, *Drept privat roman, tratat*, Ed. Didactică și pedagogică, București, 1978, p. 352 – 353.

⁸ Contemporanului care s-ar apăru mai întâi: obligația delictuală ori cea contractuală? i s-ar putea răspunde într-un singur mod. *Contractualul precede delictualul*, ultimului fiindu-i posibilă autonomizarea numai o dată cu apariția, în interiorul comunităților umane, a centrelor de putere, când membrilor grupului le va putea fi *impusă* acceptarea unei prestații compensatorii în locul răzbunării – limitate sau nu la prejudiciul suferit – (a se vedea R. Sacco, *À la recherche de l'origine de l'obligation*, în “Archives de la philosophie du droit”, tome 44, *L'obligation*, Dalloz, Paris, 2000, p. 34 – 35). Pentru un plus de exactitate, trebuie remarcat că despre o obligație izvorâtă din delict putem vorbi de abia mai târziu: nu din clipa înlocuirii regulii *vindicte* instituționalizate cu cea a compoziției voluntare (negociate, lăsate la libera înțelegere a victimei și răufăcătorului), ci numai o dată cu stabilirea – cu putere de normă – a cuantumului prestațiilor (pecuniare) datorate, în situații-tip, de către făptaș victimei (moment din care penetrarea elementului convențional – ori volitiv – în sfera delictualului este stopată). Nu este locul aici pentru detalii, dar ni se pare util să menționăm că, potrivit autorului citat, prima formă de compoziție – cea voluntară – exclude ideea *juridică* de obligație, întrucât nu face decât să ia locul răzbunării private, or locul cu pricina este cel al unei simple îndatoriri morale (îndatorirea membrilor grupului de a-și răzbuna seamănuși). În ce ne privește, două precizări ne circumscriu poziția: 1. Tindem să dăm dreptate autorului menționat: până la apariția compoziției legale, răzbunarea nu este imperativ, ci doar conjunctual înlocuită de acordul de voințe al celor implicați. 2. Detaliile amintite evoluții ne interesează extrem de puțin, ele ținând de originea dreptului penal general. Reperete astfel fixate le acceptăm doar câtă vreme vin să adâncească sensul afirmației că, la Roma, *contractul* (și nu o altă sursă de obligații) *este și obârșie, și paradigmă pentru “legătura cauzatoare de obligații”*, între oameni și, ultramundan, între aceștia și zei.

romane trebuie înțelese: “*nexum*, străvechi contract de împrumut, care se realiza prin procedul cântării față de martori, denumite prin aramă și balanță (*per aes et libram*), procedul utilizat și în materie de înstrăinare a proprietății”; contractul verbal (*sponsio*) care se încheia prin pronunțarea anumitor cuvinte solemne și “contractul așa-zis “litera” (*litteris*) intervenit în baza unor înscrieri făcute în registrul (*codex*) creditorului cu încuviințarea debitorului”.⁹

7. Când specialiștii se lovesc pentru prima dată de perspectiva romană asupra genezei contractelor, ei văd în lipsa de flexibilitate și în reticența față de “consensualism” o greșeală întâmplătoare a juristului, un fel de *deficiență* a gândirii lui. O minimă atenție descoperă însă repede această eroare, astfel încât caracterul solemn încetează să fie apreciat *ca element patologic* al aparatului contractual.

Pentru a fi pe deplin înțeles în substanța lui spirituală, simbolul prezent în ritualul roman trebuie mai întâi descris în geneza sa materială. Forma-ritual pune sub ochi o realitate care este aneantizată în intențiile înseși ale operației de simbolizare: gestul și obiectele prezente nu au valoare *per se*, ci slujesc doar “revelării”, în formă perceptibilă, a abstracțiunilor juridice pe care le creează acordul de voințe. În demonstrația *ad oculos*¹⁰ realizată *litteris* sau verbal (*stipulatio*) nu un element material privilegiat (precum balanța și bucata de aramă cântărită, în cazul mancipațiunii) trebuie să înceteze să fie în formă ceea ce este el ca obiect supus simțurilor; aici, esența juridică a actului este exprimată printr-un *narativ* al conținutului obligațional al viitorului contract, iar “exprimarea” intervine la nivel verbal sau grafic. Aparența se încarcă, însă, în același mod, cu conținut “cognitiv” și devine *formă cu semnificație*, deși – analog tiparului *per aes et libram* – aprofundarea (saltul în juridic) este întreprinsă de către părți din perspectiva unei suprafețe non-juridice, materiale. De aici și statutul ambiguu (sau polivalent juridic) al imaginii ori simbolului prezent în ritual¹¹. În măsura în care arată pururi dincolo de el, vizibilul este pulverizat, el fiind doar punctul solid care permite saltul în lumea realității juridice “nevăzute”, imperceptibile simțurilor în absența elementului concret declanșator.

8. Este de remarcat, deci, regăsirea la baza oricărei tipar contractual a unei *convenții de semnificare*, o “convenție” *asupra formei*¹² care permite recunoașterea, prin substituirea concretului cu abstractul juridic, a conținutului de voință al părților. Singura soluție găsită de spiritul omului antic pentru a înlesni o *transfixio mentis* între ambianța “profană” a contractului și semnificația sa juridică a fost forma de tip simbolic. Pe scurt, semnificația alegerii formei rezidă în preocuparea pentru înțelepciune, cumpătare, comportament temperat în general.

⁹ VI. Hanga, *cit. supra*, p. 252.

¹⁰ Al cărei efect este găsit a fi mai solid decât o simplă instrucție verbală (preferată de dreptul contemporan, sub forma actului notarial) a părților cu privire la implicațiile juridice ale contractului lor. De unde, poate, tentația de a accepta ideea că *procesul de conceptualizare* a devenit posibil – în absența elementului concret declanșator – numai după “desprinderea” omului de imediațetea naturii și, deci, o dată cu apariția mediului urban: M. Fürst, J. Trinks, *Manual de filozofie*, Humanitas, București, 1997, *passim*.

¹¹ Una din fascinațiile modului în care sunt concepute contractele formale în dreptul roman este aceea că demonstrează afinitățile dintre gândirea abstractă și vizualizarea concretului. *Din premise psihologice diferite*, simbolismul formator de contract – concentrat în jurul ideii de a prezerva libertatea cetățeanului roman – slujește, invariabil, *același traiect protector*.

¹² Cu angajarea, de aici, a unei duble consecințe: 1. Peregrini nu pot participa la ritualurile creatoare de contract destinate cetățenilor romani. Formele-tip sunt necunoscute străinilor, aceștia nu au “consimțit” la ele, înțelesul lor mimetic le rămâne ascuns, ceea ce înseamnă că nici înțelesul (conținutul) juridic nu le-ar putea fi accesibil. Imperative de ordin economic au impus convenirea, “contractarea” cu peregrinii, dar aceasta are loc în baza unor ceremonii specifice, imaginate după tipicul celor funcționând între romani (pentru detalii: P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1929, *passim*). 2. Nu pot fi create forme private, substitutive ale celor “convenite” la nivelul comunității romane – un reflex (nu numai) al ideii că la protecția imaginată de “lege” contra propriei impulsivități (protejarea părții de ea însăși) nu se poate valabil renunța.

Selecția simbolului operează înlăuntrul imaginilor familiare cetățeanului roman: registrul personal al veniturilor și cheltuielilor (în ritualul *litteris*), întrebare și răspuns simetric rostite în prezența martorilor (în *stipulatio*), cântărirea bucatei de aramă ce servește drept monedă (în modelul *per aes et libram*). De observat însă că elementele de ritual nu reprezintă o scenă al cărei conținut să nu aibă corespondent într-un fragment de realitate: ritualul ar fi opac, lectura simbolului ar fi imposibilă cetățeanului roman în absența înțelegerii fiecărei etape parcurse. Solemnitatea continuă să aibă un statut simbolic decis, dar tot atât de ferm ea propune, prin intermediul imaginii, obiectivarea unei stări de conștiință. Voința juridică însăși este cea care se dezvăluie, treptat și prudent, respectând modelul “perfect” propus de legea civilă.

9. Voință “nudă” și voință “înveșmântată”. Repere utilitariste ale formei. Făcând aceste observații, nu am recuperat pe deplin unitatea termenului de “formă” în contractele romane. Perspectiva noastră se vrea pragmatică: utilizarea concluziei pentru a întreprinde investigații în dreptul privat contemporan. Sintagma “formalism substanțial” trebuie, deci, adusă, printr-o *clasificare a finalităților sale*, la o funcționare omogenă, care să anuleze pericolul unei dispersii semantice de proporții. Am obținut deja o proprietate minimă, - resortul intim în virtutea căruia același formalism substanțial funcționează la Roma pe coordonate concrete atât de diferite¹³. *Symbolismului convențional de tip matematic, lingvistic ori vizual îi revine funcția unei restituiri*: conținutul *juridic* al acordului de voință, ca și penetrarea lor în spațiul dreptului¹⁴ le sunt “revelate” părților prin chiar intermediul ritualului formator de contract.¹⁵ O asemenea funcție a solemnității este construită, în dreptul roman, pe două coordonate:

a) *contractele romane se află sub semnul tipicității*, atât în privința existenței unor specii “oficiale” de contract, cât și în privința unui tipic al conținutului contractual.¹⁶ Tipicitatea

¹³ Nimic mai diferit, în planul realității imediate, decât stipulația romană (întrebare și răspuns) în raport cu complicatul *nexum* ori cu dubla înregistrare a cifrelor în *codex*, în contractul de tip *litteris*.

¹⁴ Definierea contractului ca fiind “acordul de voință făcut *cu intenția de a produce efecte juridice*” – valabilă, măcar parțial, și pentru dreptul roman – ar trebui să ne alarmeze de fiecare dată. Atât contractul, cât și conceptul de proprietate au o certă funcție socializatoare; paradoxal însă, această funcție este furnizată de premise *egocentriste*. Pentru explicarea amintitelor realității juridice pe coordonate filosofice, a fost propus conceptul de “egoism etic”, care pleacă de la ideea că oamenii, prin natura lor, pe baza alcătuirii lor psihice, acționează doar în interes propriu, dar că, totodată, acest egoism este unul “etic”, întrucât legătura socială și juridică țesută de contract, respectiv de proprietate “eliberează” în aceeași măsură în care “aservește” și, în vreme ce divide interese, asigură coeziunea corpului social: M. Fürst, J. Trinks, *op. cit.*, p. 191 – 192. Pentru exploatarea cu succes a psihologiei și filozofiei în spațiul dreptului privat, a se vedea M. Fabre-Magnan, *Propriété, patrimoine et lien social*, în RTDciv. nr. 3/1997, p. 583 – 613.

¹⁵ În literatura de specialitate s-a încercat surprinderea unei apropieri între ritualul creator de statut social la om și ritualurile – similare în finalitate – cunoscute de animalele superioare. De pildă, la numeroase vertebrate, “marcare solului” declanșează dobândirea teritoriului, în același mod în care, în societatea umană arhaică, produce dobândirea proprietății funciare. Apropieri pot fi semnalate, ni se spune, și în privința ritualului formator de “familie” (cu suta de consecințe specifice în materia asistării și dominării puilor). În acest sens, ca și pentru detalii: R. Sacco, *cit. supra*, p. 37. *Analogon*-ul propus rămâne, în ce ne privește, fără relevanță în materia dreptului privat. Puterea lui de coerciție este subminată de faptul că numai în spațiul ritualului uman (inclusiv cel al formării de contract) fragmentele de ceremonie urmăresc un *final conștientizat inclusiv la nivel conceptual*; gestul uman creator de contract este “realitate mediată” în aceeași măsură în care este “realitate imediată”, gestul animal o cunoaște numai pe cea de a doua și această “cunoaștere” are un fond-tip inferior. Mai mult, apropierea propusă de autorul citat ne apare ca periculoasă câtă vreme ar putea angaja concluzia manifestării unui anumit *instinctivism* în spațiul ritualului uman de tip contractual: voința participanților la act nu numai că nu ar fi protejată ori mai clar exprimată, dar ea ar fi fie semi-rațională, fie inexistentă!

¹⁶ A se vedea, pentru dezvoltări, P. Voci, *Institutioni di diritto romano*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 126 și urm.; de asemenea: A. Guarino, *Diritto privato romano*, dodicesima edizione, Editore Jovene, Napoli, 2001, *passim*.

actelor juridice rezultă în recunoașterea, de către dreptul civil, a unei *serii limitate și precise determinate de contracte*, pentru a produce efecte juridice un contract privat trebuind să îmbrace unul din “modelele” legale. Trăsătura pe care o analizăm este o consecință a modului de gândire juridică practicat la Roma; reglementarea raporturilor sociale are loc nu prin norme generale, care ar fi riscat să fie inutile, inaplicabile ori simple utopizări, ci printr-o permanentă investigare a practicii – singurul barometru real de utilitate – și prin *consacrarea progresivă de instituții juridice verificate*.¹⁷ Există, astfel, un “catalog” roman al contractelor, situație opusă celei cunoscute de dreptul modern, unde regula generală permite imaginarea – între anumite limite – a oricărui contracte nenumite.

Tipicitatea contractuală se dovedește, dincolo de aparență, un avantaj: într-o societate compozită, cunoscătoare de dialecte diverse și de obiceiuri locale contradictorii, unitatea unui sistem juridic se menține prin fixarea de tipare contractuale “oficiale”. După cum, într-un model cum este, de pildă, cel al stipulației, părțile trebuie să rostească cu atenție cuvintele prescrise de lege pentru întrebarea și răspunsul formatoare de contract. Abaterea de la regulă atrage ieșirea din spațiul juridic contractual, cei care își doresc accesul în acest perimetru trebuind să suporte rigoarea legii. Să fie, atunci, imaginea formalismului roman – protector de libertate propusă de Jhering o viziune idilică și lipsită de suport istoric? Dimpotrivă: după cum a admis însuși autorul, nimic nu ocrotește mai bine libertatea decât disciplina și ordinea.

10. În interiorul tipicității contractuale există un tipic al conținutului. În concepția romană asupra actului juridic, acesta poate fie să producă efecte reale, fie să genereze obligații, niciodată însă amândouă. *Mancipatio* și *traditio*, de pildă, permit dobândirea de drepturi reale; contractele sunt figuri juridice generatoare de obligații.¹⁸

Din nou tipicitatea urmează un pronunțat rol practic: conținutul unui contract fiind precizat prin lege (în mod generic, ori chiar în mod specific – cazul vânzării, unde prețul trebuie stabilit în bani), regimul juridic aplicabil unui raport contractual concret va fi lesne de decelat. Raportul dintre norma impusă și inițiativa privată nu se rezolvă, însă, în “anihilarea” ultimei: juriștii romani vorbesc despre existența așa-numitei “naturi” a contractului – elemente ale acestuia prevăzute de lege, dar de care particularul se poate dispensa.¹⁹

Atunci când legea romană indică *generic* conținutul unui act juridic, vom fi în prezența *actelor juridice abstracte*: cele în care respectarea ritualului prescris este *per se* suficientă nașterii de contract, fără a mai fi necesară investigarea cauzei. În pofida imaginii trunchiate pe care juristul modern o are uneori asupra chestiunii, soluția este extrem de ingenioasă: “dispensa” de cauză se reduce la o absență de preocupare pentru existența ei în contract. În realitate, cauza încheierii nu lipsește contractului roman niciodată, iar dacă lipsește situația

¹⁷ Un soi de “pragmatism *avant la lettre*” este cel care pare să explice dezinteresul roman pentru legitățile cu valabilitate generală și cultul ideii că soluția trebuie să se valideze în fiecare situație, din nou. Preocuparea pentru a surprinde *caracterul concret al adevărului* (adevărurile “utile” sunt mai importante decât cele “absolute”) și nu absența unui spirit iubitor de claritate este cea care sacrifică, la Roma, paradigma în favoarea relativului (pentru o privire asupra pragmatismului ca orientare filosofică apărută în secolul al XIX-lea, a se vedea A. Marga, *Istoria filozofiei. Orientări și curente filozofice contemporane, note de curs*, Universitatea “Babeș-Bolyai”, Facultatea de Istorie-Filozofie, 1981, p. 54 și urm.).

¹⁸ Ceea ce explică de ce, la Roma, pentru a realiza o vânzare este nevoie de două acte juridice: un contract creator de obligații și un alt act juridic (o *mancipare* sau o tradițiune) pentru transferul proprietății la cumpărător. Pentru detalii: P. Voci, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹ *Accidentalia negotii* sunt elementele pe care dreptul nu le atribuie contractului, *putând fi însă introduse de către particulari*. În ce măsură mai este cunoscută, astăzi, valoarea “terapeutică” a clasificării în “elemente de esență contractului, de natura contractului și accidentale”? Dincolo de simplitatea disjungerii descoperim o gândire atentă la libertatea (inițiativa) subiectului de drept.

este văzută ca patologică și ca făcând necesară intervenția “sanitară” a pretorului, în sensul înlăturării efectelor respectivului act.²⁰

Care este rațiunea menținerii, în dreptul roman, a actelor “abstracte”? Deloc surprinzător pentru spiritul roman căutător de echitate, existența actelor juridice abstracte compensează efectele tipicității contractuale. Stipulația ori mancipațiunea pot servi ca suport pentru o varietate nelimitată de acte juridice concrete, rezultat imposibil de atins dacă se fixează cauza actului juridic la un scop anume. Prețul plătit este, însă, cel al rigorii: cetățeanul roman își poate “construi” oricâte acte juridice cu ajutorul amintitelor tipare, dar cea mai mică eroare în executarea ritualului îl va aduce în vecinătatea unui act “inexistent”. Traiectul protector al formei nu riscă, astfel, nicicând să fie sacrificat.

b) *formalismul substanțial și formalismul probator se suprapun*. Sensibilitatea sistemului juridic pe care îl analizăm la gesturi și simboluri care provoacă imaginația, întipăririi în memoria celor prezenți actul juridic la a cărui naștere au asistat, se explică și prin preocuparea pentru probă. De pildă, la ritualul mancipațiunii participă în mod necesar cinci martori, număr considerat suficient pentru a putea stabili, mai târziu, existența și întinderea angajamentului părților și pentru a asigura memoria, onestitatea și supraviețuirea “furnizorilor de dovadă”. Societatea antică utilizează pe larg proba testimonială întrucât nu o cunoaște — la început cel puțin — pe cea scrisă. Chiar și atunci când înscrisul se extinde ca specie de dovadă, juriștii romani nu se grăbesc să-i acorde preferință: supus pericolului falsificării și confruntat cu un analfabetism răspândit, înscrisul va fi concurat multă vreme de dovada cu martori.²¹

Ceea ce poate surprinde este, însă, faptul că — în privința fragmentelor “probatoare” din ritual — avem de a face nu cu elemente solicitate *ad probationem*, ci cu unele formatoare de contract. Cum se explică, în astfel de cazuri, suprapunerea formalismului probator cu unul constitutiv și prevalarea decisivă a ultimului asupra celui dintâi? Credem că prin ideea pe care este centrat însuși sistemul contractual: libertatea cetățeanului roman este unica sursă a “supunerii” sale contractuale; contractul este obligatoriu în măsura în care a fost liber consimțit. Or, romanul știe foarte bine că nimic nu încalcă mai grav libertatea umană decât a fi obligat la respectarea unui contract pe care nu l-a încheiat, sau l-a încheiat în alți termeni decât cei rezultați din administrarea unei probe false. Formalismul contractual este astfel “protecție”, nu “povară” inclusiv pe teren probator.²²

11. Forma substanțială – un monopol al legislațiilor arhaice? Drept medieval și tehnică contractuală. Dacă ignorăm detaliile, formalismul substanțial de incidență contractuală pare să cunoască o evoluție lineară, având ca punct *terminus* deplina consacrare a consensualismului convențional. O evoluție care, deja la Roma, se face ecolu adaptării

²⁰ De pildă: dacă tatăl miresei transmite viitorului ginere, înainte de oficierea căsătoriei, proprietatea unui teren cu titlu de dotă prin ritualul mancipației, iar apoi nunta nu mai are loc, pretorul va acorda o acțiune în repetiție (valorificând juridic lipsa cauzei). Pentru detalii: P. Voci, *cit. supra*, p. 128. Soluția este similară în caz de dol.

²¹ Pentru detalii: P. Voci, *op. cit.*, p. 156 și urm.

²² Nu cumva formalismul probator nu a încetat nicicând să fie o specie a formalismului “de protecție”, regulile privitoare la proba actelor juridice ținând nu la stabilirea adevărului absolut în cauză, ci la ocrotirea părții de pretenții nejustificate ale celuilalt? Protecția părții este văzută a fi mai importantă decât descoperirea adevărului obiectiv de către judecător: deși încheiate *solo consensu*, convențiile neprobate sunt convenții “inexistente”. Nu ne convinge, însă, susținerea celor care, pornind de aici, au afirmat că ne găsim în plină eră a formalismului contractual. Pentru noi, consensualismul rămâne o proclamare — necesară — a putinței voinței exteriorizate de a fi creatoare de contract *per se*, chiar dacă, pe teren probator, falia deschisă între “adevărul probat” și “adevărul material” este un dat al sistemului juridic astfel imaginat (a se vedea, pentru unele nuanțări, P. Louis-Lucas, *Vérité matérielle et vérité juridique*, în “Mélenges offerts à R. Savatier”, Dalloz, Paris, 1965, p. 583-601).

dreptului la progresul economic, pe de o parte, și la cel tehnic (aparitia și răspândirea hârtiei), pe de alta.

A prezenta lucrurile într-o asemenea manieră ar trăda însă o viziune voit simplificatoare și, în bună parte, eronată. Vârsta medievală a contractului nu va abandona ideea “voinței juridice înveșmântate”, dar va face din consimțământul însuși “haina” cea mai “ușoară” pe care contractul – pentru a se naște valabil – o poate îmbrăca. Trecând prin concepția “savantă” a primilor glosatori și prin exigența moralei creștine de “respectare a cuvântului dat”, istoria consensualismului cunoaște un drum sinuos.

12. Secolele al V-lea și al VI-lea (epoca francă) sunt un timp al confruntărilor și al “reașezărilor” culturale: sub influența invaziilor barbare, contractele redevin formaliste, simbolul este reexploatat juridicește, adaptarea individului la “magia” formei este din nou fapt curent.²³ Nu există decât două categorii de contracte: cele solemne și cele reale, formalismul primelor fiind unul deplin. Obiectul este rupt din contextul “real” al existenței sale și prelungit până la nivelul unui sens pe care îl suportă și îl slujește optim: bastonul simbolizează puterea și proprietatea; strângerea mâinii ori sărutul închid un circuit al acordului de voință contractuală; un document scris (“carta”) formează contractul prin depunerea lui pe pământ și ridicarea lui de către cealaltă parte (într-un soi de fascinantă intruziune a tradiției în formalismul literal). Locul transfigurării simbolice este obținut în același mod ca și în dreptul roman (de unde impresia de “întoarcere în timp”) și servește aceluiași scop: prin insistența cu care ritualul se oferă privirii, acesta va atenționa părțile asupra pășirii în juridic; prin simpla participare (voluntară și conștientă) la ritual, partea este ținută de angajamentul luat. Circuitul civil este, astfel, securizat.

13. Epoca feudală nu va aduce o desprindere imediată de acest decor contractual. Joncțiunea mâinilor, sărutarea²⁴, angajamentul luat prin ridicarea mâinii drepte (jurământul) se mențin ca gesturi formatoare de contract.²⁵ Deși ultimul va trezi derută în sânul Bisericii, dată fiind prohibiția evanghelică de a lua în deșert numele Domnului, va deveni mai târziu un important factor de moralizare și un garant de fidelitate²⁶ contractuală.

Trecerea la consensualism a fost un proces de durată.²⁷ Amprenta acestui proces: paradoxal ori dimpotrivă, *un formalism revizuit*. Ruptura de tradiția romană nu este dorită de primii glosatori; aceștia vor menține construcția “hainelor juridice” care îmbracă acordul de

²³ Pentru dezvoltări: J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Paris, 1992, p. 151 și urm.

²⁴ Sub influența, se pare, a dreptului roman, unde gestul este o marcă a convenirii logodnei.

²⁵ În unele zone, încheierea contractului este semnalată de gestul părților de a bea împreună un pahar cu vin. Obiceiul este depistabil (încă) și la noi, în “tranzacțiile” rurale (în Transilvania, de pildă, “se bea adălmășul”). Să fie gestul cel care, în cazul acestora, formează contractul sau el este doar un simbol, golit azi de conținut juridic? Ne îndoiim că răspunsul ar fi unul lesne de furnizat, dată fiind posibilitatea recunoscută părților de a “esențializa” elementul-formă (aici, forma este gestul de a bea un pahar de băutura împreună) chiar și acolo unde legea “vede” o convenție consensuală. Să fie etnologia juridică o disciplină pe nedrept ignorată?

²⁶ Nu e ușor de luat decizia de a încălca un angajament contractual, când în joc se află soarta sufletului, după moartea fizică!

²⁷ De remarcat că așa-numitul “principiu al consensualismului” nu a fost nicicând “oficializat”. Invocarea art. 971 C. civ. (și a reflexiei sale, art. 1295 C. civ.) pentru a vorbi despre un Cod civil “consensualist” este o forțare a notei. Textul “În contractele ce au ca obiect translația proprietății sau a unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmit prin efectul consimțământului părților și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu s-a făcut tradițiunea lucrului” nu face decât să marcheze desprinderea de tipul de contract roman “generator de obligații”, operațiunea romană a tradiției ori transmiterii proprietății printr-un alt act juridic (subsecvent contractului) fiind suprimată o dată cu proclamarea efectului translativ de drepturi al contractului modern. De ce nu este aceasta o marcă a consensualismului? Pentru că textul reglează *efectele contractului*, faza încheierii convenției (unde joacă forma ori consensul) nefiind vizată aici.

voințe oficializându-l, dar vor susține – sensibili la necesitățile economice ale momentului – că însuși consimțământul poate fi un asemenea veșmânt. Cuvintele “contract consensual” nu sunt, însă, rostite. Mai mult, sub influența Bisericii, nu încălcarea “consensului”, ci “păcatul limbii” – minciuna – este cea care stigmatizează, obligând la executarea contractului.²⁸ Tradusă în termeni juridici, morala creștină echivalează aici cu a considera ca superfluu orice formalism; desprinderea de dreptul roman pare să înceapă.

14. Să fie într-adevăr *solo consensus obligat* semnul începutului unei ere a consensualismului? Mai degrabă, marca unui formalism “cosmetizat”. Forța contractului își trage încă seva din același registru în care o făcea în dreptul roman: nu faptul că contractul a fost “vrut” de către parte o va obliga la respect, ci apartenența acesteia la o instituție socială și imortalitatea sa transmundană, statutul său de *homo religiosus*, cu alte cuvinte: participarea la solemnitatea descrisă de promisiunea religioasă de contract.

De abia mai târziu, în școala dreptului natural, contractul primește imaginea unei construcții a spiritului, în care libertatea și voința creatoare de drept sunt semne ale umanului revelat în formă perceptibilă. *Consimțământul devine un corolar al libertății umane*²⁹: dar nu a fost așa încă din dreptul roman? Legătura constatată de Jhering între libertate și forma-protectoare de consimțământ pare să fie, astfel, o permanență a universului contractual.

15. Perenitatea unei instituții. Trăsăturile formalismului substanțial în contemporaneitate. Departe de a se constitui în antiteza legislațiilor primitive, formalismul contemporan se caracterizează prin următoarele atribute:

a) *formalismul substanțial este un formalism de protecție*; postulatul trebuie analizat în cele două elemente ale sale. Pe de o parte, libertatea contractuală presupune “posibilitatea” subiectului de drept de a se lega juridicește prin unica intervenție a propriei voințe; contractul fiind “dimensiunea juridică” a ființei sale, părții la act trebuie să i se permită ca pătrunderea în spațiul dreptului să aibă loc *prudently și avizat*. Pe de altă parte, forma substanțială realizează, în cazul actelor juridice de importanță deosebită, colaborarea ideală între intuiție și concept juridic; ea este o atestare “palpabilă” pentru geneza abstracțiunii juridice numite “contract”. Avem de a face, astfel, cu un veritabil element de “tehnică contractuală perfectă”: libertatea de a conveni ori de a repudia un contract nu ar fi completă dacă ea nu s-ar defini

²⁸ “On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles”, s-a spus. Nu este deloc anodină observația că celebra maximă a lui Loysel – în același timp, una din sintagmele-argument cele mai frecvent invocate pentru a situa în dreptul canonic *debutul erei consensualismului contractual* – este, în realitate, produsul unei neașteptate erori. Nu numai că paternitatea acestuia nu poate fi atribuită lui Loysel, dar adagiul nici nu a fost enunțat pentru a se aplica formării contractelor, ci pentru a servi la explicitarea lui *vinculum iuris* din cunoscuta “definiție” a obligației. *Originea analogiei: Institutetele* lui Iustinian (“Verba ligant homines, taurorum cornua funes”) și, mai târziu, operele glosatorilor. *Semnificația*: la nivel ideatic, *vinculum corporale* – definit ca neputință de a pleca, de a ieși din laț – amintește de *vinculum intelectuale* reprezentat de obligație – legătura (“de drept” de data aceasta, nu “de fapt”) în temeiul căreia cineva este “ținut să dea, să facă sau să presteze ceva”. Este greșit, însă – subliniau juriștii lui Iustinian – să gândim obligația ca pe o “legătură de drept”; ea este *produsul acestei legături*, după cum, în cazul vitelor, *ligatio* nu este însăși funia care le leagă, ci starea ce rezultă din aplicarea acestei legături asupra lor. Strict tehnic: obligația este nexul stabilit de către normă între o acțiune umană și consecința ei juridică (R. Sève, *L’obligation et la philosophie du droit moderne*, în “Archives de la philosophie du droit”, *L’obligation*, cit. supra, p. 90). *Concluzia*: dreptul civil contemporan rămâne tributar – până și în cele mai elementare fragmente – reproducerii, din rutină ori din ignoranță, a unor imagini ininteligibile (improprii) juristului actual, dar familiare epocilor trecute. Mai mult, ultimul își cheltuiește, se pare, vigoarea științifică în aprobarea sau negarea fondului conceptual “moștenit”; or, într-o critică a celor deja gândite, el însuși gândește tot mai puțin... Pentru lectorul doritor de detalii asupra chestiunii mai sus examinate, trimitem la J. Gaudemet, *Naissance d’une notion juridique. Les débuts de l’obligation dans le droit de la Rome antique*, în “Archives de la philosophie du droit”, cit. supra, p. 19 – 32.

²⁹ A se vedea J.-L. Gazzaniga, *op. cit.*, p. 172.

drept “putință de auto-limitare”³⁰. Acolo unde poziția mai fragilă (ori mai ușor influențabilă) a contractantului o cere, asistența acordată de lege prin impunerea unei forme solemne de contract se dovedește semnul unei înțelepte măsuri preventive.

16. În mod obișnuit, juristul contemporan reduce discursul asupra formalismului validator la o juxtapunere de tipul “consensualism – solemnitate”, în care dispoziția legii cu privire la formă este: element favorabil ori aspect portivnic, serviciu ori daună, instrument ori impediment, principiu pe care subiectul de drept îl manipulează cu o finalitate determinată (simplitate și rapiditate) ori factor pe care este bucuros să îl evite. Nu poate surprinde, așadar, faptul că juristul contemporan a sfârșit prin a se întreba – pornind de la rigoarea cu care au fost stabilite regulile de probă a actelor consensuale – dacă mult-invocatul triumf al consensualismului în Codul civil ne este doar o iluzie optică. Și aceasta întrucât, după cum intuitiv avea să se remarce³¹, - similare în rațiunea lor de a fi (atenționarea părților și stabilirea întinderii angajamentului) – forma *ad validitatem* și cea probatoare sunt două fațete ale aceleiași exigențe. Or, atunci, etapa post-codificare să fi fost dintotdeauna “formalistă”?

Un simplu apel la acribie științifică rezolvă, credem, aparentul impas. S-a plecat, reamintim, de la opoziția consensualism – formalism, or însăși contrapunerea făcută este expresia unui spirit ignar. Formalismul substanțial modern, nu mai puțin decât cel roman, *nu merge în contra voinței*, nu este imaginat pentru a o încorseta, ci pentru a-i asigura *libera manifestare* (în accepțiunea cea mai profundă a termenului subliniat de noi). Am observat cum, în dreptul roman, grație tipicității contractuale, forma este un factor de simplitate și de rapiditate³², în aceeași măsură în care securizează. Dreptul modern nu cunoaște, din această perspectivă, mutații decisive: departe de a fi prea subtile pentru a fi înțelese, avantajele formei-protectoare de consimțământ astăzi atârnă la fel de greu în balanță precum beneficiile unui sistem consensualist.

b) forma substanțială este vector de consimțământ. Mecanismul pe baza căruia funcționează solemnitatea este cel al “prelungirii dogmei voluntariste”³³ către “obținerea” unui consimțământ avizat: atotputernicia voinței umane de a crea contract nu este abandonată, ci mai bine exploatată, în sensul asigurării unui cadru “igienizat” pentru ca ea să se manifeste. Profunzimea soluției nu trebuie ignorată: o dată postulată libertatea de a contracta, consimțământul la act trebuie să fie expresia “perfectă” a acestei voințe: or, în cazul contractelor de gravitate sporită forma însăși este chemată să materializeze voința de a contracta. Contradicția este doar aparentă: dincolo de ceața evidenței, forma solemnă și libertatea contractuală se suprapun, în această conviețuire prima fiind “paznicul” celei de pe urmă. Mai mult: *forma solemnă este unica variantă permisă de materializare a voinței juridice*, participarea la solemnitate (simplă temporizare ori prilej pentru consiliere) venind să asigure un consimțământ “de calitate”. Conchidem, așadar, că *forma solemnă este un mod de exteriorizare a consimțământului*, singurul admis de lege în cazul acestor acte juridice.

17. În sens larg, însă, orice contract presupune o formă. Ca regulă generală, varianta de formă nu este impusă de lege, ceea ce înseamnă că ea va fi liber aleasă de către părți. Să fie oare orice contract dublat de o *convenție asupra formei*, al cărei conținut juridic să conștie în alegerea speciei de “prezentare” a voinței părților la contractul propriu-zis? Tentația de a răspunde afirmativ va trebui temperată de o mai îndeaproape abordare a chestiunii.

18. *Actul juridic consensual este un act formal?* Aparent, întrebarea este tendențioasă. Apelativul “act formal” este rezervat, în mod obișnuit, actelor pentru care forma devine element substanțial, cu neputință de evitat de către părți în procesul de creare a contractului.

³⁰ În acest sens, J. Flour, *op. cit.*, p. 95.

³¹ *Idem*, p. 99.

³² Trăsătură păstrată vizibil de forma unora dintre titlurile de valoare, în dreptul comercial modern.

³³ După cum deschis o spune X. Lagarde, *cit. supra*, p. 1769.

Corelată, însă, cu întrebarea dacă ar trebui să vorbim despre convenții asupra formei în cazul tuturor actelor bilaterale, problema invită la un răspuns prudent.

Pentru doctrina franceză³⁴, “inevitabilitatea” unei conveniri a formei ori de câte ori convenim un act bilateral este un aspect neverosimil. Și aceasta nu pentru că nu ar interveni o veritabilă înțelegere – tacită ori expresă – cu partenerul contractual asupra formei convenției principale, ci pentru că, în cazul actelor consensuale, “forma convenită” nu este formă. Perspicacitatea raționamentului nu poate fi negată: dacă prin “consimțământ” – ca element de sine stătător în contract – înțelegem “manifestare de voință”, consimțământul la act și forma acestuia nu vor coabita; va exista doar primul, forma nefiind un element de sine stătător. În chiar lipsa de autonomie rezidă, în contractele consensuale, estomparea elementului-formă până la totala sa dispariție. Dacă pentru geneza contractului este nevoie de o “exteriorizare a consimțământului”, această exigență “relevă dintr-o cerință de fond, nu de formă”.³⁵ Așa-numita “formă liberă” nu va fi decât voință juridică obiectivată.

Convingătoare pentru o parte din cazuri, explicația trebuie revizuită în ipotezele în care – deși actul este, în mod obișnuit, consensual, părțile convin ca voința lor de a încheia contractul preconizat să poată fi exteriorizată numai într-o formă anume.³⁶ Acordul de voință astfel realizat are valoarea unui *contract pregătit* al convenției finale; să aibă contractul principal, pornind de aici, natura unui contract solemn?

19. *Forma convenită – un “formalism facultativ”?* Ipoteza de lucru, reamintim, este cea în care părțile erijează o formă anume în condiție de validitate a contractului, fără ca legea să impună acest lucru. Prima reacție pe care situația o poate trezi este aceea de a preciza – pe un ton ferm – imposibilitatea pentru părți de a “crea” contracte solemne: solemnitatea este un apanaj al legii, particularul neputând-o gestiona. Argumentul: formalismul convenit nu poate avea aceeași natură cu cel legal; convenția rămâne consensuală, întrucât părțile pot renunța oricând la forma inițial aleasă, în vreme ce renunțarea la solemnitatea prescrisă de lege nu este posibilă.

În ce ne privește, un abandon al abstractizării în folosul unei soluții concrete, care se va dovedi mai fecundă, este indispensabil. Dacă privim lucrurile prin prisma *naturii* formalismului de sorginte convențională, este limpede că acesta nu va avea aceeași consistență cu specia sa legală. Posibilitatea părților de a “esențializa” forma acolo unde – legal – ea este irelevantă nu trebuie să ne facă a uita că, în același timp, desființarea de către părți a convenției asupra formei este un indiciu al *lipsei de imperativ*. Cum rămâne – putem fi întrebați – cu faptul că, până la intervenția unui “*mutuus dissensus*”, contractul preparator discutat este, totuși, obligatoriu pentru părți, nașterea convenției finale fiind *ad interim* blocată? Fără îndoială că – vom răspunde – *obligativitatea* caracterizează, în egală și echilibrată măsură, atât formalismul constitutiv legal cât și pe cel de origine convențională. Numai că – și acesta ni se pare argumentul decisiv – a vedea în forma solemnă un factor de protecție a consimțământului presupune, într-o logică minimă, nevoia de asistare a părții; partea însăși nu se poate “autoproteja” atunci când convine o formă anume pentru consimțământul la contractul final.

Relația părții cu faptul că *legea este cea care stabilește elementele esențiale ale unei convenții* – fragment de gândire romană “moștenită” – se rezolvă în neputința părții de a “deesențializa” un element indispensabil formării contractului ori de a “esențializa” dincolo de limitele în care o face legea. Singurul teren pe care voința părții se mișcă liber este cel al

³⁴ A se vedea dezvoltările întreprinse de Rieg și Gény asupra a ceea ce autorii numeau “moduri non-formale de exprimare a voinței în dreptul civil”, *apud* M.-A. Guerriero, *op. cit.*, p. 32 și urm.

³⁵ M.-A. Guerriero, *op. cit.*, p. 33.

³⁶ Înscriș notarial, de pildă. Este un loc comun faptul că un asemenea acord de voințe nu ar putea funcționa în sens invers, adică în vederea înlăturării unei forme solicitate *ad validitatem* de lege.

naturii convenției ori cel al elementelor accidentale. Conchidem, deci, că în cazurile “convențiilor de formă”, demersul părții se rezumă la a adăuga la elementele formatoare de contract pe cel al formei, or atunci – respectând definițiile clasice – forma însăși nu poate primi decât caracterul unui element accidental. Consecința: posibilitatea de abandonare – ulterioară și voluntară – de către părți a primei lor opțiuni de formă.

20. Promisiunea reciprocă de contract solemn: între “artificial” și “util”. Examenul trăsăturilor formalismului substanțial se dovedește de un real ajutor pentru a ieși dintr-o aporie deja tradițională: cea legată de forma pe care o reclamă promisiunea reciprocă a unui contract solemn. Noțiunea însăși de *obligatio contrahendi* și problema nașterii ei dintr-un precontract de acest tip trebuie, la rândul ei, investigată. Nu vom reitera aici discuțiile deja purtate în doctrină în legătură cu ambele chestiuni. Credem dimpotrivă că, atât timp cât nu vom ieși din formulările tautologice, care brodează la nesfârșit în același registru, nu vom putea discrimina între acordurile pregătitoare de contract final care sunt promisiuni reciproce și cele care nu sunt astfel de figuri contractuale.

Două sunt coordonatele pe care înțelegem să ne fondăm discursul:

1°. Reținem și noi că promisiunea bilaterală a unui contract solemn poate avea loc doar în forma solicitată de lege pentru contractul definitiv însuși.³⁷ Argumentul avansat în acest sens este, uzual, exprimat prin aceea că *consimțământul la contractul final este deja dat în promisiune*, or, după cum unanim se admite, exteriorizarea consimțământului la contractele solenne nu poate avea loc altfel decât cu uzul formei pregătite de legiuitor.

Acest diagnostic abrupt nu este lipsit de relevanță, însă el nu poate ascunde două constatări:

- de îndată ce ieșim din câmpul strâmt al sintagmei sus-amintite, facem experiența unui sentiment de neputință. Mult prea enigmatică, ideea că consimțământul la contractul propriu-zis ar fi deja furnizat în precontract poate întâmpina două obiecții: a). consimțământul dat de către părți este unul creator de promisiune, nu de contract final. Dacă, dimpotrivă, voința părților nu poate fi reținută în sensul convenirii unui simplu contract pregătitor, așa-zisa “promisiune” este chiar contractul final, cu care juridic se suprapune; b). dacă consimțământul la contractul solemn este deja conținut de o promisiune informală, nimic nu poate fi opus tezei că instanța de judecată poate furniza, prin hotărâre judecătorească, elementul-formă autentică, în caz de refuz al părții de a se prezenta la notar. Instanța nu ar mai urma să suplinească elementul-consimțământ – lucru nepermis într-un sistem de drept promotor al libertății contractuale – ci ar fi chemată, pur și simplu, să consacre formarea valabilă a unui contract la care părțile ar fi consimțit încă din etapa promiterii sinalagmatică. Cum această explicație ar fi descurajatoare și neinteligibilă, o explicare detaliată a expresiei criptice amintite se impune în mod vizibil.

- ar fi prezumțios și îndrăzneț să pretindem a răspunde în câteva rânduri la întrebarea esențială: dacă consimțământul la contractul final trebuie reiterat în fața notarului, se naște oare din contractul-promisiune o veritabilă “obligație de a contracta” și, dacă da, care este substanța acesteia? Cu siguranță, însă, putem observa că ceea ce se înțelege de obicei, în practica și literatura de specialitate autohtonă, prin “antecontract” este o abstracțiune lipsită de suport logic³⁸ și nesusceptibilă de a fi tradusă în termeni de utilitate și eficacitate

³⁷ A se vedea, de asemenea, D. Chirică, *Promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare ca formă autonomă de contract*, în SUBB nr. 2/2000, p. 6 și urm.; D. Chirică, *Condițiile de validitate și efectele promisiunii sinalagmatică de vânzare-cumpărare*, în SUBB nr. 2/2001, p. 19 și urm.

³⁸ De pildă, un autor recent se întreba – din nefericire, deloc retoric – dacă nu cumva antecontractul de vânzare-cumpărare și promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare nu ar fi două figuri conceptuale autonome, prima urmând să desemneze, în această optică, contractele de vânzare nule pentru nerespectarea formei autentice, dar convertite în contracte pregătitoare valabile: I. Popa, *Antecontractul de vânzare-cumpărare și promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare*, în “Dreptul” nr. 2/2002, p. 44 și urm. Contra: B. Dumitrache,

instrumentală. Încă reticente în a accepta teza potrivit căreia promisiunea reciprocă de contract solemn fie este solemnă, fie nu există juridic, instanțele de judecată se grăbesc să suplinească consimțământul la contractul final, *acționând totuși în interiorul unei legi civile axate pe proclamarea libertății de a contracta, ca unic resort al genezei actelor bilaterale!* Nu numai că amintitul principiu este sistematic încălcat printr-o astfel de practică, dar a admite că voinței părții recalcitrante i se poate substitui judecătorul înseamnă a ignora acordul de voință inițial, promiterea reciprocă de contract. Convenind un atare contract pregătitor – prin excelență temporar și temporizator – părțile au înțeles să se oblige în *acești* termeni și nu în cei ai convenției finale. Încheierea ultimei, încă nedorită pe deplin, nu va avea întotdeauna loc, iar partea care se opune va putea fi obligată doar la plata de daune-interese.

21. Este momentul, credem, pentru o subliniere necesară: conceptul de “promisiune sinalagmatică” trebuie deplasat către o zonă a funcționalului, în care utilitatea și resorturile acestei convenții să nu fie neglijate. Expresia “consimțământul la contractul final este deja dat în promisiune” credem că nu trebuie înțeleasă literal³⁹, ci ținând seama de faptul că din promisiune se naște *obligația de a nu repune pe tapet* (de a nu relua negocierea cu privire la) *elementele esențiale ale viitorului contract*. Acestea sunt deja convenite în interiorul promisiunii; altfel gândită, ultima își pierde nu numai utilitatea – pentru părți – dar și autonomia conceptuală (ca promisiune, va fi inexistentă juridic), în absența convenirii unui element esențial fiind fie un simplu proiect neobligatoriu (act non-juridic), fie un acord de negociere (ori chiar un pact de preferință, după caz).

Situată, temporal și tehnic, în proximitatea încheierii convenției finale, promisiunea reciprocă este contractul pregătitor cel mai “dens” cu puțință, *toate* fragmentele contractului viitor fiind deja fixate. Or, postulatul de la care am pornit a fost că, în viziunea legiuitorului, convenirea acestor elemente, în cazul contractelor solemne, nu poate avea loc decât “asistat” (printr-o formă anume, cel mai adesea cu intervenția notarului public). În planul concluziei, va fi angajată deci ideea că promisiunea de contract (care, “decorticată”, dă la iveală convenirea tocmai a acestor elemente) nu poate avea loc decât tot “asistat” (în forma solemnă, așadar). Aceasta nu înseamnă că consimțământul la contractul final nu va trebui furnizat de către fiecare din promitenți. Înseamnă doar că, dacă amprenta promisiunii sinalagmatice este dată – funcțional – de pregătirea *in integrum* a convenției propriu-zise, manipularea corectă a acestui concept impune dotarea lui cu cerința întrunirii formei solemne (reclamate de viitorul contract).

22. Dacă tot ceea ce mai stopează formarea contractului final este reiterarea consimțământului, să fie promisiunea sinalagmatică sursa unei *obligatio contrahendi*, a unei obligații, deci, de furnizare a acestui consimțământ? Răspunsul tradițional al doctrinei este afirmativ. Ceea ce ar trebui să frapeze, însă, în legătură cu această variantă, este faptul de a vedea în obligația amintită o obligație de a face. Prestația ce dă obiectul obligației – este limpede – ar fi chiar furnizarea consimțământului, adică *consimțirea însăși*. În ce ne privește, orice tentativă de a oferi o serie de enunțuri inteligibile, menite să facă rezonabilă această susținere, ne apare ca inutilă. Nicăcând convenirea unui contract nu se poate analiza în

ibidem, p. 52-66; într-un elan critic ce depășește cu mult puterea de coerciție a adversarului ales, ultimul autor procedează la demontarea judicioasă a concepției potrivit căreia antecontractul, pe de o parte și promisiunea bilaterală de contract, pe de altă parte ar fi instituții juridice nefungibile, fără însă ca el însuși să ajungă la sursa profundă a construcției pe care o studiază. Astfel, și pentru acest din urmă autor, consimțământul rămâne obiect al unei obligații de a face izvorâte din promisiunea bilaterală și, așa fiind, poate fi suplinit prin pronunțarea unei hotărâri judecătorești, într-o executare silită în natură mai “clasică” decât oricând...

³⁹ De altfel, nici nu a fost astfel folosită. A se vedea D. Chirică, *op. cit. supra*, unde se arată că promisiunea sinalagmatică ridică problema *reiterării* consimțământului la convenția finală, reiterare care trebuie articulată pe voința părții și nu a judecătorului.

executarea unei obligații de a face. Orice pledoarie în acest sens ține de disimulare sau de ignoranță. Chiar limitându-ne la o caracterizare minimală, actul volitiv de exteriorizare a consimțământului la încheierea unui contract este un act de obiectivare a principiului libertății contractuale; or, acolo unde guvernează *libertatea*, obligatoriul lipsește...

Adevărata problemă este mai degrabă aceea de a ști ce anume dă totuși substanță conținutului obligațional al promiterii reciproce de contract. Despre o veritabilă *obligatio contrahendi* este, fără îndoială, vorba, dar ea nu aduce deloc în cauză reperele clasice ale categoriilor de obligații. Nu numai că nu i se poate aplica tripticul “obligații de a da – a face – a nu face”⁴⁰, dar nici nu permite imaginarea executării ei silite în natură (nici tipică, nici atipică). Ceea ce este, în fond, evident atunci când părțile convin o promisiune sinalagmatică, este *limitarea libertății lor de a contracta*, sub aspect negativ (refuzul de a contracta justifică obligarea la daune-interese) și sub aspect pozitiv (alegerea partenerului contractual – în privința legăturii convenționale finale – a avut deja loc), iar această încătușare a libertății se dovedește mult mai accentuată decât în cazul altor figuri contractuale pregătitoare ale convenției viitoare. În aceasta rezidă forța practică a promisiunii reciproce de contract. Dacă marja de acțiune rămasă la dispoziția părților este una extrem de largă în cazul acordurilor de principiu⁴¹, ori legătura este încă suficient de lejeră în cazul acordurilor de preferință (unde, pe moment, nici promitentul, nici beneficiarul nu se declară decizi să pășească în perimetrul contractului propriu-zis), în cazul promisiunilor sinalagmatice convenirea tuturor elementelor convenției finale și angajarea părților de a-și reitiera consimțământul asupra acestora marchează intrarea într-un spațiu contractual rigid.

Ceea ce nu înseamnă că *obligatio contrahendi* ar fi mai mult decât o simplă limitare (voluntară) a libertății de a contracta⁴², limitare care – câtă vreme încheierea contractului final este încă evitată de părți – nu este una absolută: partea poate să-și recâștige libertatea convențională, cu “prețul” angajării răspunderii sale contractuale pentru nerespectarea promisiunii sinalagmatice. Cu toate acestea, cu o veritabilă *obligatie civilă* avem de-a face aici, și nu cu o simplă “îndatorire”. Explicația trebuie cuplată cu autonomia instituțională (ca precontract) și utilitatea practică a promiterii reciproce: răspunderea pentru neexecutarea sa

⁴⁰ Supusă, însă, binomului “obligații de mijloace – obligații de rezultat”, obligația de a contracta se dovedește a aparține ultimei categorii. Remarcăm că, în literatura de specialitate recentă, în contextul analizării răspunderii contractuale pentru fapta altuia, s-a propus în legătură cu noțiunea de obligație de rezultat o “inedită” sinonimie: “dacă debitorul și-a asumat executarea contractului – și-a asumat deci o obligație de rezultat sau, mai corect spus, o obligație determinată – (s. n., - J. G.) și, prin contractul accesoriu, el a transmis substituitului tocmai această executare, totală sau parțială, va răspunde pentru fapta subdebitorului, constând în neexecutarea obligației, creditorul putându-i angaja răspunderea personală pe baza culpei prezumate prin lipsa rezultatului” (I. Deleanu, *Grupurile de contracte și principiul relativității efectelor contractului – răspunderea contractuală pentru fapta altuia* – în “Dreptul” nr. 3/2002, p. 16). Eroarea autorului este evidentă: 1ș. Nu episodic, ci în orice legătură contractuală, debitorul își asumă “executarea contractului”; cu riscul de a vehicula un truism, amintim că obligațiile de mijloace sunt în aceeași măsură supuse executării ca și cele de rezultat. 2ș. O obligație de rezultat nu este “mai corect spus, o obligație determinată” într-o mai mare pondere în care este așa o obligație de mijloace, această calitate fiind reclamată pentru o obârșie contractuală validă a respectivei obligații. Particularitatea obligației de mijloace se instalează, așadar, de abia în planul obiectului său, cel care va decide includerea acesteia în una sau în alta dintre specii...

⁴¹ Libertatea de acțiune a părților precontractului este însă invers proporțională cu confortul lor psihic!

⁴² Obişnuim să vorbim despre “promisiuni de a contracta”; întotdeauna însă astfel de precontracte sunt dublate de o “promisiune de a nu contracta” (cu un terț, cu privire la același bun). Simplu joc de cuvinte? Nu neapărat: promisiunea de a nu contracta poate fi și autonomă (contract temporar, în care o parte se obligă doar să indisponibilizeze bunul pentru un timp sau, mai larg, să nu prefere *ad interim*, drept cocontractant, pe un terț, fără a se obliga, în schimb, să încheie un contract cu beneficiarul promiterii negative).

nu va putea fi una delictuală (precum în cazul simplelor îndatoriri civile⁴³), întrucât de îndată ce părțile au decis liber intrarea într-o legătură convențională de mai mare sau mai mică intensitate, responsabilitatea pentru nesocotirea acesteia nu poate fi decât una contractuală.

II. TELEOLOGIE. (A). JUSTIFICĂRI GENERICE ALE FORMALISMULUI CONTRACTUAL. (B). PARTICULARIZĂRI ALE FORMEI *AD VALIDATEM*

22. Plan de tratare. Investigarea sensurilor originare ale formei creatoare de contract nu poate rămâne o simplă operație de decantare a semnificațiilor supusă rigorilor teoretice și, deci, curiozitate goală satisfăcută în absența oricărei motivații practice. Formalismul substanțial contemporan, nu mai puțin decât cel clasic, continuă să fie confruntat cu fenomenul protejării părții de propria impulsivitate. Interogația centrală pare, deci, a fi: există “transmitere”, “succesiune” între societatea antică studiată și cea actuală, astfel încât amprenta formei validatoare astăzi să nu fie decât o “afacere de supraviețuire”? Ori, dimpotrivă, elementele din trecut regăsite în modernitatea formei nu sunt decât o reproducere spontană a aceleiași imagini, un răspuns similar la o problemă – identică – cea a ocrotirii libertății contractuale?

23. Forma constitutivă de contract: vestigiu istoric sau psihologie aplicată? Importanța întreprinderilor psihologice asupra voinței de a contracta nu mai trebuie demonstrată. Într-o analiză tradițională, consimțământul se zidește în trei faze: concepere, deliberare, decizie; acest dispozitiv ne apare ca firesc și necesar într-o asemenea măsură încât absența vreuneia din trepte în “consimțirea” la contract o găsim drept imposibil de survenit. Contractul este înțeles ca act facultativ: produs al libertății umane, el exclude, aparent ca nonsens, necesitatea ocrotirii părții față de propria voință. Într-o analiză revizuită⁴⁴, cazurile de consimțământ furnizat fără o prealabilă “deliberare” ori acordat *à la légère* se dovedesc, însă, a fi numeroase.

24. *În plan social*, mai întâi, contractul este un “act de încredere în persoana celuilalt”, o întâlnire cu Alteritatea pe teren juridic. În acest perimetru, nu trebuie neglijată forța automatizantă și socializatoare a *semnăturii* care, după cum atrage atenția J. Carbonnier, devine pentru voință un “cadru social”. De un pericol adesea ignorat, acțiunea factorului-semnătură asupra comportamentului părții operează după clasicul “principiu al domino-ului”: semnez, pentru că “vreau”; o dată furnizată semnătura, nu mai investighez acest “vreau” – gestul clăustrează în sine consimțământul, îl “presupune” – cu privire la contractul ca tot și cu privire la fiecare fragment de contract în parte. Or, această “presupunere” nu garantează prin nimic existența unui consimțământ *real și avizat*⁴⁵.

⁴³ Un exemplu de îndatorire civilă (distinctă de adevăratele obligații juridice) ar fi așa-zisa obligație negativă și generală a tuturor subiecților de drept de a nu face nimic de natură a stânjeni titularul unui drept real în exercițiul prerogativelor conferite de acel drept. Discuția este mai amplă, nu limităm la a nota aici că, în pofida unor susțineri doctrinare mult prea grăbite, nu orice astfel de îndatoriri conțin un veritabil sâmbure obligațional.

⁴⁴ Precum cea inițiată de J. Carbonnier, ale cărui concluzii în materie de psihologie și sociologie a consimțământului le reluăm aici. Pentru detalii: J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, tome 4, 20e éd., PUF, Paris, 1996, p. 85 – 86.

⁴⁵ S-a putut astfel pune problema de a ști ce fel de valoare juridică are un act (sub semnătură privată) pe care una dintre părți sau autorul său *l-a semnat fără a-l fi citit în prealabil*. Aparent, rezolvarea va fi una rudimentară, de școală: este vorba despre absența consimțământului, sancționată cu nulitatea (absolută, în teza clasică, relativă într-o viziune care se vrea obedientă față de natura privată a interesului ocrotit). Este soluția spre care înclină și J. Carbonnier (*Les obligations, cit. supra*, p. 71), pentru care chestiunea trebuie raportată în mod constitutiv la proba lipsei lecturii (or, această probă, conchide autorul, este posibil de furnizat doar în caz de analfabetism ori necunoaștere a limbii de redactare). Imprudența rezolvării ne surprinde: cu singura excepție a ipotezei în care înscrisul astfel semnat este solicitat *ad substantiam*, nulitatea poate fi, cel

25. În plan lingvistic, apoi, formarea contractelor cunoaște tendințe antagonice. Pe de o parte, folosirea frecventă a unor expresii precum “respectarea cuvântului dat” și a promisiunilor făcute “pe onoare” relevă prioritatea netă acordată *cuvântului ca act*. Este vorba despre ceea ce J. Carbonnier numea “enunțuri performative” – enunțuri creatoare de contract⁴⁶ prin ele însele și care, în pofida aparenței de “promotoare” ale consensualismului, ne aduc în urmă în timp, în epoci (precum cea a dreptului roman vechi și clasic) în care rostirea vocabulei (și nu voința) este rit creator de contract *per se*⁴⁷. Pe de altă parte, într-o a doua tendință a limbii, angajamentul rostit este un angajament obligatoriu numai dacă a fost consemnat în scris: într-o “civilizație a hârtiei”⁴⁸ precum cea contemporană, limbajul curent evocă prin “contract” înscrisul care-l constată și a cărui absență, pentru nejurist, echivalează adesea cu lipsa primului.⁴⁹

26. În plan psihologic, în fine, imagini precum cea a consimțirii “informate” la contract și a “vizualizării” depline a actului juridic propus reprezintă tot atâtea paturi procustiene. Fenomenul voinței juridice se opune reducăiilor abstracte și universale; ponderea deținută de elementele afective, pasionale în mecanismul voinței nu poate fi ocultată. Elanul învinge adesea rațiunea, orice reducăionism al situațiilor concrete la tipul consimțământului *aprioric avizat* fiind vădit eronat. Așa văzută, *forma purtătoare de consimțământ pare a fi un “inspirat” element de psihologie aplicată*.

Ne îngăduim, însă, o circumsciere. Psihologul, cu un orică de ascuțit patos antitehnicist, nu poate înlocui tehnica contractuală prin psihologie – fie ea și aplicată⁵⁰ - după cum nu

mult, una a înscrisului constatator! *Pe terenul formării consensuale a negotium-ului*, problema se dovedește într-adevăr a fi una de probă, dar una de dovadă a fondului actului juridic altfel decât prin respectivul înscris. Precizarea ne prilejuiește o importantă concluzie: biologia înscrisului constatator este clar diferită de cea a înscrisului formator, numai în cazul ultimului consimțământul la *negotium* “suprapunându-se” cu cel la *instrumentum*. În actele notariale, lectura este ea însăși un element al solemnității, fapt ce deplasează discuția pe alte coordonate.

⁴⁶ Contract al cărui conținut juridic poate fi unul mult mai diluat decât “promiterea de contract” (simplu acord de negociere uneori, pact de referință alteori, ș. a.). O circumsciere necesară: pentru ca actul de limbaj să angajeze juridic este nevoie de existența unei reguli de drept care să confere forță obligatorie cuvântului rostit sau scris. Problema este doar aparent una “clasică”, de “sursă a forței obligatorii a contractului”, întrucât nu avem de a face cu orice fel de contracte, ci cu unele *generate spontan de cuvânt*, or în cazul acestora nici legea, nici voința umană nu este izvor de obligativitate, ci, mai degrabă, ceva ce le unește pe amândouă: un soi de “cod de comunicare” uman, deopotrivă obligatoriu pentru individ și pentru lege (legea devine un reflex al acestui “cod”). Pentru o încercare de discuție: J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁷ Pe suportul, probabil, al ideii că cuvântul, o dată rostit, se obiectivează, se detașează de autorul său și, devenind “intangibil” (iretractabil) trebuie respectat. Ne putem întreba dacă nu cumva explorarea aceluiași proces de obiectivare (detașare) a cuvântului rostit este cea care explică astăzi mecanismul *cesiunii de contract*. Pentru o altă viziune, care pune circulația consimțământului pe seama putinței acestuia de a fi *obiect* de contract (bun juridic), a se vedea M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, în RTDciv., 1995, p. 573 și urm., deși autoarea admite în final că – ireductibil la elementul-consimțământ – *contractul însuși* este cel care devine în contemporaneitate obiect de “schimb” pe piață. Pentru o egalizare – eronată – a cesiunii de contract cu novația prin schimbare de debitor (trecându-se peste faptul că ultima presupune stingerea – nu transmiterea – raportului contractual inițial, concomitent nașterii altuia), a se vedea I. Deleanu, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁸ Din ale cărei chingi eliberarea nu întârzie să apară, o dată cu trecerea într-o eră a informaticii. Doar că “eliberarea” astfel proclamată nu pare a fi mai mult decât glisare spre o “robie” la fel de necesară.

⁴⁹ A se vedea, pentru aceeași constatare – proprie, se pare, și mediului francez – A. Bénabent, *op. cit.*, p. 72, care evocă drept exemplu cazul locatarului ori al muncitorului ce afirmă că “nu are contract” pornind de la faptul de a nu fi întocmit un înscris cu ocazia întâlnirii voințelor.

⁵⁰ Seducției exercitate de explicarea pe coordonate psihologice a unei instituții juridice trebuie să i se opună o *logică a adaptării mijloacelor la obiectul studiat*: orice altceva nu va fi nici psihologie aplicată, nici drept pur. Într-un recent studiu dedicat conceptului de *affectio societatis*, autorii uită să-și tempereze adeziunea la

poate să-și asume deplina distanțare față de cea dintâi. Contractăm, cel puțin uneori, dintr-un *automatism* atitudinal (cazul cumpărăturilor “din plăcere”); alteori, fără să fi întreprins negocieri ce ne-ar fi circumscris poziția (cazul contractelor de adeziune). Tehnic, însă, *eficacitatea consimțământului neprecedat de deliberare* nu este pusă la îndoială decât în cazurile în care *legea* le-a avut în atenție ca situații de reglementare (de la protecția consumatorului – inclusiv prin obligarea profesionistului la a informa – și până la forma solemnă de care ne ocupăm). Intervenția legislativă – sub aspectul solemnizării unor contracte – se rezumă, așadar, la cazurile de o “gravitate excepțională”.

27. Declinul voinței “atotpăternice”. De la autarhie la pragmatism contractual. De ce anume “se teme” legiuitorul atunci când declară drept “grave” – și, deci, formale – anumite contracte în dreptul contemporan? De impulsivitatea părții ori de sugestionarea ei de către Celălalt? Aceste “neajunsuri” ar fi mai bine evitate prin intermediul altor instituții juridice, precum dreptul de dezicere ori viciile de consimțământ. De lipsa de inteligență ori de insuficiența ei “acțiune”? Dar aceasta nu este deja conținută de conceptul de “consimțământ”?

28. Din malițiozitate sau nu, se poate pune, astfel, întrebarea dacă “a face din inteligență o condiție inflexibilă a consimțământului” este o atitudine “potrivită” pentru dreptul civil contemporan. Voința de a contracta este produsul unui proces psihic în care *inteligența* joacă, fără îndoială, un rol important. Redactorii Codului civil (ai celui napoleonian, deopotrivă) nu par a se fi preocupat – într-o manieră explicită, cel puțin – de funcționarea voinței juridice pe coordonatele inteligenței umane, după cum nu au ales să investigheze nici noțiunea de “voință juridică” însăși. Imaginea unei activități voluntare și “luminată”, produs al inteligenței și libertății, a fost însă, fără îndoială, paradigma actului juridic de drept privat. Privită îndeaproape, această judecată presupune un “compromis” conceptual: la unul din poli, - un mecanism psihic complex și insuficient explorabil juridicește, - cum este cel al inteligenței, la celălalt, necesitatea de a postula actul juridic ca fiind “o manifestare – liberă și neviciată – de voință, făcută cu intenția de a produce efecte juridice”.

La nivel de reglementare juridică, este de constatat, pornind de aici, o permanentă preocupare de a asigura cooperarea dintre voința juridică și inteligență. Activitatea instinctuală este una “orbită”, și deci, “fatală”; între elementele de tehnică juridică servind la evitarea acesteia din urmă, forma cosubstanțială actului – înțeleasă ca vector de voință juridică “luminată” – ocupă rolul principal.

29. De unde și afirmația că “inteligența este un tribunal, unde justiția ține loc de cod de procedură”⁵¹, influența sa asupra elocinței cu care se exprimă voința juridică fiind un factor irecuzabil. Că relația “inteligență – voință juridică” este un dat al dreptului contractual ne putem convinge la o simplă investigație a literei Codului. Ne vom rezuma aici la o succintă descriere a fenomenului, așa cum poate fi el “adăpostit” de alți termeni decât cei strict tehnici: în faza de debut a procesului descris de relația inteligență-voință, ultima nu este decât un auxiliar al celei dintâi. Inteligența este cea care pledează pentru o anumită conduită, prilej cu care “îi pune în vedere cutare element de apreciere și plasează un alt element în umbră; îl potentează pe unul în defavoarea celuilalt; exploatează resursele imaginației și

concepția freudiană conform căreia la baza oricărei comunități se află procesul de asimilare a sentimentelor altuia (atașamentul individului la șef – S. Freud, *Psihologia colectivă și analiza eului*, Antet, București, 1995) și sfârșesc prin a explica baza psihologică a societății (civile și comerciale) prin influența liderului (asociat, administrator sau fondator) asupra celorlalți asociați (C. Sassu, S. Golub, *Affectio societatis*, în RDC nr. 10/2001, p. 74 – 83). Ilogismul aplicației este evident și rezidă în absența oricărei stări de subordonare (de tip lider-membru al grupului) între asociații din societatea civilă sau comercială. Mai mult, criticabilă sau nu, definirea lui *affectio societatis* ca “intenție de a se asocia” conține – juridic și lingvistic – sâmburele voinței de a colabora *pe picior de egalitate*, adică exact contrariul concepției freudiene, de esența căreia rămâne ideea ruperii egalității între indivizii!

⁵¹ Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, citat după J. Bonnet, *op. cit.*, p. 431, nota 1.

pasiunii; face rumoare sau doar insinuează...⁵². Într-un pas secund, cel al executării⁵³, voința va trece în primul plan, fără a se desprinde însă de influența inteligenței: “întrăm de acum în domeniul artei juridice și nu există artă fără artificiu. Chiar și pe acest teren, inteligența continuă să domine voința, acum va avea însă sensul inspirației care-l ghidează pe artist.”⁵⁴

Ceea ce este de remarcă, însă, în legătură cu această viziune – în principiu, corectă – asupra formării actului juridic bilateral este faptul că presupune existența unor voințe ideale, suverane, a unor voințe – în alți termeni – abstracte și autonome, care transcend realitatea socială, o domină și o organizează potrivit propriilor repere. Văzut astfel, contractul este expresia unei voințe atotputernice – tribunal imperturbabil, a cărui acțiune nu este susceptibilă de a fi tradusă în termeni de utilitate și subiectivism. Ba, mai degrabă, libertatea sa va fi salvată, la nevoie, din chingile pasiunii de o formă – vector de consimțământ anume confecționată... Ceea ce se uită este tocmai faptul că orice contractant aparține unui mediu social concret; trăiește într-o lume căreia nu el i-a așezat stâlpii, își asumă obligații și își procură drepturi în urma unui calcul – mărturisit sau nu – de interese dintre cele mai variate.

Și atunci, se va spune? Să fie înzestrarea, de către lege, a anumitor contracte cu formă solemnă în dezacord cu atmosfera utilitaristă a epocii pe care o trăim? Un element vetust, care pretinde că esențialul este asigurarea demnității personale, când, de fapt, raportul cu adevărat social între indivizi se articulează pe interesul lor economic, iar protejarea lor “cu sila” lucrează în contra și nu în beneficiul lor? În ce ne privește, două sunt liniile care ne circumscriu poziția: 1ș. În ciuda îndoielilor pe care le putem exprima asupra pertinentei fondului “utilitarist” al dreptului⁵⁵, credem că tentația legiuitorului de a “solemniza”, acolo unde o formă probatorie ar fi de ajuns, trebuie temperată în mod serios. 2ș. Într-un alt sens, obligativitatea contractelor continuă să pornească nu din autoritatea Celuilalt, nici din forță, ci din consimțământ. Libertatea de a intra într-o legătură contractuală ar fi vidată de conținut dacă – sacrificată aprioric – ar fi redusă la o perspectivă pur economică ori la un calcul pragmatic generalizat. Între realitatea juridică concretă și construcția teoretică, forma creatoare de contract trebuie să devină un concept fecund, perfect izomorf, a cărui aplicare să nu fie refuzată cazurilor cu adevărat grave, dar să fie evitată acolo unde simpla cerință de probă salvează interesul aflat în joc.

(B). PARTICULARIZĂRI ALE FORMEI AD VALIDITATEM

30. a) Solemnitatea contractului de donație. Teza “generozității periculoase”.

Rățiunile formalismului în materie. Liberalitățile sunt concepute în Codul civil ca acte juridice “excepționale”, generozitatea nefiind lipsită, în această viziune, de dezavantaje majore. Forma substanțială cerută de art. 813 din Codul civil pentru nașterea contractului de donație tinde la evitarea acestor neajunsuri, fiind explicată tradițional prin următoarea trilogie⁵⁶:

- *protejarea consimțământului donatorului*, a cărui însărăcire are loc fără echivalent. Decelabilă este, pornind de aici, lipsa de încredere cu care este privită intenția liberală: legiuitorul urmărește nu o interdicere a acesteia, ci o “asistare” a autorului în demersul său de gratificare, în care să-l plaseze la adăpost de manevrele persuasive ale beneficiarului, ca și de propriile pasiuni. Îmbogățirea celuilalt trebuie să aibă loc nepriput, deliberat și în mod conștient.

⁵² *Ibidem*, p. 432.

⁵³ Al exteriorizării voinței juridice, adică.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Temă cu privire la care va trebui să revenim în detaliu cu un alt prilej.

⁵⁶ A se vedea, de pildă, Fr. Terré, Y. Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, Paris, 1997, p. 368 și urm.

- *protejarea consimțământului donatarului*: acceptând o liberalitate, acesta își asumă un statut social particular, din care decurg îndatoriri (cu conținut juridic, în cele din urmă: nerespectarea îndatoririi de recunoștință poate antrena revocarea donației) ori o diminuare – în diferite grade – a libertății sale⁵⁷. Deloc neglijabil este și riscul de a fi tentat să accepte condiții ori sarcini al căror efect dăunător să-i fie ecranizat donatarului de perspectiva procurării unui avantaj patrimonial fără contraprestație⁵⁸. Ambele părți, în fine, vor putea fi informate, cu prilejul instrumentării actului de către notar, asupra diferitelor clauze ce pot fi aici inserate, îndeosebi cele referitoare la obligația de raport.

- *protecția familiei dispunătorului*, liberalitatea convențională fiind un mijloc de deturnare a bunurilor de la transmiterea lor succesorală în baza legii. Ideea conservării bunurilor în sânul aceleiași familii caracterizează vizibil dreptul liberalităților, exigența unui act notarial urmând să atenționeze dispunătorul inclusiv asupra consecințelor pe care liberalitatea le produce în plan familial. Mai important: actul autentic facilitează dovada activității liberale, aspect deloc neglijabil în contextul în care aplicarea regulilor referitoare la raportul și reducțiunea donațiilor ar fi faptic stopată în absența posibilității de a proba în prealabil existența acestora.

31. Antiteza “gravității” intenției liberale. Observații critice asupra fundamentului “clasic” al formei autentice solicitate de art. 813 din Codul civil. Astfel formulate, rațiunile formalismului substanțial aplicabil donațiilor se dovedesc fie incomplet explorate, fie insuficient fundamentate teoretic, criticile prilejuite doctrinei ordonându-se pe mai multe niveluri:

32. Dacă forma notarială se vrea un instrument de ocrotire a donatorului – s-a spus – regula este superflua. Nu încape discuție că, sub aspect patrimonial, un act de însărcinare fără echivalent se cuvine a fi mai bine și mai îndelung “gândit” de către autorul său decât un act cu titlu oneros, dar protejarea consimțământului acestuia are loc prin intermediul unor instituții juridice⁵⁹ de certă eficacitate, precum viciile de consimțământ (inclusiv dolul sub forma specifică a captației de sugestiei) și incapacitățile proprii materiei libertăților. În plus, teoria formalismului protector s-ar lovi aici de un obstacol greu de ignorat: existența unui important număr de excepții de la forma autentică – donațiile informale (deghizate, indirecte și manuale), despre care s-a admis a fi legal făcute în absența intervenției sanitare a notarului⁶⁰.

33. Cea de a doua obiecție: art. 813 C. civ. (art. 931 C. civ. francez) nu pare să respecte tiparul teoretic clasic, conform căruia sancționarea cu nulitatea absolută a unei cerințe de validitate este o armpentă a ocrotirii, prin norma încălcată, a unui interes general, câtă vreme, după cum se susține, interesul părților la donație (și cel al rudelor uneia dintre ele) este cel

⁵⁷ Inclusiv a libertății de a contracta: “darul care răspunde la dar” este un inedit contract “necesar”, fascinant pentru antropologi și pentru juriști deopotrivă (ultimii întrebându-se dacă darul urmat de dar nu a fost cumva prima formă a schimbului și, ulterior apariției dreptului, cea mai veche formă de contract). Studiile de antropologie juridică confirmă și un alt interesant aspect: sursele unui *sentiment de reciprocitate* sunt două și sunt antagonice, îndatorirea de recunoștință născută din darul primit și ideea de răzbunare născută din prejudiciul suferit. O întrebare subzistă și astăzi: cât de “voluntare” sunt majoritatea darurilor (donațiilor), câtă vreme par să izvorască din constrângeri sociale esențiale?

⁵⁸ Posibilitatea comiterii unui “abuz de poziție dominantă” de către donator – întrucât el este cel care fixează, în mod obișnuit, clauzele contractului – este cea care-l îngrijorează, de pildă, pe M. Grimaldi, *Droit civil. Les libéralités. Partages d’ascendants*, Litec, Paris, 2000, p. 35.

⁵⁹ A se vedea, în acest sens, X. Lagarde, *Réflexions sur le fondement de l’article 913 du code civil*, în RTDciv. nr. 1/1997, p. 30 – 31.

⁶⁰ Diatriba la adresa donațiilor informale avea să fie perpetuată până la apariția studiului lui G. Ripert, care propunea așa-numitul “formalism de substituție”: donațiile deghizate, indirecte și manuale ar fi și ele “formale”, fiecare dintre acestea cunoscând un tip—surogat pentru forma notarială, cu valențe protectoare similare. Vom reveni cu dezvoltări asupra acestei teorii.

vizat.⁶¹ Nu este locul să insistăm aici asupra *particularismului nulității absolute* care lovește donația informă, apropiată mult de nulitatea relativă în puncte precum posibilitatea de confirmare de către succesori, după decesul donatorului. Menționăm doar că obiecției mai sus enunțate i s-a răspuns în moduri perspicace, ori dimpotrivă, extrem de stângace, însă întotdeauna cu menținerea ideii că regula formei protejează în materia donației interese particulare:

1°. Într-o primă variantă de explicare a posibilității de confirmare (de către moștenitori) a actului liberal, s-a vorbit despre o metamorfozare a nulității absolute, întrucât: până la decesul donatorului, regula îl apăra și pe acesta, și pe familia sa; după moartea dispunătorului, succesorii săi sunt singurii ocrotiți, actul făcut cu nerespectarea literei art. 813 C. civ. fiind de acum doar anulabil. Explicația trădează orice principiu logic, sancțiunea nulității neputând cunoaște mutații de genul celei propuse;

2°. s-a încercat, de asemenea, fondarea răspunsului pe ideea că moștenitorii ar fi ținuti de o obligație naturală de a respecta voința liberală a lui *de cuius*, afirmatie infirmată de realitatea juridică: confirmarea unei donații informe produce efecte speciale⁶², nesuprapuse celor ale executării unei obligații naturale;

3°. dacă s-a înregistrat un progres în urma acestei dispute, acesta s-a materializat în recunoașterea “oficială” a neajunsurilor unui sistem juridic: matricea franceză a nulităților (ca și cea autohtonă) polarizează realitatea, “simplificând-o în exces”⁶³. Cunoaștem, astfel, doar două tipuri de nulități: cea deschisă oricărei persoane interesate și cea de care beneficiază o singură persoană. Or, intermedierea între interesul privat și cel general se face uneori printr-un *interes al grupului* – cel al familiei dispunătorului, în cazul donației – entitate mult mai restrânsă decât cea a corpului social, dar și ireductibilă la persoana donatorului. Dacă, însă, interesul ocrotit este cel al unui grup, protecția imaginată nu trebuie să depășească limitele descrise de grupul însuși: până la decesul donatorului, “nulitatea nu este lăsată la discreția acestuia”⁶⁴; după moartea sa, este firesc ca succesorii lui să poată renunța la o nulitate care nu îi protejează pe terți în general, ci numai pe aceștia.

34. Fundamentului teoretic tradițional al solemnității donației i s-a mai reproșat că – incomplet fiind - extirpează cerinței *vocația sa socială*: autenticitatea obligă părțile să acționeze în fața unui “martor”, și nu a unuia oarecare, ci a unui notar, fapt îndeajuns *per se* pentru a inhiba, cel puțin în unele cazuri, efectuarea de donații contrare – prin scopul mediat – ordinii publice și bunelor moravuri.

Justificarea nu a găsit ecoul sperat: formalismul impus de art. 813 din Codul civil a fost apreciat drept “costisitor” și “exagerat”, câtă vreme supapa oferită de donațiile deghețate, indirecte și manuale nu este blocată. Nu notarul, ci judecătorul, într-un control *a posteriori* al activităților liberale este, în realitate, cel chemat să epureze acest spațiu de mobilele indezirabile social. Pornind tot de la consacrarea excepțiilor jurisprudențiale de la litera Codului s-a putut afirma, cu suficientă justete, că “solemnitatea este, în definitiv, un lux costisitor la dispoziția unor persoane vigilente și scrupuloase, persoane pentru care, prin definiție, o asemenea protecție este în mod evident superflua”⁶⁵. Doar două observații: 1°. deplasarea

⁶¹ A se vedea X. Lagarde, *loc. cit. supra*.

⁶² De pildă: nulitatea “confirmată” fiind absolută, actul de confirmare produce efecte relative, el rămânând fără efect în privința comoștenitorilor care nu au optat în acest sens. Și apoi: confirmarea trebuie făcută *având cunoașterea* viciului de formă și *intenția* de a-l separa; dacă “intenția” este una de executare a unei obligații naturale, nu vom fi în prezența unui act de confirmare!

⁶³ A se vedea H., L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, op. cit.*, p. 616.

⁶⁴ H., L. Mazeaud, J. Mazeaud, *loc. cit. supra*; lucrurile nici nu ar putea sta altfel, nulitatea neprotejându-l doar pe donator.

⁶⁵ M. Planiol, G. Ripert, citați după M. Grimaldi, *cit. supra*, p. 200, nota 12. Nici Ph. Malaurie nu cruță formalismul impus de litera Codului contractului de donație, gășindu-l apăsător și în dezacord cu moravurile epocii (*ibidem*).

la notar o întreprind, oricum, numai cei prudenți (“din fire” ori conjunctual); dorita “temporizare” a consimțământului celorlalți este imposibil de procurat cu certitudine, câtă vreme aceștia din urmă pot recurge la donațiile exceptate de la regulă; 2°. a interzice excepțiile de la litera art. 813 din Codul civil (a universaliza exigența autenticității) ar contrazice “natura lucrurilor” și ar sfârși în prezența unei norme juridice “moarte” (încălcate – faptic și până la proba contrară – de către subiecții de drept).

35. Solemnitatea prevăzută de art. 813 din Codul civil a fost apărută, în cele din urmă, prin *necesitatea preconstituirii unei probe durabile și sigure a activității liberale*: în materia donațiilor, proba actului juridic joacă rolul de element “interpus” între realitatea obiectivă și putința de a aplica acestei realități principii esențiale de dreptul liberalităților și succesiunilor. Fără îndoială că *existența, obiectul și modalitățile* care pot însoți gratificarea trebuie să lase urme sigure în planul juridicului. Dar cerința conviețuiește constant și cu aplicarea unor reguli precum: *irevocabilitatea donațiilor, revocarea* pentru anumite cauze (eficace numai în măsura în care există o dovadă clară a ceea ce trebuie restituit), *reducțiunea liberalităților excesive și raportul* – ambele în interesul familiei dispunătorului. După cum plastic s-a observat, spre deosebire de vânzare sau schimb, donația nu trece în umbra trecutului pentru totdeauna, ea poate presupune, mai devreme sau mai târziu, un “rendez-vous” inevitabil⁶⁶: instituții juridice precum cea a revocării, reducăției și obligației de raport ar fi vădate de sens, câtă vreme, neconstatăta materialicește ori consemnată într-un vulnerabil document sub semnătură privată, liberalitatea ar fi avut loc “fără urme”.

O observație nu poate fi, însă, evitată: necesitatea preconstituirii unei probe durabile – pentru motive de logică și tehnică juridică – *nu poate furniza un argument în favoarea unui formalism substanțial impus donațiilor*. Dacă “memoria” activității liberale este cea căutată, scopul este bine servit de *formalismul probator*. Pentru coerență în raționament, nu se poate susține că un act juridic ar trebui supus unui formalism “protector de consimțământ” nu pentru a ocroti voința autorului, ci pentru a preconstitui dovada activităților sale. Un motiv în plus, *volens nolens*, pentru a ne întreba în ce măsură mai putem vorbi, astăzi, despre pertinenta unei forme cosubstanțiale actului de donație însuși.

36. Tema discutată ridică, astfel, vizibil, trei interogații: 1°. ce anume a justificat *istoric* cerința consemnată de art. 813 din Codul civil?; 2°. prin ce resorturi se explică *excepțiile* de la această regulă (donația deghizată, cea indirectă și darul manual)?; 3°. *de lege ferenda*, cât de dezirabilă este menținerea, în materie, a unui *statu quo*?

37. Istorical formei solemnne în contractul de donație. Solemnitatea donației nu este de precedentă latină. Dacă specia de contract în discuție începe să trezească angoase, acest lucru se întâmplă, în dreptul francez, începând cu secolul al XVII-lea, când liberalitățile – receptate drept un pericol la adresa patrimoniului familial – vor fi supuse, printr-o practică a Parlamentelor, unei severe reglementări. Antipatia epocii vis-à-vis de liberalitățile convenționale este lesne de înțeles din perspectiva încercării de a menține bunurile în cadrul aceleiași familii. Ceea ce poate surprinde contemporanul este, însă, maniera în care acest scop s-a încercat a fi atins: în varianta primitivă, tentativa de a descuraja donațiile a avut loc prin intermediul instituției *irevocabilității* actului liberal *inter vivos*.

Asistăm, astfel, la un veritabil paradox: principiul irevocabilității însuși⁶⁷ a fost gândit în vederea descurajării intenției liberale, cerința formei autentice nefiind decât un element în

⁶⁶ M. Grimaldi, *cit. supra*, p. 200.

⁶⁷ Irevocabilitate “de gradul doi”, reamintim: nu numai că donația nu poate fi desfăcută decât *mutuus dissensus* (irevocabilitate “de gradul întâi”, caracteristică oricărui contract), dar donatorului îi este interzis să-și rezerve, într-un fel oarecare, posibilitatea revocării donației. Apelul la sintagma “mutuus dissensus” ne prilejuiește o observație: habitualizarea ne tocește capacitatea de a percepe fondul pleonastic al asocierii de cuvinte. A spune despre contracte că acestea se formează “mutuus consensus” este tautologie; consensul nu poate fi decât “mutual”, în chiar cuvântul “consens” descoperim cel mai substanțial strat al întâlnirii cu

slobja acestui principiu. Prin declararea donațiilor ca “irevocabile”, legiuitorul francez spera să-l determine pe donator să ezite în efectuarea de liberalități între vii: acesta din urmă știindu-și “irevocabilă” activitatea liberală – bunurile dăruite ar fi părăsit pentru totdeauna patrimoniul său – urma să reflecteze “de două ori” înainte de a lua decizia de gratificare. Numai aparent, deci, consimțământul *donatorului* este cel apărut prin amintitul principiu. În realitate, dacă se bucură cineva de o efectivă ocrotire prin reglementarea legală discutată, aceștia sunt *membrii familiei dispunătorului*, aflați de la început la fundamentul încercării legiuitorului de a imagina un cadru sanitar pentru materia liberală⁶⁸.

Din nou două precizări: 1°. Paradoxul își rotunjește semnificația: irevocabilitatea donațiilor țintește la protejarea familiei dispunătorului, prin inhibarea intenției liberale; dacă, însă, descurajarea acestuia nu a reușit și liberalitatea a fost făcută, însăși regula irevocabilității este cea care joacă în contra intereselor familiei, nici membrii acesteia, nici dispunătorul – care, prin ipoteză, s-ar fi răzgândit – nemaiputând face nimic pentru aducerea bunurilor în patrimoniul familial. 2°. Cea de a doua fațetă a paradoxului: *solemnitatea contractului de donație a fost gândită ca o măsură de control al aplicării principiului irevocabilității*⁶⁹. Regula irevocabilității ar fi rămas fără impact, în absența unei posibilități clare de asigurare a incidenței sale. Cancelarul D’Aguiesseau avea să consacre o mai veche jurisprudență în celebra sa Ordonanță asupra donațiilor din 1731; textul acesteia avea să fie reluat literal în cuprinsul Codului civil: donațiile vor fi solemne pentru a fi irevocabile.

38. Privire asupra excepțiilor de la principiul solemnității donațiilor. Observat din perspectivă istorică, formalismul substanțial caracteristic donațiilor se articulează pe următoarele coordonate: 1°. principiul irevocabilității este la originea formalismului donațiilor; 2°. ideea protejării donatorului de propria impulsivitate este la originea principiului irevocabilității; 3°. ocrotirea patrimoniului familial este la originea protejării donatorului de propria impulsivitate. Astăzi, ne este permis să ne întrebăm dacă nu cumva regula descrisă de art. 813 C. civ. și-a pierdut seva o dată cu mutațiile suferite de mentalitatea colectivă (ideea menținerii bunurilor “cu orice preț”⁷⁰ în cadrul aceleiași familii mai poate caracteriza gândirea epocii în care trăim?).

Nu doar cu o schimbare de mentalitate s-a confruntat, între timp, amintita regulă, ci și cu o practică socială obstinată: consacrarea – jurisprudențială mai întâi, doctrinară mai apoi – de excepții de la litera Codului nu a fost decât ecoul juridic al unei realități factice cu neputință de ignorat. *Donațiile deghizate, indirecte și manuale* au fost “mărul discordiei” vreme de mai multe decenii. Împotriva lor s-a pledat până și prin ideea “fraudei la lege” la care ar tinde; în

Celălalt. Cât despre “mutuus dissensus”, armonia aparentă în care sunt uniți cei doi termeni este doar un echilibru rezultat dintr-o “brutală” apropiere: “dissensus” însuși are drept sinonim “contrarius consensus”, expresie preferabilă (și preferată în dreptul roman) întrucât redă persuasiv ceea ce se întâmplă în cazul desfacerii voluntare a unui contract (“consensus” intervine din nou, într-un al doilea contract, de aneantizare a primului). Textul “mutuus dissensus” nu are aceeași plasticitate, putând fi redus, chiar, la o contradicție în termeni (întrucât “dissensus” – “învrăjbirea”, dezacordul – exclude lingvistic ideea de mutualitate: dezacordul presupune distanțare, reciprocitatea presupune “venire împreună”).

⁶⁸ Pentru detalii: H., L. Mazeaud, J. Mazeaud, *op. cit.*, p. 649 și urm. Regula irevocabilității se exprimă sintetic în dreptul francez prin adagiul “donner et retenir ne vaut”; merită remarcat, însă, faptul că acesta nu este decât sensul ulterior al maximei, ea fiind preluată inițial din dreptul cutumiar (de către Loysel) pentru a marca latura reală a contractului de donație, într-o epocă (ante-codificare) în care donațiile se formau valabil prin remiterea lucrului.

⁶⁹ Același motiv, al asigurării irevocabilității, se află la baza solicitării unui act estimativ pentru donațiile de bunuri imobile: H., L. Mazeaud, J. Mazeaud, *loc. cit. supra*.

⁷⁰ “Prețul” aici, amintim, este cel al unei “*politique du pire*”, după cum plastic se exprima Josserand (citată după H., L. Mazeaud, J. Mazeaud, *op. cit.*, p. 650, nota 5): irevocabilitatea poate juca, în final, în chiar contra celor pe care dorește să-i ocrotească.

sprrijinul lor s-a venit cu construcții de tipul “formalismului de substituție” pe care aceste donații l-ar respecta; o atentă privire asupra mecanismului acestora, în cele ce urmează, nu poate fi lipsită de interes.

39. *Donația deghizată* – “*cel care minte, o face deliberat*”. În prima sa încercare de validare a donațiilor deghizate, literatura de specialitate s-a folosit de o “comodă” exegeză a textului de la art. 813 C. civ.: ordonanța cancelarului, și mai târziu Codul, ar fi tins doar la reglarea formei *donațiilor exprese* (*ostensibile*), practicate cel mai des. S-a arătat, astfel, că instituția donațiilor tacite și a celor conjuncturale (indirecte) nu au putut fi suprimate, întrucât o asemenea măsură ar fi contrazis ideea de libertate contractuală, adânc infiltrată în spiritul dreptului civil. Textul legii vorbește despre donațiile “făcute prin acte între vii”; expresia “trebuie” înțeleasă ca desemnând actele-*instrumentum* consemnând o donație expresă⁷¹. De aici, o dublă consecință: 1°. sunt valabile donațiile formate *fără act* (darurile manuale), un *instrumentum* care să respecte tipul înscrisului notarial fiind, în cazul lor, inexistent; 2°. sunt valabile *donațiile care nu sunt exprese* (ostensibile) – cele deghizate și cele indirecte – unde actul-*instrumentum*, dacă există, consemnează nu o donație, ci o altă operațiune juridică, ceea ce îl îndepărtează de sub incidența literei art. 813 C. civ. (art. 931 C. civ. francez). Amintita exegeză s-a dovedit o generoasă sursă de argumente. Donația deghizată a fost, astfel, găsită valabilă întrucât, dacă aplicarea art. 813 C. civ. este comandată de *calificarea* operației, aici calificarea actului ostensibil este – datorită minciunii gândite de participanți – alta decât cea de donație, cu consecința neaplicării art. 813 C. civ.

40. Criticile nu au întârziat să apară: cerința instituită de textul de lege amintit nu este o condiție de formă⁷²! Puțin contează dacă *instrumentum*-ul denunță natura juridică a operației sau o maschează; ceea ce importă este – apel făcând la finalitățile regulii – asigurarea unei protecții pentru donator, familia acestuia, ba chiar pentru donatar⁷³. *Pe fond*, donația deghizată prezintă aceleași neajunsuri, de ieșire din patrimoniu – uneori insuficient “deliberată” – a unor valori. În plus, o “urmă” juridică durabilă lipsește aici, aplicarea dispozițiilor legale privitoare la revocarea, reducățiunea și raportul donațiilor fiind practic imposibilă în absența dovedirii liberalității deghizate⁷⁴.

41. Obiecția referitoare la ignorarea fondului reglementării legale s-a dovedit a nu fi insurmontabilă. Într-o analiză celebră, G. Ripert justifica soluțiile jurisprudențiale de validare a donațiilor “informe”⁷⁵ prin ideea respectării, de către acestea, a unui “*formalism de substituție*”: dacă forma cerută de textul legal apără consimțământul participanților la act, va fi suficientă găsirea unei forme care să prezinte aceleași valențe protectoare, pentru ca donația astfel făcută să fie la fel de “formală” ca și prima. Ce anume ocrotește consimțământul donatorului în donația deghizată? Însăși “împrumutarea” unei căi oculte, mincinoase de realizare a liberalității. Forma notarială este menită să incite la deliberare; pregătirea unei simulații presupune intrinsec acest proces de reflexie. Cel care încearcă (și reușește) să

⁷¹ Pentru evocarea în amănunt a acestei exegeze, a se vedea M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 208 și urm.

⁷² Ca element extrinsec manifestării de voință.

⁷³ Au existat, chiar, voci tentate să vadă în regula irevocabilității donațiilor o măsură de punere la adăpost a *donatarului* de “răzgândirea” dispunătorului. Eroarea este una de optică (oricum, temuta “răzgândire” poate fi, tehnic, doar una reciprocă, de îndată ce actul juridic este de formație bilaterală), dar și una de cultură juridică (irevocabilitatea, aminteam, a fost menită să protejeze nu pe donatar, ci familia dispunătorului, prin intermediul obligării acestuia din urmă la reflecție).

⁷⁴ Pentru dezvoltări asupra aceste forme de simulație, a se vedea P. Vasilescu, *Principiile regimului interimar al simulației*, în SUBB nr. 1-2/1997, p. 23-30; P. Vasilescu, *Privire asupra acțiunii în simulație*, în RDC nr. 7-8/ 1998, p. 143-156.

⁷⁵ A se vedea, pentru această practică judecătorească, H. Blaise, *La formation au XIXe siècle de la jurisprudence sur les donations déguisées*, în “*Mélanges offerts à R. Savatier*”, Dalloz, Paris, 1965, p. 89 și urm.

ascundă terților liberalitatea pe care o face este în mod necesar conștient de implicațiile juridice ale activității sale.

Vom avea prilejul, într-o secțiune următoare, să aruncăm o privire asupra amendamentelor aduse acestei construcții teoretice; anticipăm printr-o singură remarcă: chiar dacă am admite că consimțământul donatorului este suficient protejat prin intermediul procedurii de deghizare, ocrotirea acestui consimțământ nu are – prioritar – valoare *per se*⁷⁶: ea nu este decât veriga intermediară către ocrotirea familiei dispunătorului, îndeosebi depășirea cotității disponibile fiind cea care trebuie să îngrijoreze. Or, din această perspectivă, puțin contează că donatorul a deliberat în mod suficient cu prilejul formării intenției sale liberale; ceea ce rămâne de conchis este că singurul mod *eficace* de protejare a rezervei ar fi descurajarea apriorică a donațiilor deghizate, care amenință să nu se lase urme ale petrecerii lor.

42. *Donația indirectă* – “*actul neutru nu este vizat de litera art. 813 din Codul civil*”. Am amintit deja, în bună parte, care au fost reperele admiterii donațiilor indirecte: o interpretare literală a textului legal și existența unei forme-surogat, pe modelul analitic propus de G. Ripert. În ce constă aici “înlocuitorul” de formă notarială? Donația indirectă este o donație realizată prin intermediul unui act a cărui singură aparență nu permite calificarea lui drept un act cu titlu gratuit ori unul cu titlu oneros⁷⁷. Acest tip de liberalitate presupune existența unui act juridic suport, care să disimuleze gratuitatea prin *tăcere*: “în cazul donației deghizate, părțile vorbesc și cuvintele lor induc în eroare; în cazul donației indirecte părțile păstrează tăcerea și această tăcere enigmatică ne duce în ignoranță”.⁷⁸ Forma substitutivă pentru cea notarială este oferită de actul-suport: părțile nu procedează în mod declarat (ostensibil) la realizarea unei liberalități, ci se servesc de un act-vector de gratuitate⁷⁹, act ce le va oferi și o *formă* pentru liberalitatea urmărită. Forța explicației slăbește aici vizibil: nu numai că recurgerea la actul-suport nu este în măsură să atenționeze dispunătorul asupra activității sale liberale, dar prilejul se poate dovedi, dimpotrivă, un factor de derută și de nechibzuință, într-o pondere mai mare decât în orice altă donație informală.

43. *Darul manual* – “*irevocabilitatea donației este salvată*”. Validitatea darului manual – în măsura în care ne limităm la o exegeză strict literală a regulii de la art. 813 C. civ. – rezultă din absența unui act instrumentar care să fie supus exigenței redactării de către notar. Explicația doctrinei se dovedește a fi aici mai convingătoare decât în cazurile celorlalte specii de donație “informală”: 1°. intenția legiuitorului francez de a permite coexistența darurilor manuale cu cele notariale este dovedită de poziția expres adoptată de către cancelarul D’Aguiesseau în favoarea acesteia; 2°. forma-surogat este aici facil procurată de faptul că donația manuală este un contract real: dacă cerința formei autentice tinde la asigurarea irevocabilității gratuităților convenționale, tradițiunea reală⁸⁰ a bunului servește exemplar acest scop.

⁷⁶ Fără îndoială că cel care gratifică trebuie să privească actul juridic cu un plus de atenție, dată fiind absența de echivalent, dar apărarea *voinei* sale de primejdia captației are loc, în realitate, prin instituția vicilor de consimțământ, mai degrabă decât prin cea a formei.

⁷⁷ Pentru această definiție: M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 284. Pentru un plus de exactitate: fie că este realizată pe suportul unui act oneros, fie că se servește de un act neutru, donația indirectă face necesară “calificarea” fondului ca fiind gratuit de către instanța de judecată. Determinarea nu este lipsită de ezitări; de pildă, în cazul vânzării disproporționate, liberalitatea are drept obiect diferența între prețul plătit și valoarea reală sau, mai degrabă, cota-parte “neplătită” din bunul cedat?

⁷⁸ M. Grimaldi, *cit. supra*, p. 248, nota 333.

⁷⁹ O vânzare dezechilibrată, de pildă.

⁸⁰ Nu și o tradițiune fictivă ori un constituit posesor, ceea ce înseamnă că *nu orice* contract real poate servi pentru efectuarea unui dar manual, ci numai cel format pe o tradițiune reală, efectivă a bunului. Explicația este furnizată de rolul de garant al irevocabilității pe care este chemată să-l joace remiterea lucrului.

44. În realitate și aducând explicația la o ierarhizare fertilă de resorturi, darul manual a fost admis ca valabil pentru că nu a putut fi stopat. Universalismul și ancestralitatea sa l-au consacrat (se pare, definitiv) drept manieră licită de a gratifica. Proliferarea acestuia nu este, însă, lipsită de inconveniente. Vidul lăsat de absența unui înscris constatator stopează adesea, ca imposibilă, aplicarea regulilor privitoare la ocrotirea succesorilor dispunătorului prin instituția rezervei și a obligației de raport.

S-a pledat pentru recunoașterea darului manual prin ideea că, nesusceptibil fiind de vreo “formă”, litera Codului nu a putut și nu îl poate supune, alături de donațiile ostensibile, exigenței unui înscris notarial. S-a răspuns prin anunțarea pericolului “excepțional” de a goli de sens – prin acceptarea conceptului de dar manual – nu numai a unor instituții precum rezerva și obligația de raport, dar și a incapacităților de a gratifica (data neconsemnată într-un înscris este o dată absentă) și de a primi liberalități.⁸¹ Afirmațiile amintite nu fac decât să învedereze importantul paradox: nu elemente de siguranță, unice și obiective, fac posibilă coexistența darului manual cu celelalte donații; doza de *practică socială consolidată* este suficientă spre a face posibil să ne înțelegem asupra “necesității” de a-l recunoaște juridic, chiar dacă, în aval, justificările teoretice se dovedesc imperfecte.

45. Propoziții conclusive privind dreptul pozitiv. Propuneri de lege ferenda. Dualitatea care patronează regimul contractului de donație sub aspectul formei, în dreptul privat contemporan, ridică o problemă de coerență. A interzice, pe de o parte, realizarea donațiilor ostensibile pe calea actului sub semnătură privată și a permite, pe de altă parte, eludarea cu ușurință a cerinței formei autentice prin recurgerea la donația manuală, indirectă ori deghizată trădează o viziune ilocică și de o utilitate îndoielnică. S-a pledat pentru menținerea acestei stări de lucruri prin idei-refugiu de tipul “formalismului de substituție”; ele nu pot fi primite fără a contrazice însăși esența formei constitutive de contract. Întrucât aceasta din urmă germinează pe suportul cerinței de a proteja partea de propria impulsivitate, ea trebuie înțeleasă ca fiind: o formă fără echipolent (cu neputință de înlocuit); o formă imperativă (cu neputință de abandonat).

46. În diatribele la adresa donațiilor informale s-a arătat, astfel, că: 1°. deși prezentate ca situații de excepție de la aplicarea principiului formalismului, donațiile informale sunt mult mai numeroase în practică decât cele care respectă litera art. 813 din Codul civil; 2°. proliferarea donațiilor informale trădează cel mai adesea voința părților de a eluda statutul fiscal al liberalităților; alegerea repercutează, însă, inevitabil și asupra statutului civil al acestor acte, îndeosebi din perspectiva aplicării dispozițiilor legale privind reducțiunea și obligația de raport; 3°. dincolo de riscurile ce derivă de aici pentru profani, posibilitatea de a economisi timp și bani prin evitarea deplasării la notar exercită o forță de atracție deloc neglijabilă.

47. Pe de altă parte și în ce ne privește, claustrarea în spațiul regulii de la art. 813 C. civ., moștenite dintr-un timp revolut, ne tentează extrem de puțin. Este motivul pentru care, în continuare, înțelegem să ne interogăm dacă *de lege ferenda* regimul juridic destinat contractului de donație nu ar trebui să fie unul unitar, fără a mai distinge după cum liberalitatea este una ostensibilă sau una ascunsă sub o haină juridică împrumutată. Mai multe regimuri juridice pot fi, astfel, imaginate; cele mai multe vor fi, însă, repudiate pentru imperfecțiunea construcției pe care o propun, urmând să prezentăm în final varianta de rezolvare care ne convinge:

- *supunerea tuturor donațiilor cerinței formei autentice ad validitatem prevăzute de art. 813 din Codul civil.* Soluția a fost apreciată drept “idealistă”⁸², câtă vreme se ciocnește, de

⁸¹ În acest sens: M. Dagot, *Des donations non-solennelles*, în JCP nr. 30 – 35/2000, p. 1471.

⁸² Epitetul aparține lui M. Grimaldi, ale cărui propuneri legislative analiza noastră le calchiază în bună parte: M. Grimaldi, *cit. supra*, p. 211-212.

plădă, de practica, adânc infiltrată în obiceiurile umane, a darurilor manuale. Prea străină de mentalitatea colectivă, o asemenea soluție legislativă s-ar deplasa foarte puțin în sensul uniformizării și reglării practicii liberale: incapabilă să influențeze comportamentul subiectului de drept într-atât încât să-l oblige să reproducă ideea legiuitorului, rezolvarea nu ar fi deloc departe de cea actuală. Nu trebuie uitat că, în doctrină și jurisprudență, donațiile informale au fost admise ca valabile tocmai datorită imposibilității de a stopa utilizarea lor, în pofida literei clare a art. 813 C. civ.

- *solicitarea ad validitatem a formei scrise, lăsând părților libertatea de a opta între actul notarial și cel sub semnătură privată*. Nici această soluție nu ne inspiră atașament, dată fiind absența oricărei valențe practice: 1°. Faptic și tehnic, rezolvarea nu ar schimba radical starea de lucruri în privința donațiilor "informale", care și în prezent sunt valabile doar în măsura în care voința juridică a părților prinde contur într-o formă-surogat pentru cea notarială. Schimbarea ar interveni exclusiv la nivelul darurilor manuale, unde, în "clasica" geneză a contractului, remiterea bunului și nu un înscris constatator se atașează manifestării de voință. Numai că, aici, departe de a fi dezirabilă, o asemenea schimbare ar eroda însăși autonomia conceptuală a donațiilor manuale, care faptic ar continua să fie folosite, dar juridic ar dispărea ca noțiune.

S-ar putea pleda pentru supunerea la exigența redactării unui înscris (sub semnătură privată ori notarial) doar a donațiilor ostensibile, specia donațiilor deghizate, indirecte ori manuale urmând a fi exceptată de la aplicarea noului regim juridic. Perspectiva ar sacrifica însă orice logică: un formalism substanțial (de tipul actului autentic ori a celui sub semnătură privată), care – deși ar pretinde valențe "protectoare" – nu ar fi extins asupra tuturor potențialelor variante de donație, ar fi un nonsens. În realitate, ar fi ceva mult mai periculos: o deplasare a situației actuale către o zonă în care donația ostensibilă, deși "declarată" drept un act juridic de gravitate excepțională, ar putea fi realizată pe calea întocmirii unui act sub semnătură privată – așadar, în absența oricărei ocrotiri a părții.

- *introducerea donațiilor în sfera actelor consensuale*. Deloc convingătoare în această formulare, soluția obstaculează orice posibilitate de epurare a spațiului liberalităților contractuale de cazurile de abuz ori lipsă de onestitate. Convenția de donație ar urma să fie probată cu ajutorul mijloacelor clasice de dovadă, ceea ce deschide calea unui abundant șir de litigii, cu neputință de stopat. Nu trebuie uitat: consensualismul se vedește a fi mai periculos în cazul liberalităților decât în ipoteza oricăror alte acte juridice.

- *contractul de donație să devină consensual, dar cu puțință de probat doar printr-un mijloc "perfect" de dovadă* (cel puțin un înscris sub semnătură privată, valabil ca *instrumentum*). Este, indiscutabil, soluția cu cea mai mare forță de coerciție, abandonarea formalismului *ad validitatem* în favoarea unui *formalism probator* urmând să se articuleze pe următoarele argumente:

1°. *la nivel noțional*, mai întâi, contractul de donație este departe de a mai reprezenta în contemporaneitate un concept dificil de receptat în plan cognitiv. Pretinsa sa periculozitate nu este expresia neputinței părții de a "înțelege" implicațiile patrimoniale ale unei liberalități, ca act de îmbogățire a altuia fără echivalent, ci expresia mai vechii tendințe de a ocroti familia dispunătorului de o prea pripită dărnicie. Arătam mai sus că această ocrotire devine efectivă nu pe calea supunerii donațiilor unui formalism validator, ci pe calea altor instituții juridice "clasice", precum cea a reducăunii liberalităților excesive și a raportului lor (în aval), respectiv prin intermediul dublei irevocabilități a donațiilor (în amonte de încheierii contractului). Am văzut cum caracterul de "mijloc de protecție" și "vehicul pentru consimțământ" dăinuiește inerțial în orice solemnitate; a abandona acest atribut în favoarea unei variante de formă constitutivă care nu ocrotește partea, ci terții (fie aceștia și rude ale dispunătorului) înseamnă inconstanță în raționament.

2°. *la nivel funcțional* apoi, (- la urma urmelor, neconsecvența în teorie este un păcat iertat câtă vreme soluția se dovedește utilă social -) dacă suntem de acord cu ideea că a părăsi încercarea de protejare a succesorilor donatorului nu este permisă, nu pactizăm în schimb cu susținerea că această ocrotire ar trebui să aibă loc pe calea unei forme – vector de consimțământ. Faptul că “obișnuim” această metodă – bizară, de altfel – de a ocroti rezerva succesorală (și egalitatea, respectiv echilibrul între moștenitori) prin “încorsetarea” voinței de a dispune nu este un argument suficient pentru menținerea *statu quo*-ului. Nu faza formării donațiilor ar trebui să preocupe legiuitorul – o dată stabilită absența unei gravități excepționale a acestor acte – ci etapa producerii de efecte, unde instituirea unui *formalism probator riguros, aplicabil tuturor variantelor de donație* este calea cea mai indicată pentru salvagardarea unor importante instituții de drept succesoral. O cale mai puțin dramatică decât cea prezentă, dar mult mai funcțională.

48. b) Finalitățile formalismului substanțial în materia contractului de ipotecă. Cu ce echivalează “temeiurile” formei autentice în cazul contractului de ipotecă în discursul doctrinar tradițional? În varianta originală, “temeiul” anunțat este la singular și pornește de la constatarea existenței unor contracte a căror “gravitate” o depășește pe cea a convențiilor consensuale. Formalismul caracteristic ipotecii convenționale ar veni să protejeze voința constituentului⁸³, voință care, lăsată liberă, ar risca cu ușurință să fie surprinsă de manevrele persuasive ale celuilalt. Așa formulată explicația, două probleme rămân nelămurite:

1°. Dacă finalitatea formei cerute de art. 1772 din Codul civil este protejarea celui ce constituie garanția, nulitatea atrasă de neîndeplinirea cerinței de formă ar trebui să fie și ea una de protecție (relativă), cu puțință de invocat doar de către cel protejat, or practica instanțelor de judecată nu a mers niciodată în acest sens;

2°. “Gravitatea” constituirii de ipotecă se susține greu în prezența faptului că vânzarea unei construcții⁸⁴ rămâne a fi consensuală, deși “riscul” (unui consimțământ pripit) este același.

Menționăm că primei obiecții i s-a răspuns în doctrină prin glisarea explicației către ideea că nevoia de protecție, în cazul constituirii de ipotecă, îl caracterizează nu pe constituent, ci pe terții interesați. Nulitatea convenției informale ar fi absolută pentru că se dezvoltă pe suportul unui interes general, iar ipoteca ar fi un contract solemn nu datorită poziției mai fragile a uneia dintre părți, ci din necesitatea securizării circuitului civil. Și această judecată ni se pare puțin riguroasă și improvizată de un raționament incomplet:

- După cum am arătat deja, nicidecum o formă *cosubstanțială actului juridic înțeles ca negotium iuris*, - vector de consimțământ fiind, - nu poate fi justificată exclusiv pe rațiuni de ocrotire a terților interesați. Aceștia vor fi ocrotiți de forma substanțială care protejează părțile doar implicit și prin ricoșeu. Este un nonsens, juridic, să se afirme că forma purtătoare de consimțământ și creatoare de contract ar urma să protejeze exclusiv persoane altele decât cele al căror consimțământ îl materializează.

- Nu ne propunem să spulberăm verosimilitatea aserțiunii conform căreia creditul imobiliar trebuie să se bucure de un cadru juridic sterilizat, care să evite lezarea intereselor terților interesați de soarta juridică a imobilului. Subiectiv și obiectiv, *protecția unui interes general de acest tip poate avea loc, însă, nu pe calea obligării părților la respectarea unui tipar*

⁸³ Care numai uneori este și debitorul creditorului garantat.

⁸⁴ În Franța, consternarea unor autori în fața susținutei “gravități” sporite a ipotecii în raport cu vânzarea unui imobil a fost cu atât mai pregnant simțită cu cât vânzarea de imobile este, cu titlu de principiu în dreptul francez, consensuală (fără a mai distinge, după cum procedează – întemeiat sau nu – legiuitorul nostru, între construcții și terenuri). A se vedea, în acest sens, J. Flour, *op. cit.*, p. 97, unde autorul nu scapă de eroarea gândirii ipotecii ca “inofensivă”, în cuprinsul unui studiu care avea totuși să reprezinte un reper important în înțelegerea formalismului contractual...

formal anume pentru exteriorizarea consimțământului lor la contract, ci prin măsurile de publicitate care însoțesc instituția creditului ipotecar. Dacă ocrotirea terților ar fi unica rațiune a cerinței formei solemne în materia ipotecii convenționale, atunci nu despre un formalism constitutiv ar fi vorba aici, ci despre unul solicitat pentru opozabilitate.

- *Tipul sancțiunii aplicabile actului inform (nulitate absolută, în cazul analizat de noi) este un fals criteriu în privința interesului ocrotit prin norma juridică încălcată.* Dacă, în lumina teoriei “clasice” a nulităților, nu par să existe zone de gri (nulității absolute îi corespunde protejarea unui interes general, celei relative – ocrotirea unui interes privat), consecvența raționamentului slăbește pe măsură ce în discuție sunt aduse ipoteze în care o cerință de validitate este solicitată de legiuitor în apărarea unei *pluralități de interese*. Adesea – așa cum s-a observat deja în privința contractului de donație – regula de formă s-a sedimentat pe un melanj de interese: interesul uneia sau ambelor părți – a căror suficiență informare și avizare se urmărește; interesul familiei uneia din părți; interesul terților și, mai general, cel al societății umane. În acest context, dorința doctrinei și a jurisprudenței de a găsi facile reechilibrări ale regulilor “clasice” – în privința sancțiunii aplicabile actului inform – s-a soldat cu o incertitudine: dacă interesul general și interesul privat se întrepătrund, just este să prevaleze cel dintâi, iar nulitatea să fie una absolută? Ori, dimpotrivă, un minim raționament logic cere ca soluția să fie dată în mod nuanțat⁸⁵, în funcție de interesul predominant (decisiv), iar dacă cerința formei țintește *prioritar* la ocrotirea unui interes privat (cel al donatorului, respectiv cel al constituentului de ipotecă), nulitatea actului inform să fie una relativă? Jurisprudența franceză de ultimă oră pare a fi optat pentru varianta secundă, în vreme ce o bună parte a doctrinei – inclusiv în dreptul nostru – favorizează teza tradițională, conform căreia nulitatea este absolută atunci când în discuție intră un element formator al actului juridic. Nu tranșarea acestei probleme ne preocupă aici; remarcăm doar că a plasa la baza solemnității convenției de ipotecă interesul general al terților participanți la circuitul civil – doar pentru că nulitatea “ipotecii” inform este una absolută – se dovedește un criteriu inoperant.

49. Pornind de la aceste observații, este de subliniat că la fundamentul cerinței formei autentice în materia ipotecii convenționale se află mai multe deziderate⁸⁶:

1°. *protejarea voinței constituentului*, care trebuie să fie suficient informat (prin intervenția notarului) asupra “gravității” actului juridic pe care îl încheie. În ce constă aici anunțata “gravitate”? Spre deosebire de vânzarea unui imobil, ipoteca este de natură să inducă în eroare cu privire la adevăratele sale consecințe juridice: lipsa unei depozedări (sau a unei pierderi de drept) imediate poate obstacula receptarea, la nivel cognitiv, a implicațiilor patrimoniale ale actului în caz de neplată la termen a creanței. Dacă, în cazul unui contract translativ de proprietate (precum vânzarea ori schimbul), partea are cunoașterea ieșirii dreptului din propriul patrimoniu – final urmărit prin încheierea actului juridic de înstrăinare – constituentul garanției imobiliare nu suportă pe moment o modificare “perceptibilă” a situației sale patrimoniale, de unde și pericolul consimțirii la ipotecă din ignoranță ori cu nepermisă lejeritate;

⁸⁵ Relativizarea pare să contamineze și spațiul nulităților, o dată cu propunerea așa-zisei “nulități de grup”. Ne putem întreba din nou dacă înșurubarea în *relativ*, explorarea lui neîntreruptă nu cumva se metamorfozează nu numai în elogiul relativului, dar și într-o permanentizare a sa. De la un moment dat – și fenomenul caracterizează mai mult ca oricând dreptul privat contemporan – absolutizate nu mai sunt decât relativizările. Fortând nota: nu ne antrenează această turnură într-o “periculoasă” indistinție, într-o atrofiere a simțului clarității? Credem, mai degrabă, că avem de remarcat prioritatea netă acordată demolării unor concepte presupuse “neconvenabile” subiectului de drept, chiar și atunci când de o “edificare” propriu-zisă a unui nou concept nu mai poate fi vorba...

⁸⁶ A se vedea H., L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome III, premier volume, *Suretés. Publicité foncière*, 7me éd., Montchrestien, Paris, 1999, p. 301.

2°. *protejarea creditorului garantat*, care este, de cele mai multe ori, un necunoscător al regulilor de fond presupuse de o constituire valabilă de ipotecă, ori a întinderii drepturilor pe care constituentul le menține asupra imobilului ipotecat. Prin intervenția activă a notarului, creditorul poate fi avizat, de pildă, în legătură cu existența unor ipoteci de rang prioritar asupra aceluiași imobil și, îndeosebi, în legătură cu semnificația juridică a situației, cu puțință fiind astfel o suficientă reflectare asupra acceptării ori respingerii constituirii respectivei garanții;

3°. *protejarea terților* interesați de soarta juridică a imobilului, în mod indirect, prin obligarea părților la respectarea formei autentice, ca o condiție indispensabilă *pregătirii unei publicități imobiliare eficace*.

50. c) Rațiunea instituirii formei autentice pentru înstrăinarea terenurilor prin acte juridice între vii (art. 2 alin. 1 din Legea nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor). Prima tentație, în preajma cerinței formei autentice pentru vânzarea de terenuri, este aceea de a o gândi în termeni identici celor utilizați în materia liberalităților convenționale: forma ar veni să protejeze consimțământul înstrăinătorului de teren, atrăgându-i atenția asupra “gravității” actului pe care îl încheie. Aserțiunea ar fi, însă, hazardată și, în bună parte, lipsită de fundament teoretic. Apoi, a vorbi despre “gravitatea” unui contract, drept bază a caracterului solemn al acestuia, nu poate mulțumi; o precizare a conținutului acestei “gravități” este strict necesară.

51. Spațiul juridic descris de anumite convenții – și, ca atare, forma în care voința de a le crea poate prinde contur – este constituit dintr-o orientare plurală de laturi “pragmatice”: poziția – subiectivă și obiectivă – a părților, a rudelor participanților la act, a terților interesați ș. a. Înstrăinarea oneroasă a unui teren se prezintă drept un bun prilej pentru a vedea, chiar dacă nu vom zăbovi excesiv în analiza respectivă, în ce măsură forma autentică instituită de legiuitor ca o excepție de la regula consensualismului este aici justificată de faptul că se aplică unui act de importanță deosebită. În ce ne privește, opțiunea legiuitorului ni se pare puțin pertinentă; mai mult, ne este permis să ne îndoim că mai putem vorbi astăzi, în aceiași termeni, despre “necesitatea” de a impune *ad validitatem* forma autentică înstrăinărilor oneroase de terenuri, și aceasta pentru următoarele motive:

- Interesul înstrăinătorului de a fi ocrotit *asemănător donatorului* este un fals argument. Dacă generozitatea este periculoasă întrucât însărește fără echivalent, înstrăinarea oneroasă a unui teren nu copiază schema amintită. Actul cu titlu oneros “amenință” mult mai puțin familia autorului ori pe creditorii acestuia, după cum, grație contraprestației permise, nu-l plasează pe înstrăinător în postura celui ce se privează de o valoare patrimonială la îndemnul propriilor pasiuni. Nici dacă socotim eretică această susținere, că partea la actul oneros scapă riscului unui consimțământ pernicios, soluția nu va fi în sensul necesității de a supune vânzarea de terenuri formei autentice *ad validitatem*: “periculoase” fiind actele juridice cu titlu oneros în genere, nu numai vânzarea de terenuri, ci înstrăinarea oneroasă a oricăror bunuri ar trebui supusă amintitei cerințe de formă... Dincolo de malițiozitatea observației, extrapolarea raționamentului aplicat liberalităților convenționale la materia înstrăinărilor oneroase de terenuri ține de absurd.

- Singurul postulat care ne-ar aduce în preajma concluziei “gravității” actelor juridice discutate ar fi cel în care însuși *obiectul derivat* al acestor acte ar surclasa în importanță alte valori patrimoniale (inclusiv construcțiile), fapt ce ar face necesară temporizarea formării consimțământului la act. Cel puțin parțial, soluția legislativă pe care o analizăm a putut fi în trecut justificată de locul important ocupat în patrimoniu de terenuri, ca principală sursă de trai într-o economie agrară. Tentativa de a relua această explicație astăzi eșuează, bunuri precum automobilele ori pachetele de acțiuni la societăți comerciale – pentru a nu da decât două exemple – având, în plan pecuniar, valori mult mai ridicate. Nici măcar susținuta importanță sporită a *imobilelor* în raport cu bunurile mobile nu ne furnizează un argument de

tipul celui căutat, câtă vreme conceptul de “imobil” grupează, alături de terenuri, construcțiile, care astăzi desfid – prin valoarea mult mai ridicată pe care o pot avea în raport cu terenul pe care sunt edificate – diferența de importanță plasată odinioară între cele două tipuri de imobile, dar care, reamintim, pot fi înstrăinate oneros și altfel decât printr-un act autentic constitutiv.

Precizarea făcută nu răspunde, însă, întrebării dacă, în contemporaneitate, terenurile – ca specie de imobile – sunt sau nu bunuri de o importanță aparte, care să le atragă un regim juridic deosebit. O investigare a noțiunii de “imobil” poate facilita optarea pentru una sau alta din variantele de răspuns.

52. Există, într-un soi de metafizică a juridicului, o “regulă” de distribuire a realității în extreme. O dihotomie celebră, care a influențat neconștient și multiplu norma juridică, a fost dihotomia *bunuri mobile* – *bunuri imobile*. Distincția nu provine (în primul rând, cel puțin) din elementul material aparent (caracterul static al ultimelor, respectiv mobilitatea primelor), dreptul fiind interesat de un aspect mult mai important: valoarea patrimonială a bunurilor, găsită a fi net superioară în cazul celor imobile, - în cadrul social și economic al redactării Codului civil - . Disjungerea face și ea parte din zestrea latină, fără să o regăsim, însă, în aceiași termeni în dreptul roman, care o recunoaște doar implicit: aici, categoriile de “bunuri importante” (*res Mancipi*) și “bunuri neimportante” (*res nec Mancipi*) servesc amintitului scop într-o manieră mult mai explicită⁸⁷.

Dacă criteriul este cel al importanței pecuniare, el trebuie discutat diferit, în funcție de contextul economic dat. În dreptul roman vechi și clasic, sunt bunuri “importante” imobilele (terenuri și case) situate pe sol italic, servituțile rustice, sclavii, animalele de tracțiune. Sunt *res nec Mancipi* orice alte bunuri: imobilele din provincii⁸⁸, servituțile urbane, alte animale, banii⁸⁹, pietrele prețioase ș. a.⁹⁰ Progresul economic a sabotat treptat această dispersie; clasificarea *res Mancipi* – *res nec Mancipi* cade în desuetudine; i-a supraviețuit disjungerea în “bunuri mobile – bunuri imobile”, fără însă a cunoaște aceeași “greutate” operațională.

Codul nostru civil, sub influența celui napoleonian, o reia pe aceasta din urmă și îi dă multiple vocații, fără a fi făcut pasul decisiv al desprinderii de *criteriul importanței*. Prilej pentru două observații: 1°. categoriile “mobile” – “imobile” sunt astăzi criticabile⁹¹, câtă vreme disjungerea ar fi prilejuită de importanța pecuniară⁹²; 2°. “importanța” terenurilor nu poate fi dedusă din caracterul imobil al acestora, ci din valoarea lor patrimonială; or, câtă vreme aceasta este surclasată de alte elemente – mobile și imobile – *vânzarea de terenuri este departe de a fi de o “gravitate” sporită în raport cu alte vânzări*.

⁸⁷ A se vedea, pentru detalii, P. Voci, *op. cit.*, p. 110 – 111.

⁸⁸ Care au avut dintru început un regim juridic *sui-generis*.

⁸⁹ Banii ca bunuri (juridice) “neimportante”... Discutând o problemă în termenii unor categorii-perechi, nu trebuie să ne surprindă faptul că sfârșim în prezența unei gândiri didactice și operaționale, care, în locul unor imagini “placate” pe logica realului, ne oferă o viziune “abreviată” și utilă a acestuia!

⁹⁰ A se vedea, pentru detalii, P. Voci, *op. cit.*, p. 111.

⁹¹ Inclusiv sub aspectul compoziției parțial desuete (o bună parte, dacă nu toate imobilele prin destinație – produs al unei ficțiuni juridice odinioară necesare – sunt astăzi apariții rare).

⁹² Nu ignorăm faptul că există încă diferențe justificatoare ale dihotomiei “mobile – imobile”, printre care organizarea unui *tip de publicitate diferit*. Imobilele fiind fixate, un sistem de publicitate care să înregistreze modificarea situației lor juridice este ușor de realizat, în vreme ce, în materie mobilă, o publicitate propriu-zisă este imposibilă, posesia achitându-se de acest rol într-o manieră adesea imperfectă. Nu suntem, însă, conștienți că această diferență ne îndepărtează de criteriul “importanței”: 1. și bunurile mobile sunt supuse unei publicități riguroase, atunci când importanța lor o cere (nave maritime, aeronave, fonduri de comerț); 2. “prescripția achizitivă instantanee” poate fi redusă (ca punct de plecare în reglementarea legală) la o reverberație a valorii pecuniare mai redusă a mobilelor (pentru detalii: H., L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, deuxième volume, *Biens*, 8^{me} éd., Montchrestien, Paris, 1994, p. 353 și urm.).

53. Nu relevanța menținerii formei autentice în materia vânzării de terenuri o contestăm aici, ci caracterul de *cerință de validitate* al acesteia. Câtă vreme nu subzistă rațiuni suficiente pentru protejarea vânzătorului, formalismul vânzării de terenuri nu poate fi unul substanțial, ci unul de *publicitate*. Actul – *instrumentum* ar urma, astfel, să circumscrie un *formalism complementar*, suficient pentru securizarea circuitului civil.⁹³

54. Câteva observații, în fine, în legătură cu posibila susținere că forma autentică solicitată de art. 2 al Legii nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor servește *interesul Statului*, menținerea acestei măsuri legislative fiind astfel “pe deplin justificată”: 1°. dacă acest interes se dezvoltă pe suportul ideii că teritoriul României se vrea a fi apărat de posibilitatea acaparării proprietăților agricole de către elemente din afara țării, acest deziderat este oricum atins prin art. 41 alin. 2 din Constituție, potrivit căruia “Cetățenii străini și apatrizii nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor”. De remarcat faptul că prohibiția la care ne referim ar urma să fie modificată în vederea integrării europene, ea venind în contradicție cu prevederile Tratatului de la Amsterdam privitoare la “dreptul de stabilire”⁹⁴; 2°. dacă interesul statal este unul de natură fiscală, nu un formalism substanțial – creator de contract și protector de consimțământ – ar servi cel mai bine scopul amintit, ci un formalism complementar, de publicitate.

Conchidem, așadar, că *de lege ferenda* menținerea cerinței impuse de art. 2 alin. 1 din Legea 54/1998, așa cum este în prezent gândită această condiție, nu se mai justifică.

III. ORIZONTURILE FORMALISMULUI SUBSTANȚIAL. FORMA ELECTRONICĂ – O POSIBILĂ “INOVARĂ” A ACTULUI AUTENTIC?

55. Art. 1171 din Codul civil definește actul autentic ca fiind “acela care s-a făcut cu solemnitățile cerute de lege, de un funcționar public, care are dreptul de a funcționa în locul unde actul s-a făcut”. În preajma monopolizării de către calculator a colectării, prelucrării și distribuirii informației în societatea contemporană, nu poate fi evitată întrebarea dacă – pentru corelarea progresului științei cu norma juridică – prin înscris autentic se va putea înțelege, în viitor, și înscrisul electronic.

În acest punct, discuția ajunge să decanteze sub forma unei triple interogații: 1°. există sau nu compatibilitate între forma autentică și cea electronică?; 2°. în caz afirmativ, poate fi “compatibilizată” solemnitatea cu aspectul ei electronic fără ca, astfel, să fie alterat însuși conceptul de “autenticitate” și, prin ricoșeu, impactul – protector și probator – al acesteia?; 3°. dacă adaptarea este posibilă, ce anume urmează să se înțeleagă prin “autenticitate” în formalismul contemporan?

56. În literatura de specialitate s-au propus diverse modalități de surmontare a dificultăților ridicate de chestiunea imaginării unei forme autentice electronice⁹⁵; le vom relua și noi sumar aici, cu precizarea că, din punct de vedere pragmatic, importantă ni se pare nu elaborarea unei taxonomii a posibilelor variante de “înscris electronic autentic” (respectiv încadrarea rigidă a formei notariale în contextul celei electronice), ci identificarea principiilor care pot sta la baza utilizării ei eficiente, în așa fel încât să se țină cont de caracteristicile situației de “instruire” (“asistare”) a părților presupusă intrinsec de întocmirea înscrisului notarial.

⁹³ Nu este lipsită de interes observarea faptului că dreptul francez cunoaște, cu titlu de principiu, vânzarea consensuală a imobilelor (reguli speciale aplicându-se doar anumitor împrejurări).

⁹⁴ A se vedea V. Duculescu, *Câteva aspecte teoretice și practice privind problematica revizuirii Constituției*, în “Dreptul” nr. 4/2002, p. 18.

⁹⁵ A se vedea, de pildă, P. Catala, *Le formalisme et les nouvelles technologies*, în “Répertoire Défreinois” nr. 15 – 16/2000, *Le formalisme*, “Journées J. Flour”, Association H. Capitant, art. 37210, p. 897 și urm.

Menționăm că, în doctrină, cheia problemei se propune a fi găsită în *redactarea propriu-zisă* a actului notarial⁹⁶, ai cărei piloni, tradițional, par a fi: - prezența simultană a părților și a notarului, cu intervenția activă a celui din urmă în planul consilierii celor dintâi; - lectura actului, la fel de facilă pe ecranul calculatorului ca și în cazul în care suportul material ar fi oferit de hârtie; - semnarea actului de către părți și parafarea de către notar, context în care apariția semnăturii electronice⁹⁷ rezolvă chestiunea “clonării” integrale în câmp electronic a înscrisului notarial⁹⁸.

Pusă problema în acești termeni, preferința autorului nu putea decât să încline spre afirmarea – deși pe un ton ușor îngrijorat⁹⁹ - a compatibilității dintre o posibilă variantă electronică a înscrisului autentic și cea cunoscută drept “clasică”. În ce ne privește, ne îngăduim să considerăm că varianta argumentativă a autorului citat nu este înzestrată cu vocația oferirii unei soluții, și aceasta pentru că:

1°. analiza autorului face uz de mijloacele clasice ale redactării înscrisului notarial și propune substituirea hârtiei cu ecranul calculatorului, concomitent menținerii cadrului și rolului-tip al actorilor implicați (părți și notar)¹⁰⁰. Or, este limpede că numai abandonarea prezenței simultane, la locul întocmirii actului, a consilierii *face à face* a părților de către notar ș. a., în favoarea unei situații-cadru noi¹⁰¹ ne-ar duce în prezența veritabilei “forme autentice electronice”. Ceea ce rămâne de rezolvat este tocmai chestiunea de a ști dacă este sau nu posibil (și justificat) un asemenea abandon.

2°. problema formei autentice electronice se pune cu acuitate *numai în cazul contractelor încheiate la distanță*, situația “obișnuită”, a prezenței concomitente a părților și funcționarului public, urmând să vizeze simpla transpunere a pașilor clasici în plan electronic. Or, în contractele la distanță, tensiunea care ar putea interveni între comoditatea permisă de transmiterea electronică a informației și, pe de altă parte, securitatea pe care o presupune autenticitatea “înscrisurilor” s-ar putea rezolva cu greu în absența prezenței reale a ofițerului public.¹⁰²

57. În cadrul astfel conturat, *stabilirea elementelor indispensabile autenticității* este, credem, singura cale de a procura o soluție – afirmativă sau negativă – la problema imaginării unei alternative electronice pentru actul notarial:

- alegem să insistăm, mai întâi, asupra unui fapt important: garanțiile oferite de actul autentic nu sunt legate doar de valențele (îndeosebi protectoare) înscrisului însuși, ci sunt mai ales cele oferite de prezența notarului public. Nu putem pretinde aici să fim nici exhaustivi,

⁹⁶ *Idem*, p. 908.

⁹⁷ Pentru detalii privind înscrisul electronic asimilat celui sub semnătură privată, ca și pentru chestiunea semnăturii electronice, a se vedea C. Elisei, A. V. Andonic, *Noi implicații ale informatizării societății asupra dreptului: Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică*, în “Dreptul” nr. 12/2001, p. 18 – 29.

⁹⁸ Semnătura electronică este în prezent furnizată de date în formă electronică, cu caracter de unicatitate, care sunt atașate sau logic asociate cu alte date în formă electronică și care servesc ca metodă de identificare (art. 4 pct. 3 din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, publicată în “Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 429 din 31 iulie 2001), dar ar putea fi în viitor comutată într-o variantă vocală – ca alternativă mai puțin complicată la recursul la criptografie. Mai puțin complicată da, dar nu și mai securizantă: semnătura vocală ar putea face necesară prezența fizică a martorilor (respectiv a notarului) care să confirme exteriorizarea consimțământului *la act*, martori care, la rândul lor, ar urma să furnizeze propria semnătură...

⁹⁹ Întrucât avansarea ar trebui să aibă loc “cu extremă prudență”: P. Catala, *op. cit.*, p. 909.

¹⁰⁰ În baza Legii nr. 455/2001, reamintim, dacă asimilarea înscrisului în formă electronică cu înscrisul sub semnătură privată survine atât în cazurile în care, potrivit legii, forma scrisă este cerută *ad probationem*, cât și în cele în care ea este o condiție *ad validitatem*, asimilarea astfel proclamată *nu privește și înscrisul autentic*.

¹⁰¹ Ale cărei elemente sunt insuficient depistate în stadiul actual al reglementării juridice și doctrinei – și, poate, insuficient *depistabile*.

¹⁰² Aspectul nu rămâne ocult nici autorului citat. A se vedea P. Catala, *loc. cit. supra*.

nici demonstrativi. Revine legiuitorului sarcina de a elabora detalii tehnice cu privire la varianta electronică de înscris autentic, în măsura în care nu se mulțumește cu păstrarea ultimului în afara zonei informatizate. Încercăm să sugerăm, însă, relevanța unei premise simple, dar ciudat ignorate: numai degajând *fundatia personală* (ținând de intervenția notarului, adică) a actelor autentice notariale vom înțelege cel mai bine logica lor generală și liniile de evoluție pentru o extrapolare în spațiul electronic.

- s-ar cuveni să completăm această panoramă grosieră și expeditivă cu o incursiune în zona *încrederii* cu care părțile, Statul și terții investesc persoana notarului, cu prilejul confecționării actului. Aici rezidă, credem, adevărata dificultate în a găsi o matrice electronică pentru autenticitatea notarială. Aplicarea noilor tehnologii nu este imposibilă în privința celorlalte elemente de solemnitate, ca lectura actului, semnarea acestuia, redactarea sa propriu-zisă. Însă acestea nu sunt decât “sateliți” ai autenticității, și nu esența sa. Substanță găsim doar în intervenția propriu-zisă a notarului public, capabil să asculte părțile și să le înțeleagă punctul de vedere, să le consilieze și să participe activ la formarea unei voințe juridice luminate, pe care să o “traducă” tehnic, o dată formată. Nu excludem ca adaptarea acestei funcții la o realitate informatizată să se dovedească posibilă. Produsul acestei adaptări s-ar putea să fie, însă, o veritabilă “schimbare la față” a autenticității, o deplasare a noțiunii către un sens inovat.

IV. OBSERVAȚII CONCLUSIVE

58. Rațiunile existenței oricărui formalism substanțial trebuie căutate *in concreto*, în aspecte ținând de esența actului juridic a cărui încheiere validă o asigură. Orice generalizare, dacă este împinsă la extrem, riscă să rămână neriguroasă științific. Constanta formalismului *ad validitatem* este însă (dincolo de îmbinarea altor posibile scopuri) aceea de a ținti la protejarea părții de ea însăși, evitând consimțirea pripită la acte juridice a căror “imagine”, sub aspectul tuturor implicațiilor, nu o are încă pe deplin.

59. Am afirmat la începutul acestei expuneri că o reexplicitare (critică) a noțiunii de formalism substanțial ridică o problemă “metodologică”. Dar și una pedagogică sau formativă. *Din punct de vedere metodologic*, diferența instalată în câmpul de utilizare al sintagmei “formalism substanțial” este mult mai fecundă decât lasă să se înțeleagă rezonanța sa lingvistică. Dacă este vorba să obținem *specificul* formalismului *ad validatem*, rezultatul nu este realizabil decât punând în evidență, de pe poziții revizuite, opoziția “clasică”: “acte juridice de gravitate excepțională – acte juridice obișnuite”. Cea care a guvernat dispersia în “acte juridice consensuale” și “acte juridice formale” și care a plasat polar, față de axa consensualismului, variantele *extremului formalism* și pe cele cu caracter *preponderent intuitiv*¹⁰³.

Din punct de vedere formativ, prezervarea libertății de a contracta este o modalitate mult mai generală de a fi; ea pune în joc formele unui “savoir-vivre” particular. Imaginea formalismului – “povară” se împacă greu cu valențele protectoare și sanitare ale acestuia din urmă. Practica instanțelor de judecată și discursul doctrinar încurajează, deocamdată, o abordare nepreocupată de scopuri – și deci suspectă – a formalismului contractual. Depășirea acestei stări de lucruri trebuie înțeleasă ca ținând de construirea unei atitudini generale “inovate”, la nivel de mentalitate a subiecților de drept. Miza urmărită este, în cele din urmă, una practică: obținerea unei viziuni mai “rafinată” asupra formării contractelor, așezată la egală distanță de pripa cotidiană și de forma vidată de sens, de sensibilitatea necultivată și de abstracția ce dezumanizează.

¹⁰³ Desemnăm prin prima sintagmă înscrisul notarial, în vreme ce ultima ar putea trimite la tradițiune, contractul indirect și deghizare în cazul convenției de donație.



TRATATUL DE LA NISA, UN NOU PUNCT DE COTITURĂ ÎN DINAMICA DEZVOLTĂRII DREPTULUI COMUNITAR PRIMAR

Dr. Fábián GYULA
lector, UBB Cluj-Napoca
Procuror Parchetul de pe lângă Tribunalul Cluj

Abstract: The Nise Treaty, a new turning point in the dynamics of Community Law development. The Nise Treaty, drawn up in December 2000, signed on the 26th of February, 2001, is the latest modification of the initial community law meant to prepare the UE and the EC for new member state joining.

This study tries to draw attention to the recent items concerning community institutions, intensified co-operation procedures, human right observance, and also to the preparations in order to receive new member states. In the same time, it tries to show the perspectives after Nise, insisting on the „future of Europe“ theme.

Consequently it presents the achievements and failures of this treaty which, although it has not brought radical modifications, it seems that it has successfully prepared the joining of new states, for the first time specifying also the participation of Romania in the new „European Structures“.

La 13 martie 1951 reprezentanții a șase state europene¹ au semnat Tratatul privind înființarea Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului (CECO), intrat în vigoare în 23 iulie 1952. Acesta a fost primul tratat de drept internațional public prin care se înființează o organizație internațională supranațională.

La 25 martie 1957 aceleași state au semnat Tratatul privind înființarea Comunității Economice Europene (CEE) și Tratatul privind înființarea Comunității Europene a Energiei Atomice (CEEA sau EURATOM) care au intrat în vigoare la 01 ianuarie 1958.

Aceste trei tratate au statutul unei constituții europene² și constituie izvoare de drept comunitar originar sau primar, deoarece provin direct de la state și la ele se raportează toate actele normative comunitare adoptate de organele comunitare, adică dreptul secundar.

Evenimentele de la începutul anilor '90, schimbările din Europa Centrală și de Est au creat o situație total nouă în Europa, atât din punct de vedere politic cât și economic, iar noile democrații și-au semnalat pe rând pretenția de a adera la organizațiile europene și euroatlantice. Însă funcționarea și componența organelor comunitare a fost concepută pentru 6 state membre, iar în prezent Comunitățile numără 15 state membre³ fără să fi existat o modificare importantă privind organele comunitare.

Pentru a contracara aceste neajunsuri, începând din 1990, în doar zece ani, au fost adoptate trei tratate de revizuire – Tratatul privind înființarea Uniunii Europene (Tratatul de la Maastricht) din 1993, Tratatul de la Amsterdam din 1999 și tratatul de la Nisa⁴, spre deosebire

¹ Franța, Germania, Italia, Belgia, Olanda și Luxemburg.

² În prezent reprezentanții țărilor membre se străduiesc să elaboreze o adevărată constituție europeană după modelul constituțiilor clasice ale statelor.

³ Cele 6 state membre CECO, respectiv Anglia, Irlanda, Danemarca, Grecia, Spania, Portugalia, Austria, Finlanda și Suedia.

⁴ Titlul complet fiind: Tratatul de la Nisa privind modificarea Tratatului Uniunii Europene, a tratatelor de înființare a Comunităților Europene, respectiv ale unor acte normative conexe celor sus-arătate.

de perioada 1951-1990, în care dreptul primar a fost modificat prin doar două astfel de tratate⁵ - Tratatul de fuziune din 1967 și Actul Unic European din 1987.

Ultimul tratat de reformare sau modificare a dreptului primar a fost elaborat în decembrie 2000 la Nisa, de șefii de stat și de guvern ai statelor membre în CE și a fost semnat în 26.02.2001. Din acel moment a început o perioadă de 18 luni în care tratatul a fost deschis spre ratificare pentru cele 15 state.

Necesitatea adoptării acestui tratat s-a menționat deja în punctele denumite „Amsterdam-left-overs”⁶, iar procedura de revizuire propriu-zisă a început la Consiliul European din Köln (03/04 iunie 1999), a continuat cu Consiliul European de la Helsinki (10/11 decembrie 1999); Conferința Guvernamentală a fost deschisă la 14 februarie 2000, după care au urmat întâlnirile Consiliului European din Lisabona (23/24 martie 2000), Santa-Maria de Feira (19/20 iunie 2000), Biarritz (13/14 octombrie 2000) și Nisa (7-11 decembrie 2000)⁷.

Punctele „Amsterdam-left-overs” precizau: 1) Conferința de revizuire trebuie întrunită cel târziu un an înainte de extinderea UE la 21 de state membre. 2) Sarcina revizuirii va fi modificarea acelor prevederi ale tratatelor care privesc componența și modul de funcționare a organelor comunitare, în special mărimea Comisiei și componența acesteia și ponderea voturilor din Consiliul Uniunii Europene.

Consiliul European de la Nisa a avut două teme mari: pe de o parte, tema care nu ținea de conferința guvernamentală și cuprindea subtemele: Conferința Europeană cu participarea țărilor candidate la aderare care au sperat degeaba că se va da publicității o dată certă pentru aderare, Proclamarea festivă a Cartei UE a drepturilor fundamentale și Politica europeană comună în domeniul externelor și apărării, iar pe de altă parte, conferința guvernamentală.

Tratatul de la Nisa a rezolvat „temele de casă” fixate prin punctele Amsterdam-left-overs și a creat „capacitatea de lărgire”.

Pe scurt noutățile aduse de Tratatul de la Nisa sunt următoarele:

1. În Consiliul UE va exista o nouă „ponderare” a voturilor care va ține seama atât de mărimea populației unei țări, cât și de principiul că Uniunea este creată din state membre care nu au renunțat în totalitate la drepturile lor suverane.

2. Mărimea și componența Comisiei au fost reglementate printr-o „clauză rendez-vous” care acordă înseși Comisiei o anumită perioadă pentru a corela structura sa internă cerințelor care se vor ivi.

3. A avut loc reformarea prevederilor referitoare la Curtea de Justiție Europeană (CJE) și a Tribunalului de Primă Instanță în așa fel încât acestea să aibă puterea de a reacționa în mod proporțional la provocările aduse prin extindere, respectiv la creșterea volumului de activitate.

4. Cooperarea intensivă sau întărită a trecut prin niște modificări, care pentru viitor îi rezervă resurse pentru a prelua rolul de „motor al integrării”.

5. Prin reformarea art. 7 din Tratatul UE, la aplicarea unor sancțiuni împotriva statelor se vor respecta principiile statului de drept.

6. S-a găsit o poziție comună pentru extindere în domeniul voturilor ponderate din Consiliu și în ceea ce privește numărul de membri în Parlament, în Comitetul Economic și Social și în Comitetul Regiunilor.

⁵ Nu reprezintă tratate de revizuire cele de aderare a noi state membre, care însă de asemenea aduc modificări dreptului primar.

⁶ Acele probleme care nu au putut fi rezolvate prin Tratatul de la Amsterdam, au fost grupate sub această denumire și urmau să fie soluționate printr-un tratat viitor.

⁷ A se vedea în acest sens Klemens H. Fischer: *Der Vertrag von Nizza*; Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, p.26-32.

7. Luarea deciziilor cu vot majoritar, după Nisa, a fost extinsă asupra a încă 28 de domenii, având loc astfel restrângerea din ce în ce mai mult a numărului domeniilor în care hotărârile se iau cu vot unanim.

Integrarea înseamnă refacerea unui întreg, însă până când se va realiza acest întreg pe continentul european, va fi nevoie de încă câteva revizuii ale dreptului comunitar primar, motiv pentru care nici Tratatul de la Nisa nu încheie posibilitățile de reformare, statele membre convenind că va urma un „proces post-Nisa“.

Structura Tratatului de la Nisa

1. În preambul părțile semnatare fac referire la importanța istorică a încetării divizării continentului european și arată că doresc să continue reforma organelor comunitare, respectiv procesul de extindere, motiv pentru care au luat hotărârea de a modifica tratatele de înființare ale CE și UE, precum și celelalte acte normative conexe.

2. Prima parte intitulată „Modificări materiale“ cuprinde modificările aduse Tratatului UE, Tratatului CEE, Tratatului CECO și Tratatului EURATOM, respectiv „Protocolul privind Statutul Sistemului Băncilor Centrale Europene și a Băncii Centrale Europene“ și „Protocolul privind privilegiile și imunitățile CE“.

3. A doua parte conține prevederile tranzitorii și finale referitoare la aplicarea în timp, ratificarea și intrarea în vigoare a tratatului.

4. Tratatul este completat prin 4 protocoale și 24 de declarații, dintre care cele mai importante sunt următoarele:

a) „Protocolul privind extinderea UE“, care conține modificările ce vor fi efectuate în componența organelor comunitare începând din 2005.

b) „Protocolul privind Statutul Curții de Justiție Europene“, care conține noi prevederi privind componența, organizarea și procedura CJE și a Tribunalului de Primă Instanță.

c) „Protocolul privind consecințele financiare ale expirării Tratatului CECO și privind Fondul de cercetare pentru cărbune și oțel“. Așa cum se știe Tratatul CECO (Tratatul de la Paris), spre deosebire de celelalte două tratate comunitare (Tratatul de la Roma) a fost încheiat pentru o durată determinată (50 de ani). Astfel tratatul a expirat la data de 23.07.2002. Până în prezent s-au pus mai multe probleme privind soarta sa și soluția cea mai convenabilă este aceea de integrare a prevederilor acestui tratat în Tratatul CE⁸.

d) Declarația privind extinderea UE, care avansează numărul de locuri de care vor beneficia noile state membre în cadrul organelor comunitare.

e) Declarația privind Uniunea Europeană stabilește problemele care trebuie rezolvate până la conferința interguvernamentală din 2004.

Principalele modificări aduse Tratatului Uninunii Europene

Prin modificarea art. 7 din Tratatul UE a fost introdus un sistem de avertizare timpurie, care va intra în funcțiune în cazul în care există pericolul încălcării principiilor prevăzute de art. 6 din Tratatul UE. În această procedură care se poate solda inclusiv cu suspendarea dreptului de vot al statului membru vizat, după ascultarea părerii reprezentanților acestuia, va decide Consiliul UE împreună cu Parlamentul European. Curtea de Justiție va putea decide cu privire la respectarea procedurii, la cererea statului membru interesat, în termen de o lună de la data la care Consiliul procedează la constatarea unei încălcări grave și persistente a principiilor susamintite.

⁸ A se vedea în acest sens: Komanovics Adrienne, *Számháború Nizzában, avagy az Európai Unió jövője*, JURA - Revista Facultății de drept din Pécs, 1/2001. 128.

Conform noului articol 17, *politica externă și de securitate comună* cuprinde toate problemele referitoare la securitatea Uniunii, inclusiv stabilirea progresivă a unei politici de apărare comune, care în viitor ar putea conduce la o apărare comună, în cazul în care Consiliul European decide în acest sens, fără să fie afectate prin acesta sistemele de apărare deja existente (bilaterale sau în cadrul unor organizații internaționale). Tot în acest domeniu Comitetul politic existent se va transforma într-un Comitet politic și de securitate, care va exercita un control politic și va asigura coordonarea strategică a operațiunilor de gestionare a crizelor, sub supravegherea Consiliului UE.

Prin introducerea art. 27 a - 27 e, se deschide posibilitatea unei *cooperări intensificate (întărite)* între anumite state membre și în domeniul politicii externe și de securitate comună, fără implicarea problemelor militare și de apărare. În acest caz însă participanții trebuie să anunțe Consiliul, Comisia și celelalte state membre. În Titlul VII în art. 43 se trece chiar la fixarea condițiilor ce trebuie întrunite pentru ca anumite state să inițieze o astfel de cooperare intensificată: să aibă drept scop favorizarea realizării obiectivelor Uniunii și ale Comunității; să respecte tratatele și cadrul instituțional unic; să se mențină în limitele competențelor Uniunii și ale Comunității; să nu aducă atingere pieței interne; să implice cel puțin 8 state; să respecte competențele, drepturile și obligațiile statelor membre care nu participă la ea și să fie deschisă tuturor statelor membre.

Cooperarea intensificată este permisă numai ca ultim mijloc, atunci când Consiliul UE ajunge la concluzia că scopurile cooperării pe baza prevederilor tratatelor nu ar putea fi realizate într-un timp rezonabil. Această cooperare beneficiază de administrația organelor comunitare, dar mijloacele financiare necesare nu vor fi comunitare, iar luarea deciziilor va avea loc în mod asemănător sistemului de vot din cadrul Consiliului UE. În cazul în care un stat se opune acestei forme de cooperare în problemele pilonilor I și III, va decide Consiliul UE cu majoritate calificată. În problemele pilonului II (tărâm mai sensibil), în caz de opoziție a unor state, conflictul va fi tranșat de Consiliul European printr-o decizie adoptată în unanimitate.

În domeniul *cooperării polițienești și judiciare în materie penală* are loc întărirea poziției EUROJUST (Oficiu European pentru Cooperare în Justiție)⁹, în sensul atragerii acestuia în: cooperarea în procedurile judecătorești și la executarea hotărârilor judecătorești; facilitarea extrădărilor între statele membre; evitarea conflictelor de competență; participarea la cercetări în cazul infracțiunilor transfrontaliere grave. Totodată se preconizează facilitarea unei cooperări strânse între EUROJUST și Rețeaua Judiciară Europeană.

Principalele modificări aduse Tratatului instituind Comunitatea Europeană

Având în vedere că Tratatul de la Nisa este chemat să rezolve problemele instituționale în ajunul aderărilor, putem spune că fiecare organ comunitar a fost mai mult sau mai puțin reformat, după cum urmează:

Consiliul Uniunii Europene

Una dintre cele mai sensibile probleme ale negocierilor a fost „reponderarea“ voturilor reprezentanților statelor membre în Consiliul Uniunii Europene. Aceste voturi până în prezent

⁹ La Consiliul European de la Tampere din 15-16.10.1999 s-a hotărât intensificarea cooperării în lupta împotriva criminalității în Europa. Pentru înfrângerea formelor grave ale criminalității organizate s-a hotărât înființarea unui Oficiu European pentru Cooperare în Justiție, care este compus din procurori, judecători și polițiști din toate statele membre. EUROJUST are atribuția de a contribui la coordonarea în mod eficient a activității instituțiilor însărcinate cu urmărirea penală în statele membre și de a sprijini urmărirea penală în domeniul criminalității organizate, pe baza unor analize întocmite de Europol. S-a preconizat că EUROJUST, ca motor al luptei împotriva criminalității transfrontaliere, va colabora cu Rețeaua Judiciară Europeană, cu Europol și cu OLAF (Unitatea Europeană de Luptă Antifraudă).

sunt împărțite în funcție de capacitatea economică, populația fiecărui stat membru, cu mici avantaje în favoarea statelor mai mici. La negocierile de elaborare a tratatului s-a pus însă problema dacă Germania unificată are dreptul sau nu la mai multe voturi decât celelalte state membre mari, și ce se întâmplă în cazul aderării statelor din Estul și Centrul Europei care vor mări în mod inevitabil grupul statelor mici, deja întărit prin minoritatea de veto aprobată prin Compromisul de la Ioanina¹⁰. Până la urmă greutatea votului statelor membre după intrarea în vigoare a Tratatului de la Nisa (sau cel mult din 2005), ținând cont și de țările candidate va arăta în felul următor :

STAT	Vot ponderat
Germania	29
Marea Britanie	29
Franța	29
Italia	29
Spania	27
Polonia	27
România	14
Olanda	13
Grecia	12
Cehia	12
Belgia	12
Ungaria	12
Portugalia	12
Suedia	10
Bulgaria	10
Austria	10
Slovacia	7
Danemarca	7
Finlanda	7
Irlanda	7
Lituania	7
Letonia	4
Slovenia	4
Estonia	4
Cipru	4
Luxemburg	4
Malta	3
TOTAL	345

Datorită faptului că Franța, accentuând rolul axei franco-germane, nu a acceptat acordarea unor voturi în plus în favoarea Germaniei, ponderea voturilor acordate statelor mari a rămas egală. Totuși, Germania, ca țară cu cea mai mare populație din UE, trebuia compensată într-un fel pentru această pierdere; astfel ea a primit un număr suplimentar de locuri pentru europarlamentari și s-a acceptat modul de votare cu majoritate triplu calificată care ține seama și de mărirea populației din statele membre. Conform acestui mod de votare trebuie

¹⁰ Potrivit Compromisului de la Ioanina din 1993, deși minoritatea de veto în Consiliul Uniunii Europene este de 26 de voturi, în cazul în care există 23-25 de voturi contra adoptării unui act normativ, negocierile vor continua până la găsierea unei soluții acceptate de toți dacă sunt afectate unor interese importante ale unor state.

nu doar întrunită majoritatea voturilor exercitate de reprezentanții unui anumit număr de state membre, ci aceste voturi trebuie să vină de la reprezentanții acelor state membre a căror populație reprezintă majoritatea la nivelul populației UE. Această noutate poate fi denumită „veto demografic“ și presupune adoptarea actelor normative comunitare cu un vot care reprezintă cel puțin 62 % din populația UE.

În ceea ce privește România, țara noastră a dobândit 14 de voturi ponderate situându-se astfel pe locul 7, dar acest număr de voturi mai poate fi modificat în cursul procedurilor de aderare. Considerăm că acest număr de voturi trebuie modificat în sensul creșterii lui, deoarece nu reflectă realitatea și nu reprezintă un mod de împărțire judicioasă a voturilor dacă luăm în considerare că Polonia, țară cu o suprafață teritorială și cu o populație care nu este de două ori mai mare decât a României, beneficiază de 27 de voturi, iar Ungaria cu o suprafață teritorială și populație de două ori mai mică decât cele ale României beneficiază de 12 voturi¹¹.

De ani de zile o temă principală a dreptului comunitar instituțional o reprezintă demolarea „deficitelor democratice“ existente, adică introducerea procedurii codeciziei în din ce în ce mai multe domenii, și astfel promovarea creșterii rolului Parlamentului în procesul legislativ. O altă problemă care ține de supranaționalitate, este extinderea modului de votare cu majorități diferite la mai multe domenii, având în vedere că aceste organizații internaționale de tip sui generis care sunt Comunitățile Europene se deosebesc de organizațiile internaționale de cooperare clasică, tocmai prin faptul că deciziile nu sunt luate în unanimitate cu respectarea strictă a suveranității ci prin majoritate de voturi. Cu toate acestea după intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam au rămas aproximativ 70 de domenii în care se votează cu vot unanim¹².

Noi domenii în care s-a introdus votul cu majoritate calificată ar fi, printre altele¹³, următoarele : al măsurilor luate împotriva discriminării (art.13); regulile generale privind libera circulație a cetățenilor unionali (art. 18); în domeniul cooperării judiciare în materie civilă (art. 67, 65); domeniul acordării de ajutoare de urgență statelor membre (art. 100); domeniul numirii secretarului general și secretarului general adjunct al Consiliului UE (art. 207), a președintelui și membrilor Comisiei (art.214), membrii Curții de Conturi (art. 247), membrii Comitetului Economic și Social și Comitetului Regiunilor (art. 259); domeniul adoptării statutelor și regulamentelor de ordine interioară ale Curții de Justiție, Tribunalului de Primă Instanță și Curții de Conturi (art. 223, 224, 225, 248)¹⁴.

Statele mari, însă, au obținut menținerea unanimității de voturi în anumite domenii cum ar fi: politica de vize și imigrare (Germania), impozite și securitate socială (Marea Britanie) sau comerțul cu servicii culturale și audiovizuale (Franța).

Parlamentul European

Este un alt organ vizat de reforma instituțională comunitară, fiind unul dintre organele care compun triumviratul legislativ comunitar, pe lângă Consiliul UE și Comisie.

Prin Tratatul de la Nisa s-a încercat demolarea „deficitului democratic“ existent de decenii la nivelul Parlamentului European. Astfel s-a încercat reîmpărțirea locurilor de parlamentari în așa fel încât să se realizeze o reprezentare proporțională, respectiv să se extindă competențele legislative ale Parlamentului.

Numărul de mandate ale statelor membre și ale statelor membre viitoare se prezintă, după Nisa, în felul următor:

¹¹ Polonia are o suprafață teritorială de 313.000 km pătrați și o populație de 38,7 milioane iar Ungaria o suprafață de 93.000 km pătrați și o populație de 10,1 milioane.

¹² Kommanovics Adrienne, op. cit., p. 130.

¹³ Au fost modificate 30 de articole în acest sens.

¹⁴ Articolele indicate sunt din Tratatul de înființare a Comunității Economice.

STAT	Numărul mandatelor parlamentare
Germania	99
Marea Britanie	72
Franța	72
Italia	72
Spania	50
Polonia	50
România	33
Olanda	25
Grecia	22
Cehia	20
Belgia	22
Ungaria	20
Portugalia	22
Suedia	18
Bulgaria	17
Austria	17
Slovacia	13
Danemarca	13
Finlanda	13
Irlanda	12
Lituania	12
Letonia	8
Slovenia	7
Estonia	6
Cipru	6
Luxemburg	6
Malta	5
TOTAL	732

După cum se poate observa numărul mandatelor parlamentare este de 732 față de 626 în prezent și față de cifra 700 avansată de Tratatul de la Amsterdam. Ca noutate putem spune că Germania a devenit stat „gigant“ cu cele 99 de mandate primite în compensarea menținerii votului ponderat la egalitate cu statele „mari“ tradiționale.

O altă noutate este, că potrivit modificărilor art. 191 alin. 2 din Tratatul CE, prin procedura codeciziei se va elabora un statut al partidelor europene sau mai precis al facțiunilor constituite la nivelul Parlamentului European care nu țin cont de naționalitate (cetățenie), ci de culoarea politică, respectiv prevederi care să permită o mai mare transparență privind funcționarea acestora. Alte modificări sunt cele referitoare la extinderea procedurii codeciziei la alte domenii cum ar fi: domeniul măsurilor luate împotriva discriminării (art.13) sau domeniul cooperării judiciare în materie civilă (art. 67, 65).

Comisia Europeană

Începând din 01 ianuarie 2005 Comisia Europeană formată în prezent din 20 de comisari (dintre care câte 2 sunt trimiși de statele mari: Anglia, Germania, Franța, Italia, Spania și 10 de către statele mici), va fi formată din câte un comisar trimis de fiecare stat membru. Însă din momentul în care numărul statelor membre va depăși 27, Consiliul, cu unanimitate va stabili numărul membrilor Comisiei, număr care trebuie să fie mai mic de 27. În același timp se va introduce un nou sistem prin rotație, noii comisari fiind numiți pe rând de diferitele state membre.

O altă noutate privind Comisia a fost introdusă în privința desemnării membrilor Comisiei. Aceștia vor fi desemnați de șefii de stat și de guverne reuniți în cadrul Consiliului UE cu majoritate calificată, cu aprobarea prealabilă a Parlamentului European. Președintele Comisiei nu va mai fi un simplu „primus inter pares“, ci va dobândi noi competențe prin Tratatul de la Nisa, cum ar fi: îndrumarea politică a activității Comisiei; stabilirea structurii interne a Comisiei; repartizarea conducerii direcțiilor generale (împarte portofoliile) cu posibilitatea de a reveni asupra acestor repartizări pe parcursul mandatului comisarilor; numirea vicepreședinților după aprobarea colegiului comisarilor; solicitarea demisiei unui comisar cu aprobarea colegiului comisarilor.

Curtea de Justiție Europeană și Tribunalul de Primă Instanță

Curtea de Justiție este organul comunitar care a trecut prin cele mai puține reforme de la înființare, deși după 1989 jurisdicția comunitară exercitată până atunci de un singur organ a devenit un sistem jurisdicțional prin înființarea unui nou grad de jurisdicție înfăptuit de Tribunalul de Primă Instanță. Tratatul de la Nisa aduce însă modificări substanțiale în acest domeniu. Existența sistemului jurisdicțional este confirmată prin modificările aduse articolului 220 din Tratatul CEE unde se arată că „Curtea de Justiție și Tribunalul de Primă Instanță asigură, în cadrul competențelor lor, respectarea dreptului în interpretarea și aplicarea prezentului tratat“, în timp ce până în prezent doar Curții i se rezerva această misiune. Mai mult decât atât acest articol a fost completat cu un nou alineat care prevede că, potrivit art. 225 a din Tratatul CE¹⁵, Tribunalului de Primă Instanță îi vor fi subordonate Camere de Judecată care vor exercita competențe jurisdicționale în unele domenii special reglementate de Tratat.

Componența CJE nu se va schimba, în continuare fiecare stat urmând să trimită un singur judecător, însă în vederea reducerii încărcăturii, pe lângă plen și completele de 3 sau 5 judecători, va funcționa și un complet mare de 11 judecători.

Alte modificări privind componența, organizarea și funcționarea organelor jurisdicționale comunitare, sunt următoarele:

– Căile de atac împotriva hotărârilor adoptate de Camerele de Judecată vor fi judecate de Tribunalul de Primă Instanță.

– Hotărârile date în judecarea căilor de atac de către Tribunal pot fi controlate de CJE, doar în cazurile în care există un pericol întemeiat că unitatea sau coerența dreptului comunitar vor fi afectate.

– Tribunalul, în premieră, a primit competența de a judeca acțiuni preliminare¹⁶ în anumite domenii care vor fi stabilite de Statutul Curții. Aceste hotărâri însă vor putea fi controlate de CJE în cazul în care coerența și unitatea dreptului comunitar sunt periclitate. Pentru același motiv Tribunalul poate declina din propria inițiativă soluționarea unor astfel de acțiuni în favoarea Curții.

¹⁵ Art. 225 a are următorul conținut: (1) „Consiliul, hotărând în unanimitate la propunerea Comisiei și după consultarea Parlamentului European și a Curții de Justiție, sau la cererea Curții de Justiție și după consultarea Parlamentului European și a Comisiei, poate institui camere jurisdicționale competente să soluționeze în primă instanță anumite categorii de recursuri (acțiuni) formulate în domenii specifice“.

¹⁶ Acțiunea preliminară este o acțiune de drept comunitar prin care o instanță națională din statele membre ale comunităților poate sau este obligată să solicite Curții de Justiție Europene acordarea unui sprijin prin luarea unei decizii privind interpretarea tratatelor de înființare; privind valabilitatea și interpretarea actelor normative ale organelor C.E.E., EURATOM și ale Băncii Centrale Europene; privind interpretarea statutelor instituțiilor fondate de Consiliu dacă prevederile acestora permit acest lucru, precum și privind validitatea deliberărilor Înaltei Autorități și ale Consiliului în cazul în care într-un litigiu pendinte în fața sa se ridică probleme de interpretare ale acestora sau se contestă validitatea acestora și clarificarea acestei probleme de către C.J.E. ajută la soluționarea litigiului în fond.

– În cazul judecătorilor din cadrul Camerelor de Judecată, spre deosebire de judecătorii CJE, nu se cere să îndeplinească condițiile stabilite pentru îndeplinirea funcției de judecător la cea mai înaltă instanță din țara lor, ci doar condițiile pentru ocuparea funcției de judecător.

Prin Tratatul de la Nisa a fost modificat și Statutul CJE și a fost republicat într-un protocol anexă la acest tratat¹⁷.

În ceea ce privește celelalte organe comunitare, noutăți semnificative au fost aduse componenței acestora, mai precis numărului de membri și numărului de reprezentanți din fiecare țară. Astfel, Comitetul Economic și Social (CES) și Comitetul Regiunilor (CR), în loc de câte 222 de membri în prezent, vor avea 344 de membri după aderări, iar Curtea de Conturi în loc de 15 va avea 27 de membri. România va avea în CES și CR câte 15 membri, iar tabelul global va arăta în felul următor:

STAT	Numărul de membri în CES și CR
Germania	24
Marea Britanie	24
Franța	24
Italia	24
Spania	21
Polonia	21
România	15
Olanda	12
Grecia	12
Cehia	12
Belgia	12
Ungaria	12
Portugalia	12
Suedia	12
Bulgaria	12
Austria	12
Slovacia	9
Danemarca	9
Finlanda	9
Irlanda	9
Lituania	9
Letonia	7
Slovenia	7
Estonia	7
Cipru	6
Luxemburg	6
Malta	5
TOTAL	344

În mod intenționat nu ne-am referit la prezentarea părților componente ale Tratatului, la *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*, ca parte componentă, deși una dintre noutățile aduse „operei comunitare“ este adoptarea acestei Carte mult așteptate, deoarece statele membre vor decide cu privire la statutul ei în cadrul așa-numitului „Proces Post-Nisa“ până în anul 2004.

¹⁷ Titlul complet: „Protocol anexă la Tratatul privind UE, Tratatul instituind CE și Tratatul instituind Comunitatea Europeană a Energiei Atomice - Protocol asupra statutului Curții de Justiție“.

Drepturile fundamentale sunt un ansamblu de prerogative bazate pe demnitatea persoanei umane, prin care cetățeanul se apără față de puterea de stat și față de colectivitate, în asigurarea sferei sale private. Comunitatea Europeană adoptă acte normative care creează drepturi și obligații în mod direct cetățeanului comunitar fără interpunerea puterii legislative naționale, prin urmare cetățeanului trebuie să i se asigure mijloace de apărare față de aceasta ca autoritate. O problemă a Comunităților a fost însă, timp îndelungat, aceea a lipsei unui catalog al drepturilor fundamentale, tratatele comunitare apărând astfel ca o constituție care renunță la consacrarea expresă a drepturilor și libertăților fundamentale. Acest lucru pare paradoxal dacă avem în vedere că istoria Europei în ultimele două secole a fost marcată de încercările statelor de a garanta drepturile fundamentale ale omului. Astfel pornind de la declarațiile privind drepturile și libertățile omului din secolul XVIII, în secolul XX s-a ajuns la consacrarea constituțională a acestora în statele europene. Mai mult, la 4 noiembrie 1950, în cadrul Consiliului Europei a fost adoptată și o convenție în acest sens (Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale - CEDO).

Totuși, protecția drepturilor fundamentale ale omului, chiar dacă nu și-a găsit o ancorare în dreptul comunitar pozitiv timp îndelungat, a fost asigurată de Curtea de Justiție Europeană (CJE) pe baza principiilor generale existente în dreptul național, în patrimoniul juridic european comun, și pe baza prevederilor „răzlețe” din tratatele de înființare ale CE. CJE a refuzat inițial să se ocupe de cauze prin care se invocau încălcări ale drepturilor fundamentale, însă din anul 1969 judecătoria și-au dat seama că dreptul comunitar care se aplică cu prioritate față de dreptul național, își poate păstra pretenția de primordialitate (rangul prioritar) doar dacă este în măsură să asigure din propriile puteri o garanție a drepturilor fundamentale. O altă sursă pe care CJE și-a bazat activitatea de garantare a drepturilor fundamentale sunt principiile generale de drept, comune tuturor statelor membre, printre care apare și principiul respectării drepturilor fundamentale. Nu trebuie să uităm că statele membre ale UE sunt și state membre ale Consiliului Europei și semnatare ale CEDO. Cu toate acestea CJE, în avizul ei nr. 2/1994, a stabilit că CE nu are competența de a cere aderarea la CEDO. CJE a arătat în acest context, că deși garantarea drepturilor fundamentale este o condiție pentru legalitatea acțiunilor întreprinse de Comunitate, aderarea la CEDO ar avea ca urmare modificarea sistemului comunitar existent, datorită includerii CE ca organizație supranațională într-un sistem bazat pe dreptul internațional public clasic, mai puțin evoluat. Un asemenea pas ar fi determinat schimbări constituționale ale sistemului comunitar, motiv pentru care nu a fost agreat.

Prin urmare, singura soluție acceptabilă pentru asigurarea protecției eficiente a drepturilor fundamentale ale omului a rămas aceea a creării unui catalog propriu al drepturilor fundamentale, care să fie inclus în tratatele de bază ale CE sau în Tratatul cu privire la UE.

Încercările în acest sens au început cu „Declarația festivă a Parlamentului European, Consiliului Ministerial și a Comisiei privind respectarea drepturilor fundamentale ale omului” din 5 aprilie 1977 și au continuat cu „Declarația pentru democrație” din 08.04.1978 a șefilor de stat și de guvern ai statelor membre CE, respectiv cu „Declarația drepturilor fundamentale și a libertăților fundamentale” adoptată de Parlamentul European la 12 aprilie 1989, după care a urmat „Carta drepturilor sociale fundamentale ale angajaților” din 09.12.1989. Cele patru instrumente se încadrează însă în domeniul „soft law”, adică au doar valoare de recomandare, de declarații de intenție, fără să aibă obligativitate juridică.

Prima prevedere de drept pozitiv care a adus un progres în domeniu este art. 6 alin. 2 din Tratatul de la Maastricht, intrat în vigoare în 1993, potrivit căreia: „Uniunea Europeană respectă drepturile fundamentale ale omului așa cum au fost prevăzute acestea în CEDO”. Însă Curtea de Justiție Europeană a Drepturilor Omului nu a fost de acord cu judecarea unor cauze de acest gen, deoarece CE nu sunt membre în Consiliul Europei.

În sfârșit, mileniul III a adus și mult așteptata soluție în domeniu, deoarece o dată cu negocierea Tratatului de la Nisa a fost elaborat și un text intitulat „Carta UE a drepturilor fundamentale“, care a fost dată publicității în decembrie 2000.

În preambul se arată că această Cartă este menită să întărească, cu respectarea competențelor și activităților comunitare și unionale, principiului subsidiarității, drepturile care rezultă din tradițiile constituționale comune și din obligațiile internaționale asumate de statele membre, din Tratatul privind UE, din tratatele comunitare, din CEDO, din Cartele sociale adoptate de Consiliul Europei și de CE, precum și din jurisprudența CJE și a CJEDO.

Capitolul I din Cartă este intitulat „**Demnitatea umană**“ și cuprinde următoarele drepturi: dreptul la demnitatea umană (art. 1); la viață (art. 2); la integritate fizică și psihică (art. 3); interzicerea torturii, a pedepselor sau tratamentelor inumane sau înjositoare (art. 4) interzicerea sclaviei și a muncii forțate (art. 5). Ca noutate absolută trebuie remarcat că prin aceste articole, pe lângă interzicerea pedepsei cu moartea și a executării unei astfel de pedepse, se interzic practicile care au ca scop selecția persoanelor, obținerea de câștiguri din organele corpului uman și traficul cu carne vie, respectiv reproducerea umană prin clonare.

Capitolul II este intitulat „**Libertăți**“ și cuprinde dreptul la libertate și securitate (art. 6); la respectarea vieții private și de familie (art. 7); la protecția datelor personale (art. 8); la căsătorie și la întemeierea unei familii (art. 9); libertatea gândirii, conștiinței și religiei (art. 10); libertatea de exprimare și a informațiilor (art. 10); libertatea de întrunire și de asociere (art. 12); libertatea artei și a științei (art. 13); dreptul la studiu (art. 14); dreptul la muncă și libera alegere a profesiei (art. 15); libertatea întreprinzătorilor (art. 16); dreptul la proprietate (art. 17); dreptul la azil (art. 18); protecție în caz de expulzare și extradare (art. 19). Și acest capitol conține o serie de prevederi progresiste, cum ar fi garantarea secretului datelor personale, corectarea acestora la cerere și înființarea unui Oficiu european independent de supraveghere în domeniu. Dreptul la căsătorie este garantat potrivit legislației naționale din fiecare țară membră fără să se facă referire la căsătoria între persoanele de același sex. Sunt garantate libertatea mediilor de informare și pluralitatea acestora, dreptul la învățământul obligatoriu în mod gratuit, drepturile de proprietate intelectuală, și se interzice discriminarea muncitorilor proveniți din state terțe, dar care lucrează legal în spațiul comunitar. Dreptul de azil, potrivit catalogului, presupune interzicerea expulzărilor colective și a extradării într-un stat în care cel vizat poate fi supus la tortură sau condamnat la moarte.

Capitolul III intitulat „**Egalitate**“ cuprinde: dreptul la egalitate în fața legii (art. 20); interzicerea discriminării (art. 21); dreptul la protecția varietății culturale, religioase și lingvistice (art. 22); dreptul la egalitate între femei și bărbați (art. 23); dreptul copiilor (art. 24); dreptul oamenilor în vârstă (art. 25); dreptul la integrare a oamenilor cu handicap (art. 26). Prin aceste drepturi se accentuează ca specificitate, interzicerea discriminării pe bază de cetățenie, dar se încurajează „discriminarea pozitivă“, adică acordarea de avantaje pentru reprezentanții sexului insuficient reprezentat într-un anumit domeniu și se preconizează garantarea dreptului persoanelor în vârstă și a celor cu handicap la o viață decentă, independentă și la o participare la viața socială și culturală.

Capitolul IV este intitulat „**Solidaritate**“ și stabilește standarde înalte în domeniul muncii și protecției sociale, grupând următoarele drepturi sociale: dreptul la informare și la consultare a muncitorilor în întreprindere (art. 27); la negocieri și măsuri colective (art. 28); de acces gratuit la un oficiu de forță de muncă (art. 29); la protecție în cazul concedierii ilegale (art. 30); la condiții de muncă echitabile și corespunzătoare (art. 31); interzicerea muncii copiilor și protecția tinerilor la locul de muncă (art. 32); la viață profesională și de familie (art. 33); la securitate socială și sprijin social (art. 34); la protecția sănătății (art. 35); de acces la serviciile de interes economic general (art. 36); la protecția mediului înconjurător (art. 37); la protecția consumatorilor (art. 38). Noutățile aduse de aceste drepturi se manifestă mai ales în protecția

copiilor și părinților, stabilindu-se că nu pot fi angajați copiii care nu au împlinit vârsta la care ar fi trebuit să-și încheie studiile obligatorii, respectiv, că părinții nu pot fi concediați pentru faptul că au dat naștere unui copil și au dreptul la concediu de maternitate și paternal inclusiv în cazul adoptării unui copil.

Capitolul V este intitulat „**Drepturi civile**” și se referă la drepturile clasice ale „cetățeanului unional”, reglementând: dreptul la vot activ și pasiv la alegerile pentru Parlamentul European (art. 39); la vot activ și pasiv la alegerile locale (art. 40); la o administrație corespunzătoare (art. 41); de acces la documentele comunitare (art. 42); de a sesiza ombudsmanul european (art. 43); de petiționare (art. 44); la liberă deplasare și ședere (art. 45); la protecție consulară și diplomatică (art. 46).

Ultimul capitol (VI) intitulat „**Drepturi judiciare**” cuprinde: dreptul la o judecată eficientă și la o instanță nepărtinitoare, dreptul la apărare și prezumția de nevinovăție, și prevede respectarea principiilor legalității și proporționalității în legătură cu fapta și pedeapsa, respectiv principiul *non bis in idem*.

Titularii drepturilor fundamentale sunt persoanele fizice, cetățeni unionali, persoane juridice cu sediul pe teritoriul Comunităților și cetățenii statelor terțe în măsura în care sunt afectați de dreptul comunitar.

În ciuda faptului că acest catalog a întârziat 50 de ani, trebuie să constatăm că cetățenii statelor membre ale CE au beneficiat de o protecție constituțională și internațională (CEDO) eficientă în relațiile lor cu autoritatea de stat, urmând ca după 2004 să beneficieze de o protecție eficientă și, mai ales, concret ancorată în dreptul comunitar și în relațiile lor cu „autoritatea comunitară”. În ceea ce îi privește pe cetățenii români, aceștia beneficiază în spațiul comunitar de protecția CEDO (ratificată de România la 18 mai 1994), de prevederile „Acordului European instituind o asociere între România, pe de o parte, CE și statele membre ale acestora, pe de altă parte” (intrat în vigoare la 01 februarie 1995), și vor beneficia chiar și de prevederile acestui catalog al drepturilor fundamentale, în măsura în care vor fi afectați în mod direct de către acțiunile sau inacțiunile organelor comunitare.

Dintre **anexele** Tratatului de la Nisa cele mai importante sunt următoarele:

Protocolul privind extinderea UE stabilește printre altele componența organelor principale comunitare începând cu 01.01.2005, care au fost prezentate în acest articol la tratarea organelor comunitare.

În *Declarația privind locul de adunare al Consiliului European* s-a stabilit că din 2002 Consiliul European va avea sub fiecare președinție o ședință la Bruxelles, iar din momentul în care numărul statelor membre va depăși 18, toate ședințele Consiliului European vor avea loc la Bruxelles.

În privința intrării în vigoare a Tratatului de la Nisa se poate spune că aceasta se va realiza probabil din 1 ianuarie 2003 deși procesul de ratificare evoluează foarte lent sau chiar s-a împotmolit, dacă ne gândim la referendumul prin care populația Irlandei a respins ratificarea lui.

Reprezentanții statelor membre, parcă pentru a preîntâmpina comentariile celor care urmau să evalueze noutățile aduse de tratat, au inclus printre anexe o „*Declarație privind viitorul Uniunii*”¹⁸ prin care încearcă să arate ce trebuie să mai facă CE și UE în continuare și în ce mod. Astfel în declarație se precizează că prin Tratatul de la Nisa a fost creat un cadru instituțional capabil să facă față aderării de noi state și se dorește declanșarea unei

¹⁸ Pentru comentarii amănunțite a se vedea Klemens H. Fischer, op. cit.

dezbatere publice privind viitorul Uniunii Europene¹⁹. În ceea ce privește viitorul Europei, în această declarație se anunță problemele care urmează să fie abordate cu precădere: delimitarea mai clară a competențelor statale de cele comunitare; clarificarea viitorului statut al Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene; simplificarea tratatelor de înființare ale Comunităților, pentru ca acestea să devină mai clare și ușor de înțeles, fără să fie afectat conținutul lor – mai precis reformularea tratatelor în sensul de simplificare și nu neapărat de revizuire; redefinirea rolului parlamentelor naționale în arhitectura comunitară. Declarația susamintită fixează ca termen pentru soluționarea problemelor enunțate anul 2004.

O concluzie finală a prezentării principalelor noutăți aduse de Tratatul de la Nisa nu se poate lipsi de un bilanț al realizărilor și eșecurilor. La realizări putem menționa fixarea numărului de membri în organele comunitare ținând cont și de statele candidate; reformarea sistemului jurisdicțional comunitar; trecerea unor noi domenii în sfera votului cu majoritate calificată și clarificarea mecanismului de cooperare intensivă. La eșecuri putem aminti faptul că garantarea drepturilor fundamentale este confuză; nu s-a realizat transparența dorită; prin introducerea sistemului de vot care ține cont și de populație s-a complicat și mai mult procesul legislativ comunitar și nu au fost simplificate tratatele în sensul redactării lor pe înțelesul cetățeanului comunitar obișnuit.

Cu toate acestea nu trebuie să uităm că și până în prezent Comunitățile Economice au găsit de fiecare dată calea de ieșire din impas, constatând că pentru prima dată în istoria Comunităților un tratat vizează și problema locurilor rezervate țării noastre în organele comunitare, putem declara în mod optimist, în speranța aderării României la CE, că: *Dimidium facti, qui coepit, habet*²⁰.

¹⁹ La reuniunea Consiliului European de la Laeken (Belgia) din 14-15 decembrie 2001 sub președinția fostului președinte francez Valery Giscard d'Estaing a fost înființat un Convent care întrunește reprezentanții statelor membre, reprezentanții statelor candidate la aderare respectiv reprezentanții organelor comunitare, organ ce va trebui să găsească răspuns la o serie de întrebări privind viitorul Europei după ce se va consulta cu populația europeană. Cu privire la problematica viitorului Europei a se vedea și „Un concept românesc privind viitorul Uniunii Europene“, Ed. Polirom Iași, 2001.

²⁰ În lb. română: „Are jumătate din întreg, cel ce a început“.



REGIMUL DOTAL ÎN VECHIUL DREPT ȘI ÎN CODUL CIVIL ROMÂN

Asist. univ. Paul POPOVICI
Universitatea de Vest „Vasile Goldiș”, Arad
Facultatea de Drept

Résumé: Le régime dotal dans le droit ancien et dans le Code civil roumain. Le mot *dot*, bien qu'il a une étymologie latine, s'est répandu en roumain presque simultanément avec la réception des langues romaniques modernes. Pourtant, l'institution qu'il désigne était connue dans l'ancien droit roumain par le synonyme parfait «zestre». Ce dernier mot a une origine géto-dace claire, la présence de la vocabule en roumain ateste le fait que l'importance de l'institution n'a était pas du tout diluée après la conquête romaine.

Les dispositions du droit coutumier roumain ont anticipé le droit modern: la femme était la propriétaire de la dot.

Les réglementations médiévale et moderne en matière relèvent beaucoup d'influences, en commenceant par celles romain-byzantines.

Malgré le fait que le régime dotal est maintenant abrogé bien en Roumanie qu'en France, son étude relève plusieurs aspects de l'évolution juridique des régimes matrimoniaux, et d'autres informations sur la capacité juridique de la personne et sur la dynamique du droit de la propriété.

Preambul

Cuvântul *dotă*, deși are o etimologie latină, a pătruns în limba română abia o dată cu receptarea limbilor romanice moderne. Cu toate acestea, instituția desemnată de el este cunoscută în vechiul drept românesc prin sinonimul perfect *zestre*. Acesta din urmă este de origine geto-dacă, demonstrându-se apartenența sa la fondul lexical sigur sau probabil preroman autohton; prezența vocabulei în limba română atestă că importanța instituției nu s-a diluat după cucerirea romană¹, de unde ipoteza că dota în forma cunoscută la noi prin *ius valahicum* din perioada medievală și până la reformele lui Al. I. Cuza (1859–1866) ar fi în esență de origine dacă².

Regimul dotal a fost singurul regim matrimonial cunoscut în vechiul drept românesc, adică până la adoptarea și aplicarea Codului civil (1864 / 1865). Cu toate că noua reglementare nu a ținut cont de faptul că dota era tradițională la români și a introdus ca regim subsidiar separația de bunuri, regimul dotal a fost menținut în Codul civil ca alternativă la regimul legal și nu și-a pierdut popularitatea³. De altfel Codul civil i-a acordat cea mai amplă tratare dintre regimurile matrimoniale descrise.

După adoptarea Codului civil a existat o aprigă controversă privitoare la regimul matrimonial legal. În tăcerea legii, o parte a doctrinei a susținut că regimul legal matrimonial român este cel dotal (Al. DEGRÉ, P. NEGULESCU, G. MEITANI). Argumentele erau de ordin istoric, regimul dotal fiind tradițional la români, ca și juridice – art. 1223 trimitea la regimul dotal. Susținătorii

¹ I. I. RUSSU, *Limba traco-dacilor*, ed. a II-a revăz. și adăug., Ed. Științifică, București, 1967, p. 215 sq.

² G. FOTINO, *Contribution à l'étude des origines de l'ancien droit coutumier roumain. Un chapitre de l'histoire de la propriété au Moyen Âge*, Paris, 1925, p. 405 sq., apud și în ac. sens, Al. HERLEA, *Studii de istorie a dreptului*, vol. II, *Dreptul de proprietate*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1985, p. 6.

³ Em. I. ODĂGESCU, *Revocarea liberalităților dintre soți (art. 280 C. civ.)*, Tipografia Cărților Bisericești, București, 1937, p. 84.

separației de bunuri au fost mai numeroși, mai influenți (e. g., M. G. FLECHTENMACHER, D. ALEXANDRESCO, C. NACU, Fl. SION, M. B. CANTACUZINO), mai convingători în interpretare și au avut de partea lor jurisprudența. Susținerile se întemeiau pe prevederile art. 1227, 1234, 1283 C. civ. Mai mult, faptul ștergerii din proiectul de cod a dispoziției care preciza că dreptul comun în materie îl constituie regimul dotal, constituie un indiciu cert că legiuitorul a optat pentru separația de bunuri ca regim legal⁴.

Codul familiei din 1954, înscriindu-se în „buna tradiție” a novatorilor juridici de la noi, l-a suprimat cu totul. Astăzi însă înlăturarea sa nu poate fi privită decât ca un element de progres juridic (vz. *infra*, *Concluzii*).

S-a observat, de către un eminent cunoscător al istoriei, faptul curios că în folclorul *vechi* nu se menționează zestrea⁵. Dar atât traco-dacii⁶ cât și romanii practicau înzestrarea, iar în evul mediu este atestată documentar și în literatura populară, ceea ce face ca **un hiatus să fie cu totul imposibil de imaginat**.

Raporturile dintre soți erau dominate de **principiul inegalității sexelor**, bărbatul având preeminență. Condiția juridică a femeii măritate determină și reglementarea regimului matrimonial⁷. Deși avea capacitate juridică deplină înainte de căsătorie, femeia devenea incapabilă după căsătorie datorită calificării femeii ca fiind inferioară bărbatului și „ideii că drepturile nu aparțin decât celor tari”⁸. Incapacitatea femeii, suprimată prin *Constituția din 1923*, va fi pusă practic în aplicare în etape prin acte normative subsecvente.

Particularități întâlnim în provinciile aflate sub dominație străină (Bucovina, Transilvania) datorită suprimării autonomiei juridice românești în secolul al XVIII-lea prin înlăturarea aplicării lui *ius valahicum*. Actele normative care au consfințit noul regim juridic al stăpânirii austriece au fost totodată și măsuri de laicizare a dreptului⁹.

Caracterele regimului matrimonial

Unic, fără alternativă (Codul civil l-a transformat în *regim alternativ*, de aceea orice clauză îndoielnică era interpretată nu în sensul dotalității care devenise o excepție, ci în sensul liberei dispoziții a bunurilor care devenise regimul de drept comun¹⁰); *scris* (*ad probationes*

⁴ Fl. SION, *Elaborarea Codul civil român în legătură cu principalele controverse*, Institutul de Arte Grafice N. V. Ștefanu, Iași, 1915, p. 45–50.

⁵ N. IORGA, *Sfaturi pe întunerec. Conferințe radio (1936–1938)*, vol. II, Ed. Minerva, București, 1996, p. 166.

⁶ Plecând de la analiza unor versuri, unanimitatea cercetătorilor români contemporani acceptă faptul că dacii la încheierea căsătoriei recurgeau la *dotata coniux: Nec dotata regit virum* („neînzestrata femeie bărbatul nu-și stăpânește”) – Quintus HORATIUS FLACCUS, *Carmina*, III, 24, 19, în *Istoria dreptului românesc*, vol. I, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1980, p. 78. Vz. VI. HANGA, *Istoria dreptului românesc. Dreptul cutumiar*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 83, D. V. FIROIU, *Istoria statului și dreptului românesc*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1992, p. 27, L. P. MARCU, *Istoria dreptului românesc*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 32, E. CERNEA, E. MOLCUT, *Istoria statului și dreptului românesc*, Casa de Editură și Presă „Șansa” S. R. L., București, 1996, p. 16.

⁷ S. A. BRĂDEANU, *Noțiuni introductive la materia succesiunilor. Regimurile și convențiile matrimoniale*, f. ed., f. loc., 1947, p. 43.

⁸ S. BRĂDEANU, *op. cit.*, p. 39.

⁹ H. RETTER, *Căsătoria în dreptul bucovinean*, teză de dr., Iași, 1930, p. 3 sq., S. P. BOLOVAN, *Familia în satul românesc din Transilvania. A doua jumătate a secolului al XIX-lea și începutul secolului XX*, Centrul de Studii Transilvane & Fundația Culturală Română, Cluj-Napoca, 1999, p. 64 sq.

¹⁰ D. ALEXANDRESCO, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul VIII, partea I, *Convențiile matrimoniale*, ed. a II-a, rev., corect. și mărită, Ed. Socec & Co., București, 1916 p. 26, 37, 53, AUBRY & RAU, ed. a IV-a, p. 529, *apud* C. HAMANGIU, N. GEORGEAN, *Codul civil adnotat cu textul art. corespunzător francez, italian și belgian, cu doctrina franceză și jurisprudența completă de la 1868–1937*, vol. IV, (art. 1073–1390), Ed. Socec & Co, București, 1930, p. 396.

în vechiul drept, *ad validitatem* sub Codul civil); *public*, în forme variabile de-a lungul timpului; *convențional*, în ceea ce privește elementele contractului dotal: mărimea zestrei, a contrazestrei, timpul și locul predării; *accesoriu* căsătoriei; *modificabil* în timpul căsătoriei până la *Codul civil*, însă nu în dauna moștenitorilor rezervatari sau a creditorilor¹¹.

Ce este zestrea

Zestrea este patrimoniul dat la încheierea căsătoriei în posesia și uzufructul bărbatului cu scopul susținerii sarcinilor căsătoriei¹²; (după vechii praviliști, înzestrarea putea fi constituită și de către un terț¹³). Ea a fost o permanență în vechiul drept românesc.

În sistemul cutumiar, dota reprezenta **dreptul la partea de avere părintească**, dat atât de transmiterea patrimoniului în familia țărănească, cât și de munca depusă în gospodăria părinților¹⁴, dar și o **evaluare economică** a roșturilor căsniciei cu o persoană (M.-A. GHERMAN). Acest sistem de împărțire a averii înainte de decesul antecesorilor, conducea la inexistența litigiilor privitoare la succesiuni: se stabilea cota fiecăruia când părinții erau încă în putere iar voința lor și-o puteau impune. Este relevant faptul că înzestrarea se făcea cu respectarea **dreptului de preemțiune**, din pricina caracterului special de *parte* din patrimoniul părintesc, „cu știrea (scil. *consimțământul*) feciorilor” părintelui¹⁵.

În dreptul cutumiar familiile viitorilor soți contribuiau *deopotrivă* la întemeierea noului cămin; nu era exclus ca băiatul să primească mai mult decât fata. Analizând comparativ, de-a lungul timpului conținutul zestrei este aproape invariabil, diferențele făcându-se numai în funcție de starea materială a înzestrătorilor¹⁶.

Cu toate că art. 1223 C. civ. se referă numai la zestrea femeii, totuși în practică s-a admis faptul că și fiul, nu doar fiica poate beneficia de dotă, în aceleași condiții. Lărgirea subiecților instituției a fost motivată prin „obligația naturală a părinților de a înlesni căpătuirea copiilor”¹⁷.

Funcțiile zestrei

Zestrea împlinea o necesitate obiectivă, generată de inexistența unui rol major al femeii în economia patriarhală, după cum s-a arătat, suținerea sarcinilor căsătoriei. Pe termen și

¹¹ P. POPOVICI, *Regimul matrimonial al bunurilor soților din secolul al XVIII-lea până la Codul civil*, în „Studia Universitatis Vasile Goldiș”, nr. 10 / 2000, p. 97.

¹² Gh. D. DIMITRESCU, *Dota în vechile noastre legiuri*, în „Analele Facultății de Drept din București”, nr. 1–2 / 1942, p. 208. Pt. definițiile legale, vz. art. 1622 C. Calim., art. 1233 C. Civ., art. 1218 C. civ. austriac.

¹³ Donici, XXXIII, 1.

¹⁴ H. H. STAHL, *Contribuții la studiul satelor devălmașe românești*, ed. a II-a revz., vol. II, *Structura internă a satelor devălmașe libere*, Ed. Cartea Românească, București, 1988, p. 97–118.

¹⁵ I. C. FILITTI, *Arhiva G. Gr. Cantacuzino*, p. 234, nr. 730, apud G. FOTINO, *Influența bizantină în vechiul drept românesc*, în vol. *Omagiu prof. C. Stoicescu*, extras, „Bucovina” I. E. Torouțiu, București, 1940, p. 14.

¹⁶ L. P. MARCU, în *Istoria dreptului românesc*, vol. I, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1980, p. 510, Fr. GRISIELINI, *Încercare de istorie politică și naturală a Banatului Timișoarei*, trad. C. Feneșan, Ed. Facla, Timișoara, 1984, p. 174, S. FI. MARIAN, *Nunta la români. Studiu etnografico-comparativ*, ed. crit., Ed. „Grai și Suflet – Cultura Națională”, București, 1995, p. 107–114. Tipuri de foi de zestre la VI. DICULESCU *Viața cotidiană a Țării Românești în documente. 1800–1848*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1970, p. 181–191. Pentru modele de contract de dotă în dreptul modern, vz. L. DAVIDOGLU, ed. a III-a rev., ad. și complet., Ed. Forum, București, f. a.; C. Gr. ZOTTA, E. R. VĂITEANU, *Formular-agendă în materia actelor de notariat și a acțiunilor judiciare cu formularele respective ...*, Ed. Remus Cioflec, București, 1946.

¹⁷ Cas. I, dec. nr. 480 / 21. IV. 1935, în PR, nr. 2 / 1937, p. 37–40.

mai lung, încă din dreptul roman, asigura și asigurarea unui viitor copiilor celei care fusese înzestrată¹⁸.

De asemenea, dota mai avea drept scop ocrotirea femeii de consecințele unei eventuale insolvențabilități sau prodigității a bărbatului¹⁹ nu numai pentru timpul căsătoriei, dar și după dizoluția acesteia „femeia să nu-și vadă cu nimic știrbite resursele materiale ce-i fuseseră asigurate prin constituirea dotei”²⁰.

Obligația de a înzestra

Obligația de a înzestra revenea: părinților²¹, fraților²², bunicului dinspre tată²³, răpitorului²⁴, vinovatului de siluire²⁵, seducătorului²⁶. Obligația mamei de a înzestra este atestată documentar²⁷, însă obiceiurile populare și Codul Calimach²⁸ o prevedeau numai în subsidiar, după tată și bunicul patern.

Până la Codul Calimach a existat o **obligație legală** a părinților de înzestrare a fiicelor lor²⁹.

Părinții puteau fi exonerati de obligația înzestrării pe motiv de sărăcie. Alte cazuri de exonerare, tributare epocii, constituiau părăsirea credinței ortodoxe sau măritarea înainte de majorat fără consimțământul tatălui³⁰, când părintele nu putea fi obligat la înzestrare. Din analiza textului rezultă însă că dota putea fi constituită. Ca și în dreptul bizantin, inexistența dotei nu împiedica încheierea unei căsătorii.

Constituirea de dotă era **irevocabilă**.

La tradițiunea dotei ori ulterior constituentul avea dreptul să pretindă, dacă exista pericolul risipirii zestrei, constituirea unei *garanții* într-un quantum neprecizat (art. 1245 C. civ. austriac). Posibil ca aceasta să fi fost în practică de o valoare până la concurența dotei.

¹⁸ S. A. BRĂDEANU, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹ I. ROSETTI-BĂLĂNESCU, O. SACHELARIE, N. G. NEDELCU, , *Principiile dreptului civil român*, Ed. de Stat, București, 1947, p. 464.

²⁰ Cas. III, dec. civ. nr. 585 / 5. II. 1940, în PR, nr. 9 / 1941, p. 118.

²¹ Doc. din 2 aug. 1586, DIR, B, XVI, vol. III, p. 297 sq.; L. Car. 16: 8 sq.; S. FI. MARIAN, *op. cit.*, p. 109.

²² În situația predecesului părinților – Prav. cond. XX: 2, L. Car. 16: 13.

²³ Art. 1623 C. Calim.

²⁴ CR 32: 23, IL 253: 3.

²⁵ Această *obligație-sanctiune* era minuțios prevăzută – CR 37. N. COSTIN: „s-a tăiat capul lui Goia [...] cu pravila, pentru căci a răpit o fată logodnica altuia”, iar „bucatele [scil. bunurile] lui încă le-au dat fetei” (I. D. CONDURACHI, *Formarea vechiului drept românesc nescris*, Tipografia „Unirea”, Brașov, 1935, p. 48). În acest caz exonerarea de obligația constituirii dotei opera dacă femeia devenea o prostituată – CR 36: 20, IL 252: 20. Textul de lege este o expresie tipică a măsurilor unei societăți care dorește să stigmatizeze și să descurajeze decăderea morală.

²⁶ Desfrâul liber și intenționat al fetei nu atrăgea responsabilitatea bărbatului cu care desfrâna. Fecioria era prețuită în perioada medievală, de aceea era constrâns să înzestreze seducătorul – CR 37: 10; IL 253: 10. Totuși, interesele politice și economice determinau schimbarea axiologiei matrimoniale, vz. G. D’HAUCOURT, *Viața în Evul Mediu*, trad. M. Dobre, Ed. Corint, București, 2000, p. 105.

²⁷ DRH, B, VI, doc. din 5. IX. 1568–1577, p. 125–126.

²⁸ S. FI. MARIAN, *op. cit.*, p. 109 sq.; art. 1623 C. Calim. L. Car. prevede doar *dreptul* nu și *obligația* mamei de a-și dota fiica (16, 15).

²⁹ Art. 965, 1013, 1671 C. Calim. astfel cum au fost interpretate de jurisprudența instanței supreme – Cas. Civ., dec. nr. 347 / 24.VIII. 1870, *Bul. Cas.*, 1870, p. 230, *apud Codul Calimach*, ed. crit., p. 918.

³⁰ Art. 1625, lit. a, e și f C. Calim. Preluat din dreptul bizantin, vz. art. 1303 Hexabiblu.

Natura juridică a zestrei

Pentru femeie dota era un **act gratuit** de executare a unei obligații legale³¹. Pentru bărbat avea un **caracter mixt, oneros**³² (fondul dotal trebuia exploatat și întreținut, ceea ce este de *esența* dotei) și **gratuit** (primea un patrimoniu fără să datoreze ceva în schimbul uzufructului, vreo obligație corelativă de a da, ceea ce este de *natura* dotei). Nu se poate reține numai caracterul oneros al dotei; orice liberalitate, chiar afectată de sarcini, prezintă în principal un caracter gratuit³³.

Codul civil nu a mai impus această obligație a înzestrării, pe care însă majoritatea și a doctrinei o califica drept o **obligație naturală**, neprotejată de o acțiune juridică³⁴. S-a invocat în acest sens jurisprudența unanimă a fostei Înalte Curți de Casație³⁵.

Discuțiile doctrinare generate de natura juridică a dotei nu au fost lipsite de însemnătate practică: dacă dota era o obligație naturală, pe ce temei se solicită raportul și reducțiunea ei? Egalitatea între moștenitori precum și intangibilitatea rezervei succesorală conferă un caracter special obligației naturale de înzestrare, justificând aplicarea art. 186 C. civ. (astăzi abrogat)³⁶.

Și după Codul civil austriac constituirea dotei era un act juridic bilateral³⁷.

Raportul zestrei

O problemă homerică în vechiul drept o constituie *collatio dotis*. În principiu, dota nu se raporta la masa succesorală pentru a beneficia alături de ceilalți succesori de o împărțire egală a patrimoniului părinților³⁸. Însă au existat cazuri în care se raporta prețul dotei și fiica lua parte cu drepturi egale, la moștenire alături de frați³⁹. Fata era însă chemată la succesiune numai în lipsa fraților ei⁴⁰. Situația aceasta va fi reglementată legal începând cu secolul al XVII-lea permițându-se raportarea dotei în Țara Românească, dar numai dacă se dorea de către înzestrați să aibă calitate succesorală și doar pentru cazurile de succesiune *ab intestat*

³¹ Gh. D. DIMITRESCU, *art. cit.*, p. 214. Jurisprudența stabilise că sub Legiuirea Caragea constituirea de zestre era un contract cu titlu gratuit pentru persoana înzestrată întrucât aceasta nu are nici o „reciprocitate de obligațiuni” cf. Em. I. ODĂGESCU, *op. cit.*, nota 1, p. 84.

³² Fl. SION, *op. cit.*, p. 44.

³³ Ni se pare greșită admiterea de către jurisprudență că dota are exclusiv un caracter oneros pentru bărbat, motivat pe faptul că prin acțiunea pauliană se poate revoca zestrea constituită în fraudă unui creditor numai dacă se dovedește complicitatea la fraudă a bărbatului, vz. I. ROSETTI-BĂLĂNESCU, O. SACHELARIU, N. G. NEDELICU, *op. cit.*, p. 465.

³⁴ E. g., D. ALEXANDRESCO, *op. cit.*, vol. VIII, p. 160, M. B. CANTACUZINO, *Elementele dreptului civil român*, Tipografia „Ramuri”, Craiova, 1921, p. 474, S. A. BRĂDEANU, *op. cit.*, p. 129, G. P. DOCAN, *Înzestrările părintești, obligațiuni naturale. Drept român, drept comparat*, Ed. „Curierul Judiciar” S. A., București, 1932, *passim*. I. Pan. MUȘICĂ, *Obligațiunea părinților de a-și înzestra copiii în dreptul român*, Institutul de Arte Grafice „Vreamea”, București, 1930, p. 65. Contra: C. HAMANGIU, I. ROSETTI-BĂLĂNESCU, Al. BĂICOIANU, *Tratat de drept civil român*, vol. III, Ed. Națională S. Ciomei, București, 1928, p. 111–113.

Este de notat faptul că redactorii Codului civil francez, după care s-a inspirat și codul nostru civil, nu au considerat înzestrarea ca o simplă **datorie morală**, ci ca o **obligație naturală** – G. P. DOCAN, *op. cit.*, p. 11.

³⁵ G. P. DOCAN, *op. cit.*, p. 19.

³⁶ G. P. DOCAN, *op. cit.*, p. 16.

³⁷ Șt. LADAY, *Codul civil austriac în vigoare în Ardeal completat cu legile și regulamentele modificatoare cuprinzând și jurisprudența*, vol. III, Ed. Ministerului Justiției, Cluj, 1924, nota 4810, p. 440.

³⁸ DRH, B, VI, doc. din 19. VII. 1570, p. 267–269.

³⁹ N. IORGA, *Studii și documente*, XI, p. 75, *apud* G. FOTINO, *art. cit.*, p. 18 sq.

⁴⁰ Gh. CIULEI, Gheorghe G. CIULEI, *Dreptul românesc în Banatul medieval*, Ed. Banatica, Reșița, 1997, p. 35; ac. lucru îl ilustrează tradiția populară, vz. S. Fl. MARIAN, *op. cit.*, p. 110; H. H. STAHL, *op. cit.*, vol. II, p. 117–118. Prav. cond. XX 1: 3.

și cele de moștenire testamentară, dacă zestrea nu fusese stipulată în schimbul renunțării la drepturile succesoriale⁴¹. Legiuirile subsecvente au anulat aceste prevederi din pravila lui Matei Basarab, impunând privilegiul masculinității⁴². În Moldova, Codul Calimach va exonera de raportul zestrei⁴³.

Codul civil va supune dota raportului, iar practica va decide chiar și reducțiunea dacă se atingea rezerva succesorală⁴⁴. Dota se raporta în natură în cazul în care constituentul nu prevăzuse dispensa de raport⁴⁵.

Proprietatea zestrei

În perioada medievală, bunurile dotale rămâneau în proprietatea femeii⁴⁶ nu și în administrația ei.

Legiuirea Caragea prevede pentru prima dată *expres* că *femeia este proprietară a zestrei*. *Jurisprudența* a dispus și sub Codul Calimach că proprietara dotei este femeia, cu toate că legea nu prevedea *in terminis* aceasta⁴⁷.

Dispoziția juridică asupra zestrei de către soți

Imaginea bărbatului ca unic administrator al patrimoniului familiei trebuie corectată cu observațiile călătorilor străini, care afirmau că femeile conduceau treburile gospodăriei. Condiția juridică a femeii **nu** era una a unui **incapabil** de vreme ce păstra banii casei⁴⁸. Deși zestrea era proprietatea femeii, bunurile dotale erau *de jure* administrate de soț pentru că el era capul familiei, situație accentuată de legislațiile moderne.

Drepturile bărbatului au depășit întotdeauna simpla administrație (ca o urmare a faptului că la originile ei fusese proprietar)⁴⁹. Vechiul drept și apoi Codul civil au stabilit că acesta exercita atât în numele soției, cât și în nume propriu toate acțiunile privitoare la dotă. Deci bărbatul se bucura de drepturile de *administrare* și de *folosință*, fiind privat de regulă de *dispoziția juridică* asupra bunului. Separația de bunuri va putea fi cerută de femeie numai după adoptarea legiuirilor fanariote și a Codul civil pentru grave prejudicii aduse de bărbat prin administrarea păguboasă ori dolosivă a fondului dotal.

⁴¹ IL 277, înzestrații nu puteau fi obligați conform pravilelor la raportul dotei dacă ei nu doreau să vină la succesiune – I. Pan. MUȘICĂ, *op. cit.*, p. 35 sq.

⁴² Fetele înzestrate nu vor mai putea raporta dota pentru a deveni moștenitoare alături de frați sau surorile neînzestrate – Prav. cond., L. Car. 17, 3, 4.

⁴³ Art. 965, 1013, 1671 C. Calim. astfel cum au fost interpretate de jurisprudența instanței supreme – Cas. Civ., dec. nr. 347 / 24.VIII. 1870, *Bul. Cas.*, 1870, p. 230, *apud Codul Calimach*, ed. crit., p. 918.

⁴⁴ I. ROSETTI-BĂLĂNESCU, O. SACHELARIE, N. G. NEDELICU, *op. cit.*, p. 468–469. Cu câteva excepții legale: art. 751, 761 și 1282 C. civ.

⁴⁵ Tr. ALEXANDRESCU, *Condiția juridică a dotei. Dacă poate fi schimbată în timpul căsătoriei?*, Ed. „Curierul Judiciar” S. A., București, 1929, p. 13.

⁴⁶ V. ONIȘOR, *Istoria dreptului român pentru anul I. al facultății de drept*, ed. a II-a, Tipografia Fondul Cărților Funduare, Cluj, 1925, p. 393. Un singur autor se bazează pe izvoare citând un document în care o fiică reclamă în baza *dreptului românesc* dota care i se cuvine – vz. VI. HANGA, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁷ L. Car. 16: 9–10. *Cas. Civ.*, dec. 381 / 19 XI 1884, *Bul. Cas.*, 1884, p. 907, *apud Codul Calimach*, ed. crit., p. 930 sq. În sistemele moderne se transformă complet natura juridică a instituției dotale romane. Bărbatul nu rămâne decât un simplu administrator al dotei, G. DANIELOPOLU, *Explicațiunea Institutelor lui Iustinian*, vol. 1, Imprimeria Statului, București, 1899, p. 412.

⁴⁸ Cf. I. ȚIGHILIU, *Societate și mentalitate în Țara Românească și Moldova. Secolele XV–XVII*, Ed. Paideia, București, 1997, p. 232 sq.; Fr. GRISLINI, *op. cit.*, p. 182. În ac. sens, CARONNI, *Caronni în Dacia. ...*, 1812, p. 26, *apud* P. H. STAHL, *Triburi și sate din sud-estul Europei. Structuri sociale, structuri magice și religioase*, trad. V. Nicolau, Ed. Paideia, București, 2000, p. 143.

⁴⁹ I. ROSETTI-BĂLĂNESCU, O. SACHELARIE, N. G. NEDELICU, *op. cit.*, p. 477.

Femeia administra patrimoniul ei după desfacerea căsătoriei și dispunea de el nu în nume propriu, ci în reprezentarea familiei (D. PRODAN, M.-A. GHERMAN) – structura organică vitală a societății tradiționale⁵⁰. Însă noi credem că menționarea insistentă a soției în acte atestă un drept propriu al femeii asupra patrimoniului familial, ca și libera ei dispoziție în ceea ce privește paraferna.

Veniturile zestrei erau culese și folosite de către soț⁵¹ ca șef al asociației conjugale întrucât dota era dată pentru susținerea sarcinilor căsătoriei. Pentru munca sa depusă el beneficia de sporul valoric al bunurilor administrate.

Când zestrea cuprindea o sumă de bani, bunurile imobile care erau cumpărate cu aceasta deveneau bunuri dotale⁵². Înlocuirea unui bun dotal cu un alt bun dotal a fost permisă de Codul Calimach⁵³. Sub Codul Calimach, bunurile dobândite de soție cu bani a căror proveniență nu o putea justifica erau considerate ca fiind ale bărbatului ei⁵⁴.

Dintotdeauna *conservarea zestrei* la valoarea primită fusese indiscutabilă. Bărbatul era răspunzător de distrugerea totală sau parțială a dotei. Antrenarea răspunderii nu avea loc dacă prejudiciul se datora cazului fortuit, forței majore sau degradării prin folosirea obișnuită⁵⁵. Returnarea cheltuielilor suportate de bărbat a cunoscut o modificare începând cu Pravilniceasca condică. S-a înfrânt obiceiul pământului, stabilindu-se că toate cheltuielile făcute pentru reparațiile obișnuite necesare conservării zestrei sau pentru creșterea venitului ei să se deducă din averea bărbatului, căzând în riscul lui toate cele enumerate. De asemenea, Codul Calimach a prevăzut nerestituirea cheltuielilor voluptorii chiar dacă erau făcute cu acordul soției⁵⁶.

Înstrăinarea zestrei putea să fie motivată doar de plata hranei, a datoriilor proprii ori de răscumpărarea din robie, din închisoare sau din mâinile tâlharilor a copiilor chiar și din altă căsătorie, precum și de cumpărarea unor moșii aducătoare de venituri mai mari decât cele înstrăinate; de altfel principiul subrogației reale se aplica imobilelor și banilor proveniți din zestre⁵⁷.

Data încheierii și modificarea contractului dotal

Inițial numai categoriile privilegiate recurgeau la întocmirea foilor de zestre, care atestau atât dota, cât și contractarea căsătoriei⁵⁸. Moștenire bizantină, Codul Calimach prevede expres că pentru încheierea unei căsătorii nu este necesar să se îndeplinească formele privind încheierea regimului matrimonial; de altfel până la Codul civil nu s-a reglementat problema datei încheierii contractul de dotă, înainte sau după căsătorie, dar se recomanda

⁵⁰ P. POPOVICI, în *Istoria dreptului românesc*, Ed. Servo-Sat, Arad, 2001, p. 143. Pământul aparținea întregului neam, cu viii și morții săi. Transmiterea proprietății atestă principiul perenității gospodăriei nu cel al persoanei (H. H. STAHL, *op. cit.*, vol. II, p. 97–118, 136 sq.). Pt. N. IORGA cultul memoriei neamului este perpetuat de proprietate (*op. cit.*, vol. II, p. 166).

⁵¹ V. ONIȘOR, *op. cit.*, p. 393.

⁵² DIR, B, XVI, vol. III, p. 280.

⁵³ *Cas. Civ.*, dec. 35 / 31 I 1879, *Bul. Cas.*, 1879, p. 30, *apud Codul Calimach*, ed. crit., p. 932.

⁵⁴ *Cas. Civ.*, dec. 116 / 8 III 1891, *Bul. Cas.*, 1891, p. 30, *apud Codul Calimach*, ed. crit., p. 934.

⁵⁵ IL, gl. 265; Prav. cond. XIX, 4, 7, art. 1638, 1639, lit. d, 1657, lit. a C. Calim.

⁵⁶ Prav. cond. XIX, 4. Art. 1638 C. Calim.

⁵⁷ Art. 1641, lit. a–c, 1643 C. Calim.; C. civ. va reproduce întocmai aceste dispoziții întrucât sursa comună a fost Codul civil al lui NAPOLEON, cf. A. RĂDULESCU, *Influența franceză asupra dreptului român până la 1864*, în „Analele Academiei Române. Memoriile Secției Istorice”, seria III, tomul XXVII, mem. 15, 1946, p. 8.

⁵⁸ L. P. MARCU, în *Istoria dreptului românesc*, vol. I, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1980, p. 509.

întocmirea anterior cununiei pentru evitarea neînțelegerilor⁵⁹. Codul civil va impune încheierea acesteia înainte de căsătorie sub sancțiunea nulității absolute a convenției matrimoniale.

Înzeștrătorului nu i se putea fixa o dată anume de predare a dotei, ea putea fi una după data nunții⁶⁰.

În cazul în care căsătoria nu se încheia, însă un terț constituise o dotă, în conformitate cu art. 1228 C. civ. (corespunzător art. 1394 C. civ. francez), se stabilise că terțul donator are dreptul să cheme în judecată pe viitorii soți pentru a li se fixa un termen în care să fie obligați să încheie căsătoria, iar în cazul contrar donația să fie declarată caducă⁶¹. Practica și doctrina franceză, ca și doctrina românească ni se pare că au fost excesive în această privință. Instanțele de judecată aveau numai obligația de a analiza dacă pricinile care au împiedicat încheierea căsătoriei erau vremelnice și dacă vor putea fi depășite, pentru a nu pronunța revocarea. Încheierea căsătoriei, chiar privită ca și un contract, are particularitatea unui profund caracter *intuitu personae*. Ori, dacă nici măcar o prezumtivă condamnare penală în cazul unui viol nu poate *obliga* subiecții raportului penal să încheie o căsătorie, cum poate să o facă anularea unei donații?

Codul civil, influențat de Codul civil francez, va declara *imutabil* contractul de dotă (art. 1236 C. civ.), modificabil până atunci cu condiția nemişcării dotei și a respectării drepturilor moștenitorilor rezervatari și cele ale creditorilor⁶².

Prin excepție de la caracterul imutabil al contractului dotal, se puteau mări sau crea noi bunuri dotale numai de către terții donatori sau testatori, și numai dacă se prevăzuse aceasta prin contractul de căsătorie; alte excepții în acest sens erau constituirea de dotă din bunuri viitoare, faptul personal al soților, respectiv edificarea pe terenul dotal a unei construcții, care prin accesiune devenea dotală și dobândirea ca urmare a efectului declarativ al partajului a restului de imobil indiviz dotal.

Rațiunea art. 1236 C. civ. a fost limitarea numărului de imobile inalienabile⁶³.

Forma și publicitatea contractului dotal

Dacă nu se întocmeau acte scrise, dota **se arăta** nuntașilor⁶⁴. Foile de zestre erau **semnate de martori**; prezența lor se cerea pentru evitarea unei probe foarte greu de controlat: cea a jurământului, la care până atunci se apela. Cum până la Codul civil universul familiei era reglementat eclesiastic, în mod firesc documentele menționate se treceau în condiții păstrate în mănăstiri, asigurându-se astfel dovada în cazul distrugerii exemplarelor originale⁶⁵.

⁵⁹ Art. 1608 C. Calim. cf. art. 1348 Hexabilu; art. 1609 C. Calim. Prevenirea schimbării destinației dotei pe care trebuia să o dea violatorul, era asigurată de obligația predării zestrei în încheierea căsătoriei. Dacă exista pericolul degradării morale a fetei, siluitorul putea fi constrâns să dea imediat dota și chiar să caute să o mărire cât mai repede – CR 37: 9, 11; IL 253: 1, 9.

⁶⁰ CR 37: 11, IL 253: 11. Art. 1632 C. Calim.

⁶¹ D. ALEXANDRESCO, *op. cit.*, vol. VIII, partea I, p. 123, Dalloz, *Rép., Contrat de mariage*, no. 491, BAUDRY, LE COURTOUIS, SURVILLE, *Contrat de mariage*, I, no. 198, *apud* C. HAMANGIU, N. GEORGEAN, *Codul civil adnotat...*, vol. IV, p. 398.

⁶² Art. 1614 C. Calim. Prevedere existentă și în L. Car.

⁶³ I. ROSETTI-BĂLĂNESCU, O. SACHELARIU, N. G. NEDELICU, *op. cit.*, p. 473 sq.

⁶⁴ D. CANTEMIR, *Descrierea Moldovei*, 1981, p. 219, Fr. GRISELINI, *op. cit.*, p. 174 și S. FI. MARIAN, *op. cit.*, p. 107. Publicitatea era asigurată de *aldămaș*; în societatea tradițională relațiile interumane aveau la bază o mare încredere reciprocă – P. H. STAHL, *op. cit.*, p. 135 sq. DIR, A, XVI, vol. IV, p. 2, DIR, B, XVI, vol. III, p. 297 sq.

⁶⁵ Doc. din 17 mai 1605 *apud* V. AL. GEORGESCU, *Bizanțul și instituțiile românești până la mijlocul secolului al XVIII-lea*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1980, p. 122; DRH, B, XXII, doc. din 20 nov., p. 360. Prav. cond. XIX: 1, 2. În orașe contrasemna un reprezentant al instanței de judecată, care de regulă împlinea și lipsa martorilor și semnătura ginerelui. Vz. VI. DICULESCU, *op. cit.*, p. 181–191.

Practica a decis că pe lângă proba testimonială, dovedirea între soți se putea face prin orice mijloc de probă⁶⁶.

Regulamentul Organic a impus sub sancțiunea nulității forma scrisă, formalitate de care sătenii erau scutiți. Dreptul tradițional era atât de adânc înrădăcinat încât legiuitorul nu a considerat oportună modificarea lui. Jurisprudența a statuat că aceste condiții se cer a fi respectate doar pentru opozabilitate față de terți⁶⁷.

Codul civil va cere forma autentică *ad solemnitatem* pentru convențiile matrimoniale pentru atragerea atenției părților asupra importanței actului ce se va încheia. Pe de altă parte, terții sunt interesați să cunoască regimul juridic întrucât unele clauze ale contractului de căsătorie (ca de exemplu inalienabilitatea imobilelor dotale) le sunt opozabile⁶⁸.

O problemă viu dezbătută și cu consecințe practice importante a fost modalitatea prin care se poate constitui dota imobiliară în special: este necesară îndeplinirea formalităților cerute de art. 1228, 818, 819 C. civ. Jurisprudența a stabilit că părinții nu trebuie să înzestreze chiar dacă s-au obligat la aceasta printr-un act sub semnătură privată⁶⁹; de asemenea, o dotă înzestrare verbală este validă și își produce efectele prin simplul fapt al transmiterii bunurilor afectate⁷⁰: „părintele care promite o zestre determinată, fără formele prescise de lege, contractează totuși un angajament valabil, fiindcă o obligație naturală nu constituie o liberalitate”⁷¹.

Mărimea și componența zestrei

De remarcă faptul că *nu* tinerii își stabileau proporția zestrei din totalul patrimoniului părintesc, ci părinții erau aceia care perfectau înțelegerea „economică”⁷². Mărimea zestrei constituia în dreptul cutumiar unul dintre criteriile determinante care conducea la încheierea căsătoriei⁷³.

Mărimea zestrei era dependentă de *starea socială* a victimei siluirii / răpirii, dar și de aceea a infractorului; dacă starea materială nu îi permitea să înzestreze victima, acesta era supus unor pedepse infamante: « *Atunce să-l poarte pren târg cu piiala și să-l bată pre toate ulițele; de-acia să-l scoată să-l gonească den toată eparhia acelu gudeț* »⁷⁴.

În sistemul cutumiar, cu cât fata de măritat era mai urâtă, cu atât zestrea era mai mare⁷⁵; în evul mediu apusean se spunea că *formosa virgo, dimidium dotis*⁷⁶.

⁶⁶ Art. 1616 C. Calim.; influență a dreptului bizantin, vz. art. 1467 din Hexabiblu. *Cas. Secții-Unite*, dec. 3 / 6. V. 1876, *Bul. Cas.*, 1876, p. 685, *apud* C. Calim., ed. crit., p. 931.

⁶⁷ *Cas. Civ.*, dec. 135 / 14. III. 1873, *Bul. Cas.*, 1873, p. 57, *apud* *Codul Calimach*, ed. crit., p. 929.

⁶⁸ C. HAMANGIU, I. ROSETTI-BALĂNESCU, AI. BĂICOIANU, *op. cit.*, vol. III, p. 19.

⁶⁹ *Nota bene*, numai părinții sunt scutiți de formalitățile dotei, nu și terții. G. P. DOCAN, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁰ H. G. Nicolescu, *Notă*, în PR, nr. 2 / 1937, p. 38–39. Vz. și *Cas. I*, dec. nr. 480 / 21. IV. 1935, în PR, nr. 2 / 1937, p. 37–40. După AUBRY & RAU, H. CAPITANT angajamentele asumate pentru achitarea unei obligații naturale nu sunt supuse regulilor de fond sau de formă care cârmuiesc actele cu titlu gratuit, cf. G. P. DOCAN, *op. cit.*, p. 28 sq.

⁷¹ *Cas. I*, dec. civ. nr. 612 / 11. III. 1929, *apud* G. P. DOCAN, *op. cit.*, p. 20.

⁷² I. SCURTU, *Viața cotidiană a românilor în perioada interbelică*, în vol. *Istoria românilor în secolul XX (1918–1948)*, Ed. Paideia, București, 1999, p. 81.

⁷³ I. GHINOIU, *Obiceiuri populare de peste an. Dicționar*, Ed. Fundației Culturale Române, București, 1997, p. 138.

⁷⁴ CR 37: 3, 4, IL 253: 4. În ac. sens, CR 32: 23 și IL 253: 3. Circumstanță agravantă: siluirea unei fete de o persoană căsătorită, caz în care mărimea despăgubirii putea fi stabilită în mod arbitrar de către judecătorul pricinii – CR 37: 5; IL 253: 5.

⁷⁵ S. FI. MARIAN, *op. cit.*, p. 110.

⁷⁶ „O fată frumoasă are zestrea pe jumătate [asigurată]”, cf. E. MUNTEANU, L.-G. MUNTEANU, *Æterna latinitas. Mică enciclopedie a gândirii europene în expresie latină*, Ed. Polirom, Iași, 1996, p. 98.

Prevederile erau contradictorii în ceea ce privește proprietatea asupra pământului între dreptul cutumiar și cel scris, dar și variabile de la o zonă geografică la alta: în unele regiuni fetele primeau pământ, în altele nu. Vechile *Statute* ale Țării Făgărașului dispuneau că „moșiile nu trec la sexul femeiesc”, însă în *documente* din Moldova și din Muntenia **femeile apar exercitând în nume propriu sau alături de soț atribuțiile unui real proprietar funciar**⁷⁷. Așadar, **pământul constituia obiect al zestrei**⁷⁸, însă cu anumite particularități. Boierii înzestrau și cu *bunuri imobiliare*. Țăranii dădeau în unele regiuni fetelor un fond funciar; din secolul al XIX-lea are loc generalizarea obiceiului ca și fetele să fie înzestrate cu pământ, începând cu secolul XX aceasta devine o regulă⁷⁹.

Interesele socio-economice determinau o atenție dată zestrei în funcție de categoria socială căreia îi aparțineau soții: una riguroasă, aplicabilă privilegiatilor care urmărea interese materiale majore⁸⁰ și alta mai permisivă, pentru categoriile inferioare la care averea și rangul social nu constituiau îngrădiri semnificative întrucât nu dispuneau de ele.

Evaluarea zestrei

Din secolul XVIII s-a impus ca mobilele prin natura lor (robii, vitele) și imobilele să nu se evalueze, însă celelalte mobile (lucruri, haine, obiectele de argint, aur sau aramă) să fie prețuite. Toate acestea puteau fi scrise înaintea căsătoriei sau după căsătorie până la șazeci de zile. Termenul era de decădere, exonerând pe bărbat (și pe moștenitorii săi) de a mai ține cont, la restituirea zestrei, de ceea ce se înscrisese cu întârziere. Astfel, putea fi cerută doar valoarea bunurilor mobile prețuite⁸¹. Prin această dispoziție se înfrângea obiceiul pământului, mai moral, care impunea înapoierea întregului fond dotal întocmai cum fusese primit, chiar dacă nu s-a evaluat la încheierea căsătoriei.

Foia de zestre trebuia semnată și de ginere pentru ca să nu existe ulterior pretenții suplimentare⁸².

Evaluarea zestrei determina trecerea riscului pieririi bunurilor asupra bărbatului; Codul Calimach o asimilează cu o vânzare-cumpărare. Un alt motiv de evaluare – ca natură juridică o *asigurare de dovezi* – îl constituia cunoașterea valorii pentru cazul restituirii datorată relei administrări.

În conformitate cu obiceiul pământului, mobilele însuflite (vitele, robii) și imobilele nu se evaluează, deci ele nu vor trece în proprietatea bărbatului⁸³.

⁷⁷ Vz. P. POPOVICI, *Notă privind proprietatea imobiliară a femeii în vechiul drept românesc*, în „Studii juridice”, aprilie 2002, p. 173–177.

⁷⁸ E. g., DRH, B, VI: **doc.** din 25. V. 1567, p. 41–42, **doc.** din 23. VIII. 1568, p. 119–120, **doc.** din 5. IX. 1568–1577, p. 125–126, **doc.** din 4. X. 1568, p. 142–143,

⁷⁹ L. P. MARCU, *op. cit.*, vol. 1, p. 510. În Banatul medieval fetele primeau bani la înzestrare (Gh. CIULEI *e. a.*, *op. cit.*, p. 184); nici în Maramureș fetele nu primeau fonduri funciare drept zestre, cf. I. MIHALY, *Diplome maramureșene din sec. XVI–XV*, p. 194, *apud* VI. HANGA, *op. cit.*, nota 21, p. 86. P. H. STAHL, *op. cit.*, p. 118. În Șcheii Brașovului și în Săcele (jud. Brașov), fetele nu au primit pământ la înzestrare nici în mijlocul sec. al XIX-lea, vz. I. C. CHIȚIMIA, *Folcloriști și folcloristică românească*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1968, p. 344, 346.

⁸⁰ Cf. A. VERANCICS, (după 1549), în *Călători străini despre Țările Române*, vol. I, 1968, p. 406.

⁸¹ Prav. cond. XIX, 1, 3 (Ulterior, L. Car. 16, 26–28 însă nu va obliga la evaluare). Degenerarea relațiilor din societatea tradițională a impus alcătuirea de acte scrise pentru a se putea proba înțelegerile întrucât se ajunseser la numeroase procese în care *adevărata* situație de fapt era imposibil de dovedit. Obligatorietatea întocmirii în scris a contractelor datează din 1754. Cu toate acestea, forma verbală este întâlnită în marea majoritate a cazurilor chiar și în sec. XX – P. H. STAHL, *op. cit.*, p. 140 *sq.*

⁸² Prav. cond. XIX, 1, 2.

⁸³ L. Car. 16, 28. Art. 1634–1636 C. Calim. Art. 1634 și 1636 au fost alcătuite sub înrăurirea Codului civil francez, cf. A. RĂDULESCU, *art. cit.*, p. 8.

Inalienabilitatea zestrei

Inalienabilitatea zestrei este o caracteristică a vechiului drept⁸⁴; Codul civil a admis-o numai pentru imobilele dotale. De aici rezultă caracterul *imprescriptibil* al fondului dotal (D. ALEXANDRESCO).

După unii autori inalienabilitatea fondului dotal era de esență regimului (cf. D. ALEXANDRESCO), însă înclinăm să considerăm că ea este doar de *natura* regimului: părțile puteau deroga de la art. 1248 prin contractul matrimonial prin stipularea alienabilității fondului dotal⁸⁵.

Vânzarea imobilelor dotale nu se anula dacă se dovedea buna-credință a cumpărătorului. Soluția practică era aceea a subrogației reale, înlocuindu-se bunurile dotale imobiliare cu altele de aceeași natură⁸⁶.

Chezăsuirea zestrei și datoriile soților

Femeia nu putea garanta cu fondul dotal pentru bărbatul ei. Orice asemenea act era lovit de *nulitate absolută*. Însă împrumuturile luate pentru propriul ei folos trebuiau restituite, la nevoie apelându-se la garanțiile date. Pentru evitarea situațiilor în care femeia contesta caracterul personal al datoriilor (în lipsa cărui erau nule absolut), legiuitorul a impus anumite formalități la încheierea contractului de împrumut cu garanție de restituire. Actul trebuia să cuprindă cauza împrumutului și să fie contrasemnat de către rude de ale ei; neîndeplinirea acestor forme atrăgea nulitatea absolută a actului juridic⁸⁷.

Fiecare dintre soți era ținut să răspundă numai pentru datoriile personale. Numai participarea la crearea datoriilor celuilalt soț îl putea obliga să răspundă pentru acestea⁸⁸, prevedere ce va fi întâlnită în toate legiuirile de acum înainte.

Restituirea zestrei⁸⁹

Ca și în dreptul roman, văduvul era îndrituit să rețină dota dacă rămăneau copii⁹⁰. Dar în lipsa descendenților, zestrea trebuia restituită⁹¹. Mai târziu, întoarcerea în patrimoniul constituentului se făcea numai în caz de stipulație expresă în acest sens⁹².

Restituirea zestrei se făcea în funcție de **culpa** reținută la desfacerea căsătoriei: culpa bărbatului determina restituirea dotei (uneori și a *darurilor de nuntă* și a *beneficiului zestrei*), în vreme ce vina femeii atrăgea pierderea zestrei și a darurilor primite de la soț⁹³. Pierderea

⁸⁴ IL 265 (alin. ultim), L. Car. 16: 32, art. 1610, lit. e și h, 1639 și 1641 C. Calim. Vz. și DRH, B, doc. 10 ian. [1635], p. 7 sq.

⁸⁵ Vz. și Al. ZAMFIRESCU, *Notă*, în PR, nr. 3 / 1937, p. 43.

⁸⁶ DRH, B, doc. 8 sept. 1635, p. 139.

⁸⁷ Prav. cond. XXV: 4, 5.

⁸⁸ Prav. cond. XXX: 1–2.

⁸⁹ V. GIONEĂ, *Studii de drept constituțional și istoria dreptului*, vol. III, Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, București, 1995, p. 136 sq. face o simplă reproducere textului legiuirilor.

⁹⁰ Doc. din 6 iul. 1695, doc. din 3 mai 1744, *apud* V. Al. GEORGESCU, *Bizanțul ...*, p. 243–244, 260. Stipulație existentă și în C. civ. austriac – Șt. LADAY, *op. cit.*, vol. III, nota 4815, p. 441.

⁹¹ DRH, B, VI, doc. din 4. X. 1568, p. 142–143.

⁹² 1653 C. Calim.

⁹³ Cuprinzând prevederi cvasiidentice, principiul se poate urmări de la dreptul cutumiar până la cel scris: S. Fl. MARIAN, *op. cit.*, p. 113; DIR, B, XVII, vol. II, p. 116; CR 16 și IL 214–215; art. 1657, lit. b, art. 124, 130 C. Calim. raportat la art. 121 și L. Car. 16: 42, 43. Sancțiunile patrimoniale care loveau inovații de adulter aveau ca finalitate descurajarea infidelității și prevenirea apariției moștenitorilor nelegitimi (I. ȚIGHILIU, *op. cit.*, p. 231). În anumite cazuri domnia confisca zestrea și darurile primite de la soț (CR 8: 26, 15: 9).

zestrei sau a darurilor de nuntă este ca natură juridică o **sanctiune civilă** îndreptată împotriva aceluia care în vechiul drept se abătea de la îndatoririle conjugale⁹⁴. După ce divorțul a fost considerat unul dintre modurile firești ale disoluției căsătoriei ca urmare a ideilor protestante și iluministe, regăsite în filosofia Codului civil francez⁹⁵ și apoi a celui român, nu s-a mai făcut nici o diferențiere între soțul inocent și cel aflat în culpă, în materia restituirilor care își datorau soții⁹⁶.

Dacă nu era reținută nici o culpă, fiecare dintre soți își lua ceea ce adusesse la încheierea căsătoriei⁹⁷.

Pentru garantarea restituirii zestrei, femeia avea asupra întregii averi a bărbatului o *ipotecă legală tacită*, preferabilă creditorilor atât anteriori cât și posteriori căsătoriei, chirografari sau ipotecari⁹⁸.

Pierderea dotei din forță majoră sau caz fortuit exonera de obligația restituirii zestrei; dovedirea relei credințe ori a neglijenței bărbatului, care salvase numai bunurile proprii și lăsase să fie distruse cele dotale, îl obliga pe el și pe moștenitorii săi la restituirea valorii integrale a bunurilor dotale pierdute.

În cazul robilor, se restituia numărul trecut în foaia de zestre, abrogându-se dispoziția pravelor care stipula riscul femeii. Reglementarea a fost impusă de necesitatea unei *minime îngrijiri* a robilor, ceea ce obliga la un regim de exploatare mai blând și era răsplătită prin dreptul de a păstra sporul natural.

Precedând bărbatul, femeia trebuia să întocmească un inventar pentru a cere zestrea, arătând cât lipsește din patrimoniul răposatului. Neîntocmirea actului în termenul stabilit de lege nu mai dădea dreptul văduvei să ceară de la moștenitori partea de zestre care nu se mai regăsea în masa succesorală⁹⁹.

Zestrea se restituia cu prioritate în fața oricărui creditor¹⁰⁰ și intra în patrimoniul femeii.

Bunurile parafernale (exoprica)

Patrimoniul adus (altul decât zestrea) sau dobândit în căsătorie de femeie, îi rămânea în deplină proprietate, putând să dispună neîngrădit de el atât prin acte *inter vivos* cât și *mortis causa*¹⁰¹. Paraferna era scrisă într-un act semnat de către bărbat în prezența unor martori. **Vechiul drept nu confunda puterea maritală a bărbatului cu incapacitatea femeii**

⁹⁴ Em. I. ODĂGESCU, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁵ J. BOSSY, *Creștinismul în Occident. 1400–1700*, trad. D. Oancea, Ed. Humanitas, București, 1998, p. 42. Pt. amăn., vz. J. BONNECASE, *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille. Ses destinées dans le Droit civil contemporain*, E. de Boccard Éditeur, Paris, 1925, p. 90, A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, thèse de doctorat, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, p. 9–10.

⁹⁶ Cu toate acestea, art. 280 C. civ. a dispus pierderea tuturor avantajelor de către soțul care a cauzat despărțirea: donațiile stipulate prin contractul de căsătorie, donațiile și legatele în timpul căsătoriei, asigurările de viață. Însă liberalitățile constituite făcute înainte de încheierea sau după desfacerea căsătoriei, precum și cele provenind de la terțe persoane, vor urma dreptul comun, ele neintrând sub incidența articolului de mai sus – Em. I. ODĂGESCU, *op. cit.*, p. 52 sq.

⁹⁷ D. HOPĂRTEAN, *Căsătoria și obiceiurile ei pe Valea Ampoiului*, în „Apulum”, nr. 27–30 / 1990–1993, p. 619, Cas. I, dec. nr. 396 / 21.X.1913, *Bul. Cas.*, p. 1761 *apud Îndreptarea legii*, ed. crit., p. 931 sq.

⁹⁸ Art. 1640 C. Calim., scris sub influența dreptului civil francez – cf. A. RĂDULESCU, *art. cit.*, p. 8. Înălțurarea creditorilor anteriori căsătoriei constituie o aberație juridică moștenită de la IUSTINIAN (G. DANIELOPOLU). *Cas. Civ.*, dec. 246 / 12 IX 1870, *Bul. Cas.*, 1870, p. 254, *apud Codul Calimach*, ed. crit., p. 932.

⁹⁹ Prav. cond. XIX: 7–10.

¹⁰⁰ IL gl. 266, preluată după *Nomocanonul lui Malaxos*, gl. 206. Art. 1640 C. Calim.

¹⁰¹ L. Car. I, 16, 44–48. Prevedere *unică* în dreptul românesc: bărbatul confiscă exoprica tăinuită de femeie (L. Car. I, 16, 45).

măritate, distincție accentuată de legile secolului al XIX-lea¹⁰². Codul civil nu a urmat vechiul drept în ceea ce privește capacitatea femeii de a dispune singură asupra parafernei, drept care i-a transferat bărbatului, transformând în mod illogic o femeie capabilă înainte de căsătorie într-una incapabilă după căsătorie¹⁰³.

Soțul administra *exoprica* cu prezumția mandatului soției, care își putea păstra uzufructul. Soțul este mandatar dacă administrează paraferna și depozitar când nu are nici un drept asupra ei. Dacă uzufructuarul pune în pericol bunurile, i se putea retrage acest drept, chiar dacă fusese constituit cu titlu viager. Nefiind proprietar, bărbatul nu avea dreptul să înstrăineze paraferna decât cu acordul soției majore, dat în scris în fața martorilor.

Restituirea parafernei se ocrotea ca și restituirea zestrei¹⁰⁴.

Contrazestrea (darul de dinaintea nunții)

Contrazestrea era darul pe care bărbatul sau altcineva în numele lui îl dădea în compensația zestrei; apărea ca o *obligatie corelativă* la dreptul de înzestrare pentru părinții băiatului și un drept pentru acesta¹⁰⁵.

Contrazestrea nu a fost definită în dreptul cutumiar și nici nu am găsit-o menționată în documentele cercetate. Prevăzută prima dată în *Îndreptarea legii*¹⁰⁶, care dispunea irevocabilitatea acestor donații pe care și le puteau face soții până la încheierea căsătoriei, *Legiuirea Caragea*, II, II, 1–13 specifică faptul că numai bărbatul le face și ele sunt altele decât cele de la logodnă. După Codul Calimach, contrazestrea urmează regimul juridic al zestrei. De aceea putea fi constituită atât din bunuri mobile cât și din imobile. Mărirea contrazestrei nu fusese stabilită, însă raportat la dreptul romano-bizantin, s-a emis ipoteza plauzibilă că ele nu depășeau valoarea zestrei¹⁰⁷.

Contrazestrea era garantată printr-un drept de gaj. Înstrăinarea mobilelor contrazestrei se putea face, pentru că exista o ipotecă tacită de valoarea bunului înstrăinat asupra patrimoniului propriu al bărbatului. Pentru vinderea (ipotecarea) contrazestrei imobiliare nu era suficient doar acordul scris al femeii, ci și autorizarea autorității publice sau a instanței de judecată, după o prealabilă și temeinică cercetare care să dovedească justificarea înstrăinării. Asupra contrazestrei femeia avea un *drept eventual* dacă: nu avea copii, dacă nu exista convenție specială care îi conferea acest drept, sau căsătoria se desfăcea din vina bărbatului, ori acesta precedea și el nu avea datorii¹⁰⁸.

Predecesul soției dădea copiilor dreptul de a obține proprietatea contrazestrei. Soția moștenea darurile de nuntă de la defunctul soț lăsate prin testament dacă respecta anul vidual¹⁰⁹. Soția supraviețuitoare lipsită de zestre nu putea pretinde contrazestrea la decesul soțului¹¹⁰.

¹⁰² A. IONAȘCU, *Inegalitatea sexelor în dreptul civil român*, în „Revista Cursurilor și Conferințelor”, nr. 8 / oct. 1936, p. 4–5.

¹⁰³ „De parcă inteligența și aptitudinile ei ar dispărea deodată la ușa ofițerului stării civile”, M. BARASCH, *Condiția juridică a femeii salariate*, București, 1924, p. 5, *apud* A. IONAȘCU, *art. cit.*, p. 5.

¹⁰⁴ Art. 1658–1664, 1666, 1667 C. Calim.

¹⁰⁵ E. CERNEA, E. MOLCUȚ, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁶ Gl. 270, de influență bizantină.

¹⁰⁷ D. D. MOTOTOLESCU, *Darurile dinaintea Nunții în dreptul Vechiu românesc comparat cu cel Romano-Bizantin și Slav*, Tipografia „Convorbiri Literare”, Iași, 1921, p. 37 sq.

¹⁰⁸ Cas. I, dec. nr. 596/21.X.1913, *Bul. Cas.*, p. 1761 *apud* IL, ed. crit., p. 931 sq.

¹⁰⁹ Art. 148–151 C. Calim.

¹¹⁰ Art. 131, 150, 151, 1669, 1672–1674, 1676, 1677 C. Calim. Uzufructul, sub formă viageră rămânea tatălui.

Sub Codul civil austriac contrazestrea se constituia în mod benevol de către mire ori un terț (art. 1230, 1231), ca natură juridică fiind un legat care intra în patrimoniul femeii doar dacă soțul precedea¹¹¹.

Excepții de la dreptul comun

Caracterul special al căsătoriei generat de aspectul profund *intuitu personæ* ca și necesitatea protejării de către societate a acestei instituții fundamentale și esențialmente umane, au determinat pe legiuitorul modern la un moment dat (1865, la noi) să impună câteva excepții de la dreptul comun a unor acte juridice¹¹² și anume:

- a) Constituentul dotei este ținut de *obligația de garanție* (art. 1240 C. civ.).
- b) Dobânzile dotei nepredate încep să curgă din ziua încheierii căsătoriei fără a mai fi nevoie de *somație* sau *punere în întârziere* (art. 1241 C. civ.).
- c) Donația *pur potestativă* făcută soților este perfect valabilă;
- d) Spre deosebire de donațiile obișnuite, dota *nu este revocabilă* pentru ingratitudine (art. 835 C. civ.).
- e) „Donațiile făcute prin convenție matrimonială nu sunt supuse regulii art. 826 C. civ.”.

Concluzii

Singurul regim matrimonial cunoscut în vechiul drept românesc a fost cel dotal. S-a putut observa că prevederile Codului civil arareori au venit în contradicție cu cele ale vechiului drept, cauza fiind izvorul comun al celor două sisteme juridice: dreptul roman.

Inconveniențele acestuia, ca de pildă înlăturarea femeii de la emolumentul uzufructului dotei, au fost trecute cu vederea prin prisma lui *forma mentis* a timpurilor revoluate; dezavantajul s-a perpetuat și sub regimul Codului civil¹¹³. Pentru epoca modernă, regimul dotal a prezentat încă un inconvenient major și anume acela de a nu asigura securitatea dinamică a circuitului civil: creditorii și terții puteau fi fraudati: fie o dată înstrăinate imobilele dotale prin încheierea unor acte de vânzare-cumpărare sau ipotecă se putea cere anularea actului respectiv, fie se rezoluționa vânzarea unui bun care a înlocuit prin subrogație reală un imobil dotal¹¹⁴.

Prin tradiție, regimul dotal caracteristic mariajelor românești, nu și-a pierdut popularitatea după reforma legislativă de la 1864 / 1865, cu toate că nu a fost stabilit drept regim legal¹¹⁵.

De altfel, regimul dotal nu a mai fost trecut între posibilele alternative la regimul legal în Proiectul de Cod civil¹¹⁶ pentru că revenirea la el ar fi însemnat defazare și regres juridic¹¹⁷.

¹¹¹ Șt. LADAY, *op. cit.*, vol. III, nota 4879, p. 453.

¹¹² M. ELIESCU, *Curs de drept civil. Regimurile matrimoniale*, Universitatea București, 1948, p. 26.

¹¹³ S. A. BRĂDEANU, *op. cit.*, p. 71, 78.

¹¹⁴ Cas. II, dec. civ. nr. 116 / 3. III. 1939, în PR, caietul 4–5 / 1941, p. 78–80, C. Ap. Craiova, s. a II-a, dec. civ. 25 / 24. II. 1944, în PR, caietul 4–5 / 1946, p. 39–44. Vz. și B. DIMITRESCU, *Comentarii asupra jurisprudenței privitoare la regimurile matrimoniale*, în PR, caietul nr. 1 / 1946, p. 10.

¹¹⁵ Ni se pare inexactă afirmația că odată cu egalizarea juridică a sexelor, regimul dotal ar fi „aproape dispărut” (C. M. CRĂCIUNESCU, *Regimuri matrimoniale*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 97). Eventual au dispărut în 1948 ultimele rămășițe ale preeminenței juridice masculine, ceea ce nu implică necesarmente abandonarea unui regim cu adânci rădăcini decelabile până și în folclor – I. Pan. MUȘICĂ, *op. cit.*, p. 23 – și care supraviețuiește până astăzi în mentalul colectiv. Vz. L. LENGHEL-BRÂNZEI, *Ceremonialul nunții pe cursul superior al Bistrei (Bucova, Băuțar, Marga)*, în „Studii și comunicări de etnografie-istorie”, vol. II, Caransebeș, 1977, p. 113

¹¹⁶ *Lege pentru modificarea și completarea Codului civil, a Codului de procedură civilă, a Legii cadastrului și publicității imobiliare nr. 7 / 1996, precum și a altor acte normative conexe*, publicat în suplimentul „Juridica”, nr. 11–12 / 2000

¹¹⁷ Legea din 13 iulie 1965 a suprimat regimul dotal în Franța.

Este de remarcat că principalul inconvenient îl reprezintă consecințele totalității bunurilor, adică scoaterea lor din circuitul civil, ceea ce este împotriva naturii raporturilor juridice de drept civil¹¹⁸.

Abrevieri:

Cas., Înalta Curte de Casație și Justiție

C. Ap., Curtea de Apel

C. Calim., Codul Calimach, [1816–1817], ed. crit., Ed. Academiei Republicii Populare Române, București, 1958

CR, Carte românească de învățătură –1646, ed. crit., Ed. Academiei Republicii Populare Române, București, 1956

DIR, Documente privind istoria României, A (Moldova), B (Țara Românească), Ed. Academiei Republicii Populare Române, București, 1951, 1952

Donici, Manualul juridic al lui A. Donici, [1814], ed. crit., Ed. Academiei Republicii Populare Române, București, 1959

DRH, Documenta Romaniae Historica, B (Țara Românească), Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969, 1985

Hexabiblu, Manualul legilor sau așa numitele Cele șase cărți adunat de pretutindenii și prescurtat de vrednicul de cinstire păstrătorul de legi și judecător în Salonic Constantin Harmenopulos, [1345], trad. Ion Peretz, Ed. Cartea Românească, București, 1921

IL, Îndreptarea legii –1652, ed. crit., Ed. Academiei Republicii Populare Române, București, 1952

L. Car., Legiuirea Caragea, [1818], ed. crit., Ed. Academiei Republicii Populare Române, 1955

Ocol, Judecătoria de ocol

Prav. cond., Pravilniceasca condică, 1780, ed. crit., Ed. Academiei Republicii Populare Române, București, 1957

s., Secția

¹¹⁸ C. Ap. Craiova, s. a II-a, dec. civ. 25 / 24. II. 1944, în PR, caietul 4–5 / 1946, p. 41.



REPREZENTAREA STATULUI ȘI A UNITĂȚILOR SALE ADMINISTRATIV-TERITORIALE ÎN LITIGIILE AVÂND CA OBIECT REVENDICĂRI DE BUNURI APARTINÂND DOMENIULUI PRIVAT

drd. Claudia ROȘU

*Lector univ. – Facultatea de Drept
Universitatea de Vest Timișoara*

drd. Cristian CLIPA

*Asist. univ. – Facultatea de Drept
Universitatea de Vest Timișoara*

Résumé: La representation aborde le problème de la qualité procédurale active ou passive, dans les litiges qui ont comme objet des biens appartenants au domaine public et privé de L'État et des unités administratives territoriales, ainsi comme elle est réglementée par la Loi nr. 90/2001 concernant l'organisation et le fonctionnement du gouvernement de la Roumanie et des ministères sans ignorer les dispositions de la Loi nr. 213/1998 concernant la propriété publique et son régime juridique. Les auteurs se proposent de faire une delimitation entre les litiges qui ont comme objet des biens appartenants au domaine public et les causes dans lesquelles entre les parties litigantes se disputent un droit privé en arrivant aux conclusions, que nous les trouvons pertinentes, concernant la qualité procesuelle (active ou passive) qui doit être reconnue dans la personne de quelques autorités publiques dont le régime juridique est réglementé des dispositions légales au-dessus invoquées.

O problemă care a frământat literatura juridică de drept civil, dar și pe cea de drept administrativ, ulterior anului 1990, a fost aceea a reprezentării statului, respectiv a unităților sale administrativ-teritoriale, în litigiile care au avut ca obiect bunuri aparținând în deplină proprietate acestor persoane juridice, care, în mod excepțional, se bucură concomitent de o natură juridică mixtă – de drept public, dar și de drept privat – după cum bunurile ce fac obiectul proprietății publice aparțin domeniului public sau domeniului privat al acesteia. Inițial, calitatea procesuală în litigiile pe care le avem în vedere era conferită prin dispozițiile art. 76 din Legea nr. 69/1991 privind administrația publică locală, (spre pildă, în cazul partajării imobilelor aflate în indiviziune cu domeniul public sau privat al comunelor, orașelor sau județelor), consiliilor locale sau județene, după cum era vorba de bunuri aparținând comunei, orașului sau județului.¹

Socotim că subiectul asupra căruia ne-am oprit este și mai actual, cu cât au intrat în vigoare Legea nr. 90/2001 privind organizarea și funcționarea Guvernului României și a ministerelor² și Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale.³ Din capul locului, simțim nevoie de a face o precizare: vom avea în vedere numai acele litigii care au ca obiect bunuri (imobile) aparținând domeniului privat al statului ori al unităților sale administrativ-teritoriale.

La nivel național, potrivit art. 1 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 90/2001, „Guvernul exercită ... funcția de administrare a proprietății statului“, asigurând în acest sens „administrarea proprietății publice și private a statului“. În continuare, aceeași lege, prin dispozițiile art. 22 alin. (2), se arată că „reprezentarea Guvernului în fața instanțelor judecătorești“ este asigurată de Secretariatul General, care „face parte din aparatul de lucru al Guvernului.

¹ I. Deleanu, *Procedura civilă, vol. I*, Editura Servo-Sat, Arad, 1998, pag. 162.

² Publicată în M. Of. nr. 164 din 2 aprilie 2001.

³ Publicată în M. Of. nr. 204 din 23 aprilie 2001.

Conform art. 19 din Legea 215/2001, unitățile administrativ-teritoriale (comunele, orașele, județele) „sunt persoane juridice de drept public. Acestea au *patrimoniu propriu și capacitate juridică deplină*“. La nivel local, potrivit art. 67 alin. (1) din Legea 215/2001: „*Primarul reprezintă comuna sau orașul în relațiile cu alte autorități publice, cu persoanele fizice sau juridice, române sau străine, precum și în justiție*“. Atribuția de a reprezenta în justiție comuna sau orașul nu poate fi delegată viceprimarului, secretarului sau altor funcționari, o atare delegare fiind expres interzisă prin art. 70 alin. 3 din Legea nr. 215/2001.

Față de această dispoziție, în literatura juridică⁴, s-a afirmat că noua lege nu rezolvă până la capăt și problema reprezentării. Dimpotrivă, noi considerăm că această problemă este rezolvată de lege odată ce s-a stabilit reprezentarea, în principiu, a unităților administrativ-teritoriale (comuna și orașul) de către *primar* (s.n.), iar art. 114 din Legea nr. 215/2001, se referă la unitatea administrativ-teritorială a județului care este reprezentată în justiție, conform art. 114 alin. (1) de *președintele consiliului județean* (s.n.). Prin aceste dispoziții, considerăm că este clarificată reprezentarea unităților administrative, atât în justiție, cât și în acele raporturi juridice care se stabilesc cu toate celelalte autorități publice ori persoane fizice sau juridice de tip privat.

La rândul său, art. 38 alin. (2) din aceeași lege face parte o importantă precizare pentru demersul nostru: „*Consiliul local... administrează domeniul public și domeniul privat al comunei sau orașului*“. Aceeași situație o regăsim și la nivelul județului, unde – potrivit art. 104 alin. (1) lit. f) din Legea administrației publice locale – „*consiliul județean... administrează domeniul public și domeniul privat al județului*“.

Din dispozițiile legale mai sus citate, decurge regula cu valoare de *principiu* potrivit căreia, în fața instanțelor judecătorești, statul este reprezentat de Guvern, prin Secretariatul său General, iar unitățile administrativ-teritoriale sunt reprezentate de către primar (dacă bunul care face obiectul litigiului aparține domeniului privat al comunei sau al orașului), ori de către președintele consiliului județean (în cazul în care litigiul se poartă asupra unui bun ce aparține domeniului privat al județului). Această regulă cunoaște o singură excepție, în care un text special de lege conferă unei alte autorități rolul de a reprezenta Statul ori una din unitățile sale administrativ-teritoriale în justiție. Avem în vedere art. 12 alin. (1) din Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia⁵, potrivit căruia: „Bunurile din domeniul public pot fi date, după caz, în administrarea regiilor autonome, a prefecturilor, a autorităților administrației publice centrale și locale, a altor instituții de interes național, județean sau local“. Alineatul (4) al aceluiași articol precizează că: „în litigiile privitoare la *dreptul de administrare*, în instanță titularul acestui drept *va sta în nume propriu*“, iar „în litigiile referitoare la *dreptul de proprietate*... statul este reprezentat de *Ministerul Finanțelor*, iar unitățile administrativ-teritoriale, de către *consiliile județene*, de *Consiliul General al Municipiului București* sau de *consiliile locale*, care dau mandat scris, în fiecare caz, *președintelui consiliului sau primarului*“. Aceștia din urmă au posibilitatea legală de a „desemna un alt funcționar de stat sau un avocat care să-i reprezinte în fața instanței“.

Ca atare, ori de câte ori este vorba despre un litigiu având ca obiect un bun aparținând domeniului privat, calitatea procesuală aparține de drept Guvernului reprezentat de Secretariatul său General, președintelui consiliului județean ori primarului, după caz. Atunci însă, când ia naștere un litigiu cu privire la un bun aparținând domeniului public calitatea procesuală aparține fie Ministerului Finanțelor, fie autorităților publice deliberative care funcționează la nivelul unităților administrativ-teritoriale. Aceste autorități, potrivit legii, dau mandat scris organelor executive ale comunei, orașului sau județului, prin care socotim noi, trasează și conduita

⁴ A. Iorgovan, *Noua lege a administrației publice locale și personalitatea de drept public a unităților administrativ-teritoriale*, Revista Dreptul nr. 9/2001, p. 36.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 448 din 24 noiembrie 1998.

procesuală pe care o vor urma pe tot parcursul desfășurării procesului. În aceste circumstanțe, orice act procesual săvârșit de primar sau de către președintele consiliului județean în afara mandatului dat, atrage răspunderea acestora în fața consiliului local sau județean, după caz. Or, în litigiile având ca obiect bunuri aparținând domeniului privat, conduita procesuală va fi stabilită direct de către primar ori de către președintele consiliului județean, fără nici o imixtiune în această privință venită din partea autorităților administrației publice locale cu funcție deliberativă.

Odată intrată în vigoare Legea nr. 90/2001 privind organizarea și funcționarea Guvernului României și a ministerelor socotim că în litigiile având ca obiect bunuri aparținând domeniului privat al Statului, calitatea procesuală pasivă aparține Guvernului, reprezentat în fața instanțelor judecătorești de Secretariatul său General (potrivit art. 1 alin. 5 lit. c combinat la art. 22 alin. 2). Numai în mod excepțional în litigiile având ca obiect bunuri aparținând domeniului public al statului, acesta va fi reprezentat în fața instanțelor judecătorești de către Ministerul Finanțelor (potrivit art. 12 alin. 5 din Legea nr. 213/1998).

Legea de organizare și funcționare a Guvernului României și a ministerelor nr. 90/2001 a intrat în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial – anume în 2 aprilie 2001 – dată la care, conform art. 61 din acest act normativ: „se abrogă Legea 37/1990 pentru organizarea și funcționarea Guvernului..., cu modificările ulterioare, precum și orice *alte dispoziții contrare*“.

Legea administrației publice locale nr. 215/2001⁶ a intrat în vigoare potrivit art. 157 la 30 de zile de la data publicării ei în M. Of. al României, Partea I. *Pe aceeași dată se abrogă (s.n.)* Legea administrației publice locale nr. 69/1991. Din aceste prevederi legale, rezultă că noua lege a administrației publice locale nr. 215/2001 a intrat în vigoare la *data de 23 mai 2001*.

În acest context, se pune problema cine reprezintă în prezent statul român, respectiv unitățile sale administrativ-teritoriale, în litigiile având ca obiect revendicări imobiliare⁷, născute prin acțiuni care tind la restituirea unor bunuri imobile (în natură sau în echivalent) și în care – anterior Legii nr. 215/2001, unitatea administrativ-teritorială era reprezentată de consiliul local sau județean, după caz.

Într-o speță, statul român a fost reprezentat de către consiliul local cu ocazia exercitării unui recurs introdus la data de 23 mai 2001, dată la care intrase în vigoare Legea nr. 215/2001 și se abrogase expres Legea nr. 69/1991.

Cauza a fost soluționată de către Curtea de Apel Timișoara,⁸ însă acest aspect nu a fost analizat deoarece s-a admis recursul consiliului local și al celorlalți recurenți prin admiterea excepției autorității de lucru judecat. În speță au fost invocate trei excepții procesuale: a autorității de lucru judecat, a lipsei calității procesuale și a lipsei de interes. Toate aceste excepții sunt de fond, absolute și peremptorii. În situația în care se invocă în același timp, mai multe excepții procesuale, în lipsa unei reglementări exprese, instanța trebuie să deducă ordinea de soluționare a excepțiilor procesuale din caracterul și efectele produse de acestea.⁹ Instanța de recurs a acordat prioritate excepției autorității de lucru judecat, însă analiza acestui aspect nu face obiectul studiului nostru.

Cu toate acestea, considerăm utilă analiza reprezentării statului începând cu data de 23 mai 2001, chiar și în litigiile aflate în curs de soluționare.

⁶ Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale a fost publicată în M. Of. nr. 204 din 23 aprilie 2001 și a fost completată prin Ordonanța de Urgență nr. 74/2001 pentru completarea art. 152 din Legea administrației publice locale nr. 215/2001 publicată în M. Of. nr. 217 din 25 mai 2001.

⁷ Inclusiv cele întemeiate pe Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989, publicată în M. Of. nr. 75 din 14 februarie 2001.

⁸ Decizia civilă nr. 1980/2001 a Curții de Apel Timișoara (nepublicată).

⁹ G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p. 227.

Calitatea procesuală presupune existența unei identități între persoana reclamantului și cel care ar fi titular al dreptului afirmat (calitatea procesuală activă), precum și cea între persoana pârâtului și cel despre care se pretinde că este obligat în raportul juridic dedus judecării (calitate procesuală pasivă). În cazul situațiilor juridice pentru a căror realizare calea justiției este obligatorie, calitatea procesuală activă aparține celui ce se poate realiza interesul respectiv.¹⁰

Excepția lipsei calității procesuale este o excepție de fond, absolută și peremptorie, ceea ce determină ca instanța dacă constată lipsa calității procesuale (activă sau pasivă), să respingă cererea ca fiind introdusă de o persoană fără calitate sau ca fiind introdusă împotriva unei persoane fără calitate.

Dreptul la acțiune este exercitat fie de o persoană fizică sau juridică având un interes personal, fie de o persoană sau de un organ ce urmărește realizarea interesului unei alte persoane; în acest caz, însă *este necesar ca legea să recunoască expres calitatea procesuală activă persoanei sau organului (s.n.)*.¹¹

Pentru analiza situației consiliului local în speța propusă spre dezbatere, trebuie să amintim și câteva considerații referitoare la interes, ca și condiție pentru a fi parte în procesul civil.

Prin interes se înțelege folosul practic urmărit de cel ce a pus în mișcare acțiunea civilă, respectiv oricare dintre formele procedurale ce intră în conținutul acesteia. Interesul poate fi material și moral. În doctrină se arată că interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie legitim, să fie născut și actual, să fie personal și direct.¹²

Printre alte condiții, interesul trebuie să fie personal și direct, în sensul că folosul practic trebuie să-l vizeze pe cel care recurge la forma procedurală. Această cerință există și atunci când forma procedurală nu este promovată de titularul dreptului, ci de persoane sau organe cărora legea le recunoaște legitimare procesuală, întrucât folosul practic se produce asupra titularului.¹³

Excepția lipsei de interes este o excepție de fond, absolută și peremptorie. Sunt numeroase exemple în practică în care forma procedurală a fost respinsă ca lipsită de interes, dintre care menționăm exercitarea recursului de către partea care a câștigat procesul.

Interesul trebuie justificat de partea care formulează cereri în procesul civil. Cealaltă parte, instanța din oficiu sau procurorul pot invoca excepția lipsei de interes; o excepție care, având caracter dirimant, atunci când ea este admisă, duce la respingerea cererii.¹⁴

Față de aceste considerații, recursul Consiliului local apare ca introdus de o persoană fără calitate procesuală activă, care nu poate judeca interesul în promovarea căii de atac.

Astfel, Consiliul local al municipiului Timișoara a introdus recurs la data de 23 mai 2001, împotriva deciziei civile nr. 778/A/2001 pronunțată de Tribunalul Timiș, dată la care a intrat în vigoare Legea nr. 215/2001. În aceste condiții, introducerea unei cereri în justiție de către consiliul local începând cu data de 23 mai 2001 și ulterior acestui moment, în care se pune problema reprezentării statului ori a unităților sale administrativ-teritoriale, nu mai poate avea ca teme dispozițiile Legii nr. 69/1991 pe baza cărora orașul sau comuna erau reprezentate de către consiliul local, deoarece dispozițiile Legii nr. 61/1991 nu ultraactivează, neexistând o prevedere expresă în acest sens, ele fiind abrogate la data de 23 mai 2001, data intrării în vigoare a dispozițiilor Legii nr. 215/2001. Or, dispozițiile legale avute de noi în vedere sunt de imediată aplicare, fiind incidente în raporturile juridice de drept procesual.

¹⁰ Idem, p. 99.

¹¹ Idem, p. 101.

¹² G. Boroi, D. Rădescu, *op. cit.*, p. 98.

¹³ Ibidem.

¹⁴ I. Deleanu, *op. cit.*, p. 145.

Chiar dacă inițial în anul 1997 când a început litigiul potrivit Legii nr. 69/1991, iar unitatea administrativ-teritorială era reprezentată în justiție de către consiliul local, în litigiile aflate pe rol, consiliul local își păstrează calitatea dobândită la data introducerii cererilor de chemare în judecată, însă nu și *pentru un act de procedură nou (s.n.)*, cum este cererea de exercitare a unei căi de atac, astfel că cel care o introduce trebuie să aibă la data promovării sale calitate procesuală activă.

Actul de procedură a fost definit ca fiind manifestarea de voință sau operațiunea juridică, în forma prevăzută de lege, făcută pentru declanșarea procesului civil și în cadrul acestuia de către instanța de judecată sau ceilalți participanți la proces.¹⁵ Între actele de procedură care emană de la participanții la judecată se include și cererea de exercitare a unei căi de atac, cum este și recursul.

Pentru aceste motive, considerăm că recursul consiliului local a fost introdus de o persoană fără calitate procesuală activă.

Pe de altă parte, în fața instanței de fond, în dos. nr. 11.212/2000, consiliul local prin întâmpinarea depusă a fost de acord cu admiterea acțiunii, arătând că este întemeiată cererea reclamantului. Față de această poziție a consiliului local, care a fost de acord cu admiterea acțiunii, exercitarea de către acesta a recursului este inadmisibilă, fiind lipsită de interes, deoarece are dreptul de a recura hotărârea judecătorească numai partea împotriva căreia s-a pronunțat hotărârea. Decizia civilă nr. 778/A/2001, nefiind o hotărâre judecătorească în defavoarea sa și nesuferind nici un prejudiciu de pe urma ei, consiliul local nu putea să justifice interesul în exercitarea recursului pe care l-a promovat.

Concluzia care se desprinde este că, în principiu, în litigiile având ca obiect bunuri aparținând domeniului privat al statului, respectiv a unităților sale administrativ-teritoriale, de la intrarea în vigoare a Legii nr. 90/2001 și a Legii nr. 215/2001, calitatea procesuală activă sau pasivă, revine după caz, Guvernului României prin Secretariatul său General sau președintelui consiliului județean ori primarului.

În literatura juridică¹⁶, s-a pus problema de a se stabili atunci când se introduce o acțiune împotriva consiliului local, prin care se solicită anularea unei hotărâri în urma căreia s-a încălcat un drept subiectiv sau un interes legitim al unei persoane fizice sau a unei persoane juridice, dacă consiliul local va fi reprezentat exclusiv de primar, astfel cum rezultă din art. 67 din Legea nr. 215/2001, sau reclamantul trebuie să cheme în justiție și consiliului local, putând că cheme personal și pe consilierii care au participat la adoptarea deciziei atacate. Deși această discuție excede studiului nostru, dorim să evidențiem câteva aspecte legate de această problemă.

În această ipoteză, s-a avansat opinia de către un reputat specialist al dreptului public¹⁷ că trebuie să fie citat consiliul local pentru a-i fi opozabilă hotărârea instanței și pentru că este atacată hotărârea acestuia, iar din dispozițiile legii rezultă că în instanță figurează numai primarul. Cum însă, hotărârea nu este a primarului, ci a consiliului local, instanța, în ipoteza în care trebuie să oblige consiliul local să emită o nouă hotărâre, dacă cea atacată a fost anulată, dacă nu ar fi citat consiliul local, este pusă în situația de a obliga o „autoritate” care nu este parte în proces. De asemenea, s-a arătat că reprezentarea în justiție, a comunei sau a orașului nu echivalează cu reprezentarea în justiție a consiliului local, deoarece acesta este o autoritate a unității administrativ-teritoriale, iar între consiliul local și primar nu există raporturi de subordonare.¹⁸

¹⁵ Idem, p. 219; O. Ungureanu, *Actele de procedură în procesul civil*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1994, p. 14.

¹⁶ A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 37.

¹⁷ Idem, p. 38.

¹⁸ Ibidem.

Potrivit art. 38 alin. 2 lit. h) din Legea nr. 215/2001, consiliul local are printre alte atribuții și pe aceea de a hotărâ: „vânzarea, concesionarea sau închirierea bunurilor proprietate privată a comunei sau orașului, după caz, în condițiile legii“. Prin raportare la dispoziția legală citată, se pune următoarea întrebare: într-un eventual litigiu născut din promovarea unei acțiuni în anularea unei astfel de hotărâri, va fi chemat în justiție numai consiliul local (căci a lui este hotărârea atacată), numai primarul (care, potrivit art. 67 din alin. 1, reprezintă în justiție unitatea administrativ-teritorială despre ale căror bunuri este vorba în hotărârea atacată) ori atât consiliul local, cât și primarul? Nu poate fi dat un răspuns la această întrebare, fără a avea în vedere multiplele consecințe în planul dreptului administrativ și al celui procesual civil. Dacă vom chema în judecată numai consiliul local, în baza art. 1 alin. din Legea nr. 29/1990 a contenciosului administrativ, sub motivul că lui îi aparține hotărârea, soluția instanței judecătorești nu va fi opozabilă și primarului, căci acesta nu a figurat ca parte în proces, iar un eventual refuz în punerea în executare a unui asemenea hotărâri ar apărea pe deplin justificat, în contextul în care între consiliul local, pe de-o parte și primar, pe de altă parte, nu există raporturi de subordonare. Mai mult, dacă hotărârea pronunțată consfințește și acordarea unor despăgubiri celui care a formulat acțiunea în anulare a hotărârii, problema capătă note dramatice, căci sumele corespunzătoare acestor despăgubiri vor putea fi scoase din bugetul local numai la dispoziția primarului care, potrivit art. 68 alin. 1 „întocmește... contul de încheiere a exercițiului bugetar“ (lit. e) și „exercită funcția de ordonator principal de credite“ (lit. f). Aceste două împrejurări lipsesc de interes chemarea exclusivă a consiliului local în justiție cu o acțiune care ar tinde la anularea unei hotărâri având ca obiect „vânzarea, concesionarea sau închirierea bunurilor proprietate privată a comunei sau orașului“.

Dimpotrivă, dacă ne-am îndrepta acțiunea numai împotriva primarului, acesta s-ar putea apăra invocând împrejurarea că hotărârea consiliului local nu îi aparține, deși – prin faptul că această hotărâre are ca obiect bunuri aparținând domeniului privat al comunei sau orașului – primarul este cel care reprezintă în justiție comuna sau orașul ori de câte ori litigiul dedus judecății are ca obiect bunuri aparținând domeniului privat. Numai atunci când instanța judecătorească este sesizată cu o stare de conflict având ca obiect unul sau mai multe bunuri aparținând domeniului public, se aplică norma de excepție prevăzută de art. 11 pct. 4 și 5 din Legea nr. 213/1998, text potrivit căruia în litigiile referitoare la dreptul de proprietate asupra bunului, statul este reprezentat de Ministerul Finanțelor, iar unitățile administrativ-teritoriale de către consiliile județene, de Consiliul General al municipiului București sau de către consiliile locale care dau mandat scris, în fiecare caz, președintelui consiliului județean sau primarului. Acesta poate desemna un alt funcționar de stat sau un avocat care să-l reprezinte în fața instanței.

În atare condiții, socotim că în cazul particular pe care îl avem în vedere, cel interesat va fi nevoit să cheme în justiție atât consiliul local, cât și primarul. Consiliul local, pentru că hotărârea îi aparține și o eventuală anulare a acesteia nu îi este opozabilă decât dacă a figurat ca parte în proces. Primarul, întrucât și lui trebuie să îi fie opozabilă hotărârea judecătorească prin care a fost anulată o hotărâre a consiliului local având ca obiect bunuri aparținând domeniului privat, dar și pentru că numai el poate dispune plata către terți din bugetul local a unor sume de bani, cu titlul de despăgubiri.

Se impune a face o convenită distincție între două împrejurări:

- sesizarea instanței judecătorești cu un litigiu decurgând dintr-un contract – deja perfectat – de vânzare, concesionare sau închiriere a unui bun aparținând domeniului privat și
- introducerea unei acțiuni în anularea unei hotărâri a consiliului local în baza căreia au fost sau urmează să fie încheiate contracte de vânzare, concesionare sau închiriere având ca obiect bunuri aparținând domeniului privat.

În prima ipoteză, considerăm că – astfel cum prevede art. 67 alin. 1 – va trebui chemat în judecată numai primarul, căci el „reprezintă comuna sau orașul ... în justiție“. În cea de-a

doua ipoteză nu mai avem de-a face cu o acțiune pur civilă, ci cu una de contencios administrativ, care însă prin consecințele urmărite tinde la a produce efecte atât de drept administrativ (anularea unei hotărâri a unui consiliu local), cât și de drept civil (obținerea unor despăgubiri bănești). Prin efectele urmărite, o atare acțiune tinde la a obliga două autorități publice, cu competențe și responsabilități distincte. Nu poate fi pretinsă recunoașterea unei hotărâri judecătorești prin care a fost anulată o hotărâre a unui consiliu local decât acestuia; socotim de altfel că aceasta este singura împrejurare în care poate fi recunoscută consiliului local calitatea procesuală, în absența unei personalități juridice legalmente consacrate. Primarului însă i se va putea opune o hotărâre judecătorească numai în ipoteza în care și el a fost parte în procesul care a prilejuit pronunțarea unei atare hotărâri. Interesul pentru care primarul trebuie chemat în justiție alături de consiliul local stă în faptul că numai autoritatea publică locală executivă care este primarul poate dispune plata din bugetul local a unor sume de bani, cu titlu de despăgubire, către terții prejudiciați printr-o hotărâre anulată a consiliului local. Orice altă soluție ar antrena consecințe inadmisibile în planul dreptului administrativ și a celui procesual civil.

II. JURISPRUDENȚĂ ADNOTATĂ

Include **hotărâri judecătorești in extenso** însoțite de comentarii. Rațiunea acestei secțiuni este de a aduce în atenție toate problemele juridice care fie prin frecvența cu care apar, fie prin dificultatea lor necesită o redare integrală a hotărârii și o notă care să detalieze chestiunea și să formuleze concluzii sintetice.



CASE NAȚIONALIZATE – Cărți funciare – Rectificare de carte funciară – Bună-credință

Trib. Cluj, s.civ., dec.civ. 610/2002 a Tribunalului Cluj

Prin decizia civilă nr. 610/A/2002 a Tribunalului Cluj a fost respins apelul declarat de reclamanta T.O. împotriva sentinței civile nr. 9553/2001 a Judecătoriei Cluj, reținându-se următoarele:

Instanța de fond a respins acțiunea promovată de reclamanta T.O. împotriva pârâților V.M., V.M. și Statul român, prin Consiliul local al mun. Cluj-Napoca, având ca obiect constatarea nulității absolute a contractului de vânzare-cumpărare încheiat de Statul român cu pârâții V.M. și V.M., rectificarea cărții funciare în sensul radierii dreptului de proprietate al pârâților, și întabularea dreptului reclamantei de proprietate în calitate de moștenitoare a foștilor proprietari de carte funciară.

Pentru a pronunța această hotărâre s-a reținut că prin sentința civilă nr. 9051 din 6 octombrie 1998 a Judecătoriei Cluj s-a admis acțiunea reclamantei T.O. împotriva pârâtului Statul român, și s-a constatat nulitatea titlului și a înscrierii dreptului de proprietate în favoarea Statului român cu titlu de naționalizare, asupra imobilului înscris în C.F. nr. 3647 a localității Cluj, nr. top. 1385/2, și s-a dispus rectificarea cărții funciare în sensul radierii dreptului de proprietate al Statului român, și restabilirea situației anterioare de carte funciară. În acest proces pârâții V.M. și V.M. nu au fost parte.

Acțiunea a fost soluționată după ce, în prealabil, reclamanta a formulat o cerere de despăgubire pentru acest imobil în baza Legii nr. 112/1995. Anterior promovării acțiunii pentru constatarea nevalabilității preluării imobilului de către Statul român, pârâții V.M. și V.M. au cumpărat imobilul în litigiu, iar la 23 septembrie 1998 și-au întăbulat dreptul de proprietate în C.F. nr. 130261 a localității Cluj.

Instanța de fond reține că potrivit art. 46 al. 2 din Legea nr. 10/2001 actele de înstrăinare având ca obiect imobile preluate de către Statul român sunt lovite de nulitate absolută, în afară de cazul în care actul a fost încheiat cu bună-credință. În speță pârâții sunt de bună-credință, deoarece reclamanta a solicitat despăgubiri în baza Legii nr. 112/1995, și astfel Statul român a fost pus în situația legală de a înstrăina imobilul.

Împotriva acestei hotărâri reclamanta a declarat apel solicitând modificarea hotărârii instanței de fond în sensul admiterii acțiunii.

În motivarea apelului se arată că pârâții V.M. și V.M. nu pot fi considerați ca fiind de bună-credință, deoarece prin adresa depusă la dosar de către D.A.F.I.S. Cluj rezultă că la data încheierii contractului de vânzare-cumpărare între pârâți, imobilul în litigiu figura pe lista imobilelor revendicate.

De asemenea se arată că instanța de fond a greșit când a considerat că preluarea imobilului de către Statul român poate fi considerată cu titlu, datorită faptului că reclamanta a solicitat despăgubiri

în baza Legii nr. 112/1995, deoarece preluarea a fost declarată nevalabilă printr-o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă, imobilul fiind în consecință preluat fără titlu. Astfel Statul român nu a fost niciodată proprietar și nu putea înstrăina valabil imobilul.

Din moment ce nevalabilitatea titlului statului a fost constatată prin hotărâre judecătorească irevocabilă, iar acțiunea a fost introdusă în termenul de trei ani de zile de la data înscrierii dreptului a cărui rectificare se cere, este suficient pentru ca instanța să dispună rectificarea Cărții funciare în favoarea adevăratului proprietar în baza prevederilor art. 34 și 37 din Decretul-lege nr. 115/1938. Rectificarea produce efecte și împotriva tertului subdobânditor, cu titlu oneros, de bună-credință.

Tribunalul consideră apelul ca nefondat deoarece la momentul încheierii contractului de vânzare-cumpărare între părți, la data de 10 decembrie 1996, în cartea funciară nu era notată vreo acțiune prin care să fie contestat titlul Statului român, și, mai mult, reclamanta a solicitat despăgubiri în baza Legii nr. 112/1995, ceea ce a întărit convingerea cumpărătorilor că imobilul poate fi înstrăinat fără opreliști.

Având în vedere buna-credință a părților instanța de fond a făcut în speță o corectă aplicare a dispozițiilor art. 46 al. 2 din Legea nr. 10/2001.



NOTĂ: În speță se ridică mai multe probleme a căror soluționare a stârnit controverse

în doctrina și practica română.

1. O primă chestiune este legată de acțiunea în rectificare de carte funciară. În speță reclamanta a obținut anterior o hotărâre judecătorească rămasă irevocabilă prin care se constată că preluarea imobilului de către statul român s-a făcut cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare la aceea dată, și s-a dispus rectificarea cărții funciare în sensul radierii dreptului de proprietate al statului român și a restabilirii situației anterioare de carte funciară în favoarea antecesorilor acesteia. Înainte de promovarea acțiunii, la 10 decembrie 1996, Statul român a înstrăinat imobilul în litigiu părților V.M. și V.M., aceștia înscriindu-și dreptul lor de proprietate în cartea funciară la 23 septembrie 1998. Terții subdobânditori nu au fost parte în primul proces, hotărârea nefiindu-le opozabilă.

Datorită ambiguității prevederilor art. 72¹ din lg. 7/1996² a rămas deschisă problema legii aplicabile³ acțiunilor de carte funciară. Deși majoritatea doctrinei consideră că și în regiunile în care există cărți funciare, cum este cazul în speță, sunt aplicabile dispozițiile legii noi, a cadastrului și publicității imobiliare, practica instanțelor de pe raza Curții de Apel Cluj este majoritară în a considera aplicabile în continuare dispozițiile Decretului-lege nr. 115/1938⁴

¹ Art. 72 din Legea nr. 7/1996 prevede: „Prezenta lege intră în vigoare la 90 de zile de la publicarea ei în Monitorul oficial al României.

La data finalizării lucrărilor cadastrale și a registrelor de publicitate imobiliară pentru întreg teritoriul administrativ al unui județ își încetează aplicabilitatea, pentru județul respectiv, următoarele dispoziții legale:

.....Decretul-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor referitoare la cărțile funciare.

² Publicată în M. Of. nr. 61 din 26 martie 1996.

³ Pentru o tratare mai amplă a problemei a se vedea L. Pop „*Dreptul de proprietate și dezmembrăminte sale*”, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pag. 308-312, A.A. Țuluș „*Acțiunile de carte funciară în lumina noilor reglementări*”, în *Dreptul*, nr. 11/1999, pag. 32, M. Nicolae „*Publicitatea imobiliară și noile cărți funciare*”, Ed. Press Mihaela, București, 2000, pag. 131-133, T. Dârjan „*Notă la decizia civilă nr. 1731/1999 a Curții de Apel Cluj*”, în *Dreptul*, nr. 12/2000, pag. 111-113.

⁴ Publicat în M. Of. Nr. 95 din 27 martie 1938.

⁵ A se vedea în acest sens dec. civ. nr. 1002/1999 în *Buletinul jurisprudenței Curții de Apel Cluj pe anul 1999*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, pag. 56-59, dec. civ. nr. 41/2000, 556/2000, 1436/2000 în *Buletinul jurisprudenței Curții de Apel Cluj pe anul 2000*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pag. 28-30; 35-36; 26-27, contra dec. civ. nr. 1731/1999 și 2305/1999 în *Buletinul jurisprudenței Curții de Apel Cluj pe anul 1999*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, pag. 9-15.

în ceea ce privește acțiunile de carte funciară⁵. Fără a intra în analiza acestei probleme, arătăm doar că acțiunea în rectificare de carte funciară întemeiată pe nevalabilitatea actului în temeiul căruia a fost făcută înscrierea, și efectele admiterii ei împotriva terțului subdobânditor au o reglementare identică în cele două acte normative⁶.

Reclamanta a promovat o acțiune prin care se solicita constatarea nulității absolute a contractului dintre Statul român și pârâții V.M. și V.M. și rectificarea cărții funciare împotriva terțului subdobânditor, având ca ipoteză nulitatea titlului înstrăinătorului. În speță instanțele nu s-au pronunțat cu privire la acțiunea în rectificare, considerând probabil implicită respingerea ei datorită respingerii cererii de constatare a nulității absolute a contractului. Se pune problema dacă în speță era necesară o a doua acțiune de fond, având ca obiect constatarea nulității contractului de vânzare-cumpărare (nevalabilitatea titlului Statului fiind deja constatată). Ne raliem fără rezerve opiniei exprimate în doctrină⁷ potrivit căreia o astfel de acțiune nu este necesară. Textul legal arată expres că rectificarea titlului înstrăinătorului *produce efecte împotriva subdobânditorului cu titlu oneros și de bună-credință*. Constatându-se nevalabilitatea titlului înstrăinătorului, datorită efectului retroactiv al nulității, vânzătorul este considerat a nu fi fost niciodată proprietar, și prin urmare ne aflăm în situația vânzării lucrului altuia. Ori așa cum arată marea majoritate a doctrinei⁸, într-o astfel de ipoteză actul de înstrăinare este inopozabil față de adevăratul proprietar. Considerăm că acesta este și sensul reglementării cuprinse în art. 38 din legea cadastrului, constatarea nulității titlului vânzătorului făcând preferabil titlul adevăratului proprietar și față de terțul subdobânditor, dacă acțiunea față de acesta este promovată în termenul legal. Soarta contractului dintre vânzătorul neproprietar și subdobânditor nu afectează soluționarea acțiunii în rectificarea înscrierii titlului subdobânditorului, actul fiind inopozabil reclamantului⁹. Aceasta idee este consacrată expres de legiuitor¹⁰, pentru o situație asemănătoare, în materia executării silite imobiliare. Rațiunea acestei soluții este aceea că, pe de o parte terțul subdobânditor de bună-credință are interesul să mențină contractul chiar și în ipoteza în care ar pierde dreptul de proprietate, pentru a putea invoca garanția pentru evicțiune, iar pe de altă parte și doctrina și practica consideră actul încheiat de un vânzător neproprietar cu un terț subdobânditor de bună-credință afectat fie de nulitate relativă¹¹, fie doar rezolubil¹² pentru neîndeplinirea obligației de a transfera proprietatea, pentru invocarea ambelor sancțiuni adevăratul proprietar neavând calitate activă, deoarece nu este parte în contract. A condiționa acțiunea în rectificare îndreptată împotriva terțului subdobânditor de bună-credință de constatarea nulității absolute a actului încheiat de acesta cu vânzătorul neproprietar, ar face ca art. 38 din legea cadastrului să fie lipsit de aplicabilitate practică în acest context.

2. O altă problemă discutabilă în speță este aceea a prescrierii acțiunii în rectificare. Alineatul doi al art. 38 din legea cadastrului prevede că termenul de prescripție al acțiunii în rectificare îndreptate împotriva subdobânditorului de bună-credință este de trei ani de la data

⁶ A se vedea art. 36 al. 1, 37 și 38 din Legea nr. 7/1996, respectiv art. 34 al. 1, 36 și 37 din Decretul-lege nr. 115/1938.

⁷ A se vedea A.A. Țuluș, *op.cit.*, pag. 44-45.

⁸ A se vedea Dan Chirică „*Drept civil – Contracte speciale*”, Ed. Lumina Lex, București, 1997, pag. 61-67, F. Deak „*Tratat de drept civil – Contracte speciale*”, Ed. Actami, București, 1999, pag. 56-63, C. Toader „*Manual de contracte civile speciale*”, Ed. All Beck, București, 2000, pag. 24-26.

⁹ A se vedea D. Chirică „*Regimul juridic al imobilelor preluate de stat fără titlu de la subdobânditorii care se prevalează de buna lor credință la data cumpărării*” în *Dreptul* nr. 1/2002, pag. 75.

¹⁰ Art. 497 al. 4 C.pr.civ. prevede: „Din momentul notării somației în cartea funciară orice act de înstrăinare sau constituire de drepturi reale cu privire la imobilul urmărit este inopozabil,”

¹¹ A se vedea Fr. Deak, *op. cit.*, pag. 57.

¹² A se vedea D. Chirică „*Drept civil – Contracte speciale*”, Ed. Lumina Lex, București, 1997 pag. 63, C. Toader, *op. cit.*, pag. 25.

înscrisorii dreptului a căruia rectificarea se cere. Textul legal este susceptibil de două interpretări, o parte a doctrinei¹³ considerând că acest termen curge de la data înscrierii titlului nevalabil inițial, iar o altă parte¹⁴ consideră că acest termen curge de la data înscrierii dreptului subdobânditorului. Soluționarea acestei probleme este delicată, deoarece implică atât securitatea statică cât și cea dinamică a circuitului civil. Pe de o parte scopul publicității imobiliare fiind și acela de a asigura securitatea tranzacțiilor¹⁵, a considera că termenul de trei ani în care publicitatea este suspendată¹⁶ curge de la momentul înscrierii dreptului subdobânditorului, ar face ca posibilitatea de rectificare a unei înscrieri nevalabile și a celor ulterioare să dureze un termen incert, contravenind astfel acestui scop. Pe de altă parte rectificarea împotriva dobânditorului nemijlocit și a subdobânditorilor de rea-credință se poate face oricând, iar un subdobânditor posesor poate invoca în favoarea sa dobândirea proprietății prin uzucapiune, după trecerea termenelor legale, el fiind astfel protejat. Formularea textului legal „*Termenul va fi de 3 ani socotit de la înregistrarea cererii pentru înscrierea dreptului a căruia rectificare se cere*” pare a da dreptate susținătorilor celei de a doua opinii, deoarece, de regulă, se solicită și rectificarea dreptului subdobânditorului. Coroborat însă cu prevederile art. 37, care spune că împotriva subdobânditorilor cu titlu gratuit de bună-credință termenul de prescripție curge „*de la data înregistrării cererii lor de înscriere*”, textul poate fi interpretat și în celălalt sens. Date fiind interpretările diferite ale doctrinei și practicii judecătorești apreciem că s-ar impune o precizare a legiuitorului într-un sens sau celălalt.

3. Considerăm greșită soluția instanței și în ceea ce privește respingerea capătului de cerere prin care se solicita constatarea nulității absolute a contractului încheiat de Statul român cu pârâții V.M. și V.M.. Conform prevederilor art. 1 al. 4 din H.G. 20/1996, imobilele preluate fără titlu de către Statul român nu fac obiectul Legii nr. 112/95. Așa cum s-a arătat în doctrină¹⁷ vânzarea imobilelor către chiriași s-a făcut în condiții preferențiale, care nu puteau viza decât imobilele preluate cu titlu. Nulitatea preluării imobilului de către Statul român, chiar dacă este constatată ulterior, datorită caracterului său retroactiv, face ca imobilul vizat să nu poată fi înstrăinat valabil în baza dispozițiilor speciale ale Legii nr. 112/1995. Sancțiunea aplicabilă este nulitatea absolută a unor astfel de contracte, deoarece imobilele naționalizate nu puteau fi înstrăinate la acea dată decât în condițiile Legii nr. 112/1995, ceea ce face ca imobilele preluate fără titlu să nu poată fi valabil înstrăinate, obiectul actului juridic nefiind în circuitul civil. De asemenea art. 46 al. 1 din Legea nr. 10/2001 prevede că sunt valabile doar actele încheiate cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare la data încheierii lor, în caz contrar sancțiunea fiind nulitatea absolută a contractului. Or în speță s-a hotărât irevocabil de către Curtea de Apel Cluj că preluarea imobilului de către Statul român s-a făcut nevalabil, ceea ce face ca și contractul încheiat de acesta cu pârâții V.M. și V.M. să fie lovit de nulitate absolută. Instanțele au considerat totuși contractul valabil în baza prevederilor art. 46 al. 2 din Legea nr. 10/2001, considerând cumpărătorii de

¹³ A se vedea A.A. Țuluș, *op. cit.*, pag. 44, M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 421-422.

¹⁴ A se vedea D. Chiriță „*Regimul juridic al imobilelor preluate de stat fără titlu de la subdobânditorii care se prevalează de buna lor credință la data cumpărării*” în *Dreptul nr. 1/2002*, pag. 74, G. Boroi „*Drept civil - Partea generală*”, Ed. All Beck, București, 1999, pag. 254-255, P. Demeny „*Cățile funciare*”, Ed. Clusium, Cluj-Napoca, 1993, pag. 82.

¹⁵ A se vedea și art. 33, 34 din Legea nr. 7/1996.

¹⁶ A se vedea S. Brădeanu, *op. cit.*, pag. 90.

¹⁷ A se vedea F. Baias, B. Dumitrache, M. Nicolae „*Regimul juridic al imobilelor preluate abuziv*”, Ed. Rosetti, București, 2001, pag. 267.

bună-credință¹⁸. Prin adresa depusă la dosar D.A.F.I.S. Cluj a informat instanța că imobilul figura, la data încheierii contractului de vânzare-cumpărare pe lista imobilelor revendicate, deoarece la data respectivă reclamanta a solicitat, așa cum permitea Legea nr. 112/1995, despăgubiri pentru imobilul în litigiu. Se pune întrebarea dacă în aceste circumstanțe pârâții mai sunt de bună-credință. Considerăm că răspunsul în speță este unul negativ, deoarece, pe de o parte era notoriu modul în care au fost preluate imobilele de către Statul român, multe fără respectarea dispozițiilor în vigoare la acea dată¹⁹, iar pe de altă parte imobilul a fost trecut pe lista celor revendicate, cumpărătorii având cunoștință de faptul că există moștenitori care pretind drepturi asupra imobilului. Cu atât mai puțin ar putea fi invocat principiul *error communis facit jus*, deoarece nici un cumpărător al unui imobil naționalizat nu putea să nu știe că există un risc în achiziționarea acestor imobile, iar, pe de altă parte, aplicarea principiului este discutabilă în cazul publicității prin cărți funciare²⁰.

Șerban DIACONESCU
asistent, UBB Cluj-Napoca

¹⁸ Pentru problema consecințelor prevederilor art. 46 din Legea nr. 10/2001 a se vedea D. Chirică „Regimul juridic al imobilelor preluate de stat fără titlu de la subdobânditorii care se prevalează de buna lor credință la data cumpărării” în Dreptul nr. 1/2002, pag. 55-75, F. Baias, B. Dumitrache, M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 265-276, Pavel Perju (I), Ioan Adam, Adrian Rusu (II) „Discuții în legătură cu regimul juridic al actelor de înstrăinare a imobilelor preluate de stat ori alte persoane juridice în perioada 6 martie 1945 – 22 decembrie 1989 în lumina legii nr. 10/2001” în Dreptul, nr. 8/2002, pag. 32-65, R. Popescu, R. Dincă „Discuții cu privire la sfera actelor juridice care cad sub incidența art. 46 al. 2 din Legea nr. 10 /2001”, în Dreptul, nr. 7/2002, P. Perju „Discuții cu privire la sfera actelor juridice care cad sub incidența art. 46 al. 2 din Legea nr. 10 /2001”, în Dreptul, nr. 2/2002, pag. 67-69, R. Popescu, R. Dincă (I) P. Perju (II) „Discuții cu privire la admisibilitatea acțiunii în revendicare a adevăratului proprietar împotriva subdobânditorului de bună-credință al unui imobil”, în Dreptul, nr. 6/2001, pag. 3-19.

¹⁹ Pentru o dezvoltare a problemei bune credințe în acest caz a se vedea D. Chirică, *op. cit.*, supra, pag. 64-66.

²⁰ A se vedea D. Chirică, *op. cit.*, supra, pag. 73-74, P. Perju „Culegere de practică judiciară din raza Curții de Apel Suceava”, Ed. Lumina lex, București, 1999, p. 86-88.

III. EXAMENE DE PRACTICĂ JUDICIARĂ

Este concepută ca o rubrică de **practică judiciară rezumată, acompaniată de succinte observații sau comentarii asupra soluțiilor respective**. Criteriul de grupare poate fi cel temporal (de ex., “Examen al jurisprudenței Curții de Apel... pe semestrul II/2000”) sau cel tematic (de ex., “Examen al jurisprudenței Tribunalului ... în materie civilă”, ori, “Practica Judecătoriai ... în aplicarea Legii nr. ...”, etc.).

Sinteză de practică judiciară penală a instanțelor clujene – semestrul II/2001 - semestrul I/2002

Cristi V. DĂNILEȚ
 judecător, Judecătoria Cluj-Napoca

A. Drept penal

1. Daune morale. Provocare. Cheltuieli de spitalizare

Prin sentința penală nr.1311/2001 (Dosar nr.5180/2001), Judecătoria Cluj-Napoca l-a condamnat pe inculpatul NCG pentru săvârșirea infracțiunii de vătămare corporală prevăzută de art.181 Cod penal cu aplicarea art.73 lit.b Cod penal la pedeapsa de 2 milioane lei amendă penală și l-a obligat la plata sumei de 353.289 lei daune materiale cu dobândă de 28% pe an, de la rămânerea definitivă a hotărârii și până la achitarea integrală a datoriei către Clinica Maxilofacială Cluj-Napoca și la 2 milioane lei daune materiale către partea vătămată.

În apel, Tribunalul Cluj a desființat sentința cu privire la cuantumul daunelor morale și l-a obligat pe inculpat la 10 milioane lei. S-a motivat că victima a suferit o fractură în zona maxilo-facială ce a generat leziuni vindecabile în 35-40 zile medicale și s-a practicat imobilizarea în vederea vindecării - o asemenea leziune a generat nu numai suferințe fizice, dar și un evident disconfort, o limitare a inculpatului în desfășurarea oricăror activități. Prin urmare, se vor acorda daune morale în cuantum de 10 milioane lei, reținându-se și starea de provocare, astfel încât nu trebuie cuantificată culpa celor două părți, ca în cazul daunelor materiale.

Curtea de apel a respins ca nefondate recursurile inculpatului și ale părții civile.

Notă: Instanțele de control judiciar nu au observat greșeala din sentința penală cu privire la stabilirea cheltuielilor de spitalizare a victimei, solicitate de partea civilă - Clinica Maxilofacială Cluj Napoca.

Astfel, temeiul juridic al acordării acestor cheltuieli sunt dispozițiile art.14 și 346 Cod procedură penală, raportat la art.998-999 Cod civil și art.188 din Legea nr. 3/1978. În baza principiului disponibilității, partea civilă poate solicita și dobânda legală la daunele materiale acordate, însă nu instanța trebuie să stabilească cuantumul acestei dobânzi.

În prezent, dobânda legală este prevăzută de O.G. nr. 9/2000 privind nivelul dobânzii legale pentru obligații bănești (Monitorul Oficial 26/25.01.2000), aprobată și modificată prin Legea nr. 356/2002 (Monitorul Oficial 425/18.06.2002) și se stabilește la nivelul dobânzii de referință a B.N.R.¹ diminuat cu 20%. Rezultă deci că dobânda legală este variabilă, întrucât dobânda de referință se calculează ca medie ponderată cu volumul tranzacțiilor, între dobânda la depozitele atrase de B.N.R. și vânzările reversibile de titluri de stat efectuate de aceasta în luna anterioară celei pentru care se face anunțul; nivelul dobânzii de referință a B.N.R. în funcție de care se stabilește dobânda legală este cel din prima zi lucrătoare a anului pentru dobânda legală pe semestrul I al anului în curs și cel din prima zi lucrătoare a lunii iulie pentru dobânda legală convenită pe semestrul II al anului în curs (art.3 din O.G. nr. 9/2000, modificat).

Variabilitatea dobânzii legale face imposibilă determinarea ei anterior efectuării plății. Prin urmare, părțile vor calcula totalul sumei în momentul efectuării plății voluntare; în caz contrar, această atribuție revine executorului judecătoresc, conform art.371² al.2 Cod procedură civilă, introdus prin O.U.G. nr. 138/2000 și modificat prin O.U.G. nr. 59/2001.

2. Împrejurări care constituie în același timp circumstanțe atenuante și motive pentru acordarea suspendării condiționate a executării pedepsei

Prin sentința penală nr. 304/2002, Judecătoria Cluj-Napoca l-a condamnat pe inculpatul HMP la 9 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunii prevăzute de art.37 al.1 din Decretul nr. 328/1966, reținând art.74 lit.a, c Cod penal și dispunându-se suspendarea condiționată a executării pedepsei. S-a reținut în starea de fapt că inculpatul circulase pe drumurile publice cu un autovehicul, având în sânge o alcoolemie de 1,75 g‰.

Tribunalul a admis apelul Parchetului și, prin decizia penală nr. 272/2002 a desființat sentința cu privire la cuantumul pedepsei, a înlăturat aplicarea circumstanțelor atenuante și l-a condamnat pe inculpat la pedeapsa de 1 an închisoare cu suspendare condiționată. A reținut că pedeapsa primei instanțe este excesiv de blândă și nu se impunea reținerea de circumstanțe atenuante, întrucât împrejurările că inculpatul nu posedă antecedente penale și că a recunoscut săvârșirea faptei au constituit motivele pentru care s-a dispus suspendarea condiționată a executării pedepsei.

Notă: În decizia penală se face o confuzie între două instituții diferite ale dreptului penal: *individualizarea judiciară a pedepsei*, care constă în determinarea felului și cuantumului pedepsei pe care instanța o va aplica având în vedere criteriile prevăzute de art.72 Cod penal, respectiv *individualizarea judiciară a executării pedepsei*, menită a stabili dacă condamnatul va executa pedeapsa potrivit naturii acesteia sau într-un alt mod.

Or, mai întâi, instanța trebuie să individualizeze pedeapsa pe care o va executa inculpatul. În speță, judecătoria a stabilit pedeapsa de 9 luni închisoare, cu reținerea circumstanțelor atenuante facultative prevăzute de art.74 lit.a și c Cod penal, neavând în vedere încă modalitatea de executare. Doar în a doua etapă a constatat, în mod corect², că aceleași împrejurări pot fi reținute și pentru aplicarea suspendării condiționate, formând convingerea instanței că scopul pedepsei poate fi atins și fără privare de libertate, condiție care nu este cerută pentru aplicarea circumstanțelor atenuante.

În orice caz, în raport de pedeapsa de 1 an închisoare aplicată de tribunal, pedeapsa de 9 luni a judecătoria nu apare deloc „excesiv de blândă”.

¹ Menționam că anterior modificării O.G. nr. 9/2000, raportarea se făcea la taxa oficială a scontului.

² A se vedea în acest sens: I.C. Morar, „Suspendarea condiționată a executării pedepsei”, Ed. Lumina Lex, București 2002, p.87.

3. Aplicarea circumstanțelor atenuante

Prin sentința penală nr. 1693/2001 (D 6241/2001), Judecătoria Cluj-Napoca l-a condamnat pe inculpatul C.A.G. la 3 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de tâlhărie, cu aplicarea art.75 lit.c, art.74 lit.a Cod penal. Tribunalul a respins ca nefondat apelul Parchetului, dar prin decizia penală nr. 237/2002 Curtea de Apel Cluj a admis recursul acestuia și a casat cele două hotărâri cu privire la individualizarea pedepsei, condamnându-l pe inculpat la 6 ani închisoare.

Pentru a hotărî astfel, Curtea a reținut că simpla constatare a unor împrejurări prevăzute de art.74 Cod penal nu justifică prin ea însăși considerarea lor ca circumstanțe atenuante, ci instanța trebuie să se raporteze la gradul de pericol social concret al faptei, la urmările ei, la ansamblul condițiilor de săvârșire, la alte elemente privind persoana inculpatului. În speță, s-a reținut circumstanța agravantă prevăzută de art.75 lit.c Cod penal, dar nu s-au avut în vedere dispozițiile art.80 al.2 Cod penal și următoarele aspecte: inculpatul a lovit victima cu pumnii și cu picioarele chiar și după ce aceasta a căzut; leziunile cauzate au necesitat 16-17 zile îngrijiri medicale; inculpatul i-a luat toate bunurile, inclusiv hainele și a lăsat-o complet dezbrăcată pe stradă; din referatul de evaluare psiho-socială întocmit de Serviciul de reintegrare socială a infractorilor și supraveghere a executării sancțiunilor privative de libertate rezultă că inculpatul a abandonat școala după 5 clase și că frecventează barurile; inculpatul a recunoscut doar parțial săvârșirea faptei și a declarat că nu dorește despăgubirea părții vătămate.

4. Prescripția executării pedepsei. Suspendare. Întrerupere

Prin sentința penală nr. 921/2001 (D 5617/2001), Judecătoria Cluj-Napoca a admis în baza art. 126 lit.b Cod penal cererea condamnatului P.Ș., a constatat prescristă executarea pedepsei de 1 an și 6 luni închisoare dispusă prin sentința penală nr. 1182/1982 a Judecătoriei Cluj-Napoca și a dispus conform art.461 lit.d Cod procedură penală punerea în libertate a condamnatului. S-a reținut că inculpatul fusese condamnat la pedeapsa de 3 ani închisoare, dar conform art.1 lit.a raportat la art.2 din Legea nr. 137/1997 a beneficiat de grațierea a jumătate din aceasta, că prin patru sentințe definitive ale judecătoriei a beneficiat de amânarea executării pedepsei pe o durată totală de 1 an și 6 luni și că în prezent, deși pe rolul instanței se află un dosar al inculpatului urmărit pentru săvârșirea infracțiunii prevăzute de art.36 al.2 din Decretul nr.328/1966, el beneficiază de prevederile art.66 Cod procedură penală cu privire la prezumția de nevinovăție.

Tribunalul, prin decizia penală nr. 728/06.11.2001 a admis recursul Parchetului, a desființat în întregime sentința și a respins cererea condamnatului, pe două considerente: în primul rând, săvârșind o nouă infracțiune, a fost întrerupt termenul de prescripție conform art.127 al.1 Cod penal, nefiind necesară o condamnare definitivă a celui deja condamnat. În al doilea rând, amânarea executării pedepsei nu constituie decât o cauză de suspendare a cursului prescripției executării.

Hotărârea Tribunalului a fost menținută prin decizia penală 3/R/08.01.2002 a Curții de Apel, care a respins recursul inculpatului pe motiv că, întrucât condamnatul nu a început executarea pedepsei deoarece aceasta a fost amânată în baza art.453 și 455 Cod procedură penală, implicit a fost suspendat cursul prescripției executării pedepsei, conform art.128 al.2 Cod penal care prevede că „cursul termenului prescripției prevăzut de art.126 este suspendat în cazurile și în condițiile prevăzute în Codul de procedură penală”.

Notă: Suntem de acord cu soluția Curții de Apel. Nu putem însă să nu remarcăm inutilitatea motivării deciziei tribunalului pe considerentul privind întreruperea cursului prescripției (argumentele sunt însă corecte, dar inoperabile în speță). Astfel, dacă prin amânările de executare a pedepsei de care a beneficiat condamnatul, cursul prescripției a fost suspendat, înseamnă că termenul de prescripție nici nu a început să curgă, deci nu avea cum să fie întrerupt prin săvârșirea unei noi infracțiuni. Cele două instituții se exclud una pe alta, ele neputând opera în același timp.

5. Faptă care nu prezintă pericolul social al unei infracțiuni. Concurs. Sancțiune

Prin sentința penală nr. 944/18.01.2001 (D 1719/2001) Judecătoria Cluj-Napoca l-a achitat pe inculpatul L.M. pentru săvârșirea infracțiunii de insultă în baza art.11 pct.2 lit.a raportat la art.10 lit.b¹ Cod procedură penală și, conform art.18¹ al.3 și art.91 lit.c Cod penal i-a aplicat 200.000 lei amendă administrativă; inculpatul a fost achitat pe același temei și pentru infracțiunea de calomnie săvârșită în aceleași împrejurări și instanța i-a aplicat 300.000 lei amendă administrativă.

Prin decizia penală nr. 277/12.09.2001, tribunalul a admis recursul Parchetului, a desființat sentința cu privire la modalitatea de aplicare a sancțiunii administrative și, rejudecând, a aplicat inculpatului o singură sancțiune de 300.000 lei amendă administrativă pe motiv că art.18¹ Cod penal prevede sancționarea mai atenuată a faptelor care nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni, iar cumulusul aritmetic care este incident în materia contravențiilor și a amenzilor penale creează o situație mai grea care nu se justifică și nu este prevăzută de lege în cazul art. 18¹ Cod penal³.

Notă: Practica este neunitară în această materie.

Judecătoria a considerat că faptele nu prezintă pericolul social al infracțiunilor de insultă, respectiv calomnie și a aplicat câte o sancțiune administrativă pentru fiecare faptă, urmând ca inculpatul să le execute pe fiecare în parte⁴.

Considerăm corectă această hotărâre. Astfel, instanța a fost sesizată cu două fapte diferite, pe care le-a analizat în parte și a ajuns la concluzia că fiecare dintre ele nu prezintă pericolul social al unei infracțiuni, aplicând pentru fiecare câte o sancțiune administrativă. Este cert din starea de fapt reținută că inculpatul a săvârșit un concurș de fapte și nu de infracțiuni. Întrucât art.34 al.1 Cod penal reglementează cumulusul juridic în cazul pedepselor stabilite pentru un concurș de infracțiuni, rezultă că aceste reguli nu se pot aplica și pentru sancțiunile administrative prevăzute de art.91 Cod penal, care privesc o altă instituție de drept.

Dacă ar fi să admitem ca fiind corectă hotărârea instanței de recurs, ne întrebăm cum s-ar fi efectuat cumulusul juridic în situația în care instanța se oprea asupra unor sancțiuni administrative diferite: mustrare/mustrare cu avertisment și amendă? Este evident că nu se pot aplica dispozițiile art.34 Cod penal, atât timp cât sancțiunea mustrării/mustrării cu avertisment nu sunt prevăzute în acest text. Sau, mergând pe același raționament, cum s-ar face cumulusul juridic între pedeapsa amenzii penale/închisorii pentru o infracțiune și o sancțiune administrativă prevăzută de art.91 Cod penal? Sau, dacă pentru cele două fapte din speța analizată ar fi fost sesizate două instanțe diferite care ar fi aplicat art.18¹ Cod penal, ar fi putut cere inculpatul contopirea celor două sancțiuni conform procedurii stabilite de art.449 Cod procedură penală raportat la art.36 Cod penal care se referă doar la condamnări separate pentru un concurs de infracțiuni?

6. Concurs de infracțiuni. Infracțiune continuată. Diferențiere

Inculpatul L.G. a fost trimis în judecată pentru că a condus pe drumurile publice un autoturism neînmatriculat și cu număr fals de înmatriculare. Având în vedere că inculpatul a fost depistat de către organele de poliție conducând acest autoturism în două zile diferite, în rechizitoriu s-a reținut că a comis în ziua de 02.08.1998 infracțiunea prevăzută de art.35 al.1 Decret nr. 328/1966 în concurs ideal cu cea prevăzută de art.35 al.2 și aceleași infracțiuni în ziua de 20.08.1998, totul cu aplicarea art.33 lit.a Cod penal.

³ În același sens: decizia penală 325/2001 a Tribunalului Cluj nepublicată și decizia 52/1997 a Curții Supreme de Justiție, secția militară, în Buletinul Jurisprudenței CSJ 1998, pag.293-294.

⁴ A se vedea: I. Surdescu, R.A. Popa, „Minuta-act al deliberării în procesul penal român”, Ed. All Beck, București, p.138-139.

Prin sentința penală nr. 1765/18.12.2001 (D 8511/2001) - rămasă definitivă prin neapelare-Judecătoria Cluj-Napoca a schimbat încadrarea juridică dată de Parchet și l-a condamnat pe inculpat la pedeapsa de 2 ani închisoare cu suspendarea condiționată a executării, pentru săvârșirea în concurs ideal a infracțiunilor prevăzute de art.35 al.1 și 35 al.2 din Decretul nr. 328/1966, fiecare cu aplicarea art.41 al.2 Cod penal.

S-a reținut în motivare că nu poate fi vorba de câte două fapte distincte de aceeași natură doar pentru că inculpatul a fost supus controlului poliției în două zile diferite, ci doar de o singură faptă comisă în formă continuată. Aceasta pentru că, din faptul că inculpatul a condus aceeași mașină, cu aceleași numere false de înmatriculare, la o diferență mică de zile, rezultă neîndoielnic rezoluția sa unică infracțională. Această rezoluție nu a fost întreruptă prin depistarea sa de către organele de poliție: în primul rând, atunci când se săvârșesc două sau mai multe acte asemănătoare la diferite intervale de timp ele formează o singură infracțiune în formă continuată, atât timp cât nu s-a făcut dovada întreruperii rezoluției criminale; în al doilea rând, doar o hotărâre judecătorească de condamnare ar fi întrerupt această rezoluție, scindând astfel activitatea infracțională în două entități distincte, și nu intervenția fizică a organelor judiciare.

7. Infracțiunea prevăzută de art.178 al.3 Cod penal - infracțiune complexă

Prin sentința penală nr. 1387/16.10.2001 (D. 8187/2001), Judecătoria Cluj-Napoca l-a condamnat pe inculpatul R.V. la pedeapsa de 3 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii prevăzute de art.178 al.3 Cod penal, cu aplicarea art.74, 76 și 81-83 Cod penal.

În fapt instanța a reținut că pe data de 29.01.2001 inculpatul, având în sânge o alcoolemie de 1,8 g/‰, s-a urcat la volanul autoturismului și a condus pe drumul public, iar într-o curbă, încercând să răspundă la telefonul mobil, a pierdut controlul mașinii care a intrat pe contrasens și a lovit două persoane care așteptau în stație, dintre care victima M.V. a decedat la spital.

În drept, instanța a schimbat încadrarea juridică din rechizitoriul, constatând că fapta se încadrează în dispozițiile art.178 al.3 Cod penal, care este o infracțiune complexă conform art.41 al.3, ce absoarbe în conținutul său infracțiunea prevăzută de art.37 al.1 Decret 328/1966. Numai dacă inculpatul ar fi produs accidentul mortal în afara drumului public s-ar fi reținut în sarcina sa două infracțiuni. Pe de altă parte, dacă în sarcina inculpatului s-ar reține concursul de infracțiuni, s-ar genera două agravări ale pedepsei vizavi de conducerea autovehiculului având în sânge o alcoolemie peste limita legală: o dată ca circumstanță agravantă prevăzută de art.178 al.3 Cod penal, iar a doua oară ca infracțiune distinctă, în concurs cu uciderea din culpă în forma sa agravată prevăzută prin textul de mai sus.

8. Subiect activ al infracțiunii de delapidare. Convenție civilă

Prin sentința penală nr. 1538/08.11.2001 (D. 5130/2001), Judecătoria Cluj-Napoca l-a condamnat pe inculpatul B.I. la pedeapsa de 6 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de abuz de încredere prevăzută de art.213 Cod penal cu aplicarea art.41 al.2 Cod penal, prin schimbarea încadrării juridice din infracțiune de delapidare prevăzută de art.215¹ al.1 Cod penal cu aplicarea art.41 al.2 Cod penal.

Pentru a hotărî astfel, instanța a reținut că în perioada 23.04.1999 - 01.11.1999 inculpatul, aflat în raporturi contractuale de prestări servicii cu partea civilă societate comercială, și-a însușit și a dispus pe nedrept de bunurile ce i-au fost încredințate spre a fi valorificate, în mod repetat și în baza aceleiași rezoluții infracționale. Încadrarea juridică din rechizitoriul a fost schimbată pe motiv că inculpatul nu are calitatea de „funcționar” așa cum este definită de art.147 al.2 Cod penal, întrucât raporturile sale cu societatea rezultau dintr-un contract civil și nu de muncă. Conform art.4 al.1 din Legea nr. 83/1995 persoana care prestează servicii în baza unei convenții civile nu dobândește calitatea de salariat, nu beneficiază de drepturi, de asigurări sociale și nici de cele prevăzute în

legislația privind protecția șomerilor. Or, art.147 al.2 Cod penal se referă la un „salariat”, adică o persoană aflată într-un raport juridic de muncă cu unitatea angajatoare.

Motivarea a fost însușită de Tribunalul Cluj-Napoca prin decizia penală nr. 107/2002, dar a fost combătută de Curtea de Apel care, prin decizia penală nr. 370/R/2002 a admis recursul Parchetului și a casat cele două hotărâri cu privire la latura penală a cauzei, iar în urma rejudicării l-a condamnat pe inculpat la 1 an și 6 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de delapidare prevăzută de art.215¹ cu aplicarea art.41, 42 Cod penal. Curtea a reținut că, pentru ca o persoană să fie subiect activ al infracțiunii de delapidare, nu este necesar ca autorul să fie salariat al unei persoane juridice cu contract de muncă, ci este suficient să existe o însărcinare în serviciul acesteia, care poate fi retribuită sau nu, așa cum reiese din dispozițiile art.147 al.1 și al.2, combinat cu art.145 Cod penal. În consecință, inculpatul care în calitate de agent comercial încadrat la societatea comercială și-a însușit bani în mod repetat din încasări, pe care i-a folosit în interes personal, a săvârșit infracțiunea de delapidare și nu de abuz de încredere, deoarece persoana care exercită o însărcinare în serviciul unei persoane juridice are calitatea de funcționar, indiferent dacă este sau nu este încadrată cu carte de muncă.

B. Drept procesual penal

1. Inculpată arestată preventiv. Înlocuirea temporară a măsurii pentru a participa la înmormântarea mamei

Prin rechizitoriul nr. 1247/P/04.07.2002, Parchetul de pe lângă Judecătoria Cluj-Napoca a trimis-o în judecată pe inculpata S.Z. pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune, în stare de arest. La primul termen de judecată din 11.07.2002, instanța investită cu soluționarea cauzei (Dosar 7769/2002) a menținut starea de arest și a amânat judecarea cauzei pentru 06.08.2002. Între timp, pe data de 20.07.2002, a decedat mama inculpatei, care era în îngrijirea acesteia înainte de luarea măsurii preventive, iar înmormântarea a fost amânată pentru 26.07.2002.

Instanța a permis inculpatei să participe la funeralii. Astfel, prin încheierea penală nr.935/25.07.2002 (D 8514/2002), Judecătoria Cluj-Napoca a respins cererea de revocare a măsurii arestării preventive formulată de inculpată, dar a admis cererea de înlocuire a acesteia cu obligarea de a nu părăsi localitatea Cluj-Napoca pe timp de 5 zile, dispunând punerea sa în libertate de îndată în 25.07.2002 până la 29.07.2002 ora 8 a.m., când inculpata se va fi întors în penitenciar.

Încheierea a rămas definitivă prin renunțarea în mod expres la recurs de către procuror și de către inculpată.

Notă: Încheierea analizată a fost pronunțată la data de 25.07.2002. Cum imediat după pronunțare s-a renunțat la recurs, hotărârea a devenit definitivă conform art.416 Cod procedură penală și a putut fi pusă de îndată în executare. Astfel, inculpata a putut participa la înmormântare, care a avut loc pe 26.07.2002. Pe 29.07.2002 la ora 8.30, inculpata era deja înapoi în penitenciar.

Speța ridică probleme în legătură cu temeiul juridic al punerii în libertate a inculpatei:

În mod corect, instanța a respins cererea de revocare a măsurii arestării preventive, nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de art.139 al.2 Cod penal.

Astfel, în ordonanța de arestare din 14.06.2002, procurorul a reținut în sarcina inculpatei săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune în convenții, tentativă la aceasta și câte două infracțiuni de fals material în înscrisuri oficiale și uz de fals, indicând ca temei legal al arestării dispozițiile art.148 lit.e și h Cod procedură penală.

Până la data soluționării cererii de revocare, aceste temeuri nu dispăruseră. Singurul nou element intervenit a fost decesul mamei inculpatei. La data arestării, procurorul avea cunoștința că în întreținerea inculpatei se afla mama ei bolnavă; și totuși, având în vedere

criteriile art.136 ultimul alineat Cod procedură penală pentru alegerea măsurii preventive, nu a considerat că acest aspect ar constitui un impediment la arestare. Cum aceasta a decedat ulterior, cu atât mai mult nu se justifica punerea inculpatei în libertate. Oricum, revocarea nu putea fi decât definitivă, în sensul că se dispunea pe o durată nedeterminată.

Ceea ce a invocat însă inculpata ca temei de fapt al cererii sale a fost participarea sa la înmormântarea mamei, și nu ilegalitatea sau netemeinicia măsurii luate. De aceea, instanța a considerat că, atât timp cât nu este reglementată posibilitatea întreruperii arestării preventive, această măsură poate fi înlocuită temporar cu obligarea de a nu părăsi localitatea pentru perioada cât este necesară pregătirii înmormântării, înhumării și comemorării mamei sale, adică pentru 5 zile.

Fundamentul juridic pe care și-a bazat instanța hotărârea sunt dispozițiile art.139 al.1 raportat la art.136 ultimul alineat Cod procedură penală, întrucât s-au schimbat - **doar temporar** - temeiurile care au determinat luarea măsurii arestării preventive, referindu-se aici la o împrejurare care privește persoana inculpatului ce obligă organul judiciar să țină seama când ia măsura.

Măsura a fost luată pentru 5 zile conform art. 145 Cod procedură penală, text care **nu prevede în mod expres vreo durată a măsurii obligării de a nu părăsi localitatea** atunci când aceasta se ia de către instanță - de aici se deduce că această măsură poate fi luată pe toată durata judecării sau pe o altă durată determinată prin indicarea unui termen cronometric, cum este cazul analizat.

Este de observat că, potrivit dispozițiilor art.23¹ din Legea 23/1969 privind executarea pedepselor⁵ în cazuri excepționale, ministrul de interne, la propunerea comandantului penitenciarului poate acorda învoire din penitenciar pe o durată de cel mult 5 zile condamnaților care îndeplinesc condițiile prevăzute de art.23⁶ pentru rezolvarea unor situații grave, familiale sau de altă natură. Or, dacă un condamnat definitiv poate beneficia de această învoire, cel arestat preventiv - care are beneficiul prezumției de nevinovăție prevăzută de art.23 al.8 din Constituția României și art.6 par.2 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale - nu poate avea o situație mai grea. Și, cum arestatul preventiv este la dispoziția organului judiciar care instrumentează cazul său, organ care nu poate acorda însă o „învoire”, singura cale rămâne înlocuirea temporară a stării de arest cu obligarea de a nu părăsi localitatea, urmând ca după expirarea termenului acordat inculpatului, acesta să se întoarcă în penitenciar de bunăvoie sau cu concursul organelor de poliție.

În fine, menționăm că la pronunțarea eventualei sentințe de condamnare, instanța care judecă fondul cauzei va trebui să deducă durata arestului preventiv conform art.88 Cod penal, ținând seama însă că inculpata nu a fost în stare de arest timp de 3 zile (căci, în durata măsurii arestării, potrivit art.188 Cod procedură penală, se iau în calcul ziua în care inculpata a fost eliberată și cea în care s-a întors în penitenciar).

2. Plângere împotriva arestării preventive. Admitere

Prin încheierea penală nr. 755/16.05.2001 (D 5585/2001), Judecătoria Cluj-Napoca a respins plângerea formulată de D.C. împotriva ordonanței de arestare preventivă dispusă de procuror pentru săvârșirea infracțiunilor prevăzute de art.297 Cod penal și art.13 din Legea nr. 17/1994, fiecare cu aplicarea art.41 al.2 Cod penal.

⁵ Legea nr. 23/1969 a fost republicată în Buletinul Oficial 62/02.05.1973 ca urmare a modificărilor aduse prin Legea nr. 8/1973.

⁶ Este vorba de acei deținuți care dau dovezi temeinice de îndreptare, sunt disciplinați, muncesc conștiincios, îndeplinesc sau depășesc în mod obișnuit normele de producție, ori ale căror propuneri de invenții, inovații și raționalizări sunt însușite de organele competente (art. 23 din Legea nr. 23/1969, republicată).

Tribunalul Cluj a admis recursul inculpatului prin decizia penală nr. 192/2001 și a admis plângerea dispunând punerea în libertate a inculpatului, pe motiv că temeiurile care au stat la baza luării măsurii nu există.

Astfel, s-au reținut în ordonanța de arestare dispozițiile art.148 lit.c Cod procedură penală, dar din simpla împrejurare că inculpatul, cetățean german, a înstrăinat părțile sociale deținute la o societate și a fost dat în consemn la graniță nu echivalează cu sustragerea sa de la urmărirea penală sau pregătirea pentru asemenea acte, atât timp cât vânzarea s-a efectuat pe 27.03.2001, iar urmărirea penală a început la 04.05.2001. Textul de lege impune existența unor acte certe, fără echivoc din partea inculpatului efectuate pentru a se sustrage urmării penale, și nu simple bănuiele, prezumții.

S-a reținut în ordonanță și art.148 lit.e Cod procedură penală, dar în cauză nu există indicii sau probe în acest sens. Astfel, inculpatul este la prima confruntare cu legea penală, iar când a fost arestat se reținuse o singură infracțiune (art.297 Cod penal), ulterior fiind urmărit și pentru cea prevăzută de art.13 Legea nr. 87/1994 (evaziune fiscală).

Nici temeiul prevăzut de art.148 lit.h Cod procedură penală nu există, nefiind probe în acest sens. Nu este însă necesară neapărat o dovadă a pericolului pentru ordinea publică, ci acesta trebuie demonstrat. Or, în cauză, nu s-a demonstrat că inculpatul, odată lăsat în libertate, ar încălca regulile de conviețuire socială; pe de altă parte, raportat la gradul de pericol social concret și la tipul de infracțiune imputată, nu se poate vorbi de generarea unui sentiment de insecuritate sau a unei rezonanțe sociale negative în rândul societății civile prin punerea inculpatului în libertate.

Notă: Cu privire la existența „pericolului pentru ordinea publică” prevăzut de art.148 lit.h Cod procedură penală, nu este necesară existența unor probe, ci sunt de ajuns simple date sau indicii. Menționăm că în practică s-a subliniat că acest pericol nu trebuie doar afirmat, ci trebuie întotdeauna dovedit; totuși, el poate fi dedus și din împrejurările în care s-a comis fapta, natura și gravitatea acesteia, elementele care caracterizează persoana infractorului⁷. În proiectul de lege privind modificarea și completarea Codului de procedură penală elaborat de Ministerul Justiției, se prevede că art.148 al.1 lit.h va avea următorul cuprins: „h) inculpatul a săvârșit o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață sau a închisorii mai mare de 4 ani și există date certe (s. n.- C.V.D.) că lăsarea sa în libertate prezintă un pericol pentru ordinea publică.”

După ce în art.23 al.1 Constituția României se proclamă inviolabilitatea persoanei, printre circumstanțele prevăzute în art.49 al.1 când exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns, este prevăzută și apărarea ordinii publice. În principiu, sintagma „ordine publică” este sinonimă cu binele public, cu interesul general și cu tot ceea ce, pentru o colectivitate, este condiția liniștei, dezvoltării și fericirii sale⁸. Prin urmare „pericol pentru ordinea publică” ar însemna producerea unei reacții negative a colectivității, a unei stări de neliniște și sentimente de insecuritate, generate de gradul de pericol social sporit al faptei (crimă organizată, corupție, trafic de stupefiante etc), al făptuitorului (agresiv, cu înalte funcții publice), răspândirea știrii prin mass-media⁹.

3. Arestare de către procuror. Prelungire de către instanță. Inadmisibilitate a plângerii împotriva ordonanței de arestare

Prin încheierea penală nr. 320/07.03.2002 (D 2617/2002), Judecătoria Cluj-Napoca a respins ca devenită inadmisibilă plângerea împotriva ordonanței Parchetului de pe lângă Judecătoria Cluj-Napoca de arestare a inculpatului S.R.

⁷ Curtea de Apel București, decizie penală 331/1997, Secția II penală, în R.D.P. 3/1998, p.135.

⁸ M. Cantacuzino, „Elementele dreptului civil”, Iași, 1921.

⁹ A se vedea pentru dezvoltări: C.Sima, Al.Țuculeanu, D.Ciuncan, „Arestarea preventivă”, Ed. Lumina Lex, București 2002, p.210-219.

S-a reținut că, prin ordonanța din 30.01.2002, inculpatul a fost arestat pentru 30 zile, până la data de 28.02.2002. Pe 11.02.2002, inculpatul a formulat în baza art. 140¹ Cod procedură penală plângere împotriva acesteia, pe care a depus-o la Tribunalul Cluj. Instanța și-a declinat competența în favoarea judecătorei, prin încheierea nr. 72/18.02.2002. După motivarea hotărârii de declinare, dosarul a fost trimis instanței competente, care a fixat termen pentru 07.03.2002.

Însă, până la soluționarea plângerii, judecătoria a admis sesizarea Parchetului și a dispus, prin încheierea nr. 232/25.02.2002 prelungirea arestului preventiv cu încă 30 zile, din 01.03.2002 până la 30.03.2002. Prin urmare, petentul este, în momentul soluționării plângerii, în stare de arest preventiv în baza unui act procesual al instanței de judecată, nemaifiind vorba de o măsură dispusă de procuror. Or, aceasta nu mai poate fi contestată decât pe calea recursului împotriva încheierii de prelungire a arestării preventive, neputând fi concepută, în paralel, o procedură de soluționare a plângerii inculpatului împotriva măsurii arestării dispuse de procuror, întrucât inculpatul nu mai are în prezent deschisă această cale de atac.

Este drept că în momentul formulării plângerii inculpatul se afla arestat în baza ordonanței procurorului dar, întrucât până la soluționarea ei a intervenit încheierea de prelungire a arestării preventive, plângerea împotriva ordonanței de arestare preventivă a devenit inadmisibilă de la data pronunțării acelei încheieri.

Încheierea judecătorei a fost menținută de Tribunalul Cluj care, prin decizia penală nr. 320/2002 a respins recursul inculpatului și a statuat că, pronunțându-se asupra prelungirii arestării preventive instanța s-a pronunțat implicit și asupra legalității ordonanței de arestare, astfel încât inculpatul nu mai poate face plângere împotriva ordonanței procurorului, ci doar să uzeze de calea de atac împotriva încheierii instanței de prelungire a măsurii preventive.

4. Deliberare. Schimbarea încadrării juridice într-o infracțiune mai ușoară

Prin sentința penală nr. 427/28.03.2002 (D 13308/2001), Judecătoria Cluj-Napoca a achitat-o pe inculpata P.M.R. pentru săvârșirea infracțiunii de calomnie în baza art. 11 pct.2 lit.a raportat la art. 10 lit.b¹ Cod procedură penală și i-a aplicat o amendă cu caracter administrativ de 1,5 milioane lei, în temeiul art.18¹ Cod procedură penală raportat la art.91 lit.c Cod penal.

În recursul inculpatei, prin decizia penală nr. 198/12.01.2002, Tribunalul Cluj a casat sentința și, rejudecând, a achitat-o în același temei pe inculpată pentru săvârșirea infracțiunii de insultă prin schimbarea încadrării juridice din infracțiunea de calomnie și i-a aplicat aplicat o amendă administrativă de 1,5 milioane lei.

Motivându-și soluția, instanța de control judiciar a arătat că afirmația inculpatei adresată părții vătămate, de față fiind mai multe persoane, cum că aceasta „a făcut totul cu fundul, căci inteligența nu o caracterizează” nu este suficient de determinată pentru a o caracteriza drept calomnie, ci exprimă o apreciere de valoare, în sensul că partea vătămată nu este caracterizată de un proces de analiză aprofundată a situațiilor pe care trebuie să le dezlege.

Prin urmare, s-a procedat la schimbarea încadrării juridice dată de partea vătămată prin plângerea prealabilă. Acest demers nu a fost pus în discuția părților, întrucât a intervenit în faza deliberării și s-a procedat la schimbarea încadrării într-o faptă mai puțin gravă, cel puțin sub aspectul criteriului sancționator. Potrivit art.334 Cod procedură penală, punerea în discuție a schimbării încadrării juridice este menită pentru a apăra drepturile inculpatului, care este persoana ce trebuie să se bucure de garanții procesuale pe parcursul desfășurării procesului penal. Cum în această situație schimbarea s-a făcut dintr-o infracțiune gravă în una mai puțin gravă, punerea în discuție a schimbării încadrării juridice nu mai poate avea rolul de garanție procesuală, așa cu s-a consacrat prin textul art.334 Cod procedură penală.

Notă: Soluția instanței de recurs cu privire la schimbarea încadrării juridice este corectă doar în cazul de față, unde este vorba de infracțiuni contra demnității persoanei, a căror

latură obiectivă și subiectivă prezintă similitudini. Ea nu poate fi aplicată și în alte situații: de exemplu, schimbarea încadrării juridice din infracțiunea de delapidare în cea de abuz în serviciu, sau chiar din delapidare în furt simplu. Ci cauza trebuie repusă pe rol în baza art.344 Cod procedură penală pentru ca inculpatul să-și facă apărările în funcție de posibila nouă încadrare juridică, după ce aceasta este pusă în discuție conform art.334 Cod procedură penală.

5. Strămutarea cauzei. Menținerea stării de arest

Prin sentința penală nr. 913/17.07.2002 (D. 3496/2002), Judecătoria Cluj-Napoca a dispus în baza art.55 al.1 raportat la art.60 al.3 Cod procedură penală și a încheierii nr.3550/04.07.2002 a Curții Supreme de Justiție, trimiterea cauzei privind pe inculpații M.N., C.C., A.D., R.D., P.S., F.A. și K.J. la Judecătoria Râmnicu Vâlcea și menținerea stării de arest a inculpaților M.N., C.C., A.D. și R.D. pe o perioadă de 30 zile, începând cu 17.07.2002 și până la 15.08.2002.

Pentru a hotărî astfel, instanța a reținut în sentință că prin rechizitoriul nr.243/P/22.03.2002 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Cluj-Napoca inculpații au fost trimiși în judecată pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune, din care M.N., C.C., A.D. și R.D. fiind în stare de arest. Pe parcursul judecătii, la fiecare termen s-a menținut starea de arest a inculpaților; ei au atacat cu recurs fiecare încheiere, care s-au respins ca inadmisibile de către Tribunalul Cluj.

Întrucât Curtea Supremă de Justiție a admis cererea de strămutare formulată de inculpații C.C., A.D. și R.D., instanța s-a conformat acestei încheieri. Dar, cum Codul de procedură penală nu prevede modul în care va proceda instanța de la care s-a dispus strămutarea cauzei, se vor aplica pe calea suplimentului analogic dispozițiile art.42 Cod procedură penală care reglementează declinarea de competență, astfel încât instanța va pronunța o sentință.

Cu privire la starea de arest, instanța a reținut că este obligatorie să se pronunțe conform art.350 Cod procedură penală. Întrucât nu a intervenit nici o schimbare sau dispariție a temeiurilor care au determinat luarea acestei măsuri de către procuror și menținerea ei de către instanță, nefiind deci îndeplinite condițiile art.138 al.1 și 2 Cod procedură penală, s-a menținut această măsură pe durata de 30 zile începând cu data pronunțării, în temeiul art.23 al.4 din Constituția României și deciziei Curții Constituționale nr. 543/1997.

Notă: Speța analizată aduce în discuție mai multe probleme juridice:

1. Instanța de fond a urmat o procedură legală. Astfel, în situația admiterii unor cereri de strămutare, instanțele de la care a fost strămutată cauza dispun prin *încheiere* (uneori chiar prin *încheierea de ședință*¹⁰!) sau prin *hotărâre* (sentință dacă s-a dispus strămutarea dosarului primei instanțe, sau decizie dacă dosarul e al instanței de apel sau recurs) scoaterea dosarului de pe rol și trimiterea cauzei la instanța desemnată de Curtea Supremă de Justiție. Însă, această procedură de „**scoatere de pe rol a cauzei/dosarului**” nu este însă prevăzută de Codul de procedură penală român.

Practic însă, este vorba despre o dezinvestire a instanței¹¹ și nu de o desesizare¹². Dar, conform art.311 Cod procedură penală, „hotărârea prin care instanța se dezinvestește fără a

¹⁰ De exemplu, prin încheierea de ședință din 29 mai 2002, dată în dosarul penal nr. 58/2002, a Judecătoriei Câmpeni, jud. Alba (nepublicată), s-a dispus scoaterea dosarului de pe rol și trimiterea lui la Judecătoria Cluj-Napoca.

¹¹ **Investirea** este actul intern al organului judiciar prin care acesta, considerându-se legal sesizat, primește sesizarea având din acest moment obligația desfășurării activităților prevăzute de lege în vederea realizării obiectului procesului penal (Gh. Mateuț, *Procedura penală partea specială*, vol.I, Ed. Lumina Lex, p.4-5). Instanța, odată ce constată regularitatea actului de sesizare conform art.300 al.1 Cod procedură penală, se *investește prin încheierea de ședință* cu judecarea respectivei cauze, putând astfel soluționa cereri, excepții sau începe cercetarea judecătorească.

soluționa cauza se numește sentință”; sunt astfel de hotărâri: cele prin care instanța își declină competența și care nu sunt supuse nici apelului, nici recursului (art.42), prin care trimite cauza la procuror pentru efectuarea, refacerea sau completarea urmăririi penale (art.285, art.332-337) și care pot fi atacate doar cu recurs (art.332 al.3).

În speță, instanța a aplicat pe calea suplimentului analogic dispozițiile prevăzute de art.42 Cod procedură penală, pe motiv că atât prorogarea judecătorească a competenței (prin efectul admiterii cererii de strămutare), cât și declinarea de competență (ca efect al admiterii excepției de necompetență) sunt incidente procesuale ce vizează competența instanței sesizate inițial și care au ca scop trimiterea cauzei la o altă instanță.

Într-adevăr, ca efect al admiterii cererii de strămutare, cauza penală este luată din competența unei instanțe și dată spre soluționare unei alte instanțe, dar de același grad și aceeași natură. Astfel, are loc o deplasare de competență de la instanța competentă teritorial potrivit regulilor obișnuite, la instanța delegată (*forum delegationis*) desemnată de Curtea Supremă de Justiție. Așadar, este modificată doar competența teritorială a instanței. Prin urmare, ceea ce diferă în materia strămutării cauzei de cea a declinării de competență sunt doar condițiile care stau la baza celor două instituții, procedura de urmat fiind una comună¹³.

Pentru aceste motive, instanța a pronunțat o sentință, care nu poate fi atacată cu apel sau recurs conform art.42 ultimul alineat Cod procedură penală, fiind definitivă în baza art.416 pct.1 Cod procedură penală la data pronunțării.

2. Se pune problema dacă instanța de la care s-a dispus strămutarea cauzei mai putea hotărî asupra stării de arest. Răspunsul este afirmativ și se bazează pe trei argumente:

a) Hotărârea Curții Supreme de Justiție privind strămutarea cauzei nu dezinvestește instanța sesizată, ci vizează desfășurarea normală a procesului (art.55), deci administrarea justiției; însă singura în măsură să ia hotărâri cu privire la actele și măsurile ce trebuie pe mai departe luate în cauza ce se judecă este doar instanța care cercetează respectivul dosar și care rămâne investită până la pronunțarea sentinței.

b) Conform art.350 al.1 Cod procedură penală, instanța este obligată ca prin hotărârea ce se pronunță cu privire la revocare, menținerea sau luarea măsurii arestării inculpatului. În speță, instanța a menținut starea de arest a celor patru inculpați, motivând că nu există motive pentru revocarea sau înlocuirea acesteia.

c) Prin încheierea susmenționată, Curtea Supremă de Justiție a menținut actele și măsurile luate până în acel moment de către instanța de fond. Or, măsura arestării fusese luată încă din faza de urmărire penală și instanța a menținut-o la fiecare termen de judecată care nu a depășit 30 de zile față de precedentul termen, conform practicii constituționale.

3. În mod corect, Tribunalul Cluj a respins ca inadmisibile recursurile declarate de inculpații arestați împotriva încheierilor prin care li s-a menținut starea de arest. Astfel, prin interpretarea „per a contrario” a dispozițiilor art.141 Cod procedură penală, rezultă că încheierea dată în primă instanță prin care se respinge cererea de revocare a măsurii preventive și se menține starea de arest nu poate fi atacată separat cu recurs. *De lege lata*, singura cale de atac în speță este apelul, ce se va exercita numai dacă se atacă soluția dată pe fondul cauzei.

¹² **Sesizarea** înseamnă aducerea la cunoștința organelor judiciare competente a împrejurării săvârșirii unei infracțiuni în vederea luării măsurilor procesuale și procedurale legale; actul de sesizare al instanței este rechizitoriul - art.264 Cod procedură penală, sau plângerea prealabilă directă - art.279 al.2 lit.a Cod procedură penală. Evident, sesizarea precede întotdeauna investirea.

¹³ În urma unei declinări de competență, după rezolvarea unui conflict de competență sau a unei cereri de strămutare se produce o *sesizare derivată (complementară)*.

În proiectul de lege privind modificarea și completarea Codului de procedură penală elaborat de Ministerul Justiției, se prevede posibilitatea atacării cu recurs a încheierii primei instanțe sau a instanței de apel prin care s-a dispus menținerea arestării, care nu poate depăși 30 de zile și care se acordă dacă apar elemente noi care fac necesară menținerea arestării peste 30 de zile sau elementele ce au determinat arestarea inițială impun în continuare privarea de libertate.

6. Strămutarea cauzei. Recurs împotriva încheierii de scoatere de pe rol a acesteia

Prin încheierea de ședință din 20.06.2002 (D.3496/2002), Judecătoria Cluj-Napoca a dispus în baza art.300 al.3 Cod procedură penală menținerea stării de arest a inculpaților. Împotriva acestei încheieri, pe data de 24.06.2002, inculpatul arestat MN a formulat recurs, invocând nelegalitatea procedurii urmate de instanță.

Până să se soluționeze recursul, Curtea Supremă de Justiție a dispus prin încheierea 3550/04.07.2002 strămutarea judecării dosarului 3496/2002 de la Judecătoria Cluj-Napoca la Judecătoria Râmnicu Vâlcea. Ca urmare, instanța de recurs a dispus prin decizia penală 246/22.07.2002 scoaterea de pe rolul Tribunalului Cluj a cauzei ce formează obiectul dosarului 7577/2002 și trimiterea ei spre competență soluționare Tribunalului Râmnicu Vâlcea.

Notă: Hotărârea instanței de recurs este nelegală. Instanța supremă nu a hotărât strămutarea cauzei ce formează obiectul dosarului tribunalului, ci a celei de la judecătorie. Cele două cauze sunt distincte, formează obiectul unor dosare diferite, înregistrate la instanțe diferite.

Prin decizia luată, tribunalul s-a substituit - practic - instanței supreme, care este unica competență a hotărî strămutarea judecării unei cauze (art.29 pct.5 lit.c Cod procedură penală), după procedura descrisă în art.55-61 Cod procedură penală. Strămutând dosarul de fond, nu este sigur că Curtea Supremă de justiție ar fi admis și strămutarea judecării recursului la o încheiere¹⁴ pronunțată în acest dosar, căci motivele invocate în cererea de strămutare a dosarului 3496/2002 al judecătoriei viza desfășurarea normală a procesului la această instanță, în fața judecătorului de fond de la judecătorie, și nu a judecătorilor de recurs de la tribunal.

Prin urmare, tribunalul trebuia să soluționeze recursul, respingându-l ca inadmisibil în raport cu prevederile actuale ale art.141 Cod procedură penală¹⁵.

¹⁴ Pentru o analiză a admisibilității unei cereri de strămutare a judecării unei cauze în procedurile judiciare speciale prevăzute de **art.1401, 159, 1609 al.2** Cod procedură penală, separată de judecarea cauzei pe fond, a se vedea Gh. Mateuț, „Cu privire la admisibilitatea cererii de strămutare în materia măsurilor procesuale preventive”, în *Dreptul* nr.9/1998, p.91-96. Autorul articolului menționat analizează cazul procedurilor speciale când dosarul e încă *în faza de urmărire penală*; este de observat că, în speța analizată, recursul inculpatului MN se întemeiază pe **art.141** Cod procedură penală, care consacră tot o procedură specială judiciară, când dosarul de fond a ajuns deja *la instanță* (la fel este cazul procedurilor prevăzute de **art.1608, 168 alin. 2, 169 alin. 1** Cod procedură penală, căci măsura se ia de către instanță și se exercită recursul separat de soluția dată pe fond).

¹⁵ A se vedea nota de la speța anterioară.

Reintegrare în funcția avută anterior

*Diana Persida SÂNGEORZAN
judecător, Judecătoria Târgu-Mureș*

Pe rol, soluționarea contestației în anulare formulată de contestatorul V. F., în contradictoriu cu intimatul A. J. V. P. S. Mureș.

La apelul nominal făcut în ședința publică se constată prezența părților.

Procedura este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei, după care:

Reprezentantul contestatorului învederează instanței că în dosarul aflat pe rolul Tribunalului Mureș, s-a fixat termen pe data de 13 iulie 2001, și solicită acordarea unui nou termen după această dată.

Reprezentantul intimatului formulează aceeași cerere.

Reprezentantul contestatorului solicită instanței suspendarea judecării cauzei în baza art. 244 pct. 1 C. pr. civ., considerând că prezența contestației are legătură cu dosarul aflat pe rolul Tribunalului Mureș.

Reprezentantul intimatului lasă la aprecierea instanței, soluționarea acestei cereri.

Instanța deliberând în cauză consideră că nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 244 pct. 1 C. pr. civ., sens în care respinge cererea de suspendare formulată.

Instanța invocă din oficiu excepția lipsei de interes cu privire la formularea prezentei contestații.

Reprezentantul reclamantului consideră că există interes în formularea prezentei contestații, având în vedere că beneficiarul sentinței nu a putut să execute această sentință, pentru a fi încadrată în muncă, și solicită respingerea excepției.

Reprezentantul părâtului solicită admiterea excepției lipsei de interes cu privire la formularea prezentei contestații.

Instanța cu privire la excepția invocată reține cauza în pronunțare.

Judecătoria,

Prin cererea înregistrată în data de 30 aprilie 2001, contestatorul V. F. a formulat, în contradictoriu cu intimatul A.D.V.P.S. – Mureș contestație în anulare împotriva sentinței civile nr. 4866/10.07.2000 a Judecătoriei Târgu-Mureș.

În motivarea acțiunii și prin note de ședință (fila 22) contestatorul a arătat că prin sentința atacată s-a dispus „reintegrarea contestatorului în funcția de paznic avută la intimată“, dar nu s-a precizat în continuare: „la fondul Voievodeni“. Contestatorul a mai arătat că din acest motiv sentința civilă atacată nu a putut fi executată, deoarece s-a invocat că sentința nu precizează că reintegrarea deciziei de desfacere a contractului de muncă.

În probațiune, contestatorul a depus la dosarul cauzei următoarele înscrisuri în copie: sentința civilă nr. 4866/10.07.2000 a Judecătoriei Târgu-Mureș (filele 4-5); decizia nr. 3/200 (fila 6); cererea nr. 3/25.01201 (fila 7); adresa nr. 40/30.01.2001 (fila 8); proces-verbal nr. 5568/2000 (fila 9); chitanța nr. 1730978 (fila 10).

Prin întâmpinare, intimata a arătat că cererea contestatorului este inadmisibilă în raport cu dispozițiile art. 317 C. pr. civ. Intimata a mai arătat că nu are nici o obligație legală de a dispune reîncadrarea la fondul Voievodeni.

În probațiune, intimata a depus la dosarul cauzei următoarele înscrisuri în copie: proces-verbal nr. 5568/2000 (fila 17); foi colective de prezență (filele 18-20).

Examinând actele și lucrările dosarului, instanța a reținut în fapt cele ce urmează.

Conform cererii înregistrate sub nr. 3573/26 mai 2000, contestatorul a solicitat Judecătoriei Târgu-Mureș reintegrarea sa „în funcția avută la intimată (fila 2). Acest petit a fost admis de instanță, astfel cum a fost acesta formulat, prin sentința civilă nr. 4866/10 iulie 2000, fiind dispusă neintegrarea contestatorului „în funcția de paznic avută la intimată“ (fila 3).

Funcția pe care contestatorul a avut-o la intimată a fost aceea de paznic la fondul Voivodeni (împrejurarea necontestată de părți).

Față de starea de fapt reținută, instanța a invocat din oficiu excepția lipsei de interes a promovării prezentei cereri, pentru considerentele prezentate în cele ce urmează.

Contestația în anulare se judecă după regulile de la judecata în fața instanței de fond, compunerea completului de judecată fiind aceeași ca și pentru judecarea pricinii în care s-a dat hotărârea atacată (în acest sens de exemplu, G. Boroș, D. Rădescu „Codul de procedură civilă comentat“, București, 1996, p. 543).

În conformitate cu dispozițiile imperative ale art. 136 alin. 1 C. m., în caz de anulare a desfacerii contractului de muncă, unitatea este obligată să reintegreze în „funcția avută“ pe cel căruia i s-a desfăcut contractul în mod nejustificat.

Prin sentința civilă nr. 4866/10 iulie 2000, Judecătoria Târgu-Mureș a aplicat cu rigurozitate prevederile legale mai sus menționate, dispunând reintegrarea contestatorului în funcția avută la intimată, în mod clar și lipsit de orice echivoc.

Ca atare, contestatorul deține deja un titlu executoriu, în baza căruia poate cere intimății să își execute obligația legală de reintegrare în funcția avută la intimată, astfel încât formularea prezentei contestații este lipsită de interes.

Sustinerile contestatorului, privind imposibilitatea executării silite a sentinței civile nr. 4866/10.07.2000, sunt vădit nefondate, în primul rând deoarece conform opiniei unanime din doctrina juridică și din practica judiciară, măsura reintegrării în funcția avută (prevăzută de art. 136 alin. 1 C. m.) reprezintă o „restitutio in integrum“ și constă în repunerea salariatului în situația anterioară desfacerii contractului de muncă de către unitate, considerându-se că nici un moment contractul de muncă nu a încetat. Această măsură implică, necondiționat și fără echivoc și reintegrarea în postul deținut anterior, nefiind necesară nici un fel de precizare în acest sens (Tribunalul Suceava, sentința civilă nr. 2/1991, în „Dreptul“, nr. 10/1991, p. 103), or funcția avută anterior de contestator era evident cea de paznic la fondul Voivodeni.

În al doilea rând, obligația unității de reintegrare a contestatorului în funcția avută constituie o obligație de a face care implică un fapt personal al debitorului, astfel încât executarea silită în natură a acestei obligații este prin definiție imposibilă, însă creditorului îi este recunoscută de lege posibilitatea de a cere daune cominatorii.

În subsidiar, instanța reține că pe calea contestației în anulare nu pot fi eludate dispozițiile art. 400 alin. 1 C. pr. civ. care reglementează o procedură imperativă de la care nu se poate deroga.

În consecință, instanța urmează să admită excepția invocată din oficiu și va respinge contestația în anulare formulată de contestator. Văzând culpa procesuală a contestatorului, instanța îl va obliga în baza art. 274 C. pr. civ. la plata sumei de 9.000.000 lei, reprezentând cheltuieli de judecată constând în onorariu avocațial.

Pentru aceste motive,
Instanța în numele legii
hotărăște

Respinge contestația în anulare formulată de contestatorul V. F., domiciliat în comuna Voivodeni, nr. 554, județul Mureș, în contradictoriu cu Asociația Județeană a Vânătorilor și Pescarilor Sportivi – Mureș, cu sediul în Târgu-Mureș, b-dul 1 Decembrie 1918, nr. 23, împotriva sentinței civile nr. 4866 din 10 iulie 2000 a Judecătoriei Târgu-Mureș, ca urmare a admiterii excepției lipsei de interes a promovării acestei căi extraordinare de atac.

Obligă contestatorul să-i plătească intimatului A.J.V.P.S., suma de 3.000.000 lei, reprezentând cheltuieli de judecată.

Cu drept de recurs în termen de 10 zile de la comunicare.

(Judecătoria Târgu-Mureș, sentința civilă nr. 4088/21 iunie 2001¹⁶)

Prin sentința civ. nr. 4866/10 iulie 2000¹⁷ a Judecătoriei Tg-Mureș, rămasă irevocabilă prin decizia civilă nr. 2090/8 noiembrie 2000¹⁸, a fost admisă în parte contestația formulată de V.F. în contradictoriu cu intimatul Asociația Județeană a Vânătorilor și Pescarilor Sportivi (A.G.V.P.S.) Mureș și, în consecință, s-a anulat dispoziția nr. 2/28 aprilie 2000 de desfacere a contractului de muncă emisă de intimat, s-a dispus reintegrarea contestatorului în funcția de paznic avută anterior, cu obligarea intimatului la plata în favoarea acestuia a drepturilor salariale convenite începând cu 1 februarie 2000 și până la reintegrarea efectivă, precum și a sumei de 2.000.000 lei cu titlu de compensații pentru daunele morale suferite. Deși această hotărâre a rămas irevocabilă încă din data de 8 noiembrie 2000, la 30 aprilie 2001 același contestator V.F. a formulat o contestație în anulare împotriva sentinței civile nr. 4866/10 iulie 2000 a Judecătoriei Târgu-Mureș, invocând faptul că, urmare a neindicării în această hotărâre a locului de muncă unde urma să fie reintegrat, s-a ajuns la situația în care i se pretinde să se prezinte la A.G.V.P.S. – Filiala Reghin, deși, înainte de desfacerea contractului său de muncă a lucrat, în calitate de paznic, la Fondul Voivodeni. Judecătoria Târgu-Mureș a soluționat această cerere prin sentința civilă nr. 4088/21 iunie 2001 în sensul respingerii contestației în anulare ca urmare a admiterii excepției lipsei de interes a promovării, de către contestator, a acestei căi extraordinare de atac.

Notă: În speță s-au ridicat mai multe probleme. În primul rând s-a pus în discuție instanța competentă să judece contestația în anulare având în vedere că sentința atacată pe această cale a rezolvat un conflict de drepturi în înțelesul dispozițiilor art. 67 din Legea nr. 168/1999 privind soluționarea conflictelor de muncă¹⁹ în complet format dintr-un judecător și doi asistenți judiciari, unul din partea asociațiilor patronale, iar celălalt din partea sindicatelor (art. 17 alin 1¹ din Legea nr. 2/1999, republicată, modificată și completată, astfel cum a fost el introdus prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 179/1999).

Pornind de la dispozițiile art. 319 alin. 1 C. pr. civ., potrivit cărora contestația în anulare se introduce la instanța a cărei hotărâre se atacă, apreciem că instanța competentă era aceeași atât în sensul de instanță judecătorească, cât și în sensul de instanță de judecată, compunerea completului de judecată fiind, de asemenea, aceeași, respectiv un judecător și alți doi asistenți judiciari, ca și în cauza în care s-a pronunțat hotărârea atacată.²⁰

În al doilea rând s-a pus problema dacă, în speță, sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate ale unei contestații în anulare. După cum este, îndeobște, cunoscut motivele contestației în anulare, fie ea obișnuită, fie specială, sunt expres și limitativ prevăzute de dispozițiile art. 317-318 C. pr. civ. În speță s-a invocat că dezlegarea dată de Judecătoria Târgu-Mureș prin sentința civilă nr. 4866/10 iulie 2000 ar fi rezultatul unei „erori materiale evidente“, constând în neindicarea exactă a locului de muncă unde salariatul urma să fie reintegrat, adică un motiv pentru admisibilitatea contestației în anulare speciale (art. 318 C. pr. civ.). Dar, pe de altă parte, această cale extraordinară de atac s-a pornit împotriva unei hotărâri pronunțate în

¹⁶ Irevocabilă prin nerecurare (*nepublicată*).

¹⁷ *Nepublicată*.

¹⁸ *Nepublicată*.

¹⁹ Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 582 din 29 noiembrie 1999.

²⁰ În același sens, cât și pentru inexistența în această situație a incompatibilității judecătorilor care au pronunțat hotărârea atacată, V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Ed. Național, București, p. 426, nota nr. 397. Pentru aceeași compunere a completului de judecată, în această situație, G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1999, p. 543.

fond de Judecătoria Târgu-Mureș or, potrivit legii, pe această cale se poate urmări numai desființarea unor hotărâri pronunțate de instanțele de recurs. Așa fiind, în speță se constată o inadvertență între motivul de anulare invocat, care este unul specific contestației în anulare speciale, și hotărârea ce se atacă prin folosirea acestei căi. Observând că, pentru admisibilitatea unei contestații în anulare speciale pe motiv că dezlegarea dată este rezultatul unei greșeli materiale, se cere ca hotărârea atacată să fi fost pronunțată în urma exercitării controlului judiciar pe calea recursului²¹, iar greșeala materială evidentă să fie în legătură cu aspectele formale ale judecării recursului pentru verificarea cărora nu este necesară reexaminarea fondului sau reaprecierea probelor²², rezultă că în speță aceste condiții nu sunt realizate.

În al treilea rând, motivul invocat de contestator cum că hotărârea atacată nu s-a putut executa deoarece aceasta, deși dispunea „reintegrarea în funcția de paznic avută la A.J.V.P.S.“ nu a precizat expres „la Fondul Voivodeni“ trebuie analizat plecând de la obiectul litigiului supus inițial judecării, respectiv anularea unei dispoziții de desfacere a contractului de muncă. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 136 alin. 1 C. m., în caz de anulare a desfacerii contractului de muncă, unitatea este obligată să-l reintegreze pe cel căruia i s-a desfăcut în mod nejustificat contractul în „funcția avută“ (ceea ce s-a și dispus prin sentința civilă nr. 4866/10 iulie 2000). Contestatorul având deja acest titlu executoriu apare ca lipsită de interes²³ formularea unei contestații în anulare, în principal deoarece, din interpretarea dispozițiilor art. 136 alin. 1 C. m., atunci când se constată desfacerea nejustificată a unui contract de muncă se consideră că acesta nu a încetat nici un moment. Măsura reintegrării reprezintă astfel o *restitutio in integrum*, constând în repunerea contestatorului în situația anterioară desfacerii contractului de muncă. Or, în speță, funcția avută anterior de contestator era, evident, cea de paznic la Fondul Voivodeni, împrejurare necontestată de cealaltă parte.

În consecință, Judecătoria Târgu-Mureș în mod corect a respins contestația în anulare. Pe de altă parte, este de criticat practica unor unități care generează asemenea probleme prin încercări de reintegrare a angajaților care au câștigat procese de anulare a dispozițiilor de desfacere a contractelor de muncă *în alte posturi* decât cele avute anterior luării acestor măsuri. De altfel, neexecutarea de către unitate a acestei obligații de a face este sancționată de lege prin posibilitatea creditorului ei de a cere *daune cominatorii*.

²¹ Dispozițiile art. 318 alin. 2 C. pr. civ. care prevedeau admisibilitatea contestației la executare speciale și în cazul în care judecătoria judeca, potrivit prevederilor unei legi speciale, în ultimă instanță au fost abrogate prin O.U.G. nr. 138/2000, modificată prin O.U.G. nr. 59/2001.

²² De exemplu, respingerea greșită a unui recurs ca tardiv, anularea greșită a recursului ca netimbrat, sau ca făcut de un mandatar fără calitate – V. M. Ciobanu, *op. cit.*, p. 423. Pe de altă parte, s-a opinat, pe bună dreptate, că greșelile materiale avute în vedere de art. 318 C. pr. civ. nu trebuie confundate cu greșelile materiale la care se referă art. 281 C. pr. civ. și care pot fi îndreptate, din oficiu sau în urma unor cereri – I. Stoenescu, *Folosirea înscrisurilor noi în recursul civil*, citat la nota nr. 384 de V. M. Ciobanu în *op. cit.*, p. 423. Trebuie precizat și că nici chiar existența unei greșeli materiale nu duce întotdeauna la admiterea contestației, ci, pentru a se pronunța această soluție este necesar ca greșeala materială să fie esențială, adică să fi determinat soluția instanței – V.M. Ciobanu, *op. cit.*, p. 424.

²³ Amintim că interesul, calitatea și capacitatea procesuale sunt condițiile de exercițiu ale acțiunii civile. Interesul este folosul practic urmărit de cel care a pus în mișcare acțiunea civilă – G. Boroi, *Drept procesual civil*, *Note de curs*, vol. I, București, 1993, p. 117-125.

Aplicarea în timp a normei convenționale

Dumitru DOBREV
asistent univ. M. Kogălniceanu

Gianina Narcisa MOROZAN
avocat – Baroul Iași

Instanța, asupra acțiunii civile de față constată următoarele:

Prin plângerea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub numărul 105/2002 petenta S.C.M. S.R.L. a solicitat anularea parțială a procesului-verbal de contravenție nr. 663 din 6.12.2001 prin care s-a aplicat o amendă în cuantum de 25.000.000 lei pentru săvârșirea contravenției prevăzute de art. 386 lit. j a Regulamentului de aplicare a Codului Vamal aprobat prin H.G. 1114/2001. În motivarea plângerii petenta a arătat că la data de 17.11.2001 s-a prezentat la Vama Borș pentru întocmirea unei declarații vamale de tranzit pentru un autoturism marca Opel Astra. De asemenea, petenta a arătat că s-a întocmit declarația vamală de tranzit cu nr. 140939/17.11.2001 acordându-se totodată un termen de 5 zile pentru prezentarea la Vama Iași. Petenta a învederat că la data completării declarației vamale de tranzit erau în vigoare dispozițiile H.G. 626/1997 conform cărora cuantumul amenzii aplicabile pentru depășirea termenului de tranzit, era între 700.000 și 1.000.000 lei și că sunt aplicabile cauzei normele tranzitorii ale art. 395 din H.G. nr. 1114/2001 conform cărora „operațiunile începute sub dispozițiile unei hotărâri de guvern anterioare se aplică până la încheierea definitivă a operațiunilor vamale în curs”. Pe de altă parte, petenta susține că sunt incidente în cauză dispozițiile art. 4 (1) din O.G. 2/2001 „Actele normative prin care se stabilesc și se sancționează contravenții intră în vigoare în termen de 30 de zile de la data publicării sau, după caz, de la data aducerii lor la cunoștință publică, potrivit legii, în afară de cazul în care în cuprinsul acestora se prevede un termen mai lung”.

La termenul din 26.02.2002, reprezentantul organului constator a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea plângerii, având în vedere că la data completării declarației vamale de tranzit era în vigoare Regulamentul de aplicare al Codului Vamal al României a aprobat prin H.G. nr. 626/1997 potrivit căruia cuantumul amenzii prevăzute de art. 318 lit. j era mai redus, petenta nu se poate prevala de dispozițiile art. 395 din H.G. nr. 1114/2001, întrucât prevederile anterioare, sub aspectul duratei tranzitului, sunt aceleași cu cele din actul normativ nou.

De asemenea, reprezentantul organului constator a arătat că regulamentul de aplicare al Codului Vamal aprobat prin H.G. nr. 1114/2001, a fost emis pentru organizarea executării Legii nr. 141/1997 privind Codul Vamal al României și întrucât în textul acestuia nu s-a prevăzut data intrării în vigoare, operează dispozițiile art. 78 din Constituția României, potrivit căruia „Legea se publică în M. Of. al României și intră în vigoare la data publicării sau la data prevăzută în textul ei.”

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța a constatat următoarele:

La data de 17.11.2001, reprezentantul societății petente s-a prezentat a Vama Borș unde a fost întocmită declarația vamală de tranzit nr. 140939/17.11.2001, pentru autoturismul marca Opel Astra. În vederea finalizării acestei operațiuni vamale s-a acordat un termen de 5 zile în care le revenea obligația prezentării la Vama Iași. Acest termen a expirat la data de 22.11.2001.

La data declanșării operațiunii vamale de tranzitare, 17.11.2001, erau aplicabile dispozițiile H.G. 626/1997 privind Regulamentul de aplicare a Codului Vamal al României.

Potrivit dispozițiilor acestui act normativ, nerespectarea termenului de tranzit constituia contravenție și se sancționa cu amendă contravențională în cuantum de 700.000 - 1.000.000 lei.

La data de 19.11.2001 a fost publicată H.G. nr. 1114/2001, prin care se aprobă noul Regulament Vamal, care, în cuprinsul art. 395 prevede că: „Operațiunile pentru care s-au depus declarații vamale sub regimul prevăzut în reglementările vamale anterioare prezentului Regulament se derulează și se încheie în conformitate cu acele reglementări”.

Data de 17.11.2001 la care s-a declanșat operațiunea vamală de tranzitare pentru autoturismul în discuție, plasează așadar sub imperiul dispozițiilor H.G. nr. 626/1997 derularea tuturor actelor

legate de finalizarea acestei operațiuni, inclusiv sub aspectul întârzierii finalizării și intrării sub incidența normelor contravenționale.

Legea-cadru privind săvârșirea și sancționarea contravențiilor, O.G. nr. 2/2001 statuează prin dispozițiile art. 4 „Actele normative prin care se stabilesc și se sancționează contravenții intră în vigoare în termen de 30 de zile de la data publicării sau, după caz, de la data aducerii lor la cunoștință publică, potrivit legii, în afară de cazul în care în cuprinsul acestora se prevede un termen mai lung.”

În speță, prin H.G. nr. 1114/2001 nu s-a prevăzut un termen special pentru intrarea în vigoare a acestui act normativ, astfel încât s-ar putea considera că a intrat în vigoare la data publicării în M. Of., respectiv data de 19.11.2001.

Cu toate acestea este vorba de o hotărâre de guvern în cuprinsul căreia se regăsesc și norme contravenționale, dispoziții supuse unui regim de intrare în vigoare distinct, stabilite printr-un act normativ cu putere superioară de la care nu se poate deroga decât printr-un act de cel puțin aceeași valoare. Față de aceste considerente, instanța apreciază că la data săvârșirii contravenției referitoare la derularea unei operațiuni vamale inițiate sub imperiul H.G. nr. 626/1997 erau aplicabile dispozițiile acestui act normativ, motiv pentru care instanța va dispune reducerea amenzii aplicate petentei de la 25.000.000 lei la 700.000 lei, menținând celelalte dispoziții ale procesului-verbal de contravenție nr. 663/6.12. 2001 încheiat de Direcția Generală a Vămirilor – Direcția Regională Vamală Interjudețeană Iași.

Notă: Sentința Judecătorei Iași reprezintă o interpretare a normelor pentru reglementarea intrării în vigoare a contravențiilor și a succesiunii acestora în timp, în cazul unei soluții legislative cel puțin discutabile. Legiuitorul, prin norma cadru a contravențiilor (O. G. nr. 2/2001 art. 4) statuează că actele normative ce reglementează contravenții vor intra în vigoare într-un termen de minimum 30 de zile de la data publicării. Prin excepție, în caz de urgență, contravențiile intră în vigoare după trecerea unui termen de cel puțin 10 zile de la publicare, dar urgența nu se prezumă, ea trebuie stipulată clar în cuprinsul actului normativ. În cazul de față, dintr-o regretabilă eroare a autorilor Regulamentului de aplicare al Codului Vamal aprobat prin H.G. nr. 1114/2001, nu s-a inserat un articol care să facă trimitere la dispozițiile O.G. nr. 2/2001 ceea ce a generat o problemă de interpretare.

Judecătorul cauzei s-a văzut pus în ipostaza de a sacrifica unul din două principii de interpretare ale legii:

– actele normative intră în vigoare în integralitatea lor la momentul publicării în M. Of. dacă nu se specifică nimic despre acesta la finele actului. Prin excepție anumite acte normative pot intra în vigoare „fracționat” dacă legiuitorul inserează textul, „... se aplică de la data publicării cu excepția articolelor ... care vor intra în vigoare după ... zile de la data publicării”.

– nu se poate deroga de la o lege sau ordonanță printr-o hotărâre de guvern, act administrativ de autoritate cu caracter normativ având implicit o forță juridică inferioară. În cazul de față s-a considerat că al doilea principiu este mai important, nefiind echitabil pentru justițiabil să fie aplicată în cazul normelor cu caracter de sancțiune, cum sunt cele contravenționale într-un mod obtuz prezumția că „de la data publicării în M. Of., legea se consideră a fi cunoscută de toată lumea” datorită unor realități obiective care nu pot fi ignorate. Aceasta este și rațiunea existenței articolului 4 în O.G. nr. 2/2001 (nota 1). Deși soluția instanței a inaugurat practic apariția unei categorii „originale” de acte normative, cele care intră în vigoare secvențial (nota nr. 2) fără ca legiuitorul să fi prevăzut aceasta, era cea mai puțin rea din cele două posibile. Într-o altă abordare s-ar putea afirma că în virtutea puterii „de a spune dreptul” instanța a „admis” o excepție de ilegalitate care n-a fost numită astfel în considerentele hotărârii judecătorești. Această soluție vine să infirme cu argumente greu de combătut soluția imaginată de doctrină (nota nr. 3) pentru această problemă. S-a afirmat că „În ipoteza în care un act normativ conține în subsidiar și norme contravenționale, fără a prevedea o dată

expresă a intrării sale în vigoare, ar trebui să ajungem la concluzia că, aplicând dispozițiile de principiu ale Ordonanței (art. 4 alin. 1), actul intră în vigoare la data publicării lui, iar normele contravenționale numai după 30 de zile de la publicare. În realitate întregul act formând o entitate unitară, în lumina principiilor legislative va trebui ca intrând în vigoare în întregime la data publicării lui.

În ipoteza în care reglementarea prevede o dată certă (sic) a intrării sale în vigoare – care poate fi mai scurtă, egală, sau mai mare de 30 de zile – iar taxele contravenționale nu fac altă referire, și normele de sancționare vor intra în vigoare la aceeași dată cu actul propriu-zis, dar nu mai puțin de 10 zile, pentru cazurile urgente, din momentul publicării (conform art. 4 alin. 2 din ordonanță).“

Pentru a verifica ipoteza autorului sus-menționat, presupune că un act normativ care conține și norme contravenționale ar intra în vigoare prin voința expres stipulată a legiuitorului, după 5 zile de la publicare. Aceasta ne obligă să conchidem că normele de sancționare ar trebui să intre în vigoare după încă 5 zile, pentru a fi satisfăcută condiția impusă prin norma imperativă de la art. 4 alin. 2 din ordonanță, deci actul normativ intră, necesarmente în vigoare secvențial.

IV. JURISPRUDENȚĂ REZUMATĂ

Rubrica reunește expuneri sintetice ale **hotărârilor judecătorești și ale altor soluții ale organelor judiciare (rechizitorii, ordonanțe, rezoluții etc.)**. Își propune să reflecte nu numai problemele inedite, ci cu prioritate chestiunile juridice care apar cu mare frecvență în fața justiției. Astfel, se dorește a fi o oglindă fidelă a preocupărilor cele mai recente ale practicienilor și, concomitent, o sursă de inspirație pentru cei care vor trebui să soluționeze probleme asemănătoare.



ADOPTIE – Adopție internațională – Condiții – Frați ai adoptatului – Existență (da) – Despărțire de frați – Interes superior al copilului – C.fam. și O.U.G. 25/1997

Speța I

C.Ap. Buc.IV civ., dec. 4030/ 30 mai. 2000 • recurs c/ sent.civ. 610/21 sept. 2000 a Trib. București V civ. și cont. adm.

Examinând cauza sub toate aspectele conform art. 304 C.pr.civ. instanța de recurs reține următoarele considerente :

Într-adevăr, potrivit O.U.G. nr.25/1997 cu privire la adopție, pentru încuviințarea adopției trebuie îndeplinite condițiile de formă și de fond.

În speță, sunt îndeplinite cerințele privitoare la consimțământul celor care adoptă și al părintelui firesc (art.7 lit.a și d); familia care adoptă are capacitate deplină de exercițiu (art.5 alin.1); diferența de vârstă între persoana care adoptă și cel care urmează să fie adoptat (art.5 alin.1); cel ce urmează a fi adoptat nu a dobândit capacitate deplină de exercițiu (art.2 alin.1); condițiile speciale pentru persoanele cetățeni străini (art.11 alin.2); atestatul Comisiei pentru Protecția Copilului (art.6 alin.1, 2); avizul favorabil al Comisiei (art.7 alin.1, lit.b).

În mod greșit instanța de fond a reținut că nu este îndeplinită cea mai importantă condiție de fond pentru adopție și anume interesul superior al celui ce urmează a fi adoptat.

Prin interesul celui ce urmează a fi adoptat trebuie să se înțeleagă atât interesul moral de a primi educație, învățătură și o creștere corespunzătoare cât și interes patrimonial, deoarece, alături de alte fapte, împrejurări, starea materială contribuie la crearea condițiilor în care se poate realiza minorul mai bine.

Este adevărat că legătura afectivă dintre frați poate fi o împrejurare ce poate fi avută în vedere dar ea nu este determinantă pentru aprecierea interesului minorului.

Pentru a concluziona astfel, instanța nu a analizat în suficientă măsură actele și lucrările dosarului.

Din ancheta psiho-socială privind situația copilului E.A., rezultă că acesta provine dintr-o legătură întâmplătoare a mamei, nefiind recunoscut de către tată. Copilul este născut la 12.04.2000 în vârstă de 8 luni, iar prin hotărârea nr.374/18.05.2000 s-a stabilit măsura de ocrotire - plasamentul său la Fundația "Copiii Speranța Lumii". Cei doi frați nu s-au cunoscut, dată fiind vârsta și situația în care se află mama, așa încât nu există vreun grad de atașament sau legătură afectivă pentru a putea fi protejată.

Simpla împrejurare că minora are un frate nu este suficientă pentru a concluziona că nu este în interesul copilului de a fi adoptat.

Prioritar pentru copil este creșterea, educarea, învățătura, pregătirea profesională, iar în plan personal și social, ancheta psiho-socială îl caracterizează ca prietenos cu persoanele apropiate, se atașează ușor de persoanele cu care vine în contact și nu prezintă probleme de adaptare ceea ce demonstrează că împrejurarea reținută de instanță nu avea prea multă importanță la stabilirea interesului copilului.

Deși sănătos clinic, copilul este în evidența cabinetului individual cu rahitismflorid și anemic clinic- ceea ce atrage concluzia că prioritatea pentru ocrotirea interesului său este starea sănătății și mediul social. Ancheta socială în vederea adopției internaționale recomandă soții H. ca fiind persoane apte pentru adopție. Au o căsnicie solidă, având aceleași valori și idealuri, comunică foarte bine, se respectă și se susțin reciproc, au un stil de viață și situație materială care creează convingerea că reprezintă o familie ce-i poate oferi condiții optime de dezvoltare fizică și morală a copilului.

În plus, pregătirea profesională a soților H., metodele pedagogice pe care înțeleg să le aplice așa cum sunt descrise în anchetă sunt argumente completatoare care justifică pe deplin convingerea că interesul celui ce urmează a fi adoptat este de a se bucura de acest climat moral și familial încă din primii ani ai copilăriei.

Față de aceste considerente, instanța va admite recursul, va casa sentința și admitând cererea petenților va încuviința adopția minorei.

Speța II

C.Ap. București, s. IV civ., dec. 4206/ 18 dec. 2000 • recurs c/ sent. Civ. 609/ 21 sept. 2000 a Trib. București, s. V civ. și cont. adm.

Frații E.M., născut la 23 martie 1999 și E.A., născută la 12 aprilie 2000 provin din legăturile mamei cu bărbați diferiți, fiind născuți și abandonati în maternități diferite pentru ca apoi să se ia măsura plasamentului de urgență la instituții de ocrotire.

Așa cum bine a reținut tribunalul, în cauză sunt îndeplinite toate condițiile de fond necesare pentru încuviințarea cererii de adopție a minorului E.M. născut la 23 martie 1999 de către recurenți.

Referitor la neîndeplinirea condiției de fond, respectiv interesul superior al minorului trebuie făcute o serie de precizări.

În primul rând la momentul la care recurenții au solicitat Comitetului Român pentru Adopții încuviințarea adopției unui copil sau a unui "grup" de copii a fost avut în vedere minorul E.M. declarat abandonat prin sentința civilă nr.297/9 martie 2000.

La acea dată, mai 2000, nu se cunoștea faptul că mama minorului E.M., urma să mai dea naștere unui alt copil care de asemenea avea să fie abandonat de către mamă.

În aceste condiții nu se putea reține în sarcina recurenților vina de a-i despărți pe cei doi frați cum greșit a reținut tribunalul.

De altfel, recurenții au menționat că după adopția minorului E.M. intenționau să îndeplinească procedura necesară în vederea adopției și a minorei E.A.



CASĂ NAȚIONALIZATĂ – Chiriași – Cumpărare de la stat – Preț achitat de către toți – Interdicție de înstrăinare – Art. 9 al. ultim L. 112/1995 – Încălcare (nu)

C.Ap. Cluj, s.civ.dec. 863/ 20 apr. 2001 • recurs c/ dec. 122/ 26 ian. 2001 a Trib. Cluj

Promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare a unei case naționalizate cumpărate de către chiriașă nu este un act translativ de proprietate – ca urmare, nu încalcă interdicția prevăzută de art. 9 al. ultim din Legea nr. 112/1995. Cererea făcută de terții promitenți-cumpărători, consecutiv decesului promitentei-vânzătoare, de a fi obligat moștenitorul ultimei la perfectarea înstrăinării este însă prematură, câtă vreme termenul legal de 10 ani nu s-a împlinit.

 **COMPETENȚĂ MATERIALĂ – Legea nr.10/2001 – Imobil reținut de primărie – Dispoziție de restituire în natură – Contestare – Competență – Instanța civilă – Art. 20 și 23 L.10 /2001, art. 304 pct.3 și 312 al.6 C.pr.civ.**

C.Ap. Alba-Iulia, s.com. și cont. adm., dec.civ. 304 și 305/ 22 martie 2002 • recurs c/ sent.civ. 1824 și 1825/ 11 dec. 2001 a Trib. Sibiu s.com. și cont.adm.


Dispoziția primarului de restituire în natură a unui imobil deținut de primărie este emisă nu în calitate de organ administrativ, ci în baza legii speciale nr.10/2001 art. 20 și 23. Ca urmare, în speță, atacându-se o restituire dispusă în favoarea unei persoane care nu mai există și nu în favoarea persoanei care a făcut cererea, competența soluționării în fond revine instanței de drept comun – judecătoreie.

 **CONTESTAȚIE LA EXECUTARE - Lege mai favorabilă - Art. 15 C.pen.**

Jud. sect.5. București, sent. pen. nr. 1188/2001

Petentul S.D. a formulat în data de 28.11.2000 contestație la executare, solicitând modificarea modalității de executare a pedepsei de 4 luni închisoare dispusă pentru comiterea infracțiunii de furt calificat, deoarece după condamnarea sa definitivă s-au modificat dispozițiile legale cu privire la posibilitatea de acordare a suspendării condiționate pentru furtul calificat, motivându-și cererea cu art. 114 alin. 4 din Constituție și art. 15 C.pen.

Instanța a respins cererea cu motivarea că modificarea condițiilor de acordare a suspendării condiționate, nu reprezintă o cauză de micșorare a pedepsei, instituția suspendării condiționate fiind o modalitate de individualizare a pedepsei, complementară pedepsei, nefiind incidente dispozițiile art. 15 C. pen.

 **CONTRACT DE MUNCĂ – Desfacere unilaterală – Mutare a sediului unității în altă localitate – Decizie de desfacere a contractului – Comunicare (nu) – Luare la cunoștință în alt mod (nu) – Art. 73 L.168/1999 – Posibilitate a unității a asigura pe plan local forța de muncă – Dovedire (nu) – Art. 130 al.1 lit.c și d Codul muncii**

C.Ap. Iași, s.civ., dec. 2260/ 12 dec. 2001 • recurs c/sent.civ.532/ 1 mai 2001 a Trib. Vaslui

Se va anula ca nelegală, în raport cu prevederile art. 130 al.1 lit.c și d Codul muncii, dispoziția de desfacere unilaterală a contractului de muncă și se va dispune reintegrarea contestatoarei pe postul anterior deținut și obligarea intimatei la plata drepturilor bănești cuvenite contestatoarei, de vreme ce unitatea nu a probat că i-ar fi comunicat decizia și nici

că aceasta ar fi luat-o la cunoștință în vreun alt mod, de vreme ce nu a probat nici că are posibilitatea de a asigura pe plan local cadrele necesare și nu a verificat dacă nu cumva contestatoarea acceptă să o urmeze la noul sediu. În plus, nu s-a solicitat nici sprijinul organului ierarhic superior și al organului de repartizare a forței de muncă pentru oferirea unui alt loc de muncă.



FALIMENT – Răspunderea personală a administratorului – Art. 124 L. 64/1995

C.Ap. Pitești, s.com. și cont.adm., dec. 287/ 19 sept. 2001

Reclamanta Direcția Generală a Finanțelor Publice și Controlului Financiar de Stat a județului Vâlcea a sesizat tribunalul Vâlcea pentru stabilirea răspunderii personale a administratorului S.C. „M” S.R.L., S.M., precum și instituirea sechestrului asigurător asupra bunurilor personale ale acestuia.

Tribunalul, examinând probele administrate în cauză și consultând dosarul de faliment al societății, a reținut că pentru activitatea comercială din anii 1997 și 1998, S.C. „M” S.R.L. figurează în evidențele fiscale cu restanțe la TVA în sumă de 148 615 070 lei, impozit pe profit în sumă de 14 292 083 lei, la care au fost calculate majorările de întârziere precizate de reclamantă în sumă de 365 513 372 lei pentru TVA și 39 755 510 lei pentru impozitul pe profit;

că din anul 1999, pârâtul nu a mai depus la organele fiscale bilanțul anual și nu a prezentat lichidatorului documentele financiar-contabile și că pârâtul, cât și societatea nu mai pot fi găsiți la adresa indicată la Registrul Comerțului.

Ca urmare, instanța a apreciat că pârâtul încearcă să se sustragă derulării procedurii de lichidare judiciară.

În consecință, tribunalul a considerat refuzul pârâtului de a pune la dispoziția instanței sau lichidatorului documentele financiar contabile pentru anii 1999 și 2000, duce la concluzia că acesta nu a ținut contabilitatea în conformitate cu legea, fapta sa fiind prevăzută la art. 124 lit. d din Legea nr. 64/1995.

Totodată, din neplata obligațiilor bugetare pentru activitatea din anul 1998, instanța a dedus că sumele neplătite au fost însușite de pârât, cât timp nu se regăsesc în contabilitatea firmei, faptă prevăzută de art. 124 lit. a din Legea nr. 64/1995.

În ce privește majorările de întârziere pretinse de reclamantă, instanța a apreciat că nu au fost însușite de pârât și că pentru acestea nu poate fi antrenată răspunderea acestuia.

Prin recurs, reclamanta critică sentința pentru neobligarea pârâtului și la plata majorărilor de întârziere, solicită modificarea hotărârii în acest sens, invocând art. 304 pct. 8, 9, 10 C. pr. civ., cere instituirea sechestrului asigurător asupra bunurilor personale ale pârâtului.

Curtea a considerat recursul fondat, potrivit celor ce se vor menționa în continuare.

Stabilirea răspunderii patrimoniale în condițiile art. 124 al Legii nr. 64/1995 presupune existența unui pasiv social stabilit în procedura colectivă, rămas neacoperit, în urma distribuirii sumelor încasate din lichidarea bunurilor.

Chiar dacă stabilirea răspunderii se poate face la cererea unui creditor, potrivit art. 126 al legii, raportarea faptelor prevăzute de art. 124 are loc la pasivul rămas neacoperit, deoarece art. 125 prevede că sumele depuse potrivit art. 124 alin. 1 vor intra în averea debitorului și vor fi destinate, în caz de reorganizare, completării fondurilor necesare în vederea continuării activității debitorului, iar în caz de lichidare, plății datorilor.

Raportul juridic de răspundere patrimonială între administrator și societate nu privește o datorie individualizată a societății față de un creditor.

În procedura stabilirii răspunderii patrimoniale potrivit art. 124, este necesar, așadar, să fie probate stabilirea masei pasive și active și a valorii pasivului rămas neacoperit din lichidare în condițiile Legii nr. 64/1995.

Suma de bani pentru care se stabilește răspunderea reprezintă o despăgubire și nu majorări de întârziere pentru impozite sau taxe ori alte creanțe fiscale, deoarece instanța nu poate schimba subiectele raporturilor bugetare, stabilite prin legi de ordine publică și nici nu poate crea, cum solicită reclamanta, un titlu de creanță fiscală, având ca debitor pe administrator în locul societății, deoarece în acest mod ar eluda dispozițiile art. 125 și art. 108 ale legii cu privire la destinația sumelor din despăgubire și ordinea distribuirii suplimentare a sumelor obținute din lichidarea averii debitorului.

Prin urmare, în cauză, în condițiile în care numai reclamanta a declarat recurs și nu i se poate înrăutăți situația în propria cale de atac, raportarea faptelor prevăzute de art. 124, dovedite a fi fost săvârșite de administrator trebuia să se facă la pasivul social neacoperit care poate cuprinde eventual și majorări de întârziere, în cuantumul avut în vedere pe tabelul total al obligațiilor.

Considerentul potrivit căruia majorările nu ar fi fost însușite de pârât nu are în vedere o asemenea cercetare judecătorească și pentru că, în ce privește sumele așa-zis pretinse cu titlu de majorări, instanța a soluționat procesul fără a intra în cercetarea fondului.

Se va admite recursul și în temeiul art. 312 alin. 5 C.pr.civ., se va casa sentința în parte numai cu privire la suma pretinsă ca majorări și se va trimite cauza spre rejudecare la același tribunal.



FOND FUNCJAR – Teren – Expropriere pentru utilitate publică – Decr. 94/1949 – Rezervor de apă pentru alimentarea orașului – Funcționalitate (nu) – Suprafață de teren rămasă liberă – Revendicare – Termen – Respectare (da) – Primărie – Calitate procesuală pasivă (da) – Art. 34 L. 1/2000 – Incidentă (da)

C.Ap. Iași, s.civ., dec. 1732/ 17 oct. 2001 • recurs c/dec.civ. 627/ 8 iun. 2001 a Trib. Vaslui

Dispozițiile art.34 din Legea nr. 1/2000 sunt aplicabile în speță și decizia tribunalului trebuie modificată în tot, din moment ce terenul litigios trecuse în proprietatea Primăriei Bârlad ca urmare a exproprierii pentru utilitate publică în baza Decretului nr. 94/1949, rezervorul construit pentru alimentarea orașului nu mai este în prezent funcțional, iar porțiunea rămasă liberă și revendicată în termenul legal de către recurent nu este necesară întreținerii sau unei eventuale repuneri în funcțiune a rezervorului.



FURT LA PLÂNGERE PREALABILĂ – Complicitate - Art. 210 C. pen.

Jud. Cluj-Napoca, sent.pen.nr.994/2001

S-a reținut că inculpata S.D., aflând cu ocazia unei vizite la domiciliul lui S.T din Cluj-Napoca, a aflat că acesta are în casă mai multe tablouri de valoare. S.T. a lăsat moștenire întregul său patrimoniu lui T.O., care era și concubinul lui S.T. și cu care aceasta locuia împreună în Aiud. După moartea lui S.T., inculpata a luat hotărârea să sustragă bunurile moștenite de concubinul său. Pentru aceasta a multiplicat cheile de la garsonieră și a dat

dublura inculpaților T.I. și U.C. care respectând instrucțiunile inculpatei au pătruns în garsoniera moștenită de T.O. și au sustras un număr de tablouri.

Instanța a condamnat inculpata pentru complicitate la furt comis de cel care locuiește cu partea vătămată (art. 210 C.pen.), hotărând că este fără importanță, faptul că furtul s-a comis în alt loc decât cel în care inculpata locuia împreună cu partea vătămată.



IMOBIL NAȚIONALIZAT – Decr. 92/1950 – Revendicare de drept comun – Reclamante despăgubite în baza L. 112/1995 – Imobil intrat în patrimoniul unei societăți legal privatizate – Imobil nelegal naționalizat – Antecesor al reclamantelor pensionabil, nu pensionar – Decr. 524/1955 – Respingere a acțiunii

C.Ap. Iași, s.civ., dec.30/ 23 mai 2001 • apel c/sent. 710/ 2 oct. 2000 a Trib. Vaslui

Nu se putea reține că statul român a preluat imobilul litigios fără titlu, de vreme ce antecesorul reclamantelor nu intra în categoriile sociale exceptate de la naționalizare – fiind doar pensionabil, nicidecum pensionar, după cum solicită Decretul nr. 524/1955. În plus, restituirea în natură nu este posibilă și pentru că reclamantele primiseră deja despăgubiri în baza Legii nr.112/1995, când comisia a constatat că imobilul face parte din patrimoniul societății pârâte legal privatizate la care aceasta făcuse substanțiale îmbunătățiri.



1) IMPOZIT PE PROFIT – Sediul administrativ – Reparație capitală – Extindere a activității în scopul obținerii de profituri suplimentare – Impozitare – Reducere cu 50% - Legalitate (da) – Art. 7 lit. c, O.G. 70/1994

2) TAXĂ PE VALOARE ADĂUGATĂ – Bunuri materiale aprovizionate și utilizate pentru desfășurarea de activități comerciale în vederea obținerii de profit – Consumuri proprii – Aplicabilitate (da) – Impozit pe profit – Diminuare – Prejudiciere a bugetului statului – Indiferență, în cazul concret – O.U.G. 17/ 2000, H.G. nr. 400/2000

Curtea de Conturi, Colegiul jurisdicțional al mun. București, sent. nr. 2/5 ian 2001

1) Nu se poate reține că Sucursala Petrom Satu-Mare și-ar fi diminuat obligația de plată cu titlu de impozit pe profit aferent anului 1997, de vreme ce prin reparația capitală a sediului administrativ viza să i se dea acestuia destinația de spații comerciale – ceea ce se încadrează în ipoteza legală a extinderii activității în scopul obținerii de profituri suplimentare, prevăzută de art. 7 lit. c din O.G. nr. 70/1994. Concluzia trebuie reținută cu atât mai mult, câtă vreme textul nu limitează concepul de “extindere a activității”, aceasta putându-se referi și la spații comerciale, câtă vreme esența activității pârâtei sunt tocmai activitățile de comercializare, nu de producere, a produselor petroliere iar practica a arătat că stațiile Petrom modernizate au înregistrat o creștere a activităților de comercializare, și, în fine, câtă vreme reparația capitală conține toate elementele ce caracterizează o investiție.

2) În speță este adevărat că pârâta a preluat în consum propriu bunuri materiale aprovizionate și utilizate pentru desfășurarea activității comerciale în vederea obținerii de profit, căror bunuri le-a aplicat TVA, virată bugetului, în sumă de 143.573.231 lei și care a intrat pe cheltuieli deductibile, diminuând astfel profitul impozabil și, implicit, impozitul pe profit cu suma de 54.557.828 lei. Însă dacă nu s-ar fi aplicat TVA asupra respectivelor

materiale (așa cum, dealtfel, prevede H.G. nr. 400/2000), s-ar fi vărsat la bugetul statului un impozit pe profit mai mare cu 54.577.828 lei, dar, în mod corespunzător același buget ar fi fost lipsit de suma de 143.573.231 lei cu titlu de TVA. Ca urmare, nu s-a reținut existența vreunui prejudiciu și nu se poate angaja răspunderea pârâtei.



ÎNSCRIERE ÎN FALS – Procedură – Declanșare – Moment – Suspendare a judecării – Art. 183 C.pr.civ. – Aplicabilitate a art. 244 pct.2 și 581 C.pr.civ. (nu)

C.Ap. Iași, s.com., dec.65/ 28 ian.2002 • recurs c/înch. din 15 mai.2001 a Trib. Vaslui

Procedura înscrierii în fals nu este supusă unui termen anume până la care ar fi putut fi invocată, este aplicabilă indiferent de natura falsului și se declanșează în timpul judecării indiferent de stadiul în care se află cauza, în urma denunțului făcut de partea interesată.

Cauza nu poate fi soluționată pe fond, atâta timp cât a fost formulată cererea de înscriere în fals pentru cele două înscrieri prezentate de reclamantă.

Reclamanta nu poate obține obligarea pârâtei la plată, de vreme ce ultima a declanșat procedura înscrierii în fals – ceea ce face inaplicabile dispozițiile art. 244 pct.2 C.pr.civ. și incidente cele ale art. 183 C.pr.civ. De asemenea, nu pot fi reținute nici prevederile art.581 C.pr.civ., deoarece reclamanta nu a făcut dovada urgenței soluționării acestei cauze, mai ales că primise deja o parte din suma datorată.



OBLIGAȚII FISCALE – Neachitare – Majorări de întârziere – Culpă – Culpă – Apreciere *in abstracto* (nu) - Apreciere *in concreto* (da)

Curtea de Conturi, Colegiul Jurisdicțional Cluj, sent. 43/ 5 oct. 2000

Prin sesizarea procurorului financiar de pe lângă Camera de Conturi Cluj, înregistrat la Colegiul jurisdicțional Cluj, s-a solicitat obligarea pârâtei S.C. “I.S.” S.A Câmpia-Turzii la plata TVA-ului datorat în intervalul 1 oct. 1999-31 mar. 2000 și a majorărilor de întârziere în plată. S-a mai cerut ca majorările de întârziere în plată să fie recuperate ca despăgubiri de la pârâții S.S., director general, B.M., director economic.

Majorările de întârziere în plată, achitată de contribuabil, potrivit sesizării procurorului financiar, privește pe pârâții S.S. și B.M.

Desigur, majorările de întârziere în plată sunt un prejudiciu pentru unitate și, de principiu, se impune recuperarea lor, dar răspunderea administratorilor, a directorilor executivi și a altor “persoane”, în cazul în care au participat ... la producerea daunei (art. 42 (2) din Legea nr. 94/1992), se întemeiază întotdeauna pe faptul culpabil, indiferent de forma vinovăției.

Dacă pentru obligațiile fiscale s-ar putea susține că există o răspundere mai mult sau mai puțin obiectivă, deși și pentru acestea instanța apreciază că forța majoră exonerează de răspundere, altminteri nu ar fi posibil ca titularii drepturilor să acorde înlesniri la plata obligațiilor bugetare, conform art. 82 din O.G. nr. 11/1996, întrunirea tuturor condițiilor răspunderii civile delictuale este o condiție *sine qua non* pentru instituirea acesteia pentru persoanele fizice.

„Diligența ce trebuie să o depună un administrator de la o societate comercială, în îndeplinirea atribuțiilor, este cea a unui bun proprietar”, în accepțiunea ce o dă acestui concept juridic art. 1080 C. civ. (A. Man, C. Morar, Notă la Decizia Curții de Conturi – Secția Jurisdicțională nr. 745/12.11.1998, în Revista de Drept Comercial, nr. 1/2000, pag. 103).

Mutatis mutandis, cele arătate mai înainte, conform art. 147 din Legea nr. 31/1990, republicată, sunt valabile și pentru directorii executivi.

În speță, s-a administrat un laborios probatoriu cu înscrișuri, inclusiv s-au cerut relații de la acționarul principal.

Din documentele de la dosar și din adresa F.P.S., rezultă că organele de conducere ale societății comerciale au depus diligențe continue și stăruitoare pentru achitarea datoriilor către creditorii bugetari, îndeosebi față de Ministerul Finanțelor. Dovadă sunt atestările structurilor în teritoriu ale M.F., demersurile F.P.S. și ale Ministerului Industriei și Comerțului pentru eșalonarea datoriilor fiscale și scutirea de majorări.

Cu privire la valoarea probatorie a actului F.P.S., trebuie luată în considerare că acesta "nu este o societate comercială, ci o instituție publică ce face parte din sistemul organelor administrației publice" (G. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societății comerciale*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 48)

Pe de altă parte, pârâta, în perioada controlată, a trebuit să ramburseze un credit în valută luat pentru finalizarea unor investiții importante, care au evitat intrarea firmei în procedura de faliment.

În aceste circumstanțe, o eventuală culpă nu trebuie apreciată *in abstracto*, cum pare să sugereze art. 1540 C. civ., care se referă la o situație stabilă, normală, ci *in concreto*, care trebuie să aibă în vedere posibilitățile efective ale celor care erau chemați să onoreze obligațiile, inclusiv datoriile fiscale ale societății comerciale.

Conchizând că majorările de întârziere în plată nu sunt consecința unor fapte culpabile, se respinge sesizarea procurorului financiar de a obliga cei doi pârâți la plata despăgubirilor civile.



OMOR DEOSEBIT DE GRAV – Tâlhărie - Incendierea victimei - Art. 176 lit. a, d C.pen

CSJ, s.pen, dec.2209/2000

Inculpatul C.N. a fost condamnat pentru comiterea infracțiunilor de omor deosebit de grav, tâlhărie, violare de domiciliu, reținându-se că la 2.05. 1998 a pătruns în domiciliul victimei și fiind surprins de aceasta după ce a sustras suma de 200000 lei. Inculpatul, a fost convins că a fost recunoscut de victimă, a lovit-o cu un scaun și apoi cu o șipcă până a doborât-o la pământ. După ce a încetat atacurile sesizând că victima încă trăia cu ajutorul unui chibrit a inițiat 3 focare de incendiu după care a părăsit încăperea.

Raportul de expertiză medico-legală a concluzionat că moartea victimei a fost violentă și s-a datorat șocului traumatic și hemoragiei meningo-cerebrale, urmare a unui traumatism craniu-cerebro-toracic și al membrilor, leziuni ce s-au produs prin loviri repetate cu un corp dur și prin arsuri.



PLÂNGERE ÎMPOTRIVA ACTELOR PROCURORULUI - Art. 11 al. 1 pct. 1 lit. b rap. la 10 b¹ C.pr.pen.

Jud. Alexandria, încheierea nr. 147/2001

Petentul a formulat plângere împotriva ordonanței nr. 1266/2000 prin care i s-a aplicat o amendă cu caracter administrativ în temeiul art. 18¹ C.pen. după ce s-a dispus scoaterea sa de sub urmărire penală deoarece fapta nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni.

Instanța a respins plângerea ca nefondată, după ce a apreciat că starea de fapt reținută a fost exactă, încadrarea juridică și soluția de scoatere de sub urmărire penală sunt corecte.



PLÂNGERE ÎMPOTRIVA ORDONANȚEI PROCURORULUI DE NEÎNCEPERE A URMĂRIII PENALE- Dispunerea completării urmăririi penale

Jud. Drăgășani, sent. pen. nr. 288/2001

Instanța a apreciat că soluția de neînțepere a urmăririi penale împotriva lui C.N. este greșită, deoarece nu au fost administrate suficiente probe în faza de urmărire penală pentru a se putea decide că C.N. nu a comis infracțiunea de viol asupra petentei.

Din acest motiv instanța admite plângerea petentei, parte vătămată, împotriva rezoluției parchetului, infirmă soluția de neînțepere a urmăririi penale și trimite dosarul Parchetului de pe lângă Judecătoria Drăgășani pentru a se completa urmărirea penală și completarea probelor privind săvârșirea de către C.N. a infracțiunilor de viol și perversiune sexuală.



RĂSPUNDERE CIVILĂ – Impozite – TVA – Neachitare – Culpă a creditorului (da) – Exonerare de răspundere a debitorului (da) – Acte depuse de pârât după închiderea dezbaterilor în fond – Punere în discuția părților (nu) – Irelevantă

Curtea de Conturi, secția jurisdicțională, dec. 495/18 oct. 2001 • recurs c/sent. 22/ 21 mai 2001 a Curții de Conturi, Colegiul Jurisdicțional Cluj

Nu se poate reține culpa exclusivă a pârâtului pentru necalcularea și nevirarea corectă a TVA, din moment ce la data de 18 octombrie 2000, organul de control al Administrației Financiare a municipiului Cluj-Napoca a efectuat un control asupra modului de calcul și vărsare al impozitelor și taxelor datorate bugetului statului, ocazie cu care nu s-au constatat abateri. Ca urmare, culpa pârâtului a fost absorbită de cea a creditorului.

Actele depuse ulterior dezbaterii în fond a cauzei erau concluzii scrise, iar nu acte noi, astfel că nu s-a încălcat principiul fundamental al dreptului la apărare și contradictorialitate.

Prin sentința nr. 22/2001, pronunțată de Colegiul Jurisdicțional Cluj, s-a admis, în parte, sesizarea Procurorului financiar înregistrată la 5 aprilie 2001, în litigiul privind persoana juridică creditoare Administrația Protocolului de Stat RA – S.R.P. "Victoria", obligând pârâtul să achite unității păgubite suma de 2.707 lei foloase nerealizate.

Constată că pârâtul a achitat suma de 44.912 lei pagubă efectivă după înțeperea instanței. Instanța obligă pârâtul și la 50.000 lei cheltuieli de judecată în favoarea statului.

A dispus respingerea acțiunii pentru 4.647.964 lei pagube efective și 471.158 lei foloase nerealizate determinate până la 21 mai 2001 ca neîntemeiate.

Pentru a pronunța această sentință instanța constată că Direcția de control financiar Cluj a efectuat în intervalul 2 februarie – 19 martie 2001 la Sucursala pentru reprezentare și protocol "Victoria" Cluj-Napoca din cadrul Regiei Autonome "Administrația Patrimoniului Protocolului de Stat" un control asupra modului de administrare a patrimoniului.

Potrivit procesului – verbal de constatare din 19 martie 2001, în activitatea sucursalei s-au constatat abateri financiare constând în înregistrarea de perisabilități peste normele legale, bunuri constatate depreciate cu prilejul inventarierii, dar neimputabile, în sumă de 18.569.681 lei pentru care nu s-a calculat și nu s-a vărsat la bugetul de stat TVA în sumă de

2.101.133 lei. La această sumă reprezentând obligație de bază se adaugă majorări de întârziere calculate de la scadență și până la plata TVA în sumă de 4.647.964 lei.

S-a mai constatat că nu s-au achitat taxele pentru terenurile proprietate de stat prevăzute de Legea nr.69/1993 în sumă de 334.147 lei datorate Consiliului local al municipiului Cluj-Napoca și Consiliului local Călățele pe lunile noiembrie și decembrie 2000, la care s-au calculat majorări de întârziere în sumă de 44.912 lei.

La data de 18 octombrie 2000 Administrația financiară a municipiului Cluj-Napoca a efectuat un control asupra modului de calcul și vărsare a impozitelor și taxelor datorate bugetului statului la Sucursala Victoria.

Organele de specialitate nu au constatat abateri, motiv pentru care nu se poate pretinde că în speță, contribuabilul, prin reprezentanții săi trebuia să cunoască mai bine modul în care urmează să fie aplicate normele juridice fiscale în vigoare. Așa fiind, primul capăt de cerere se respinge pe motivul că culpa debitorului se înlătură sau se micșorează pentru că nu subzistă culpa ca element al răspunderii civile.

Cu privire la cel de al doilea capăt de cerere privind achitarea cu întârziere a taxei pentru terenurile proprietate de stat și achitarea de către Sucursala Victoria cu titlu de majorări de întârziere a sumei de 44.912 lei reprezentând pagubă efectivă pentru intervalul 13 martie – 26 aprilie 2001 se calculează suma de 2.707 lei reprezentând foloasele nerealizate.

Pârâtul a recunoscut vina, a și achitat echivalentul majorărilor prin chitanța de la fila 11 – dosarul cauzei, fiind exigibile numai foloasele nerelizate în sumă de 2.707 lei pentru care este obligat la plată pârâtul.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs jurisdicțional procurorul financiar susținând că hotărârea este netemeinică, cu încălcarea principiilor fundamentale ale dreptului de apărare și contradictorialității pentru că la termenul de 17 mai 2001 instanța de fond a închis faza probatorie acordând cuvântul în fond, după care a amânat pronunțarea sentinței, și înăuntrul termenului de pronunțare a acceptat depunerea unui set de acte din partea pârâtului Bucșa Horea.

La data de 21 mai 2001 s-a pronunțat sentința nr. 22/2001 fără a mai pune în discuția părților documentele primite de la pârât, acte care au stat la baza soluției instanței de fond și la care face referire în mod expres în sentință.

Instanța de fond în mod greșit a apreciat că pârâtul Bucșa Horea nu este în culpă pentru nevirarea la scadență a taxei pe valoare adăugată.

Nevirarea TVA-ului la scadență și nevirarea taxei pe teren la scadență s-au datorat exclusiv îndeplinirii defectuoase a sarcinilor de serviciu de către pârâtul Bucșa Horea, fapt ce a cauzat unității un prejudiciu în sumă totală de 4.692.876 lei reprezentând majorări de întârziere.

Examinând probele administrate în dosar, curtea constată că sentința atacată este temeinică și legală.

Nu se poate reține culpa exclusivă a pârâtului pentru necalculare și nevirare corectă a TVA, din moment ce la data de 18 octombrie 2000, organul de control al Administrației Financiare a municipiului Cluj – Napoca a efectuat un control asupra modului de calcul și vărsarea impozitelor și taxelor datorate bugetului statului, și ocazie cu care nu s-au constatat abateri.

Pentru aceste considerente nu subzistă culpa pârâtului, motiv pentru care instanța a pronunțat o sentință legală și temeinică. Actele depuse ulterior dezbaterii în fond a cauzei erau concluzii scrise, și nu acte noi, astfel că nu s-a încălcat principiul fundamental al dreptului la apărare și contradictorialitate.

**REABILITARE – Termen – Art.135 lit.a C.pen**

Trib. Teleorman, s.pen, sent. nr. 43/2001

Condamnatul R.D. a adresat în 6.02.2001 o cerere prin care solicită să i se acorde reabilitarea judecătorească deoarece a fost condamnat definitiv la 4 ani închisoare în 17 februarie 1997 după ce pentru aceeași faptă a fost condamnat definitiv în 7.12.1993. Prin decizia penală nr.2318 din 22.09.1995, Curtea Supremă de Justiție a admis recursul în anulare declarat împotriva deciziei de condamnare din 7.12.1993 și a dispus să se refacă urmărirea penală. După refacerea acesteia inculpatul a fost condamnat definitiv prin decizia penală din 17.02.1997.

În motivarea cererii condamnatul a arătat că a fost arestat preventiv între 2.12. 1991 și 7.12.1992 și a fost liberat condiționat la 2. 12. 1993. De asemenea petentul a arătat că din momentul acordării liberării condiționate nu a mai suferit nici o sancțiune penală, este căsătorit, și are un copil în întreținere.

Instanța a respins cererea cu motivarea că termenul de reabilitare nu s-a împlinit deoarece acesta curge în prezenta cauză din momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare. Chiar dacă pedeapsa la care a fost condamnat petentul a fost executată în parte prin deținerea preventivă și s-a împlinit și durata pedepsei pentru fracțiunea de pedeapsă pentru care a beneficiat de liberare condiționată, deoarece pentru ca o pedeapsă să fie considerată executată, trebuie să fie aptă să fie pusă în executare, ceea ce nu este posibil înaintea rămânerii definitive a hotărârii de condamnare.

**REVENDICARE – Pârât – Posesor neproprietar (nu) – Calitate procesuală pasivă – Lipsă – Aplicarea art. 297 C.pr.civ. (nu)****CASĂ NAȚIONALIZATĂ – Legea nr. 112/1995 – Chiriași – Cumpărare de la stat – Bună-credință – Sarcina probei**C.Ap. București, s.IV civ., dec. 4136/ 12 dec. 2000 • recurs c/ dec. civ. 1138/ 6 apr. 2000
a Trib. București, s. III civ.

Se va respinge, pentru lipsa calității procesuale pasive, acțiunea în revendicare introdusă de reclamantii-recurenți împotriva Consiliului General al Municipiului București la o dată la care acesta nu mai era în posesia imobilului litigios, căci îl înstrăinase deja chiriașilor în baza Legii nr. 112/1995. Nu mai prezintă relevanță faptul că instanța de apel a încălcat dispozițiile art.297 C.pr.civ., pentru reclamanți, sau nu a motivat decizia pentru intervenient, atât timp cât excepția lipsei calității procesuale pasive a Consiliului General al Municipiului București este o excepție absolută, de fond, care poate fi invocată în orice fază procesuală, iar admiterea acesteia are prioritate față de o eventuală desființare cu trimitere spre rejudecare la instanța de fond, pentru cercetarea în fond a cauzei.

Chiar dacă s-ar reține nevalabilitatea titlului statului asupra imobilului litigios, actele juridice încheiate de pârâți nu sunt lovite de nulitate absolută întrucât în favoarea lor operează prezumția bunei-credințe, în sensul convingerii acestora că încheie contractul cu adevăratul proprietar. Reclamanții și intervenientul trebuiau să demonstreze reaua-credință în sensul cunoașterii că au contractat cu un neproprietar. Nu cumpărătorii trebuie să demonstreze diligențele efectuate pentru aflarea situației juridice a apartamentelor achiziționate ci moștenitorii fostului proprietar trebuiau să încunoștințeze pe ocupanții-chiriași ai imobilului despre intenția lor de a revendica acest bun, nefiind suficientă modificarea uneia dintre părțile contractului, respectiv Primăria Municipiului București.



REVENDICARE – Teren – Colectivizare – Legea fondului funciar, nr. 18/1991 – Titlu de proprietate – Atacare în termenul legal (nu) CONTRACTE ȘI OBLIGAȚII – Contractul de schimb – Evicțiune (nu) – Prescrierea extinctivă (da) – Teren colectivizat – Respingere a revindicării

C.Ap. București, s. IV civ., dec. 4018/30 noi. 2000 • recurs c/ dec.civ. 1756/2000 a Trib. București, s. III civ.

Reclamanta-recurentă revindică un teren intravilan achiziționat în 1950 și înstrăinat prin schimb pârâților în 1955.

Se va respinge recursul, de vreme ce părților le fuseseră reconstituite în 1993 drepturile de proprietate asupra unor terenuri în baza Legii nr. 18/1991, iar reclamanta nu a atacat în termen titlul pârâților - deși suprafața litigioasă era cuprinsă în acesta.

Chiar trecând peste faptul că terenul în cauză era colectivizat deja în 1955, nu se poate pronunța rezoluțiunea contractului de schimb căruia i-ar fi fost obiect, cât timp evicțiunea pretinsă de reclamat nu a fost probată și, oricum, termenul de prescripție extinctivă s-a împlinit de mult.



TULBURARE DE POSESIE – Distrugere - Concurs - Art. 220 C.pen. - Art. 217 C. pen.

Jud. Huși, sent. pen. nr.529/1998

Instanța a reținut că inculpatul N.V. a ocupat și a îngrădit cu un gard, mai multe suprafețe de vie ce aparțineau mai multor părți vătămate și că de pe suprafețele de vie ocupate a tăiat de la rădăcină mai mulți butuci de vie.

Inculpatul a fost condamnat pentru comiterea unei infracțiuni de tulburare de posesie și a unei infracțiuni de distrugere.

V. RECENZII

Revista "Studia" își propune să scoată în evidență cele mai semnificative **monografii, tratate și cursuri de specialitate** ce apar în țară sau străinătate. Facem deci apel la autori să aibă amabilitatea de a remite redacției un exemplar al lucrărilor pe care le publică, ceea ce va facilita recenzarea lor în timp util.



Jean-Claude Gautron, *Droit Européen*, 10^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2002, 406 p.

Reprezentând un veritabil jubileu, cea de-a X-a ediție a lucrării *Drept European* (apărută în colecția „Mementos Dalloz“) ne este oferită de o personalitate cunoscută și recunoscută: Jean-Claude Gautron – profesor la Universitatea „Montesquieu“ (Bordeaux IV), fost președinte al Comisiei pentru studiul Comunităților europene (C.E.D.E.C.E.) și al Asociației pentru studiul Comunităților europene (E.C.S.A. Europe).

Explicația succesului pe care lucrarea sus-numită îl are pe „piața de specialitate“ este simplă: dreptul comunitar – izvorât din tratatele constitutive ale Comunității europene (încheiate la Paris și Roma), precum și din cele relative la Uniunea Europeană (semnate la Maastricht, Nisa, Amsterdam) – ocupă un loc deosebit de important atât pentru viața social-economică și politică de pe continentul nostru, cât și pentru cea care se desfășoară în afara spațiului european. Într-adevăr, trebuie să avem în vedere – în permanență – două aspecte esențiale ale *dreptului european*: dezvoltarea sa istorică și natura specifică – aceea de drept care împrumută tehnicile dreptului internațional public și mecanismele în vigoare din sistemele juridice interne (naționale).

Lucrarea debutează cu o întrebare: Care Europă? Întrebarea este numai aparent retorică întrucât în rândurile care urmează și care alcătuiesc titlul preliminar al cărții este explicat pe larg cărei Europe i s-a adresat și i se adresează sau îi este incident dreptul reprezentând ansamblul normelor comunitare: *o Europă a statelor* (în care s-a aplicat vechiul drept public european, pe fondul căruia s-au construit primele proiecte de organizare europeană) și mai târziu *Europa contemporană* (cea în care s-a trecut de la polaritatea care a adâncit clivajul Est-Vest la noua arhitectură europeană și în care s-au lansat, dezvoltat și apoi s-au pus în aplicare teoriile, doctrinele și politicile integrării europene).

În continuare, lucrarea este structurată pe două părți: prima este intitulată *Cadrul instituțional și juridic al Comunităților și al Uniunii Europene*, iar cea de-a doua *Comunitățile Europene în Uniunea Europeană*.

Prima parte – alcătuită din patru titluri – prezintă **organizațiile însărcinate cu securitatea mondială și, în special, cu cea de la nivelul continentului nostru** (Alianța atlantică – N.A.T.O., în contextul noii Europe și apărarea europeană); **sistemul european de protecție a drepturilor omului** (titlu în cadrul căruia sunt analizate atribuțiile Consiliului Europei în domeniu, Convenția Europeană privind drepturile omului și relația între Comunitatea europeană și Convenția europeană a drepturilor omului); **cooperarea economică, științifică și tehnologică în Europa** (cuprinzând: analiza sumară a funcțiilor Organizației de Cooperare și Dezvoltare

Economică – O.C.D.E., a Asociației Europene a Liberului Schimb – A.E.L.S., precum și câteva aprecieri relative la cooperarea subregională; cooperarea în domeniile: nuclear, spațial și în materie de transporturi); **Europa centrală și orientală** (în cadrul acestui titlu final fiind abordate aspecte privind cauzele care au determinat prăbușirea comunismului în Europa, evoluția organizațiilor internaționale implicate în partea estică a bătrânului continent, relațiile Uniunii Europene cu țările din această zonă în cadrul procesului de lărgire a Comunității).

Partea a doua – împărțită tot pe patru titluri – tratează următoarele probleme; **Caracterele generale ale Comunităților Europene și ale Uniunii Europene** (pluralitatea și unitatea Comunităților, desprinse din Tratatetele de bază și din cele care l-au modificat și completat, cu aplicațiile lor practice în domeniile: economic și monetar, al politicii externe și de securitate comună, cooperarea organelor de urmărire penală și a celor de justiție în materie penală, ordinea juridică comunitară); **Sistemul instituțional și juridic comunitar** instituțiile și organismele comunitare, finanțele comunitare, izvoarele și principiile generale ale dreptului comunitar, raporturile de drept comunitar și de drept intern); **Comunitatea Europeană** (piața unică europeană, politicile comunitare, relațiile externe); **C.E.C.A. și C.E.E.A.** (aspectele actuale și problemele cu care se confruntă Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului, respectiv Comunitatea Europeană a Energiei Atomice).

Lucrarea este deosebit de utilă studenților (cărora li se înfățișează – de o manieră sintetică, dar completă – problematica actuală a dreptului european), dar și unui public mai larg, interesat în cunoașterea și descifrarea mecanismelor politico-economico-juridice aflate la îndemâna Uniunii Europene în încercarea de a construi – durabil – o casă comună pe continentul nostru.

Prof. dr. Mircea Șt. MINEA



Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Simina Tănăsescu, Marian Enache, Gheorghe Iancu, Interpretarea Constituției, Doctrină și practică, Editura Lumina Lex, București, 2002, p. 270.

Înainte de a încerca să prezentăm lucrarea de față care, de la prima și până la ultima pagină, ridică probleme legate de practica Curții Constituționale, de la înființarea ei și până în prezent, ne referim la opinia prof. univ. dr. Nicolae Popa, Președintele Curții Constituționale, exprimată într-un interviu public în „Palatul de Justiție“ nr. 5/2002, p. 3, în care se arată: „Iată, acum, a venit momentul să ne reconsiderăm noi, teoreticienii, poziția față de anumite aprecieri legate de sistemul izvoarelor dreptului. Într-adevăr, deciziile Curții Constituționale au valoare de precedent și ele pot fi evocate ca precedente. În cazul admiterii de excepții este evident că acest lucru este creator de efecte juridice, ca în cazul unui izvor creator de drept. Iar, în cazul deciziilor de respingere, Curtea evocă ea însăși propria jurisprudență ca un precedent și soluționează litigiul constituțional dând expresie rolului precedentului. Sunt aspecte noi care modifică, oarecum, cel puțin sub aspectul evocat, teoria izvoarelor formale ale dreptului, aducând în discuție elemente noi ce nu pot fi ignorate decât dacă nu recunoaștem niște realități de natură a alimenta concluzii juridice noi“.

Acest punct de vedere este într-adevăr, am putea spune, „nuca tare“ a întregii problematici, cu aproape toate fațetele sale privind rolul justiției constituționale, forța deciziilor Curții Constituționale, rolul de „precedent judiciar“ al deciziilor Curții Constituționale, limitele autorității lucrului judecat al deciziilor Curții Constituționale în două situații diferite (când se admite excepția de neconstituționalitate și atunci când se respinge).

Pentru că ne-am referit la această problemă, a caracterului de izvor de drept al deciziilor Curții Constituționale, trebuie să relevăm câteva aspecte:

1. Întreaga lucrare este cu adevărat o pledoarie pentru teza caracterului de izvor de drept al deciziilor Curții Constituționale; astfel, la p. 14 se afirmă „prin urmare, aplicarea normelor constituționale constă de fapt într-o interpretare care poate merge până la recrearea lor“; la p. 31 este citat prof. Ion Deleanu care a scris că trebuie să admitem în condiții restrictive „puterea normativă a jurisprudenței“; la p. 39 se arată că „rezultă din cele arătate că rolul creator al interpretului constituționalității legii este extrem de complex. El privește, deopotrivă, atât norma constituțională cât și cea controlată și poate avea ca efect concretizarea sau chiar îmbogățirea semnificației ambelor norme, dar întotdeauna din perspectiva normei constituționale. Judecătorul constituțional este judecătorul unei singure legi: Constituția“; la p. 86 autorii arată că „Jurisprudența Curții Constituționale române poate fi apreciată ca un început promițător cât privește rolul său creator. Desigur nu putem trece cu vederea pionieratul realizat cu mult timp înainte și anume în anul 1912 în celebrul proces al tramvaielor, care a rămas un bun exemplu de interpretare creatoare a Constituției“; la p. 119 autorii scriu: „Rezultă din cele arătate că rolul creator al interpretului constituționalității legii este extrem de complex“ la p. 121 autorii se referă la „starea de constituționalitate a societății; se arată că societatea este supusă unui profund proces de tranziție și deci interpretarea legii constituționale obligă la aplicarea Constituției în noile condiții sociale“; la p. 131, discutând metodele de interpretare a Constituției în jurisprudența Curții Constituționale, autorii conchid că atunci când Curtea Constituțională se referă „în rezolvarea unei excepții de neconstituționalitate la o motivare anterioară de respingere a unei excepții identice (cu motivarea că nu au intervenit elemente noi care să impună o schimbare de jurisprudență) sau atunci când revine asupra unei soluții anterioare de respingere motivând că aceeași excepție a fost ridicată de data aceasta cu o motivare nouă sau a intervenit o situație nouă, cum ar fi de exemplu, o convenție internațională privind drepturile omului și deci se impune schimbarea jurisprudenței (prin admiterea de data aceasta a excepției), în ambele situații, se poate face o asemănare cu sistemul precedentului din common law și deci, „în toate aceste jurisdicții, precedentul are valoarea unui izvor de drept“; la p. 133 este analizată problema valorificării jurisprudenței Curții de la Strasbourg și se conchide că „este constituțional, de aceea, ca jurisprudența acestei Curți să constituie izvor de drept secundar în interpretarea drepturilor și libertăților fundamentale consacrate de Constituție“;

2. În legătură cu această problemă, am dori să menționăm că sunt și alte situații în care jurisprudența poate fi considerată chiar izvor formal de drept și anume:

a) art. 315 C. pr. civ. prevede că: „în caz de casare, hotărârile instanței de recurs asupra problemelor de drept dezlegate, precum și asupra necesității administrării unor probe sunt obligatorii pentru judecătorii fondului“. ; în legătură cu acest text au fost ridicate repetat excepții de neconstituționalitate în sensul că textul ar fi contrar dispozițiilor constituționale care prevăd: „Justiția se înfăptuiește în numele legii. Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii“. (art. 123 din Constituție); excepțiile au fost respinse de Curtea Constituțională;

b) art. 329 C. pr. civ. prevede: „Procurorul general al Parchetului de pe lângă Curtea Supremă de Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului de justiție, are dreptul, pentru a se asigura aplicarea unitară a legii pe întreg teritoriul României, să ceară Curții Supreme de Justiție să se pronunțe asupra chestiunilor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești“.

Considerăm că nici nu poate fi pusă în discuție problema dacă deciziile Curții Constituționale prin care se admite o excepție de neconstituționalitate constituie sau nu izvor de drept, deoarece caracterul de izvor de drept rezultă categoric din dispozițiile Legii nr. 47/1992 care prevede: „Decizia prin care se constată neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe în vigoare este definitivă și obligatorie. În caz de admitere a excepției, Curtea se

va pronunța și asupra constituționalității altor prevederi din actul atacat, de care, în mod necesar și evident, nu pot fi dissociate prevederile menționate în sesizare“. (art. 26).

Bibliografia este indicată în notele de subsol.

Nu sunt erori de tipar cu excepția uneia singure (la p. 264), „pas de d'interet, pas d'action“, corect fiind „pas d'intérêt“).

Cartea nu are index. Nu se arată care este contribuția fiecăruia dintre autorii lucrării aparte.

Structura lucrării: volumul cuprinde 11 capitole intitulate Constituția, obiect al interpretării; Motivația interpretării Constituției; Câteva considerații teoretice privind interpretarea juridică; Clasificări ale interpretării juridice. Criterii și categorii. Aplicații în interpretarea Constituției; Metode de interpretare a Constituției. Interpretarea dispozițiilor constituționale privind Avocatul Poporului; Interpretarea dispozițiilor constituționale privind autoritatea judecătorească; Interpretarea dispozițiilor constituționale privind Curtea de Conturi; Interpretarea dispozițiilor constituționale privind Curtea Constituțională. Limitele controlului constituționalității legii.

Dintre problemele discutate și analizate în lucrare ne vom referi la următoarele (cea referitoare la caracterul de izvor de drept al deciziilor Curții Constituționale am menționat-o mai sus):

1. *Problema deciziilor interpretative ale Curții Constituționale (cu referire la eliminarea „venitului anticonstituțional“ din textele atacate cu excepție de neconstituționalitate).*

Legea nr. 47/1992 prin modificarea survenită în 1997 prevede în art. 2 alin. 3: „În exercitarea controlului, Curtea Constituțională se pronunță numai asupra problemelor de drept fără a putea modifica sau completa prevederea legală asupra controlului. De asemenea, Curtea Constituțională nu se poate pronunța asupra modului de interpretare și de aplicare a legii, ci numai asupra înțelesului său contrar Constituției“.

Acest text a căpătat o nuanțare în aplicațiunea sa de către Curtea Constituțională și anume practica Curții Constituționale a fost și este în sensul pronunțării unor decizii interpretative, cu întrebuintarea formulei „în măsura în care“ (se stabilește că „în măsura în care“ textul se interpretează într-un anumit sens acesta este neconstituțional și se admite excepția în acest sens).

În sensul de mai sus, la p. 38 autorii scriu: „Dacă numai o interpretare, inevitabil implicată în semnificația normei controlate, vine în conflict cu norma constituțională, această interpretare fiind contrară Constituției, este neconstituțională“ (în nota de subsol 21 de la p. 39 sunt date câteva exemple de decizii interpretative).

Tot în legătură cu această problemă, autorul scrie: „Veninul neconstituționalității, în această ipoteză, constă în posibilitatea unei anumite interpretări pe care textul de lege, ca atare, o permite. Extragerea acestui venin este în sarcina Curții. Altminteri, ea ar abdica de la rolul său de garant al supremației Constituției, întrucât ar însemna să achieseze la posibilitatea înțelegerii textului contra imperativului dispozițiilor constituționale.“ (p. 88)

La p. 248, autorii consideră că prin deciziile interpretative la care ne-am referit mai sus cu întrebuintarea formulei „în măsura în care“, „curtea nu se pronunță asupra modului de interpretare și aplicare a legii controlate, ci numai asupra modului în care nu trebuie interpretată și aplicată acea lege.“

Această interpretare nu este la adăpost de reproș, deoarece dacă s-a considerat de către Curtea Constituțională că o interpretare este neconstituțională, implicit s-a stabilit că o altă interpretare este constituțională și deci se poate discuta dacă deciziile interpretative nu sunt cumva în conflict cu dispozițiile art. 2 alin. 3 din Legea nr. 47/1992, care text stabilește următoarele: „Curtea nu se poate pronunța asupra modului de interpretare și de aplicare a legii, ci numai asupra înțelesului său contrar Constituției“.

Pe de altă parte, deciziile interpretative își justifică pe deplin existența și întrebarea care se pune este aceea că dacă modificarea Legii nr. 47/1992 și formularea art. 2 alin. 3 în sensul de mai sus a fost sau nu binevenită.

2. Problema textelor abrogate.

Au fost cazuri în care s-au ridicat excepții de neconstituționalitate arătându-se că este neconstituțională aplicarea în continuare a unui text abrogat.

Au fost decizii ale Curții Constituționale prin care s-au respins asemenea excepții, cu motivarea că dacă un text este abrogat acest lucru nu trebuie să-l constate instanța și, fiind abrogat, nu mai are aplicațiune și, deci, nu are obiect excepția de neconstituționalitate care privește un text care nu mai este în vigoare; au fost și decizii prin care s-a admis excepția constatându-se că textul respectiv este abrogat.

Dificultatea pornește în special în legătură cu abrogarea implicită prevăzută de art. 150 din Constituție care prevede: „Legile și toate celelalte acte normative rămân în vigoare, în măsura în care ele nu contravin prezentei Constituții“, deoarece se ivesc dificultăți practice în aprecierea căror legi și acte normative vin în contradicție cu Constituția sau nu, probleme care pot fi considerate ca depășind sfera legalității și intrând în sfera constituționalității.

3. Problema autorității lucrului judecat a deciziilor Curții Constituționale.

Problema a fost pe larg discutată în mai multe locuri din lucrare, vorbindu-se chiar de un sistem al precedentului judiciar. Dacă excepția de neconstituționalitate se admite, atunci se aplică textul art. 26 din Legea nr. 47/1992: „În caz de admitere a excepției, Curtea se va pronunța și asupra constituționalității altor prevederi din actul atacat, de care, în mod necesar și evident, nu pot fi disociate prevederile menționate în sesizare“.

În privința unei asemenea decizii, dacă se ridică ulterior din nou aceeași excepție de neconstituționalitate, instanța în fața căreia se ridică excepția are obligațiunea să o respingă ca inadmisibilă în baza Legii nr. 47/1992, modificată, care prevede că nu pot face obiectul excepției de neconstituționalitate prevederile care au fost constatate ca fiind neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale.

În această ipoteză, instanța în fața căreia se ridică excepția de neconstituționalitate trebuie să o respingă ca inadmisibilă, iar, corect arată autorii că dacă instanța nu face acest lucru urmează ca respingerea pe motiv de inadmisibilitate să se facă de Curtea Constituțională (situație deosebită de aceea în care instanța în fața căreia se ridică excepția trimite dosarul Curții Constituționale fără ca să-și spună motivat opinia asupra excepției ridicate, fiind obligatoriu a-și spune opinia, așa cum arată Legea nr. 47/1992, modificată, situație în care practica Curții Constituționale este aceea de a trimite dosarul instanței de fond pentru ca să-și spună opinia prin încheiere motivată asupra excepției motivate).

Mai dificilă este ipoteza (în legătură cu autoritatea lucrului judecat) deciziilor prin care se resping excepțiile de neconstituționalitate deoarece au fost cazuri – unele legate și de obligativitatea Convențiilor internaționale – în care s-a produs un reviriment jurisprudenciar și excepții de neconstituționalitate au fost ulterior – aceleași excepții - admise. De fapt, din conținutul Legii nr. 47/1992 rezultă că obligatorii sunt numai deciziile prin care se admit excepții de neconstituționalitate și nu și cele prin care se resping asemenea excepții.

Dar nici instanțele în fața cărora se ridică o excepție de neconstituționalitate care a mai fost ridicată și respinsă de Curtea Constituțională nu poate refuza să o examineze din nou, deși din practica Curții Constituționale rezultă că se face, de obicei, referire în motivare la faptul că nu sunt rațiuni pentru a se modifica poziția exprimată printr-una sau mai multe decizii anterioare prin care această excepție fusese respinsă (autorii vorbesc chiar de o asimilare cu sistemul anglo-saxon al precedentului judiciar).

Autorii arată că pentru a putea fi admisă o excepție care fusese anterior respinsă, trebuie întrunite condițiile ca să nu fie vorba de aceleași părți și să nu fie aceeași motivare, obiectul fiind evident același, același text atacat cu aceeași excepție.

Dacă se admite că față de inexistența unui text care să specifice obligativitatea unor decizii anterioare de respingere a unei excepții de neconstituționalitate, doar existența autorității de lucru judecat a unei decizii anterioare de respingere poate fi o barieră pentru ca o nouă

excepție identică să poată fi admisă, atunci înseamnă că nu este necesar ca pentru examinarea noii excepții și eventuala ei admitere să fie nevoie de împlinirea a două condiții și anume să fie alte părți și o altă motivare, ci este suficient să fie vorba de alte părți, deoarece în această ipoteză, fiind vorba de alte părți, nu mai este dată autoritatea de lucru judecat care cere îndeplinirea a trei condiții: același obiect, aceleași părți și aceeași cauză; este suficient să fie vorba de alte părți și aceeași cauză; este suficient să fie vorba de alte părți pentru ca excepția respinsă, chiar prin mai multe decizii anterioare, să poată fi din nou ridicată.

Textele din lucrare referitoare la problema de mai sus:

Referindu-se la un caz revirement în sensul indicat mai sus, autorii scriu: „În fond, cea de-a doua sesizare, deși se referea la aceeași problematică, s-a întemeiat pe un motiv nou, rezultând din interpretările contradictorii ale deciziei interpretative anterioare. De asemenea, din conținutul deciziei rezultă că interpretarea Constituției în funcție de starea de constituționalitate poate rezulta și din necesitatea înlăturării unei stări de neconstituționalitate, ca urmare a aplicării neunitare a unei prevederi constituționale.” (p. 128); „De aceea, sesizarea respinsă poate fi reiterată de către altă parte și pentru alte motive. Arătăm că cerința unor motive diferite este consecința evoluției stării de constituționalitate. Ea însă poate justifica o soluție diferită chiar dacă nu există o asemenea evoluție. În fond regula are o valoare în sine.” (p. 133).

3. În legătură cu art. 2 din Legea nr. 47/1992, cu dreptul sau nu al Curții Constituționale de a modifica sau completa un text dintr-o lege sau ordonanță și divergența de opinii între punctul de vedere al Curții Constituționale și cel al Curții Supreme de Justiție și al instanțelor din țară privind unele texte din procedura penală declarate neconstituționale de Curtea Constituțională.

În legătură cu această problemă s-a creat o divergență între punctul de vedere al Curții Constituționale pe de o parte, și, pe de altă parte, punctul de vedere al Curții Supreme de Justiție și al instanțelor din țară (aceasta referitor la unele texte din Codul de procedură penală privind starea de arest preventiv și care au fost declarate neconstituționale de către Curtea Constituțională și pentru motivul că sunt în contradicție cu reglementări constituționale).

Autorii au tratat pe larg această problemă. Potrivit Legii nr. 47/1992, deciziile de admitere a excepțiilor de neconstituționalitate sunt obligatorii și, deci, ar rezulta că textele declarate neconstituționale nu ar mai trebui să poată fi aplicate în continuare. Dar, se susține în punctul de vedere al Curții Supreme de Justiție, că până la intervenția legiuitorului textul trebuie aplicat așa cum este; numai legiuitorul poate modifica sau abroga un text.

În legătură cu această problemă, autorii scriu la p. 129: „o situație aparte este legată de ipoteza în care constatarea neconstituționalității unei legi ar avea ca efect, întrucât aceasta nu mai este aplicabilă, crearea unei stări de neconstituționalitate mai gravă decât cea generată de aplicarea legii. Evident că o lege neconstituțională generează, inevitabil, cât timp este aplicată, o stare de neconstituționalitate. Este un alt aspect al recepției sociale a Constituției... Întrucât, Curtea nu are legitimitatea pentru a institui reglementarea necesară, singura soluție este intervenția legiuitorului.”

Soluția este numai cea *de lege ferenda*, adică crearea unui mecanism care să respecte obligativitatea deciziilor Curții Constituționale, dar să oblige legiuitorul la modificarea sau înlocuirea textului potrivit deciziilor Curții Constituționale; s-ar putea stabili legislativ un termen în care legiuitorul să fie obligat să intervină și, în același timp, termenul să coincidă cu cel prevăzut pentru punerea în aplicare a deciziei de constatare a neconstituționalității.

Este adevărat că prin fixarea unui termen de intrare în vigoare a deciziilor Curții Constituționale se lasă în continuare să planeze pentru un anumit timp o stare de neconstituționalitate, dar trebuie ținut seama de faptul că, atunci când Curtea Constituțională constată că un text este neconstituțional, efectele sunt de la data publicării în Monitorul Oficial dar implicit este acoperită o perioadă mai lungă de neconstituționalitate, perioadă în

care textul neconstituțional s-a aplicat; pe de altă parte, între situația ca textul să se aplice în continuare fiind neconstituțional, instanțele condiționând înlăturarea textului de intervenția legiuitorului și situația de a se fixa un termen în care legiuitorul să fie obligat pentru a modifica sau înlătura textul, este preferabilă a doua situație; în privința intervenției legiuitorului, față de practica legiferării prin ordonanțe, practică atât de extinsă, nu se poate pune problema unei perioade prelungite în care legiuitorul să nu poată interveni în sensul arătat mai sus (cu unele rezerve privind legile organice).

4. Printre alte probleme discutate în lucrare: autorii consideră că atunci când instanța judecătorească își exprimă opinia asupra excepției ridicate sau o ridică ea însăși din oficiu „este asociată în sensul arătat, la controlul constituționalității legii”, p. 37 (considerăm oarecum forțat termenul de „asociere”, deoarece existența unui organ specializat după modelul kelsenian, de control al constituționalității legii, are ca trăsătură caracteristică tocmai luarea controlului constituționalității legii din competența instanțelor judecătorești); sunt indicate ca metode de interpretare a Constituției în jurisprudența Curții Constituționale următoarele: metoda exegetică, cea sistematică, interpretarea logică, metoda de apreciere a constituționalității unei legi în funcție de cumpănirea intereselor pe care acea lege le reglementează, valorificarea jurisprudenței Curții de la Strasbourg pentru Drepturile Omului; excepția poate fi ridicată numai în fața instanțelor judecătorești (nu în fața arbitrajului și notariatului); în fața Curții Constituționale nu pot fi invocate excepțiile de neconstituționalitate legate de alte texte decât cele menționate în excepția ridicată în fața instanței sau ridicată din oficiu de instanță, dar Curtea Constituțională poate discuta constituționalitatea unui text legat de textul a cărui neconstituționalitate a fost invocată; excepțiile nemotivate sunt respinse printr-un fine de neprimire; sunt analizate și situații în care până la rezolvarea excepției de către Curtea Constituțională textul este abrogat și nu este înlocuit, sau este abrogat și înlocuit cu altul sau este numai modificat (soluția este aceea că nu se mai examinează excepția fiind respinsă ca fără obiect dacă textul este abrogat, iar dacă textul este modificat sau înlocuit, excepția se discută în măsura în care față de noul text subzistă excepția); numai legea și ordonanța pot forma obiect al excepției de neconstituționalitate; se fac dese referiri la dreptul comparat și unele propuneri *de lege ferenda*.

Desigur, mai sunt probleme în legătură cu practica Curții Constituționale și se vor mai ivi. Autorii nu se referă la o problemă ridicată de prof. I. Deleanu într-o lucrare mai veche și anume că judecătorul care se pronunță asupra excepției cu care este sesizată Curtea Constituțională devine sau nu incompatibil să judece în continuare cauza, după revenirea dosarului de la Curtea Constituțională.

De asemenea, s-ar mai putea discuta, toate încheierile de suspendare a unei cauze fiind atacabile separat, dacă încheierea prin care se suspendă cauza, fiind trimis dosarul Curții Constituționale pentru rezolvarea excepției de neconstituționalitate, poate fi atacată și pe ce motive; ar fi, poate, atacabilă o asemenea încheiere dacă instanța în fața căreia a fost ridicată excepția în loc să o respingă ca inadmisibilă sesizează Curtea Constituțională, dar se opune la aceasta practica Curții Constituționale care, chiar în această ipoteză, se consideră competentă, deși competentă era instanța în fața căreia s-a ridicat excepția să o respingă ea ca inadmisibilă și deci, chiar în această ipoteză, suspendarea apare ca fiind legală.

Ar mai fi de discutat și o situație specială și anume aceea în care, excepția de neconstituționalitate putând fi ridicată în fața oricărei instanțe de orice grad, ce se întâmplă atunci când este ridicată într-un recurs la o curte de apel și instanța o respinge ca inadmisibilă, deși nu era inadmisibilă și trebuia sesizată Curtea Constituțională? În această ipoteză, spre deosebire de situația în care este ridicată excepția de neconstituționalitate la o instanță a cărei hotărâre este atacabilă, partea care o ridică în recurs, la o curte de apel, cum am dat exemplul, este lipsită de posibilitatea unei verificări a temeiniciei excepției ridicate în ipoteza în care o asemenea excepție este nejustificat respinsă ca inadmisibilă de instanța în fața căreia a fost ridicată.

În această ipoteză, lacuna ar trebui eliminată printr-o reglementare legislativă.

Lucrarea autorilor, scrisă la un înalt nivel științific, debzate cele mai acute probleme ale controlului constituționalității legilor și ordonanțelor, control introdus prin Constituția din 1991 la noi, pentru prima dată în formula creării unui organ specializat în acest scop, după modelul kelsenian.



Novo Código Civil, Coordenadora Anne Joyce Angher, Ley nr. 10406/

10.01.2002, en vigor a partir de 1.01.2003, 1^a Edição, Editora Rideel, 2002, 208 p.

Noul Cod al Braziliei instituit prin Legea nr. 10406 din 10.01.2002 va intra în vigoare la 1.01.2003.

Fiind un cod civil modern, credem că prezintă interes să ne referim la structura sa, la principiile care îi stau la bază cât și la unele din reglementările instituțiilor de drept civil.

Astfel structura Codului este următoarea: Codul conține 2045 de articole, împărțite în 2 părți (generală și specială); partea generală conține următoarele cărți: Cartea I este intitulată *Despre persoane* (este subîmpărțită în următoarele titluri: Despre persoanele fizice, Despre persoanele juridice), Cartea a II-a este intitulată *Despre bunuri*, Cartea a III-a intitulată *Despre faptele juridice* (subîmpărțită în următoarele titluri: *Despre convențiile juridice, Despre actele juridice licite, Despre actele ilicite, Despre prescripție și decădere, Despre probe*); partea specială conține următoarele cărți: *Cartea I intitulată Despre dreptul obligațiilor* (subîmpărțită la următoarele titluri: *Despre modalitățile obligațiilor, Transmiterea obligațiilor, Executarea și stingerea obligațiilor, Neexecutarea obligațiilor, Despre contracte în general, Despre diferitele specii de contracte în general, Despre diferitele specii de contracte, Despre actele unilaterale, Despre titlurile de credit, Răspunderea civilă, Preferințele și privilegiile creditorilor*), Cartea a II-a intitulată *Dreptul întreprinderilor* (subîmpărțită în următoarele titluri: *Despre întreprindere, Despre societate, Despre patrimoniul întreprinderii, Despre instituțiile complementare*), Cartea a III-a intitulată *Despre dreptul asupra bunurilor* (având următoarele titluri: *Despre posesie, Despre drepturile reale, Despre proprietate, Despre superficie, Despre servituți, Despre uzufruct, Despre uz, Despre abitație, Despre dreptul cumpărătorului care face o promisiune* – potrivit art. 1417 din Codul civil brazilian, care este cuprins în acest titlu, promisiunea de cumpărare și vânzare care este făcută în scris și înregistrată la Registrul de evidență imobiliară are efectul de a crea pentru cumpărătorul-promitent un drept real de achiziționare a imobilului – *Despre amanet, ipotecă, anticreză*), Cartea a IV-a intitulată *Despre dreptul familiei* (conține următoarele titluri: *Despre dreptul patrimonial, Despre uniunea stabilă de fapt, Despre tutelă și curatelă*), Cartea a V-a, *Despre dreptul de moștenire* (subîmpărțită în următoarele titluri: *Despre moștenire în general, Despre moștenirea legitimă, Despre moștenirea testamentară, Despre inventar și partaj*); ultima carte este afectată dispozițiilor finale și tranzitorii.

Menționăm următoarele dispoziții din Codul civil brazilian care pot prezenta interes sub aspectul dreptului comparat (mai ales că la noi s-a elaborat un proiect de nou Cod civil):

– în art. 2 este inclusă regula *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur*;

– potrivit art. 3, până la vârsta de 16 ani, există o incapacitate absolută de a exercita drepturile civile, iar în art. 4 sunt incapacitățile referitoare la anumite acte (dintre categorii: alcoolicii, deficienții mintali, cei cu discernământul redus);

– în art. 8 este prevăzută situația comorienților – se aplică prezumția morții simultane; sunt prezumați a fi decedați simultan, deci nu se moștenesc între ei;

– potrivit art. 11-12; în afara excepțiilor prevăzute în cazuri speciale, drepturile asupra persoanei sunt netransmisibile și nu se poate renunța la ele, se pot cere daune pentru vătămările aduse persoanei, exceptând cazul exigenței medicale nu se poate dispune asupra propriului corp când s-ar ajunge la o diminuare permanentă a integrității fizice, se poate dispune în scop științific de propriul corp cu efect după moarte, dar numai cu titlu gratuit, este interzisă răspândirea însemnărilor sau imaginii unei persoane dacă aceasta aduce atingere onoarei sau bunului renume al acelei persoane (în cazul în care partea lezată a decedat, dreptul la acțiune l au soțul supraviețuitor, ascendenții și descendenții);

– persoanele juridice sunt împărțite în cele de drept public, fie intern, fie extern și de drept privat, potrivit art. 40 (sunt reglementate și asociațiile și fundațiile);

– potrivit art. 80 sunt considerate ca drepturi reale imobiliare și „drepturile asupra unei succesiuni nedeschise“;

– spre deosebire de dreptul nostru, leziunea este prevăzută ca un viciu în orice contract potrivit art. 150, alături de eroare, dol, constrângere („este leziune atunci când sub presiunea necesității sau din lipsă de experiență o persoană se obligă la o prestație vădit disproporțională cu valoarea contraprestației“); la noi leziunea operează numai în cazul minorilor;

– în art. 186-188 sunt prevăzute regulile răspunderii delictuale; art. 186 prevede: „acela care, prin acțiune sau omisiune voluntară, neglijență sau imprudentă, încalcă legea și produce o pagubă altuia, chiar dacă e numai morală, comite un act ilicit“; trebuie să remarcăm că, în privința daunelor morale, sistemul brazilian are o reglementare modernă deoarece „Constituția Republicii din 1988 cuprinde expres ideea răspunderii civile pentru daunele morale“,¹ pe de altă parte, în caz de omor, daunele morale se acordă persoanelor apropiate pentru „durerea, suferința, chinul psihic“² pe care l-au suportat ca urmare a morții victimei și mai trebuie să arătăm că în cazul victimei dauna morală „este prezumată prin existența morții, când ca părți civile apar rude foarte apropiate ale victimei, în principal copiii minori sau soția supraviețuitoare, sau chiar ascendenții în lipsa celor menționați“³; în art. 187 este prevăzută responsabilitatea pentru abuzul de drept, abuz de drept care este definit: „De asemenea, comite un act ilicit titularul unui drept care, în exercitarea dreptului său, excede fățiș limitele stabilite prin scopul economic și social al dreptului său sau limitele buneii-credințe sau bunelor moravuri“, iar în art. 188 se prevăd cazurile în care actul nu este ilicit (printre care legitima apărare);

– în legătură cu prescripția se prevede că poate fi invocată de partea interesată în orice fază a judecății (art. 193);

– prescripția este suspendată între soți, între ascendenți și descendenți în timpul existenței puterii părintești (poder familiar);

– în art. 212 se prevăd ca probe: recunoașterea, actul scris, mărturia, prezumția și expertiza (confissão, documento, testemunha, presunção, perícia);

– art. 214 prevede că recunoașterea poate să fie anulată pentru eroare de fapt sau pentru constrângere;

– în privința obligației de a nu face, art. 250 prevede că aceasta se stinge dacă nu există culpa celui obligat și se dovedește că există imposibilitate în executarea abținerii;

– art. 334 și următorii se referă la oferta reală (suma trebuie depusă prin justiție sau la o bancă);

– art. 408 și urm. se referă la clauza penală;

– art. 421 prevede că libertatea de a contracta va fi exercitată în limitele funcției sociale a contractului, iar art. 422 prevede că „cei care contractează sunt obligați să respecte, atât

¹ Dano moral, dano material e repação, Fabricile Zamprogra Matielo, 5a edição. Editora Sagra Luzzatto, 2002, p. 67, p. 119, p. 127.

² *Idem.*

³ *Idem.*

la încheierea contractului, cât și la executarea sa, principiile probității buneii-credințe⁴. (Probidade e boa-fé);

– art. 426 prevede că nu poate niciodată să formeze obiect al contractului moștenirea unei persoane în viață (herança de pessoa viva);

– potrivit art. 439 poate fi făcută promisiunea realizării faptei unui terț, dar există obligațiunea dezdăunării dacă terțul nu îndeplinește acea faptă;

– art. 478-480 consacră teoria impreviziunii, adică se poate cere rezoluțiunea unui contract pentru motivul că prestațiunea unei părți a devenit excesiv de oneroasă și extrem de avantajoasă pentru cealaltă parte datorită intervenției unor factori extraordinari și imprevizibili;

– art. 841 arată că se pot face tranzacții în cadrul litigiilor dar numai când este vorba de drepturi patrimoniale cu caracter privat (Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação);

– sunt considerate ca acte unilaterale: promisiunea de recompensă, gestiunea de afaceri, plata nedatorată și îmbogățirea fără cauză (art. 854-886);

– art. 927 și urm. se referă la responsabilitatea delictuală civilă; este interesant să remarcăm că art. 927 prevede și responsabilitatea obiectivă (se consacră expres teoria riscului, care este susținută, la noi, în materia responsabilității civile de M. Cantacuzino în Elementele dreptului civil: „Așa precum reparațiunea prejudiciului cauzat, cu ocaziunea serviciilor prestate de un servitor sau de un prepus, cade în sarcina patrimoniului aceluia care a întreprins acele servicii, tot așa reparațiunea pagubei cauzată prin un lucru, privește și obligă patrimoniul celui care întrebuița lucrul și care este dator să garanteze pe alții de riscul rezultând din această întrebuițare... Din cele expuse rezultă că teoria responsabilității depășește în multe cazuri noțiunea prea îngustă de imputabilitate⁴)⁴ în termenii următori: „va exista obligațiunea de a repara paguba, independent de existența culpei, în cazurile specificate de lege, sau atunci când activitatea normal desfășurată de autorul pagubei implică prin natura sa un risc pentru drepturile unei alte persoane (risco para os direitos de outrem);

– drepturile reale sunt enumerate limitativ în art. 1225 C. civ. (după unele articole din C. civ. se fac trimiteri și la C. civ. din 1916, evident în situațiile în care noile texte au asemănări sau identități cu textele anterioare; o asemenea trimitere există și în acest articol și anume la art. 674 din C. civ. din 1916) și acestea sunt: proprietatea, superfcia, servituțiile, uzufructul, uzul, abitația, dreptul promitentului-cumpărător asupra unui imobil (este vorba de situația la care ne-am referit mai sus, în legătură cu actul prin care se fac promisiuni de vânzare-cumpărare), amanetul, ipoteca, anticreza;

– în art. 1228 se prevăd cele trei facultăți pe care le are proprietarul: uti, frui, abuti; art. 1228 prevede și o serie de dispoziții privind îngrădirea dreptului de proprietate: „Dreptul de proprietate trebuie exercitat în conformitate cu finalitățile sale economice și sociale (em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais) și de asemenea manieră încât să fie conservate, potrivit celor stabilite în legile speciale, flora, fauna, frumusețile naturale, echilibrul ecologic, patrimoniul istoric și artistic și de asemenea să fie evitată poluarea aerului și apelor“; de asemenea se mai prevede că sunt interzise actele făcute cu intenția de a prejudicia pe alții și se prevede, de asemenea, posibilitatea exproprierii pentru necesitate sau utilitate publică sau interes social, de asemenea dreptul de rechiziție în caz de pericol public iminent; putem face remarca în sensul că aceste dispoziții privind proprietatea țin seamă de convențiile internaționale privind protecția mediului și menționăm că se vorbește chiar de un adevărat „drept al mediului“;

– în art. 1260 este prevăzută uzucaparea bunurilor mobile în termenul de 3 ani dacă există just titlu și bună-credință (deci nu se aplică en fait de meubles vaut titre);

– în art. 1320 se prevede posibilitatea de a ieși oricând din indiviziune, deci acțiunea nu este supusă prescripției; în același articol se prevede posibilitatea prelungirii prin tranzacție

⁴ M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, București, 1921, p. 436.

a stării de indiviziune pe 5 ani, susceptibil de a mai fi prelungit ulterior (suscetivel de prorogação ulterior); menționăm că posibilitatea prelungirii indiviziunii prin înțelegere, pe timp de 5 ani este prevăzută și în Codul nostru civil în art. 728 alin. 2;

– indiviziunea forțată este prevăzută în art. 1327-1330;

– art. 1512 prevede caracterul civil al căsătoriei, iar 1511 definește căsătoria ca fiind „stabilirea unei comunități depline de conviețuire, având ca bază egalitatea de drepturi și de obligații ale soților, iar obligațiile soților sunt prevăzute în art. 1566 ca fiind: fidelitate reciprocă, viață în comun în domiciliul conjugal, sprijin reciproc, întreținerea, îngrijirea și educarea copiilor“;

– în art. 1571-1783 sunt cuprinse dispozițiile care privesc dreptul familiei dintre care am remarca: există și instituția separației judiciare și cea a divorțului, iar ca motive sunt prevăzute un număr de șase (adulterul, tentativa de viol, cruzimi sau injurii grave, abandonul domiciliului conjugal pe timpul unui an continuu, condamnarea pentru o faptă penală infamantă, conduită dezonorantă), dar cu specificarea că judecătorul poate considera și „alte fapte care vădesc evident imposibilitatea vieții în comun“ deci, enumerarea nu este limitativă, ci exemplificativă, recunoașterea voluntară a paternității nu poate fi revocată nici dacă este făcută prin testament, acțiunea în tăgada paternității aparține tatălui, dar este imprescriptibilă, se prevede expres că nu este suficientă recunoașterea mamei pentru a înlătura prezumția de legitimitate a copilului născut în timpul căsătoriei, regimul separației de bunuri, în unele cazuri separația de bunuri este obligatorie iar unul din aceste cazuri este acela în care o persoană din cei care se căsătoresc are peste 60 de ani, se prevede că pactul antenuțial este ineficace dacă nu este urmat de căsătorie, este prevăzută instituția bunului de familie (poate fi instituit de soț sau de familie numai prin act scris dar să nu depășească 1/3 din patrimoniul lichid la data instituirii bunului), se face distincția dintre „uniunea stabilă și concubinaj“, ambele producătoare de efecte juridice (uniunea stabilă – uniao estável – este definită ca fiind caracterizată prin „conviețuire publică, continuă și durabilă și stabilă cu obiectivul de constituire ca familie“, iar concubinajul ca o „relație nu întâmplătoare între un bărbat și o femeie care sunt împiedicați de a se căsători“);

– în privința moștenirii, menționăm că există în dreptul brazilian instituția denumită în dreptul roman hereditatis jacens (herança jacente); sunt reglementate succesiunea legală, testamentară, administrarea succesiunii, vocația ereditară, acceptarea și renunțarea la succesiune, petiția de ereditate, reprezentarea succesorală, formele de testament (public, mistic, olograf; art. 1876 prevede că testamentul olograf poate să fie scris cu propria mână sau prin folosirea unui mijloc mecanic; testamente speciale-maritim, aeronautic și militar), legatele, dreptul de acrescământ, substituțiile vulgare și fideicomisare, desheredarea, revocarea, testamentul, decăderea din dreptul de moștenire, raportul donațiilor.

După cum rezultă din cele de mai sus, Codul civil al Braziliei ce urmează să intre în vigoare la 1 ianuarie 2003, conține dispoziții importante sub aspectul dreptului comparat, caracterizate atât prin modernitatea instituțiilor, cât și prin instituții legate de specificul societății braziliene.

Betinio DIAMANT
avocat – Baroul Sibiu



Antonio Guarino, *Diritto privato romano*, dodicesima edizione, Editore Jovene, Napoli, 2001, 1107 p.

1. Să te întorci în trecut pentru a studia “facerea de sine” a unui sistem de drept este foarte rodnic, dar nu neapărat necesar. Pentru că, dreptul fiind o constantă “facere și desfacere de

sine”, nu poate fi studiat ca pe un lucru făcut – în formele sale anterioare – ci ca pe unul în curs de a se face. Mai important ar fi ca juristul contemporan aflat la început de drum să se decidă a aborda fenomenul genezei dreptului privat într-un strat mai adânc – și anume în înseși rădăcinile care îl propulsează, prin urmare *in statu nascendi*. Este tocmai ceea ce își propune Antonio Guarino, în lucrarea *Diritto privato romano*: să realizeze o a doua apropiere, mai precisă și mai energică, de ipostaza romană a științei dreptului, care să nu rămână la nivelul “trăitului”, în dauna tiparului “conceptualizat”. De ce ni se pare semnificativă această lucrare?

2. Să zăbovim o clipă asupra faptului că școala contemporană de drept tinde să se prezinte – la nivelul studenților săi – ca un inhibitor al comportamentului creator. Preferința discipolului (inclusiv în cadrul lax al orelor de seminar) de a interpreta orice structură instituțională ca fiind “închisă” și deja elucidată este astăzi loc comun. În “intimitatea” gândirii sale, studentul timpului prezent atribuie frecvent disciplinelor dreptului privat un caracter static și suficient, ce nu invită și uneori nici nu permite interogații ori interpretări. Sunt ochi parcă adormiți, care îndărătul camuflajului lor, par să aștepte o “decomprimare” a expresivității.

Acest final, al “rafinării” raționamentului juridic, credem că și-l asumă cu prioritate cartea profesorului Guarino. Un contact cu experiența romană, care să permită achiziția unor strategii rezolutive, precum și formarea unui anumit tip atitudinal. Ca rezultat al “învățării” diacronice, procesul rezolutiv devine o tehnică generală de adaptare a dreptului privat la viață, în interiorul unei *ars aequi et boni* mai actuală ca oricând. O persoană care nu gândește critic tinde să accepte sau să respingă o idee fără a o analiza în prealabil. Dincolo de truism, o concluzie: deprinderea studentului de a interacționa cu informația, de a obține și evalua datele problemei într-un mod eficient și fidel este mult condiționată de o corectă valorificare a disciplinei dreptului roman.

3. Există însă și trenează, niciodată pe deplin vindecat, un viciu “intelectual” care face, credem noi, cu neputință ameliorarea practicării prezente a dreptului privat. El constă în a nu reuși să percepem o funcție “actuală” și “imanentă” a dreptului roman, care să determine juristul să “inspecteze” epoca romană a dreptului, la fel de avid precum o face în cazul dreptului în vigoare. Există, apoi, și un alt motiv pentru conul de umbră al materiei: “literă moartă”, aceasta nu ni se prezintă niciodată *tale quale*, obligându-ne să ajungem la ea pe băjbăite și să o presimțim constant ca plină de enigme și de porțiuni necunoscute. Cartea profesorului Guarino pledează prin ea însăși pentru o “reîntoarcere la origini”; cât despre enigme, acestea imprimă disciplinei aroma lucrurilor “neexplorate”...

4. Să mai notăm că, în știința juridică română, specialistul contemporan tinde să adopte o comodă diferențiere între ceea ce înseamnă întocmirea unui “curs de drept roman” și ceea ce ar fi rezervat unui “tratat”, în aceeași materie. Consecința directă a acestei disjungeri este că, o dată acceptat caracterul lor mai “permisiv”, mai puțin riguros și “ne-epuizant de realitate”, lucrările autohtone de tip-curs de drept roman se opresc la nivelul (cel mai) “simplist” al expunerii.

Putem acum să revenim grabnic la apărarea viziunii noastre despre studiul amintitului drept și să contrapunem acestor lucrări pe cea a profesorului Guarino: în peste 1000 de pagini – și după cum o spune autorul – “nu este și nu vrea să fie un tratat”, ci doar o “expunere elementară a *ius Romanorum*”... Fără îndoială, una din misiunile ce-i revin este de a acumula și tezauriza o gândire juridică sfârșită și revolută. Dar nota de rigoare tehnică pe care o enunță aceste cuvinte nu trebuie să ne distragă de la faptul că, în cele din urmă, asistăm la o tratare exemplară, în interiorul întinsei zone de “reciprocitate” (conceptele folosite sunt cele moderne) care este realitatea juridică a dreptului privat italian. Sunt două modurile în care poate fi citit manualul: fie doar prima parte – pentru o privire generală, dar completă asupra materiei; fie *in integrum*, în toate cele trei porțiuni ale sale, pentru lectorul care dorește o abordare “indiscretă” și amănunțită...

5. Din punctul de vedere al tradiționaliștilor, dreptul civil este alcătuit didactic dintr-o parte generală, o parte a drepturilor reale, o teorie generală a obligațiilor, contracte speciale

și succesiuni. Dar cititorul de drept roman nu este neapărat un tradiționalist... După cum nu este așa nici autorul pe care i-l propunem aici: Antonio Guarino alege să opună “raporturilor absolute de drept privat” pe cele “relative” și să includă în primele atât tratarea (clasică) a proprietății, posesiei și dezmembrămintelor de proprietate, cât și a “raporturilor absolute familiale” – fondate pe puterea părintească, pe de o parte și pe relația maritală de un anumit tip, pe de altă parte (p. 531-584). După care goleşte de “abstract” instituția tutelei (impuberilor și femeilor) și a curatelei, remarcând în legătură cu acestea că suntem în prezența unor “raporturi absolute parafamiliale”, lucrul cel mai important – ni se spune – fiind următorul: trebuie să ne deprindem a vedea – cel puțin la începuturi – în țesătura raporturilor de tutelă și curatelă traducerea unei veritabile *potestas*, pe modelul drepturilor *erga omnes*, având drept “obiect” persoana incapabililor. Sunt “raporturi parafamiliale” apoi, întrucât se desfășoară în câmpul mai larg al familiei agnatice, la conservarea bunurilor căreia servesc...

Simetric, “raporturile relative de drept privat” ne sunt înfățișate fără contactul ornamental prealabil cu o teorie a fiecărei surse obligaționale. Autorul face vorbire nu despre contracte, ci despre “obligații contractate” (p. 821-866) – remarcați sintagma, întrucât se vrea a fi diferită de “obligații *ex contractu*”: în spațiul descris de *ius civile vetus*, obligațiile se nasc nu “din contract”, ci “din ritual” (*verbis, ex stipulatu și litteris*); doar mai târziu, în interiorul lui *ius civile novum*, obligațiile pot fi *consensu contractae* (*ex empto et vendito, ex locato et conducto, ex societate și ex mandato*).

Cât despre răspunderea civilă, aceasta - să nu uităm - a fost dintotdeauna reductibilă la un raport juridic obligațional. Așa se face că apropierea autorului de tema responsabilității este centrată pe învederarea nexului creditor-debitor și a sursei sale concrete (furt, *iniuria*, paguba pricinuită pe nedrept, înstrăinarea în fraudă a creditorilor ș.a. – p. 872-1018). Ceea ce astăzi ni se pare un lucru atât de simplu și lesnicios – obligarea celui vinovat la repararea prejudiciului adus persoanei ori patrimoniului altuia – a fost la începuturi o operație periculoasă și dificilă. De unde și necesitatea de a inventa o tehnică a “apropierii” indivizilor, a “socializării”, care evoluează de-a lungul întregii istorii a ilicitului. Dar celor sensibili la detalii le facem recomandarea de a-l citi pe autor...

6. Sunt destui ani (lucrarea este la a douăsprezecea ediție) de când autorul își propune o nouă metodă expozitivă, care să aibă curajul de a studia fenomenul juridic roman în realitatea sa integrală, ca prezență efectivă și vie, iar nu ca pe un simplu fragment de gândire amputat din figura lui psihologică și socială. Această nouă abordare va trebui – rețineți că este vorba doar de un exemplu ales de noi pentru relativa lui tipicitate – să excludă o înșiruire banală și indigerabilă de date și să “respecte adevărul istoric al instituțiilor”, în ipostazele lor trecute. În beneficiul “studioșilor interesați”, după cum expresiv îi numește autorul în partea introductivă a lucrării...

7. Să precizăm concluzia la care am ajuns: atitudinea critică a juristului – un precursor necesar al rezolvării eficiente – presupune existența unui set de valori, convingeri despre lume și despre sine, păreri despre funcția dreptului în societate. Gândirea romană de drept privat – admirabil sintetizată de către profesorul Guarino în lucrarea pe care o recenzăm – se prezintă ca un exemplu al abilității de a genera soluții elegante și echilibrate, depășind stereotipia și rigiditatea convingerii că o problemă are o singură și univocă rezolvare imaginabilă. Pentru studentul școlilor de drept, ca și pentru specialistul care nu se complăce într-o lipsă de autenticitate, cartea profesorului Guarino se vrea o etapă de acumulare activă și de pregătire pentru momentul apariției soluției. Pentru că, după cum a observat Pasteur, “hazardul nu ajută decât mințile pregătite”...

VI. REVISTA REVISTELOR

Rubrica noastră are de această dată un aspect deosebit. După cum se va vedea, ea găzduiește un număr crescut de titluri românești noi, apărute în anii 2001-2002. Fenomenul este îmbucurător, reflectând o îmbogățirea unei direcții de preocupări laudabile ale juriștilor din România. Nu putem decât să urăm mult succes colegilor redactori și colaboratori ai acestor reviste și să le urăm viață lungă pe scena publicistică de specialitate!



“Acta Universitatis Lucian Blaga” (Sibiu)

- *Criterii orientative de apreciere a prejudiciilor morale și a despăgubirilor în compensare*, C. JUGASTRU, ACTA 1-2/2001.32
- *Natura juridică a contractelor de închiriere încheiate între comercianți*, C. HAGEANU, ACTA 1-2/2001.93.



“Le Dalloz. Recueil” (Paris)

- *Evoluția izvoarelor dreptului în țările de drept civil*, Fr. ZENATI, D.2002.Chron.15;
- *Cesiunea de clinică privată și transferul contractului de exercitare a medicinei*, Notă G. MEMETEANU la Cass. I civ., dec. din 3 iul. 2001, D.2002.Jur.23;
- *Regimul obligației de restituire în cazul comodatului pe durată nedeterminată*, Concluzii puse de J. SAINTE-ROSE la Cass. I civ., dec. din 29 mai 2001, D.2002.Jur.30;
- *Chestiuni actuale de drept execuțional penal*, J.P. CERE, M. HERZOG-EVANS, E. PECHILLON, D.2002.Chron.110;
- *Se poate pune problema căsătoriei ulterioare a unui transsexual?*, Notă L. MAUGER-VIELPEAU la TGI Caën, dec. din 28 mai 2001, D.2002.Jur.124;
- *Curtea de Casație franceză și principiile generale ale dreptului privat*, J.-P. GRIDEL, D.2002.Chron.228 (partea I) și 345 (partea a II-a);
- *Responsabilitatea penală a președintelui republicii*, Notă Ch. DEBASCH la Cass. plen., dec. din 10 oct. 2001, D.2002.Jur.237;
- *Articolul 9 din codul civil contra articolului 9 din Convenția europeană a drepturilor omului*, Notă C. DUVERT la Cass. I civ., dec. din 5 martie 2001, D.2002.Jur.248;
- *Un cod civil nu este un instrument comunitar*, G. CORNU, D.2002.Chron.351;
- *Influența legii din 10 iulie 2000 asupra răspunderii penale a persoanelor juridice*, Notă J.-C. PLANQUE la Cass. crim., dec. din 24 oct. 2000, D.2002.Jur.514;
- *Jurisprudența Perruche: o propunere de lege ambiguă*, A. SERIAUX, D.2002.Point de vue.579;
- *Pe tema reformei franceze a divorțului: noțiune de ruptură în drepturile europene și supraviețuirea elementelor subiective*, Fr. BOULANGER, D.2002.Chron.590;
- *Sanțiunea vânzării ce are un preț vil*, Notă C. CASTETS la Cass. civ., dec. din 18 iul. 2001, D.2002.Jur.680;
- *Sectele și minorii între dreptul penal și dreptul civil*, Notă M. HUYETTE la Cass. pen., dec. din 17 oct. 2001, D.2002.Jur.751;

- *Garantie decenală și nereguli viitoare. Natura responsabilității angajate în caz de nereguli afectând picturi cu rol estetic, Notă J.-P. KARILLA la Cass. III civ., dec. din 16 mai 2001, D.2002.Jur.833.*



“Dreptul” (București)

- *Antecontractul de vânzare-cumpărare și promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare, I. POPA (I), B. DUMITRACHE (II), Dr. 1/2002.44;*
- *Considerații cu privire la latura subiectivă a infracțiunii de vătămare corporală gravă, H. DIACONESCU, Dr. 1/2002.104;*
- *Probleme controversate privind unele infracțiuni silvice, A. PAICU, Dr. 3/2002.116-124;*
- *Definiția și efectul declarativ al contractului de tranzacție, D. VĂDUVA, Dr. 3/2002.18;*
- *Liberarea condiționată, D. LUPĂSCU, Dr. 3/2002.87;*
- *Acordul de principiu, J. GOICOVICI, Dr. 4/2002.47;*
- *Observații critice referitoare la decizia nr. 322/2001 a Curții Constituționale și discuții în legătură cu Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 20/2002 privind modificarea și completarea Legii nr. 92/1992 pentru organizarea judecătorească, Dr. 5/2002.3;*
- *Considerații asupra calității de subiect de drept civil a unităților administrativ-teritoriale, M. NICOLAE, Dr. 5/2002.26;*
- *Plata contribuției de asigurări sociale în situația cumulului de funcții, în lumina Legii nr. 19/2000 privind sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale, C. GĂLCĂ (I) C.L. POPESCU (II), Dr. 5/2002.105;*
- *Sinteză teoretică și practică privind represiunea traficului de influență în reglementarea actuală și în perspectivă, Dr. 5/2002.157;*
- *Titularii dreptului de proprietate asupra terenurilor forestiere aparținând obștilor de moșneni și răzeși, composesoratorilor și comunităților grănicerești de avere, S. VĂCĂRUȘ, Dr. 6/2002.30;*
- *Discuții privind calitatea și reprezentarea procesuală a unităților administrativ-teritoriale, M. NICOLAE, Dr. 6/2002.75;*
- *O caracterizare a recursului în anulare în faza executării hotărârilor penale, Dr. 6/2002.140;*
- *Incriminări privind traficul de persoane, I. LASCU, Dr. 7/2002.10;*
- *Răspunderea civilă pentru daunele nucleare, L. POP, dr. 7/2002.53;*
- *Dolul și obligația de informare în contractele sinalagmatice, I-F. POPA, Dr. 7/2002.62;*
- *Discuții privind dreptul părinților de a consimți la adopția copilului lor minor în lumina deciziei Curții Constituționale nr. 277/2001, A. și M. NICOLAE, Dr. 7/2002.89;*
- *Distincția între acțiunea în executarea silită a antecontractului de vânzare-cumpărare și acțiunea în prestație tabulară în dinamica sistemelor de publicitate imobiliară, TR. DÂRJAN, Dr. 7/2002.104;*
- *Câteva considerații generale referitoare la categoria datoriilor de valoare, L. POP, Dr. 9/2002.64;*
- *Este posibil ca soțul donatar să se prevaleze de prezumția instituită de art. 845 C.civ. pentru a dovedi existența unei donații deghizate al cărei beneficiar este și, pe cale de consecință, ca bunul donat să devină bun propriu în condițiile prevăzute de art. 31 lit. b C.fam.?, FL. POPESCU, S.I. VID, Dr. 9/2002.81;*
- *Răspundere civilă delictuală. Situația foștilor notari de stat, Note V. ODOBESCU (I) Ș. BELIGRĂDEANU (II), Dr. 9/2002.175.*



“Juris-classeur périodique – La semaine juridique” (Paris)

- *Un esperanto al dreptului? Întâlnirea dreptului comunitar cu dreptul contractelor – A propos de Comunicarea Comisiei europene referitoare la dreptul european al contractelor*, N. CHARBIT, JCP 2002.I.100;
- *Motivarea hotărârilor judecătorești și Convenția europeană a drepturilor omului*, L. BORÉ, JCP 2002.I.104;
- *Un caz în care nu este reținută obligația de securitate de mijloace a organizatorului unei lecții de echitație*, Notă Ch. LIEVREMONTE la Cass. I civ., dec. din 28 noi. 2000, JCP 2002.II.10010;
- *Existența unui contract de muncă nu implică vreo derogare de la folosința drepturilor de proprietate intelectuală*, JCP 2002.II.10014;
- *Codul civil european al obligațiilor și contractelor, o problemă încă deschisă*, Ph. MALAURIE, JCP 2002.I.110;
- *Convenția europeană a drepturilor omului și fundamentele răspunderii civile*, O. LUCAS, JCP 2002.I.111;
- *Vânzare imobiliară. O abstențiune dolosivă face întotdeauna scuzabilă eroarea provocată*, Notă Ch. JAMIN la Cass. III civ., dec. din 21 febr. 2001, JCP 2002.II.10027;
- *Donație între vii – Condiții de validitate ale clauzelor de inalienabilitate*, Notă Y. CHARTIER la Cass. I civ., dec. din 8 ian. 2002, JCP 2002.II.10036.



”Pandectele Române” (București)

- *Acțiune în revendicare. Indiviziune succesorală. Exercițarea a ei doar de o parte din coindivizari. Sezină. Indivizibilitate*, Notă D. CHIRICĂ la dec. 1185/ 5 apr. 2000 a CSJ, s.civ., PR 4/2001.21;
- *Răspundere delictuală. Defăimare prin presă. Distincție pamflet-insultă. Prejudiciu moral. Reparare parțială*, Notă R. DINCĂ la dec. 62/ 10 ian. 2001 a CSJ, s.civ., PR 4/2001.32;
- *Simulație. Inaplicabilitatea art. 1073-1077 C.civ. cu privire la contractul secret de vânzare-cumpărare*, Notă B. DUMITRACHE la sent.civ. 4591/ 20 apr. 2001 a Judecătoriei Sect. I București, PR 4/2001.160;
- *Acțiune în anularea hotărârii arbitrale. Natură juridică*, Notă I. DELEANU la dec. V/ 25 iun. 2001 a CSJ SU, PR 1/2002.35;
- *Ordin al prefectului de numire într-o funcție publică. Revocare ilegală a acestuia. Neîndeplinirea procedurii administrative prealabile. Inadmisibilitatea acțiunii în contencios administrativ*, Notă O. PODARU la dec. 61/ 12 ian. 2000 a CSJ, s.cont.adm., PR 1/ 2002.92;
- *Venituri din proprietate intelectuală. Contribuția de 7% pentru asigurările sociale de sănătate. Inexistența obligației de plată*, Notă C.L. POPESCU la dec. 289/ 29 ian. 2002 a CSJ, s. cont.adm., PR 1/2002.102;
- *Contract de vânzare-cumpărare cu rezerva dreptului de uzufruct. Eroare asupra naturii actului. Sancțiune. Prescriptibilitatea dreptului la acțiunea în anularea contractului*, Notă R. DINCĂ la dec. 579/17 fer. 2000 a C.Ap. București III civ., PR 1/2002.123;
- *Testament. Legat universal în favoarea soției. Descendent din căsătoria anterioară a defunctului. Partaj succesoral. Cotitate disponibilă. Reducțiune. Art. 939 C.civ.*, Notă M.D. BOCSAN la dec.civ. 2097/2000 a Trib. Constanța, PR 1/2002.153;
- *Condițiile de validitate și efectele promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare*, D. CHIRICĂ, PR 1/2002.229;

- *Legea 92/1992. Asistenți judiciari. Hotărâri luate cu majoritate în cauzele privind conflictele și litigiile de muncă judecate în primă instanță. Neconstituționalitate. Reconsiderarea jurisprudenței Curții Constituționale, Notă I. DELEANU la dec. 322/ 20 noi. 2001 a Curții constituționale, PR 2/2002.32;*
- *C.G.M.B. Hotărâre de aprobare a unor planuri urbanistice de detaliu. Acțiune în contencios administrativ introdusă de prefect împotriva C.G.M.B. Calitate procesuală pasivă. Recurs declarat de municipiul București prin primarul general. Inadmisibilitate, Notă M. TĂBĂRCĂ (I) M. NICOLAE (II) la dec. 361/ 30 ian. 2001 a CSJ, s.cont.adm., PR 2/2002.93;*
- *Încheiere de respingere a cererii de înscriere a dreptului în registrul de publicitate imobiliară. Inexistența dreptului notarului public de a ataca această încheiere, Notă A. NICOLAE, N. CRĂCIUN la dec. 42/ 11 ian. 2000 a C.Ap. București III civ., PR 2/ 2002.155;*
- *Substituție fideicomisară. Legate particulare. Exheredare. Opțiune succesorală. Partaj, Notă M.D. BOCSAN la sent.civ. 4196/ 2 apr. 2001 a Judecătoria sect. 2 București, PR 2/2002.186;*
- *Considerații cu privire la conectarea ilegală la un serviciu telefonic. Diferență față de infracțiunea de furt de energie cu valoare economică, S. BOGDAN, PR 2/2002.256;*
- *Dispoziții controversate ale noii legi a administrației publice locale, O. PODARU, PR 2/ 2002.290.*



“Revista de drept penal”

- *Aplicarea legii penale în timp și spațiu, G. ANTONIU, RDP 4/2001.9-37;*
- *Delapidare. Delimitări, G. MATEUȚ, RDP 4/2001.38-42;*
- *Confiscarea specială prin echivalent, C. ECEDI-STOISAVLEVICI, RDP 4/2001.77-86;*
- *Ocotirea penală a vieții persoanei, G. ANTONIU, RDP 1/2002.9-26;*
- *Tentativa improprie, T. MANEA, RDP 1/2002.52-67;*
- *Protecția penală a intereselor financiare ale comunităților europene, G. ANTONIU, RDP 2/2002.9-18;*
- *Legitima apărare. Caracterul atacului, RDP 2/2002.69-73;*
- *Violul conjugal în dreptul comparat, RDP 2/2002.154-161;*
- *Un nou pas pe calea reformei, G. ANTONIU, RDP 3/2002.9-21;*
- *Anteproiect Codul Penal, RDP 3/2002.127-156.*



“Revista de drept privat” (Chișinău)

Această revistă merită o mențiune specială. Concepută și susținută financiar de un grup de juriști din Basarabia doctoranzi ai Facultății de Drept din București, beneficiind și de aportul științific al unor juriști români consacrați, impresionează prin varietatea de rubrici propusă cititorilor și prin ținuta grafică deosebită. Sunt reviste în România care nu se ridică la aceste standarde...

- *Educația – problemă prioritară a omenirii și Universitatea, T.R. POPESCU RRD P 1/ 2001.9;*
- *Regimul juridic al comercianților în dreptul român și în dreptul Republicii Moldova, M. TAȘCĂ, RRD P 1/2001.22;*

- *Unele considerații privind căile de dezvoltare a dreptului muncii în Republica Moldova*, RRDP 1/2001.43;
- *Desfacerea căsătoriei prin divorț și nulitatea acesteia în dreptul Republicii Moldova*, O. IOVU, RRDP 1/2001.99;
- *Riscurile contractuale în vânzarea internațională de mărfuri*, N. GHENCIU, RRDP 1/2001.121;
- *Petru Manega – autorul primului Cod Civil pentru Basarabia*, M. TAȘCĂ, RRDP 1/2001.153;
- *Reflecții pe marginea hotărârii Curții Constituționale a R. Moldova privind controlul constituționalității unor prevederi din Legea avocaturii*, M. TAȘCĂ, RRDP 2/2001.5;
- *Obligațiile vânzătorului în contractul comercial de vânzare-cumpărare internațională prin prisma Convenției de la Viena din 1980*, L. GRIBINCEA, RRDP 2/2001.28;
- *Raportul juridic de muncă. Aspecte privind natura teoretico-practică*, N. SADOVEI, RRDP 2/2001.97;
- *Juristul Andronache Donici – Codul său de legi și influența acestuia asupra dreptului din Basarabia*, RRDP 2/2001.130;
- *Aspecte generale privind noul Cod al Familiei al Republicii Moldova*, V. CREȚU, RRDP 1/2002.30;
- *Aspecte privind vânzarea lucrului altuia*, S. GOLUB, RRDP 1/2002.55;
- *Vespasian Erbiceanu – arhitectul românității dreptului din Basarabia*, M. TAȘCĂ, RRDP 1/2002.83.



“Revista română de dreptul muncii” (București)

- *Considerații critice și sugestii referitoare la prevederile noului cod al muncii*, Ș. BELIGRĂDEANU, I.T. ȘTEFĂNESCU, RRDM 1/2002.9
- *Competența instanțelor judecătorești de a soluționa conflictele de drepturi*, AL. ȚICLEA, RRDM 1/2002.69;
- *Încheierea contractului individual de muncă în Republica Moldova*, C. SCORTESCU, RRDM 1/2002.109;
- *Păstrarea confidențialității operațiunilor bancare – obligație de serviciu a personalului bancar*, I. FIERESCU, RRDM 2/2002.33;
- *Elementele constitutive ale infracțiunilor săvârșite în domeniul protecției muncii*, I. PITULESCU și T. MEDEANU, RRDM 2/2002.49.