

Considerații privind începutul capacității de folosință a persoanei fizice

Conf. univ. dr. Sevastian Cercel*

*Dans la matière de l'acquisition de la capacité de jouissance la loi roumaine n'impose pas la condition de viabilité, de telle manière que l'enfant doit être né vivant mais non pas viable. Cette solution élimine les risques de la controverse médicale de la viabilité et simplifie l'acquisition de la personnalité juridique. D'autre part, selon le principe **infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur** ; « les droits de l'enfant sont reconnus dès sa conception » (art. 7 alin. 2 du décret n° 31/1954). En réglementant « le temps légal de la conception » (art. 61) le Code de la famille institue deux présomptions : premièrement, la présomption de la plus longue gestation (300 jours) et de la plus courte (180 jours), et, deuxièmement, la présomption que la conception de l'enfant soit possible dans n'importe quel jour compris entre le 300 et le 180 jour qui précède la naissance. Les performances de la médecine actuelle mettent en question le caractère absolu de la présomption de gestation.*

1. Preliminarii. Capacitatea de folosință a persoanei fizice este acea parte a capacității civile a omului care constă în aptitudinea acestuia de a avea drepturi și obligații civile¹. Capacitatea se dobândește odată cu nașterea; stabilind regula potrivit căreia capacitatea de folosință se dobândește de la naștere, art. 7 alin.1 din Decretul nr. 31/1954 dispune imperativ și explicit: „capacitatea de folosință începe de la nașterea persoanei”. Prin urmare, ca regulă, *data nașterii este data începutului capacității de folosință a persoanei fizice* sau „omul este subiect de drept din momentul nașterii”, regulă absolut firească ce este întâlnită în toate legislațiile și în toate timpurile (în dreptul roman, în dreptul vechi românesc, în sistemul Codul civil român etc.).

În teoria izvoarelor drepturilor subiective civile nașterea este un *eveniment juridic*, adică o împrejurare care se produce independent de voința omului (aici, nou născutului) și de care legea civilă leagă nașterea unor drepturi (aici, aptitudinea generală de a dobândi drepturi și obligații). Pentru a fi „eveniment juridic” faptul nașterii (*parturitio*) este *condiționat*, cum este și firească, de împrejurarea ca cel născut să fie *viu*; pare un truism, dar legătura dintre viața „juridică” și viața „biologică” este indisolubilă.

În doctrină² s-a susținut constant, și pe bună dreptate, că legea română nu impune *condiția viabilității*: pentru a dobândi capacitatea de folosință copilul trebuie să se nască

*Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova și avocat în Baroul Dolj.

¹*Gh. Beleiu*, Drept civil. Persoanele, TUB, 1982, p. 51; *idem*, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, ed. a VII-a revăzută și adăugită de M. Nicolae, P. Trușcă, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 306; *G. Boroș*, Drept civil. Partea generală. Persoanele, Ed. All Beck, București, 2002, p. 356; *I. Dogaru*, Drept civil român, Ed. Themis, Craiova, 2000, p. 380; *E. Chelaru*, Drept civil. Persoanele, Ed. All Beck, București, 2003, p. 69.

²*D. Alexandresco*, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, tom. I, Tipografia „România Nouă, București, 1926, p. 391-396; *idem*, Principiile dreptului civil cuprinzând doctrina și jurisprudența până la zi, vol. I, Atelierele grafice SOCEC&Co, București, 1926, p. 135-137, nr. 158-164; *N. Titulescu*, Drept civil, Ed. All Beck, București, 2004, p. 128-130; *Tr. Ionașcu* și alții, Persoana fizică în dreptul R.P.R., 1963, p. 40-41; *Gh. Beleiu*, Drept civil. Persoanele, 1982, p. 59; *idem*, Drept civil român, 2001, p. 313; *E. Chelaru*, Drept civil. Persoanele, 2003, p. 72.

viu, *nu și viabil*. Mai întâi, cu privire la naștere, încă din dreptul roman se arăta că omul se consideră născut atunci când este separat de mamă (*natum accipe et si exsecto ventre editus sit* - L. 12, *in medio*, Dig., *De liberis et posthumis*, 28.2), pentru că înainte de naștere copilul nu are o existență proprie și face parte din corpul mamei (*partus antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum* - L. 1§1, *in medio*, Dig., *De inspiciendo ventre*, 25.4), așa încât nu poate fi considerat om (*partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur* - L. 9 §1, *in fine*, Dig., *Ad legem Falcidiam*, 35.2). Pe de altă parte, pentru ca nou-născutul să fie „persoană fizică”, să dobândească personalitate juridică, trebuie să se nască viu (*vivus*). În dreptul roman se sublinia că „acei născuți morți nu se consideră nici născuți, nici procreați, pentru că nu au putut niciodată să aibă titlul de copii” (*qui mortui nascuntur, neque procreati videntur, qui nunquam liberi appellari potuerunt* - L. 129, Dig., *De verborum significatione*, 50.16; *qui nascitur mortuus, neque nasci videtur, neque filius dicitur*). În același sens, C. Calimach dispunea că „pruncul ce se naște mort în cât se atinge de cele pentru dânsul păstrate drituri, în nădejdea de a se naște viu, se socotește ca și cum n-ar fi fost zămislit” (art. 34 *in fine*), iar, în prezent, art. 654 alin. 3 C.civ. (din capitolul intitulat „Despre calitățile cerute pentru a succede) dispune: „Copilul născut mort este considerat că nu există”.

Vom reține că timpul cât a trăit copilul este indiferent pentru dobândirea capacității de folosință, așa încât are capacitate chiar dacă „a murit de îndată ce s-a născut” (*licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit*). Pentru a fi considerat născut viu, copilul trebuie, la limită, să fi respirat cel puțin o dată, ceea ce se poate dovedi prin prezența aerului în plămâni, prin proba numită a docimaziei. În dreptul vechi roman, jurisconșulți considerau ca o condiție a vieții ca nou-născutul să fi țipat (*voce emissa*) sau, cum întâlnim mai târziu în dreptul vechi românesc, „să slobozească glas în ceasul ce se va naște” (A. Donici, art. 1 § 37)³, dar Iustinian a respins această opinie, considerând că nu este exclus ca el „să fie mut” (*quod et si mutus fuerat*). Este interesant de amintit că art. 35 din Codul Calimach dispunea: „când există îndoială, de s-a născut pruncul viu sau mort, se socotește după iuridica presumpție, că s-a născut viu, și cel ce se împotrivesc este datoriu să dovedească împotrivirea sa”, instituind o prezumpție legală în sensul că faptul nașterii implică pe cel de a fi trăit (*in dubio partus natus praesumitur vivus, quia nemo praesumitur nasci mortuus*).

Cu privire la *condiția viabilității* care ar pretinde copilului să fie capabil să trăiască (*vitae habilis*), vom reține, mai întâi, că nu este impusă în sistemul nostru de drept. Așadar, copilul care se naște viu nu are nevoie, pentru a dobândi capacitate de folosință, să fie și viabil. Vom aminti că în dreptul roman nu dobândeau capacitate cei născuți „contra formeii naturale” (*non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreatur, vel si mulier monstrosam aliquid, aut prodigiosum enixa sit*), pentru că se cerea nu numai ca postumul să se nască viu, dar și „să nu aibă forma unui monstru” (*hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium*). Controversată sau nu în dreptul roman, condiția viabilității este înlăturată astăzi în multe sisteme de drept, care pentru a-i acorda personalitate juridică copilului consideră necesar și suficient ca el să se nască viu⁴. Respingerea acestei condiții a fost subliniată constant în doctrina noastră, unde s-a arătat, pe bună dreptate, că o simplă comparație a art.

³A se vedea, Manualul juridic al lui A. Donici, ediție critică, București, 1959.

⁴Pentru problema viabilității în dreptul roman, D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil cuprinzând doctrina și jurisprudența până la zi*, vol. I, 1926, p. 137; *idem*, nota 22, în *Curierul judiciar* nr. 2/1900, p. 14. În sensul că legislația germană, elvețiană, italiană, înscrie cerința viabilității, I. Deleanu, S. Deleanu, *Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc*, I, A-N, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 139.

288 (în prezent abrogat), art. 654 și art. 808 din Codul civil român de la 1864, cu textele corespunzătoare din Codul civil francez, respectiv, art. 314, art. 725 („Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder: 1. Celui qui n' est pas encore conçu; 2. L' enfant qui n' est pas né viable”) și art. 906 („Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d' être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d' être conçu à l' époque du décès du testateur. Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l' enfant sera né viable”), demonstrează că legiuitorul român a *înlăturat sistematic viabilitatea* despre care vorbesc textele franceze.

Există un interes practic deosebit pentru alegerea unuia sau altuia dintre cele două sisteme privind condițiile dobândirii capacității de folosință: trebuie să fie copilul și viabil sau este suficient să fie viu? Soluția din dreptul românesc înlătură riscurile controversei medicale a viabilității și simplifică dobândirea personalității. În consecință, va fi considerat „persoană”, copilul născut prematur, dar și cel născut cu malformații grave, despre care știința medicală ar susține că nu poate trăi (nu este viabil). În astfel de situații limită „o singură respirație” face diferența între dobândirea sau nu a capacității civile⁵. În sistemul francez, unde copilul trebuie să se nască viu și viabil, este aplicabilă o prezumție simplă potrivit căreia „orice copil născut viu este și viabil”, chiar dacă moare la scurt timp după naștere. Viabilitatea este o capacitate naturală de a trăi, așa încât primului semn de viață al nou-născutului i se alătură o prezumție de viabilitate. Este o prezumție relativă, care poate fi răsturnată de toți cei interesați să dovedească contrariu, așa cum se întâmplă în situația copiilor născuți prematur ori cu malformații. Practic, neviabilitatea este legată de malformațiile congenitale sau de anomalii care fac moartea inevitabilă și iminentă, copilul fiind considerat neviabil în situația în care, deși născut viu, este lipsit de un organ vital, așa încât este sigur destinat morții⁶. Pentru a fi considerat viabil un copil trebuie să aibă toate organele vitale, care să fie suficient de dezvoltate pentru a-i conferi capacitatea naturală de a trăi, chestiune asupra căreia se pronunță medicii specialiști. Practica medicală consideră că este neviabil un copil care la naștere are o greutate mai mică de 500 de grame, prezintă anomalii ale sistemului nervos central, hidrocefalie, anomalii grave ale compartimentelor inimii. Dificultățile sistemului care impune condiția viabilității apar acolo unde realitatea demonstrează că astfel de *bariere* pot fi depășite (spre exemplu, copii cu o greutate mult sub cea considerată necesară pentru a fi viabili, trăiesc și se dezvoltă normal).

⁵În dreptul nostru, Legea actelor de stare civilă din 11 iulie 1913 dispunea în art. 71 că nu se va face nicio mențiune în actele de naștere despre diformitățile fizice ale copilului. Altădată, canoanele bisericii catolice nu permiteau botezarea unui monstru. Pentru acordarea personalității, codul civil spaniol impune două condiții: copilul să nu aibă cap de monstru și să trăiască separat de mama lui 24 de ore; a se vedea, *N. Titulescu*, *Drept civil*, 2004, p. 129-130, care arată că, în dreptul civil, “o respirație a copilului înseamnă prosperitatea mamei”, iar în dreptul penal, “întemnițarea mamei”. În dreptul penal, pruncuciderea este pedepsită de art. 177 C. p.: „uciderea copilului nou-născut, săvârșită imediat după naștere de către mama aflată într-o stare de tulburare pricinuită de naștere se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani”. Se consideră că dreptul la viață al copilului există din momentul în care, procesul nașterii luând sfârșit, copilul este expulzat, indiferent că a fost sau nu tăiat cordonul ombilical. În înțelesul legii penale, odată expulzat, copilul are calitatea de nou-născut, un scurt interval de timp, fără însă ca acest interval de timp să fie fix sau dinainte stabilit. Oricum, este evident că atunci când copilul s-a născut mort, nu există pruncucidere; pentru infracțiunea de pruncucidere, *H. Diaconescu*, *Drept penal. Partea specială*, vol. I, Ed. All Beck, București, 2005, p. 92-102; *O. Loghin*, *T. Toader*, *Drept penal român. Partea specială*, Ed. Șansa, București, 1997, p. 97-101.

⁶*Gérard Cornu*, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 5^e édition, Montchrestien Paris, 1991, p. 161-162, nr. 464; *François Terré, Dominique Fenouillet*, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Ed. Dalloz, Paris, 1996, p. 19-20, nr. 21-22.

2. Înregistrarea nașterii. Pentru că data nașterii este momentul inițial al capacității de folosință a persoanei fizice, vom înțelege interesul apărut pentru *stabilirea* acestei date. În dreptul modern, dovedirea acestei date se face, de regulă, cu actul de stare civilă care este „certificatul de naștere” eliberat în condițiile legii care are o rubrică intitulată, cum altfel?, „data nașterii”, unde se consemnează anul, luna și ziua nașterii copilului.

Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă⁷ reglementează amănunțit procedura întocmirii actului de naștere (în capitolul al II-lea - „Întocmirea actelor de stare civilă”, prima secțiune - „Întocmirea actului de naștere”, art. 17-26). Legea impune obligația de a face declarația de naștere, mai întâi, părinților, după care au această îndatorire: medicul și personalul medical din unitatea în care a avut loc nașterea, dar și rudele sau vecinii care au aflat despre nașterea copilului. Declarația de naștere se face în termen de 15 zile (de la data nașterii) pentru copilul născut viu și în termen de 3 zile pentru copilul născut mort, iar în cazul în care copilul născut viu a decedat înăuntrul termenului de 15 zile, declarația de naștere se face în 24 de ore de la data decesului.

Când declarația de naștere a fost făcută după expirarea termenului de 15 zile, dar în termen de *un an de la naștere*, întocmirea actului de naștere se face cu *aprobarea* primarului. Dacă a fost făcută după trecerea unui an de la data nașterii, întocmirea actului de naștere se face *în baza hotărârii judecătorești irevocabile*, care va conține toate datele necesare întocmirii actului. Acțiunea se introduce la judecătoria în a cărei rază are domiciliul persoana interesată, iar participarea procurorului este obligatorie. Pentru soluționarea cauzei, instanța solicită poliției verificări pentru stabilirea identității, precum și avizul medicului legist cu privire la vârsta și sexul persoanei al cărei act de naștere se cere a fi întocmit. Pentru soluționarea înregistrării tardive a nașterii, stabilirea datei nașterii poate deveni dificilă. Expertiza medico-legală poate stabili data aproximativă (an, lună), fiind foarte greu, dacă nu imposibil, să precizeze, cu exactitate, și ziua nașterii. Pentru a rezolva acest aspect există trei sisteme: sistemul *primei zile* a lunii respective; sistemul intermediar (ziua de *mijloc* a lunii) și sistemul *ultimei zile* a lunii, considerându-se că cel mai rațional este ultimul sistem⁸.

3. Excepția privind dobândirea capacității de folosință a persoanei fizice. *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.* Prin excepție de la regula potrivit căreia capacitatea de folosință se dobândește de la naștere și printr-o ficțiune juridică se atribuie *o capacitate de folosință anticipată*: copilul conceput „se consideră ca născut” când este în interesul său, pentru ca prin faptul unei nașteri tardive să nu fie lipsit de drepturile ce i s-ar fi convenit dacă s-ar fi născut mai devreme⁹.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 282 din 11 noiembrie 1996, a fost modificată, ultima dată, prin Legea nr. 117 din 4 mai 2006. Pentru procedura întocmirii actului de naștere în dreptul francez, *Ph. Bihl*, *Droit civil général*, 13^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 63-65

⁸ *L. Mihai*, Notă la sentința civilă nr. 1298 din 26 martie 1979 a Judecătoriei sectorului 3 București, în R.R.D. nr. 4/1981, p. 95-97; *Gh. Beleiu*, *Drept civil. Persoanele*, 1982, p. 56-57; *E. Lupan*, *Drept civil. Persoana fizică*, p. 35-36. Codul civil reglementa înregistrarea nașterii în art. 41-47 (abrogate) și impunea ca declarația de naștere să se facă *în 3 zile* de la naștere; copilul se înfățișa ofițerului de stare civilă; era reglementată situația copilului găsit, dar și a copilului născut pe un vas român călătorind pe mare; a se vedea, *D. Alexandresco*, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul I, Ed. Tipografiei Ziarului „Curierul Judiciar”, București, 1906, p. 415-430.

⁹ *D. Alexandresco*, *Principiile dreptului civil*, 1926, p. 134-135, nr. 157; *I. Deleanu*, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 411-418, după care personalitatea juridică a copilului

În dreptul roman, în vechiul drept românesc (art. 34 C. Calimach) și în toate legislațiile întâlnim principiul formulat sub următoarea maximă: *infans conceptus pro nato habetur, quotiens de ejus commodis agitur* (copilul conceput se consideră ca născut de câte ori este vorba de interesele lui)¹⁰. În dreptul nostru actual, această excepție este reglementată, mai întâi, de art. 7 alin. 2 din Decretul nr.31/1954 care dispune: „Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu”-s.n. Pe de altă parte, art. 654 C.civ. dispune: „Pentru a succede, trebuie neapărat ca persoana care succede să existe în momentul deschiderii succesiunii. Copilul conceput se consideră că există. Copilul născut mort este considerat că nu există”- s.n. În ceea ce privește corelația dintre cele două texte legale, în doctrina noastră s-a subliniat că art. 654 C. civ. aplică în domeniul special al succesiunilor regula generală instituită de art. 7 alin. 2 din Decretul nr. 31/1954 după care, în mod excepțional, calitatea de subiect de drept se dobândește chiar anterior nașterii, de la concepțiune, dacă sunt întrunite anumite condiții¹¹. Tot astfel trebuie interpretate și dispozițiile art. 808 C. civ.: „Este capabil a primi donație între vii oricine este conceput în momentul donațiunii. Este capabil a primi prin testament oricine este conceput la epoca morții testatorului”¹².

4. Condițiile excepției. Pentru aplicarea excepției *infans conceptus pro nato habetur, quotiens de ejus commodis agitur*, cum rezultă din interpretarea dispozițiilor legale, este necesar să fie întrunite două condiții: a) să fie vorba de dobândirea de drepturi de către copilul conceput, iar nu de obligații; b) copilul să se nască viu (iar nu și viabil).

Legea prevede expres că sunt recunoscute de la concepțiune „drepturile copilului”, așa încât excepția se aplică dacă este vorba de drepturi în favoarea copilului, iar nu obligații în sarcina acestuia. În dreptul roman, copilul care urma să se nască era considerat născut, existent atunci când „este vorba de drepturile lui, pentru că dacă este vorba de drepturile altuia”, el va fi considerat că există atunci când va fi în realitate născut (*Quod dicimus eum qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius*

conceput nu este o ficțiune, acesta fiind o persoană juridică actuală, titulară de drepturi și, limitat, de obligații corespunzătoare acestora.

¹⁰*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur, quanquam alii, antequam nascatur nequaquam prosit* - cel care se află în utero este apărât în egală măsură, ca și cum ar fi în rândul ființelor umane, ori de câte ori este vorba de interesele lui, cu toate că el nu poate fi folositor nimănui înainte de a se naște (L. 7, *De his qui sunt in utero*, Dig., *De statu hominum*, a se vedea, Iustiniani Digesta. Liber primus, trad. T. Sâmbrian, 2003, p. 102). *Conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur* - copilul conceput se consideră întrucâtva ca născut (L. 7, Dig., *De suis et legitimis heredibus*, 38.16); *In compluribus causis, postumi pro jam natis habentur* – sub mai multe raporturi, postumii se găsesc ca născuți (Inst., *De Tutelis*, I, 13, §4, ab initio).

¹¹C. Stătescu, *Drept civil*, 1970, p. 51-52; Gh. Beleiu, *Drept civil. Persoanele*, 1982, p. 57-58; Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Actami, București, 1999, p. 49-50, nr. 26.

¹²*Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est* – dacă un copil este în utero în momentul morții tatălui său, el trebuie considerat ca fiind viu (L. 153, Dig., *De verborum significatione*, 50.16); a se vedea, V. Pătulea, *Coordonatele situației juridice specifice donației făcute copiilor doar concepuți, dar încă nenăscuți, în Dreptulnr. 1/2003*, p. 63-68; este interesant de observat că potrivit art. 837 C.civ., revocarea donației pentru nașterea unui copil al donatorului intervine „și când copilul donatorului sau al donatricei ar fi fost conceput în timpul donațiunii”. În această situație copilul conceput nu este asimilat celui născut, ci, dimpotrivă, se consideră că nu există, pentru că aceasta este și în interesul lui. Dacă s-ar considera că există, donația nu ar mai fi revocată o dată cu nașterea sa, iar bunul donat nu s-ar mai întoarce în patrimoniul donatorului (unde poate profita și copilului, eventual prin moștenire).

jure quaeritur. Aliis autem non prodest, nisi natus – L. 231, Dig., De verborum significatione, 50.16). De asemenea, în Codul Calimach se prevede despre copilul conceput că este prin ficțiune presupus existent numai în privința intereselor sale, nu însă și în privința terților (art. 34 „se socotesc ca niște născuți când se atinge pricina de dânsi, iar *nu de a treia persoană*”).

Dobândirea capacității de folosință anticipate cuprinde numai aptitudinea de a avea drepturi, iar nu și obligații, pentru că *este o măsură legislativă în favoarea copilului conceput*, care nu se poate întoarce împotriva acestuia. În doctrină s-a analizat dacă această condiție este îndeplinită în situația în care copilul conceput este chemat să culeagă o moștenire, știut fiind faptul că moștenirea este o universalitate juridică, adică o „totalitate de drepturi și obligații” (la decesul unei persoane fizice, patrimoniul ei, intransmisibil în timpul vieții, se transmite moștenitorilor, legali sau testamentari, iar transmisiunea privește, în egală măsură, activul și pasivul succesoral). Copilul conceput va primi întreaga sau o fracțiune din această universalitate, adică atât activ cât și pasiv. S-a subliniat, pe bună dreptate, că această împrejurare nu contrazice regula după care un copil conceput este recunoscut subiect de drept numai pentru dobândirea de drepturi, nu și pentru asumarea de obligații. Mai întâi pentru că, dobândind o succesiune, copilul conceput dobândește *un drept* asupra unei universalități, iar, în al doilea rând, și mai ales, el va răspunde întotdeauna pentru pasivul succesoral *în limitele* activului moștenirii¹³. În acest sens, art. 19 din Decretul nr. 32/1954 prevede că „*acceptarea moștenirii cuvenită unui minor*, indiferent de vârstă sau unei persoane pusă sub interdicție, *va fi socotită întotdeauna ca fiind făcută sub beneficiu de inventar*” –s.n. Or, efectul esențial al beneficiului de inventar este acela că succesorul (copilul conceput) va plăti „datoriile succesiunii numai până în concurența valorii bunurilor ce el a primit (art. 713 pct. 1 C.civ.), așa încât este înlăturat riscul unei moșteniri al cărei pasiv ar fi mai mare decât activul; copilul conceput răspunde numai *intra vires hereditatis*, iar nu *ultra vires hereditatis*.

Cea de a doua condiție – copilul să se nască viu – a fost analizată deja, pentru că de ea depinde dobândirea capacității de folosință în general, iar nu doar (ci, cu atât mai mult) dobândirea capacității de folosință anticipată. Este de observat că această cerință legală funcționează ca o *condiție rezolutorie*, în sensul că este recunoscută de lege capacitatea de folosință anticipată sub condiția ca cel conceput să se nască viu, iar, în caz contrar, capacitatea este desființată retroactiv. Pentru acest motiv capacitatea de folosință anticipată poate fi calificată ca o capacitate „condiționată” sau „sub condiție”.

În doctrină s-a subliniat că existența acestei condiții – copilul să se nască viu – a cărei îndeplinire nu poate fi cunoscută la data concepției, face preferabilă teoria conform căreia regula *infans conceptus* nu se referă la acordarea unei capacități de folosință copilului conceput, o capacitate „anticipată”, ci la *recunoașterea retoractivă*, chiar din momentul concepției, a acestei capacități în privința copilului născut viu. Se susține că această teorie explică mai bine recunoașterea dreptului femeii de a decide în privința întreruperii cursului sarcinii în primele săptămâni de la concepție, ceea ce ar fi dificil de explicat juridic dacă recunoaștem copilului conceput capacitate de folosință adică, statutul de subiect de drept¹⁴.

¹³Gh. Beleiu, *Drept civil. Persoanele*, 1982, p. 58-59; C. Stătescu, *Drept civil*, 1970, p. 53-54; G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, 2002, p. 354; E. Lupan, *Drept civil. Persoana fizică*, 1999, p. 38-40; M. N. Costin, *Marile instituții ale dreptului civil român*, p. 84-85.

¹⁴E. Chelaru, *Drept civil. Persoanele*, 2003, p. 72; pentru această susținere în doctrina franceză, a se vedea, Ph. Bihl, *Droit civil général*, 2000, p. 55, după care, data nașterii determină, în general, dobândirea personalității, dar “eventuellement, la personnalité remonte à la date de la conception. Cette *retroactivité* ne joue que si el est l' intérêt de l' enfant et à condition que celui-ci naisse vivant et

5. Timpul legal al concepțiunii copilului. Am reținut că momentul de la care sunt recunoscute drepturile copilului este momentul concepțiunii. Dar dacă data nașterii este ușor de probat, în stadiul actual al dezvoltării științei medicale nu se poate determina, cu exactitate, data concepției copilului (întrucât nu se poate determina, cu precizie absolută, durata sarcinii), chiar dacă gradul de aproximare devine mereu mai apropiat de realitate. În acest cadru, legiuitorul, pornind de la faptul cert al nașterii, care poate fi constatat direct și poate fi dovedit prin orice mijloc de probă, ținând seama de momentul nașterii și de durata sarcinii, a instituit prezumția legală potrivit căreia „*timpul cuprins între a trei sute și a o sută opt zecea zi dinaintea nașterii copilului este timpul legal al concepțiunii. El se socotește de la zi la zi*” (art. 61 din Codul familiei).

Mai întâi, vom reține că legiuitorul s-a văzut nevoit, pentru înlăturarea incertitudinii, să stabilească o prezumție cu privire la *perioada concepției*, de vreme ce nașterea unui copil poate fi „prematură”, „la termen” sau „peste termen”. În stabilirea prezumției *timpului legal al concepției copilului*, legiuitorul a ținut seama de două limite, extreme: durata celei mai lungi sarcini și durata celei mai scurte sarcini și, adăugând o anumită marjă de siguranță, a considerat că, pentru ca un copil care s-a născut viu, cea mai lungă sarcină poate fi de 300 de zile, iar cea mai scurtă de 180 de zile. În consecință, un copil născut la o anumită dată a putut fi conceput, cel mai devreme, la 180 de zile înainte de nașterea sa, și cel mai târziu, la 300 de zile înaintea de naștere.

Între aceste două limite se află *intervalul de 121 de zile* care este tocmai timpul legal al concepției copilului, cu mențiunea că, teoretic, copilul născut viu poate să invoce oricare din zilele acestui interval, ca fiind zi a concepției sale, așa încât are capacitate să dobândească orice donație încheiată în favoarea sa în această perioadă¹⁵ și să primească orice moștenire deschisă în această perioadă, la care este chemat prin testament sau potrivit legii (art. 654 și art. 808 C.civ.). Intervalul este de 121 de zile, iar nu de 120 de zile, pentru că „se socotește de la zi la zi”, așa încât, *dies a quo* (a 300-a zi dinaintea nașterii) *non computatur in termino*, iar *dies ad quem* (a 180-a dinaintea nașterii) *computatur in termino*.

Din interpretarea art. 61 C. fam. se observă că legea instituie *două* prezumții: a) prezumția celei mai lungi gestații (300 de zile) și cele mai scurte gestații (180 de zile); b) prezumția că era posibilă conceperea copilului în oricare dintre zilele intervalului cuprins între a 300-a zi și a 180-a zi dinaintea nașterii. După cum știm, prezumțiile legale se clasifică în funcție de *forța lor doveditoare*, în prezumții relative (care conferă credibilitate faptului pretins *până la proba contrară*, având putere doveditoare *juris tantum*) și prezumții absolute (*nu pot fi răsturnate prin contraprobă*, fiind crezute *juris et de jure*). În acest cadru, se pune problema prezumțiilor prevăzute de art. 61 C.fam. și este important să vedem dacă sunt relative sau absolute¹⁶.

viable”- s.n.

¹⁵Se acceptă că o „persoană” neconcepută poate fi gratificată *numai indirect*, de exemplu, prin *liberalități cu sarcini*, făcute unui terț capabil; important este ca persoana viitoare (neconcepută) să existe la data executării sarcinii (spre exemplu, este valabilă donația făcută în favoarea copilului care se va naște din căsătoria pe care o va încheia nepoata celui care donează), a se vedea, *Fr. Deak*, Tratat de drept civil. Contracte speciale, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 127, nr. 10. Pe de altă parte, donația cu sarcini, chiar dacă presupune obligații pentru donatar, nu este exclusă *de plano* în cazul capacității anticipate, pentru că nimic nu se opune, spre exemplu, unei sarcini *în favoarea donatarului însuși* (în schimbul bunului donat, copilul trebuie să facă, la timpul potrivit, anumite studii).

¹⁶ *Gh. Beleiu*, Drept civil român, 2001, p. 314; *I. Dogaru*, Drept civil român, 2000, p. 384; *E. Lupan*, Drept civil. Persoana fizică, 1999, p. 43; *M. N. Costin*, op. cit, 1984, p. 87-89; *I. P. Filipescu*, A. I.

În doctrină și jurisprudență există unanimitate asupra calificării primei prezumții ca fiind absolută (*juris et de jure*). În consecință este inadmisibilă proba care ar tinde să dovedească o sarcină mai lungă de 300 de zile ori mai scurtă de 180 de zile, deoarece s-ar ajunge ca, prin hotărâre judecătorească să se modifice legea, ceea ce este nepermis¹⁷. Cu privire la cea de-a doua prezumție, chiar dacă într-o anumită perioadă a existat în doctrină o controversă, în prezent pare a se impune opinia potrivit căreia această prezumție este relativă (*juris tantum*). În consecință, este admisibilă proba care tinde să stabilească, neîndoielnic, că era posibilă concepțiunea copilului numai într-o anumită parte a intervalului de 121 de zile, așa încât cealaltă parte a acestuia trebuie exclusă¹⁸.

6. Repere istorice și vocația textului art. 61 C. fam. Reglementarea unei perioade a concepției copilului este mult mai veche, iar efectele sale juridice cunoscute înainte de adoptare Codului familiei (Legea nr. 4/1954), care prevede expres timpul legal al concepției. În dreptul roman, pentru a fi înlăturate îndoielile asupra paternității copilului (*turbatio sanguinis*) născut după încetarea căsătoriei prin moartea soțului era prevăzută obligația văduvei de a păstra un termen de viduitate sau de doliu (*tempus lugendi*) de zece luni de la decesul soțului, interval în care nu avea voie să se căsătorească (sub sancțiunea infamiei). Treptat, termenul a fost extins la 1 an, iar interdicția recăsătoririi a fost impusă și după desfacerea căsătoriei prin divorț (*divortium/divertuntur*)¹⁹. Această interdicție va fi întălnită și în vechiul drept românesc²⁰ și în Codul civil român: „văduva și femeia a cărei

Filipescu, Tratat de dreptul familiei, ediția a VII-a, Ed. Al Beck, București, 2002, p. 329; *I. Dogaru*, *S. Cercel*, Elemente de dreptul familiei, Ed. Themis, Craiova, 2001, p. 85; *A. Bacaci*, *V. C. Dumitrache*, *C. Hageanu*, Dreptul familie, ediția a IV-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 185-188.

¹⁷C.S.J., secția civilă, dec nr. 13/1991, în Dreptul nr. 1/1992, p. 111. Cu privire la considerarea prezumției că cea mai scurtă sarcină este de 180 de zile ca fiind o prezumție absolută, trebuie să amintim cazul îndelung mediatizat al unei fetețe americane născută prematur, la doar 22 de săptămâni. Amilia (cuvânt care înseamnă „luptătoare”) avea la naștere – octombrie 2006 - lungimea unui stilou și o greutate de 284 g, iar medicii nu-i dădeau șanse de supraviețuire (în general, se consideră că un copil cu greutate sub 400 de grame la naștere nu poate supraviețui). Potrivit Universității Iowa, care deține situația copiilor din lume născuți prematur, a stabilit recordul mondial de naștere prematură. La sfârșitul lunii februarie 2007, fetița cântărea 2 kg și urma să fie externată, chiar dacă era monitorizată medical (HotNews.ro, accesat la 7.03.2007). În aceste condiții, prezumția în discuție nu mai poate fi considerată irefragabilă, de vreme ce argumentele medicinii actuale pot demonstra contrariul. În sensul că performanțele ingineriei genetice – transferul de embrioni, fecundarea externă a ovulului uman, etc.- pun sub semnul întrebării caracterul absolut al prezumției de gestație, *I. Deleanu*, *S. Deleanu*, op. cit., p. 139.

¹⁸ *M. Mayo*, Despre posibilitatea determinării prin probe științifice a datei concepției probabile a copilului, în RRD nr.7/1978, p. 17-20 (care menționează caracteristicile morfo-fiziologice ale copilului, greutate, lungime, circumferința craniului etc.); Trib. Jud. Maramureș, dec. civ. nr. 912 din 27 octombrie 1976, în RRD nr. 2/1978, p. 37-39, cu Notă de *P. Anca*; *Sc. Șerbănescu*, Codul familiei comentat și adnotat, Ed. științifică, București, 1963, p.201; *I. Filipescu*, Dreptul familiei, EDP, București, 1965, p. 160; *R. Petrescu*, Acțiunile privind statutul civil al persoanei, Ed. științifică, București, 1968, p. 103-104; *Gh. Beleiu*, Drept civil. Persoanele, 1982, p. 61-62.

¹⁹*G. Danielopolu*, Explicațiunea Instituțiilor lui Iustinian, 1899, p. 214-215, care arată și procedura complicată ce trebuia urmată atunci când femeii declara, după divorț sau după decesul soțului, că este însărcinată (*senatusconsultus Placian*; Ulpian, L. 1, paragrafele 10-15, D., *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*, XXV, 4). *T. Sâmbrian*, Receptarea în dreptul român a normelor de drept roman referitoare la condițiile de fond ale căsătoriei, în Revista de științe juridice nr. 3/2006, p. 14-15.

²⁰ „Muerii căreia îi va muri bărbatul aceeaia nu e volnică să ia alt bărbat până nu trece jalea 1 an” (Pravila aleasă, cap. 281-282; Îndreptarea legii, gl. 261, zac. 1). „Pentru doao vini se-au întărit a fi anul de jalea unul, că să nu să mărite muiarea într-însul, însă una, ca să nu se tâmple muiarea grea,

căsătorie a fost declarată nulă, nu poate trece în a doua căsătorie decât *după 10 luni* de la desfacerea prin moarte sau anularea căsătoriei precedente, afară dacă a născut în acest interval” (art. 210); „femea despărțită nu va putea trece la altă căsătorie decât după zece luni de la despărțirea ei, sau dacă a făcut cerere de părăsire a domiciliului conjugal, după zece luni de la data hotărârii care a admis această cerere, afară dacă femeia a născut în acest interval” (art. 278)²¹.

În Digestele lui Iustinian există regula potrivit căreia „trebuie admis, datorită autorității învățatului Hypocrate, că un copil se naște perfect la *șapte luni*, și de aceea trebuie admis că *este un copil legitim cel care s-a născut la șapte luni dintr-o căsătorie legitimă*” (sestimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse”, L. 12, *De septi mensi partu*, Dig., *De statu hominum*). Pe de altă parte, Ulpian exclude de la moștenirea bărbatului pe copilul născut post decem mens (L. 3, §11, Dig., *De suis et legitimis heredibus*, 28.16), iar Aulus-Gelius ne spune că aceasta este conform celor 12 Table²².

Pe de altă parte, Codul Calimach prevede în art. 181 (cu denumirea marginală „Juridica prezumție pentru nașterea din legiuita însoțire”): „*juridica prezumție se luptă spre apărarea legiuitei nașteri a copiilor, carii se nasc la sfârșitul lunii a șaselea sau a zecea, socotindu-se din ziua zămislirii; slăbește însă când s-au născut copilul sau mai înainte de împlinirea a șase luni întregi, socotindu-se din ziua cununiei sau din ziua întoarcerii bărbatului din străinătate ori după împlinirea lunii a zecea, socotindu-se de la dezlegarea însoțirii prin moarte sau prin carte de despărțenie, ori prin alte chipuri*”; pentru a explica: nota (13) „*cea mai scurtă vreme de la zămislire până la naștere sunt șase luni întregi, adică una sută optzeci sau una sută opzeci și două zile (precum se cuprinde în Vasilicale) după cercarea celor ispitiți vechi și noi bărbați, iar cea mai îndelungată vreme este zece luni întregi, adică trei sute zile, pentru că lunile în întregi s-au numărat de cătră cei mai noi câte treizeci de zile, precum se numără și de cătră eleni*”.

În fine, Codul civil român prevede în art. 286: „Bărbatul este tatăl copilului conceput (zămislit) în timpul căsătoriei. Bărbatul însă va putea să nu recunoască de al său pe copil, dacă dovedește că în cursul timpului cuprins între *a treisutelea zi și între aceia a una sută optzeci mai înainte de născerea copilului*, a fost în imposibilitate fizică de a coabita cu soția sa, fie din cauză de depărtare, fie din orice alt accident”²³.

Reglementarea actuală a timpului legal al concepției este cuprinsă, ca și în dispozițiile anterioare ale Codului civil, în materia paternității, de vreme ce art. 61 C. fam. face parte din secțiunea a II-a – „Filiația față de tată” (art. 53-61), a capitolului al II-lea – „Filiația”, din titlul II – „Rudenia”. În acest cadru s-a pus problema dacă acest text se aplică numai în materia stabilirii paternității ori se aplică și în alte materii, cum este și cea a determinării momentului inițial al capacității de folosință anticipate. Doctrina și

iară a doă căce iaste datoare *pentru cinstea bărbatului*, să jlească” (Îndreptarea legii, gl. 261, zac. 2). Codul Calimach impunea anul de doliu, pentru considerente morale, și bărbatului: „Femeia bărbatului celui vrednic de jelire este datoare să păzească *anul* jelirii, pentru *neamestecarea seminței și pentru cinstea mortului* ei bărbat. Așijderea se cuvine ca și bărbatul să păzească anul jelirii pentru *cinstea femeii sale*” (art. 144).

²¹Pentru analiza art. 210 și 278 C.civ. rom., modificate prin Legea din 1906, a se vedea, D. Alexandresco, op. cit., tomul I, 1906, p. 800-807.

²² D. Alexandresco, op. cit., tom II, 1907, p. 212-214, care arată că termenul gestației trebuie calculat pe zile, socotindu-se ziua de 24 ore, cu începere de la ora 12 noaptea, potrivit art. 1888 C.civ.

²³În continuare, art. 287-291 C.civ., din capitolul „Despre filiațiunea copiilor legitimi născuți sau concepuți în căsătorie”, reglementau condițiile și termenele acțiunii în tăgada paternității.

jurisprudența susțin constant că art. 61 C. fam. are valoarea unui *text general aplicabil în toate situațiile în care este necesar a se dovedi momentul concepției unui copil*. Se consideră, pe bună dreptate, că aceleași argumente care au determinat instituirea prezumției timpului legal al concepției (imposibilitatea stabilirii unei date anume când a avut loc concepțiunea) impun utilizarea acestei prezumții nu doar în materia paternității, dar și în justa interpretare și aplicare a dispozițiilor art. 7 alin. 2 din Decretul nr. 31/1954. Soluția se impune printr-o interpretare sistematică a dispozițiilor legale, pentru că legiuitorul a instituit regula că drepturile copilului sunt recunoscute de la concepție și a înțeles să trimită la dispozițiile legale care precizează modul în care se stabilește când a avut loc aceasta²⁴.

Dar dacă *vocația generală a prezumției* instituite de art. 61 C. fam. în sistemul juridic este mai presus de orice dubiu, trebuie să observăm că performanțele științei medicale și ingineriei genetice înlătură aplicabilitatea sa practică în din ce în ce mai multe situații. Astfel, în cazul fecundării *in vitro* și inseminării artificiale (denumite generic procreare asistată medical) poate fi stabilit momentul concepției, așa încât prezumția unei *perioadei de concepție* este înlocuită cu dovada *datei concepției*, iar calculele, complicate sau nu, propuse de lege sunt depășite de probele științifice²⁵. În plus, prezumția legală în discuție tinde să fie inutilă și în cazul concepție firești, naturale, în situațiile în care se ridică doar o problemă de paternitate a copilului, de vreme ce testele ADN pot stabili direct și precis filiația acestuia.

²⁴ M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 70; C. Stătescu, *drept civil*, 1970, p. 58; Gh. Beleiu, *Drept civil. Persoanele*, 1982, p. 60-61

²⁵ Pentru unele aspecte privind reproducerea umană asistată medical, a se vedea, Curtea Constituțională, decizia nr. 418 din 18 iulie 2005 asupra sesizării de neconstituționalitate a Legii privind sănătatea reproducerii și reproducerea umană asistată medicală, publicată în M.Of. nr. 664 din 26.07.2005; Curtea a declarat numeroase dispoziții din lege ca fiind neconstituționale; pentru discuțiile privind adoptarea unei reglementări privind reproducerea umană asistată medical, www.crj.ro.