

# Revista de Științe Juridice



Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale

---

## SISTEMUL JURIDIC ÎNTRE STABILITATE ȘI REFORMĂ

---

*Coordonator număr:*

*Prof. univ. dr. Ion DOGARU*

*Membbru corespondent al Academiei Române*



**Vol. 21, nr. 1/2012**

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Copyright © **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

**S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al  
**S.C. Universul Juridic S.R.L.**

**REDACȚIE:** tel./fax: **021.314.93.13**  
tel.: **0732.320.665**  
email: **redactie@universuljuridic.ro**

**DEPARTAMENTUL** tel.: **021.314.93.15; 0733.673.555**  
**DISTRIBUȚIE:** fax: **021.314.93.16**  
email: **distributie@universuljuridic.ro**

**[www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro)**

**COMENZI ONLINE,  
CU REDUCERI DE PÂNĂ LA 15%**

**ISSN: 1454-3699**

---

**Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:  
<http://drept.ucv.ro/RSJ>**

**Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:  
[rsj@universuljuridic.ro](mailto:rsj@universuljuridic.ro)**

# REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

**Redactor-șef:**

**SEVASTIAN CERCEL** – Universitatea din Craiova

**Editor executiv:**

**LUCIAN BERND SĂULEANU** – Universitatea din Craiova

**Secretar de redacție:**

**lect. univ. dr. MATEI DIACONU** – Universitatea din Craiova

---

## ■ COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- Prof. dr. **Pirangelo Catalano** – Universitatea „La Sapienza” din Roma  
Prof. dr. **Patrick Charlot** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii Doctorale și al Centrului de Studii Cercetări Juridice și Politice  
Prof. dr. **Xu Guodong** – Universitatea din Xiamen, China  
Prof. univ. dr. **Yan Laidie** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța  
Prof. univ. dr. **Mihael Martinek** – Universitatea Saarland din Saarbrücken, Germania  
Prof. dr. **Nicolas Queloz** – Universitatea din Fribourg, Elveția, fost Decan al Facultății de Drept, Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză

\* \* \*

- Conf. univ. dr. **Flavius Baias** – Universitatea din București, Decan al Facultății de Drept  
Prof. univ. dr. **Gabriel Boroș** – Universitatea „Nicolae Titulescu” din București  
Prof. univ. dr. **Eugen Chelaru** – Universitatea din Pitești, Decan al Facultății de Științe Juridice și Administrative  
Prof. univ. dr. **Ion Dogaru** – Universitatea din Craiova, membru corespondent al Academiei Române  
Prof. univ. dr. **Ioan Leș** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Decan al Facultății de Drept  
Prof. univ. dr. **Radu I. Motica** – Universitatea de Vest din Timișoara, Decan al Facultății de Drept și Științe Administrative  
Prof. univ. dr. **Nicolae Popa** – fost Președinte al Curții Constituționale a României, fost Președinte al Înaltei Curți de Casatie și Justitie  
Prof. univ. dr. **Tudorel Toader** – Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Decan al Facultății de Drept  
Prof. univ. dr. **Paul Vasilescu** – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Decan al Facultății de Drept
- 

## ■ COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Conf. univ. dr. **Lucian Bercea** – Universitatea de Vest din Timișoara – Drept comercial, Drept bancar  
Prof. univ. dr. **Edmond Gabriel Olteanu** – Universitatea din Craiova – Dreptul proprietății intelectuale  
Prof. univ. dr. **Adi Oroveanu Hanțiu** – Universitatea din Craiova – Drept procesual penal  
Asist. univ. **Mihai David** – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca – Drept civil  
Conf. univ. dr. **Daniel Ghiță** – Universitatea din Craiova – Drept procesual civil, Statute profesionale  
Lect. univ. dr. **Sebastian Spinei** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu  
Conf. univ. dr. **Daiana Maura Vesmaș** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu  
Lect. univ. dr. **Dan Constantin Tudurache** – Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Editura UNIVERSUL JURIDIC



# CUPRINS

Principiul aplicării imediate a legii noi și Noul Cod civil <i>Conf. univ. dr. Marian NICOLAE</i> .....	9
Începutul și încetarea capacității de folosință a persoanei fizice, în reglementarea Noului Cod civil <i>Prof. univ. dr. Eugen CHELARU</i> .....	49
Competența instanțelor judecătorești – între mica reformă și Noul Cod de procedură civilă <i>Conf. univ. dr. Daniel GHIȚĂ</i> .....	61
Infrațiunea de omor calificat în Noul Cod penal <i>Prof. univ. dr. Valerian CIOCLEI</i> .....	72
Pot fi cumulate alegerile locale cu cele parlamentare? <i>Prof. univ. dr. Verginia VEDINAȘ</i> .....	79
Ius Sepulcri – între tradiție și modernitate <i>Prof. univ. dr. Cristinel MURZEA</i> .....	83
Despre cunoașterea juridică integrativă <i>Prof. univ. dr. Ion CRAIOVAN</i> .....	92
Câteva cauze care înlătură răspunderea în Noul Cod civil român <i>Prof. univ. dr. Călina JUGASTRU</i> <i>Prof. univ. dr. Adi Oroveanu HANȚIU</i> .....	101
Analiză comparativă privind calitatea de martor în procesul penal și procesul civil <i>Prof. univ. dr. Adi Oroveanu HANȚIU</i> <i>Asist. univ. drd. Ana-Maria MORARU</i> .....	112
Utilitatea și imperfecțiunile procedurii cu privire la cererile de valoare redusă reglementată de Noul Cod de procedură civilă <i>Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA</i> <i>judecător drd. Ștefan LUCACIUC</i> .....	124

Tradiția romano-bizantină a vechiului drept românesc receptată în unele inovații ale Noului Cod civil <i>Prof. univ. dr. Teodor SÂMBRIAN</i> .....	140
Contractul de transport de bunuri în reglementarea Noului Cod civil <i>Prof univ. dr. Ștefan Scurtu</i> .....	151
Dinamica metodelor de identificare criminalistică utilizate în țările membre U.E. <i>Conf. univ. dr. Gabriel NAGHI</i> .....	159
Aplicarea dreptului uniunii europene de către judecătorul național <i>Lector univ. dr. Anamaria GROZA</i> .....	166
Studiu asupra formării progresive a contractului în contextul reglementărilor din Noul Cod civil <i>Lect. univ. dr. Cristina STANCIU</i> .....	178
Publicitatea ședinței de judecată și citarea părților în Noul Cod de procedură penală în raport cu normele procedurale în vigoare <i>Lect. univ. dr. Gabriel TĂNAȘESCU</i> .....	192
Cuantumul rezervei descendenților atunci când la moștenire vin descendenți renunțatori sau nevrednici. Modificările aduse de Noul Cod civil în privința instituțiilor nedemnității și a renunțării la moștenire <i>Asist. univ. dr. Adela Elena PATRAȘCU</i> .....	206
Necesitatea codificării - percepută sau nu la nivel social? <i>Drd. Roxana Gabriela ALBĂSTROIU</i> <i>Drd. Ramona Dumitru DUMINICĂ</i> .....	212
Unele aspecte privind dreptul la apărare în cadrul procedurilor administrative și fiscale <i>Drd. Adriana-Florina BĂLĂȘOIU</i> .....	223
Restrângerea exercițiului libertății de exprimare în scopul garantării autorității și imparțialității puterii judecătorești <i>Drd. Lavinia BRĂCĂCESCU</i> <i>Drd. Mădălina BUZĂRNESCU</i> .....	232
Dreptul la demnitate în noul Cod civil <i>Drd. Izabela BRATILOVEANU</i> .....	247
Reevaluarea marjei de apreciere a statelor europene privind minoritarii sexuali în lumina dispozițiilor CEDO <i>drd. Alexandra Mirela POPESCU</i> .....	256

# CONTENT

The new law principle immediate enforcement and the new civil Code <i>PhD Assoc. Prof. Marian NICOLAE</i> .....	9
The beginning and cessation of the individuals' capacity of use under regulation of the New civil Code <i>PhD Eugen CHELARU</i> .....	49
Courts jurisdiction – between the small reform and the New civil Code of procedure <i>PhD Daniel GHIȚĂ</i> .....	61
Aggravated murder under the New criminal Code <i>PhD Valerian CIOCLEI</i> .....	72
Can the local elections be cumulated with the parliamentary ones? <i>PhD Verginia VEDINAȘ</i> .....	79
Ius Sepulcri – between tradition and modernity <i>PhD Cristinel MURZEA</i> .....	83
On integrative legal knowledge <i>PhD Ion CRAIOVAN</i> .....	92
Comparative analysis on the capacity of witness in the criminal and civil trial <i>PhD Călina JUGASTRU</i> <i>PhD Adi Oroveanu HANȚIU</i> .....	101
Comparative analysis regarding the witness in criminal and civil law suit <i>PhD Adi Oroveanu HANȚIU</i> <i>Assist. Prof. PhD Candidate Ana-Maria MORARU</i> .....	112
Usefulness and imperfections regarding the procedure of small - tax applications in the New Code of Civil Procedure <i>PhD Radu I. MOTICA</i> <i>PhD Candidate LUCACIUC</i> .....	124
Roman-byzantine tradition of the former romanian law reflected in some innova- tions of the civil Code <i>PhD Teodor SĂMBRIAN</i> .....	140

Goods contract of carriage under the New civil Code <i>PhD Ștefan SCURTU</i> .....	151
Dynamics of forensic identification methods used in the eu countries <i>PhD Assoc. Prof. Gabriel NAGHI</i> .....	159
Application of eu law by the national court <i>PhD Anamaria GROZA</i> .....	166
Study on the contract's progressive development under the New civil Code <i>Assit. prof. PhD Cristina STANCIU</i> .....	178
Hearing publicity and summoning parties in the New Code of criminal procedure in relation to the current procedural rules <i>Assist. prof. PhD TĂNĂSESCU</i> .....	192
Descendants' reserve amount when releasors or unworthy descendants claim an inheritance. amendments to the New civil Code regarding the institutions of indignity and renunciation of succession <i>Assist. Prof. PhD Adela Elena PATRAȘCU</i> .....	206
The need for encodings - socially perceived or not? <i>PhD Candidate Roxana Gabriela ALBĂSTROIU</i> <i>PhD Candidate Ramona Dumitru DUMINICĂ</i> .....	212
Some aspects of the right to defense under administrative and fiscal procedures <i>PhD Candidate Adriana-Florina Bălășoiu</i> .....	223
Limits on the exercise of freedom of expression to ensure the authority and impartiality of the judiciary <i>PhD Candidate Lavinia BRĂCĂCESCU</i> <i>PhD Candidate Mădălina BUZĂRNESCU</i> .....	232
The right to dignity at under the New civil Code <i>PhD Candidate Izabela BRATILOVEANU</i> .....	247
European states reassessment of the margin of appreciation on sexual minorities in the light of echr regulations <i>PhD Candidate Alexandra Mirela POPESCU</i> .....	256



# Principiul aplicării imediate a legii noi și Noul Cod civil<sup>1</sup>

*Conf. univ. dr. Marian NICOLAE*



## The new law principle immediate enforcement and the New civil Code

**Abstract:** The New Civil Code, abandoning the so-called private law's „dual” structure based on the traditional distinction, now obsolete, between the relationship between non-commercials, on the one hand, and the relationship between traders, on the other hand, restructures from the ground the legal civil relationships regardless of parties quality, namely professionals and non-professionals, being the first large, deep and comprehensive legislative reform in the area after more than a century and a half since the Civil Code and the Code of Civil Procedure of 1864 were adopted.

A reform of this scale is likely to develop naturally and multiple, varied and difficult issues of transitory law.

However, in principle, any real law is intended by its generally binding, abstract and hypothetical regulations to govern only the future, because only in this way it observes the rule of law itself, i.e. as a regulator instrument of human behaviors.

This is also the case of the New Civil Code which, as is clear from the transitional provisions of Law no. 71/2011 for the implementation thereof, is applicable in principle, only to future legal acts and deeds.

**Keywords:** The New Civil Code, the contractual legal situations, the new law principle immediate enforcement, transitional provisions.

---

<sup>1</sup> „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operational Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013.” Prezentul articol constituie o dezvoltare a intervenției autorului la Simpozionul Internațional „Sistemul juridic între stabilitate și reformă”, organizat de Facultatea de Drept și Științe Administrative din cadrul Universității Craiova, 18-19 noiembrie 2011, având ca temă: *Principiul aplicării imediate a legii noi și Noul Cod civil*. În vederea publicării, această intervenție a fost revăzută, adaptată și completată ținând seama de exigențele unui articol pe această temă, precum și de aparatul critic relevant publicat până la 1 august 2012.

## § I. Preliminarii

**1. Noul Cod civil și reforma dreptului privat român.** Așa cum am arătat cu alte ocazii<sup>2</sup>, noul Cod civil (desemnat în continuare și NCC – adoptat prin Legea nr. 287/2009<sup>3</sup> –, în pofida unor afirmații contrare, făcute în special de oponentii schimbării ori de cei de ocazie, a adus și va aduce schimbări majore în dreptul românesc, abandonând așa-zisa concepție „dualistă”<sup>4</sup> a dreptului privat, bazată pe distincția tradițională profesioniști *versus* neprofesioniști (iar nu doar pe aceea – limitată și depășită astăzi – dintre comercianți și necomercianți), restructurează, în mod profund, raporturile juridice civile, fiind prima mare reformă legislativă după mai bine de un secol și jumătate, de când au fost adoptate Codul civil și Codul de procedură civilă. De la regimul bunurilor la statutul persoanelor, trecând prin regimul acțiunilor (care formal fac obiectul de reglementare al noului Cod de procedură civilă), și el adoptat prin Legea nr. 134/2010, instituțiile fundamentale ale dreptului privat sunt amplu și profund revizuite, reconsiderate și, în multe privințe, remodelate, ținând seama nu numai de nevoile actuale ale societății românești dar și de tendințele și aspirațiile ei viitoare, precum și de cerințele de armonizare a legislațiilor naționale ale statelor membre ale Uniunii Europene. Într-adevăr, statutul juridic al persoanelor fizice și juridice, familia, filiația și drepturile personalității nu numai că au fost revăzute, dar au fost, în multe privințe, reformate în mod radical. Tot astfel, proprietatea și drepturile reale limitate, moștenirea, obligațiile, inclusiv raporturile de drept internațional privat au fost serios amendate ori, după caz, restructurate, fiind așezate pe noi baze, în care principiile preeminenței dreptului și securității juridice, garantarea și ocrotirea, în mod egal, a libertăților (sau drepturilor fundamentale), apărarea proprietății private, garantarea libertății contractuale și exercitarea cu bună-credință a drepturilor au constituit ideile călăuzitoare ale întregii reglementări.

**2. Intrarea în vigoare a noului Cod civil.** Deși adoptat prin Legea nr. 287/2009, intrarea în vigoare a Codului civil a fost amânată până la elaborarea și adoptarea legii de punere în aplicare, prin care dispozițiile noului Cod să fie armonizate cu ansamblul

---

<sup>2</sup> A se vedea, pentru o scurtă prezentare: M. Nicolae, *Tratat de prescripție extinctivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, nr. 591, p. 1143; *idem*, *Tratat de publicitate imobiliară*, vol. II, *Noile cărți funciare*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, nr. 419, pp. 757-767, iar pentru o analiză mai aprofundată, M. Nicolae, *Introducere*, în „Codex iuris civil”, t. I, „Noul Cod civil”, ed. critică, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. XXIII sqq.

<sup>3</sup> Publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009.

<sup>4</sup> „Dualismul” dreptului privat este, în prezent, desuet, iar susținătorii săi (v., e.g., articolele *Noul Cod civil și unitatea dreptului privat*) și *Dreptul comercial – între dualism și monism*, semnate de Gh. Buta și Smaranda Angheni, în *Noul Cod civil. Comentarii* (coord. Marilena Uliescu), ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 15-39; 40-57 promovează în continuare o viziune greșită, reductionistă și complet deformată asupra sistemului dreptului privat, confundând problema dualismului dreptului privat cu aceea a dualismului dreptului obligațiilor și contractelor și a monismului dreptului privat cu aceea a codificării sale într-unul sau mai multe Coduri civile. V., pentru amănunte, M. Nicolae, *Introducere*, *cit. supra* [nota 2], nr. 33 sqq., pp. CLVI sqq.

legislației civile, și corelarea cu dispozițiile noului Cod de procedură civilă, adoptat abia anul următor, prin Legea nr. 134/2010.

Este motivul pentru care s-a prevăzut, în art. 2.664, că:

„(1) Prezentul Cod civil intră în vigoare la data care va fi stabilită în legea de punere în aplicare a acestuia.

(2) În termen de 12 luni de la data publicării prezentului Cod civil, Guvernul va supune Parlamentului spre adoptare proiectul de lege pentru punerea în aplicare a Codului civil.”<sup>5</sup>

Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a noului Cod civil<sup>6</sup> a fost adoptată, recent, la 3 iunie 2011 și a prevăzut că acesta va intra în vigoare la 1 octombrie 2011, ceea ce s-a și întâmplat.

Intrarea în vigoare a noului Cod civil ridică însă delicata problemă a sortii legislației civile (și comerciale), afectată direct sau indirect, de noile dispoziții ori de noile principii care stau la baza viitoarei reglementări, iar această problema a făcut obiect de analiză și de rezolvare în cadrul Legii nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a noului Cod civil (în continuare: „LPA”). Această lege este de departe cea mai complexă lege adoptată vreodată în România conținând nu numai norme propriu-zise de punere în aplicare a dispozițiilor noii legislații civile, ci și numeroase și importante măsuri de ordin tranzitoriu destinate să asigure și să faciliteze tranziția de la vechea la noua legislație civilă, la care se adaugă normele – importante și variate – de modificare sau completare a unor dispoziții legale cuprinse atât în noul Cod civil (care a fost pe această cale amendat), cât și în alte acte normative speciale sau complementare noului Cod civil, măsuri legislative luate în vederea compatibilizării acestora sau, după caz, a corelării lor, între ele, dar și cu cele cuprinse în NCC.

În afară de problema sortii legislației civile în vigoare la data punerii în aplicare a noului Cod civil, rezolvată, *in genere*, prin măsuri de abrogare<sup>7</sup>, modificare sau

---

<sup>5</sup> În doctrină, procedura de intrare în vigoare a viitorului Cod civil a fost deja criticată, ca fiind nefirească și discutabilă față de procedeu adoptării sale, pe calea asumării răspunderii guvernamentale. V., în acest sens, I.T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, *Privire analitică asupra corelației dintre Noul Cod civil și Codul muncii*, în RRDP nr. 6/2009, p. 14, nota 4.

<sup>6</sup> Publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011. În continuare – *brevitatis causa* – referirile la această lege se va face fie prin titulatura generică „Lege”, fie prin formula abreviată a acesteia „LPA”.

<sup>7</sup> Potrivit textului final al LPA pe data intrării în vigoare a noului Cod și a modificărilor reglementărilor conexe, se abrogă, *inter alia*: Codul civil de la 1864, Codul de comerț de la 1887, Codul familiei din 1953, Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, Decretul-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare, Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă, Titlul VI „Regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare” din Legea nr. 99/1999, Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat și a normelor conflictuale „materiale” etc. Lipsa completă a actelor normative abrogate, în tot sau în parte, după caz, se poate alcătui numai prin consultarea, alături de art. 230 – principalul text abrogator – și a celorlalte dispoziții abrogatoare cuprinse în diverse locuri ale LPA rezervate modificării și completării unor acte normative conexe NCC (e.g. art. 87 pct. 4, 6 și 9, art. 89 pct. 2, 3 și 5, art. 101 pct. 2 și 3, art. 192 pct. 1, art. 196 pct. 3, art. 197 pct. 3 și 10.) V., în acest sens, M. Nicolae, *Introducere, cit. supra* [nota 2], nr. 22, lit. c), p. CII.

completare a principalelor componente ale legislației civile în vigoare la data intrării în vigoare a NCC<sup>8</sup>, există și chestiunea mult mai complexă a *conflictului de legi* ocazionat de succesiunea în timp a legilor civile, care, în cazul de față al înlocuirii vechii legislații civile cuprinse în Codul civil de la 1864, Codul de comerț de la 1887, Codul familiei din 1953, Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și juridice sau Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă cu noua reglementare cuprinsă în Codul civil, este o chestiune de o gravitate extremă, datorită nu numai amplitudinii fără precedent a schimbărilor legislative care urmează a se realiza, dar și dificultăților de ordin juridic pe care le implică orice succesiune de legi în timp, în absența unor soluții de drept tranzitoriu ireproșabile.

Este motivul pentru care LPA cuprinde numeroase și importante măsuri de drept tranzitoriu menite să regleze atât la nivel de principiu, cât și la nivel particular, uneori chiar de detaliu, modul de aplicare a dispozițiilor NCC, inclusiv a dispozițiilor modificatoare ale LPA, față de actele, faptele sau situațiile juridice încheiate, produse sau născute înainte de intrarea în vigoare a NCC ori, după caz, aflate în curs de constituire, modificare sau stinse la această dată, cu intenția clară de rezolva, în mod expres, multiplele și variate probleme de drept tranzitoriu susceptibile de a se ivi după 1 octombrie 2011.

**3. Plan.** În studiul de față vom aborda doar una dintre chestiunile de drept tranzitoriu și anume respectarea principiului aplicării imediate a legii noi – principiu general al dreptului tranzitoriu, alături de principiul neretroactivității legii noi –, în speță a aplicării imediate generale sau nongenerale a dispozițiilor novatoare sau modificatoare cuprinse în NCC, precum și în legile speciale sau complementare acestuia, astfel cum au fost amendate prin LPA a NCC. Problema aplicării generale sau nongenerale a NCC este o chestiune de importanță capitală, deoarece, după cum se știe, spre deosebire de principiul neretroactivității legii noi care are, în dreptul nostru, valoare constituțională [art. 15 alin. (2) Constituție], fiind unul dintre principiile esențiale ale asigurării stabilității și securității juridice pe care le reclamă statul de drept, principiul aplicării imediate a legii noi nu este consacrat ca atare în Constituție, astfel încât legiuitorul ordinar este suveran, în principiu, pentru a stabili câmpul și deopotrivă condițiile în care acest principiu acționează. Este motivul pentru care, așa cum am arătat deja, în LPA s-a acordat o atenție specială modului de acțiune a noilor reguli civile, încercându-se să se evite, pe cât posibil, nu doar aplicarea și/sau interpretarea retroactivă a acestora, cât mai ales aplicarea rațională și, mai ales, echitabilă a dispozițiilor noi situațiilor juridice în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a NCC.

---

<sup>8</sup> V., e.g., modificările aduse Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, Legii nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia și, mai ales, Codului de procedură civilă (1864), republicat, cu modificările ulterioare.

Întrucât de respectarea principiului neretroactivității legii noi și NCC ne-am ocupat cu altă ocazie<sup>9</sup>, în studiul de față atenția noastră va fi rezervată, în special, principiului aplicării imediate a dispozițiilor NCC.

În acest scop, demersul nostru va începe cu o scurtă relatare a condițiilor de existență a unui conflict real de legi în timp, care trebuie deosebit de conflictul aparent de legi în timp, conflict care nu interesează aplicabilitatea dispozițiilor NCC, urmată de indicarea soluțiilor teoretice și juridice preconizate pentru rezolvarea chestiunilor de drept tranzitoriu, pentru ca în a treia parte a studiului să ne ocupăm de dispozițiile de drept tranzitoriu din LPA care consacră principiul aplicării imediate, generale sau nongenerale, a NCC.

## § II. Conflictul de legi în timp Și regulile de drept tranzitoriu

### ➔ 1) Conflictul de legi în timp

**4. Datele problemei.** Intrarea în vigoare a NCC constituie atât un moment de ruptură în raport cu vechea reglementare civilă, cât și un moment de continuitate între vechea și noua reglementare după cum aceasta a suprimat ori, după caz, a conservat, fie și într-o formă modificată, vechile legiuri. Totodată, după cum am arătat deja, NCC conține și reglementări noi, novatoare, inexistente în vechile legiuri, astfel încât acestea antrenează, prin forța lucrurilor, și o reformă profundă a sistemului dreptului privat român, prin instituțiile juridice nou create, dar care, în principiu, nu pot fi aplicate decât pentru viitor.

Spre exemplu, NCC modifică, sub unele privinte, condițiile de validitate ale unor acte juridice, precum căsătoria (art. 271-306), recunoașterea de filiație (art. 415 și urm.), ori regimul juridic al acțiunilor de filiație (art. 421 și urm.), al apărării dreptului de proprietate (art. 563 și urm.), al accesunii imobiliare artificiale (art. 577 și urm.), al clauzelor de inalienabilitate (art. 626 și urm.), sau efectele partajului (art. 680 și urm.), regulile de carte funciară (art. 876 și urm.), uzucapiunea (art. 930 și urm.), nedemnitățile succesorală (art. 958 și urm.), reprezentarea succesorală (art. 965 și urm.), revocarea donației (art. 1.020 și urm.) sau a legatului (art. 1.068 și urm.), regimul general al contractelor (art. 1.166 și urm.), cesiunea de creanță (art. 1.566 și urm.), contractul de societate (art. 1.881 și urm.), contractul de transport (art. 1.955 și urm.), mandatul fără reprezentare (art. 2.039 și urm.), contractul de asigurare (art. 2.199 și urm.), dreptul de retenție (art. 2.495-2.499) ori, în fine, regimul prescripției (art. 2500 și urm.).

Tot astfel, regăsim reglementări (ori instituții noi), precum principiul *error communis facit ius* (art. 17), patrimoniul de afectatiune (art. 31), capacitatea de exercițiu anticipată (art. 40), tutela dativă (art. 114), consiliul de familie (art. 124 și urm.),

---

<sup>9</sup> A se vedea M. Nicolae, *Principiul neretroactivității și noul Cod civil*, în vol. „Noile coduri ale României. Studii și cercetări juridice”, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 82 sqq.

nulitatea persoanei juridice (art. 196 și urm., transformarea persoanei juridice (art. 241), logodna (art. 266 și urm.), convenția matrimonială (art. 329 și urm.), prestația compensatorie (art. 390-395), reproducerea umană asistată medical cu tert donator (art. 441-447), proprietatea periodică (art. 687-692), fiducia (art. 773-791), administrarea bunurilor altuia (art. 792-857), substituțiile fideicomisare (art. 993-1000), petiția de ereditate (art. 1.130-1.131), impreviziunea (art. 1.271) și cesiunea contractului (art. 1.315 și urm.), actul juridic unilateral – izvor de obligații (art. 1.324 și urm.), rezoluțiunea unilaterală (art. 1.552), preluarea datoriei (art. 1.599-1.608), restituirea prestațiilor (art. 1.635-1.649), dreptul de preempțiune (art. 1.730-1.740), vânzarea cu plata prețului în rate și rezerva proprietății (art. 1.755-1.757), vânzarea cu opțiune de răscumpărare (art. 1.758-1.762), contractul de furnizare (art. 1.766-1.771), antrepriza pentru lucrări de construcții (art. 1.874-1.880), depozitul hotelier (art. 2.127-2.137), contul bancar și alte contracte bancare (art. 2.184-2.198), contractul de întreținere (art. 2.254-2.263), garanțiile autonome (art. 2.321-2.322), ipoteca mobilă (art. 2.387 și urm. ), decăderea (art. 2.545-2.550).

În sfârșit, NCC suprimă o serie de reglementări sau instituții, precum declararea dispariției persoanei (art. 16 și 19) Decretul nr. 31/1954, revocarea donației pentru surveniență de copii (art. 836 C. civ. 1864), testamentul mistic (art. 864 C. civ. 1864), delegația (art. 1132-1133 C. civ. 1864), retractul litigios (art. 1402-1404 C. civ. 1864), societățile universale (art. 1494-1498 C. civ. 1864), privilegiile imobiliare (art. 1737 și urm. C. civ. 1864), actele și faptele de comerț și regimul aplicabil așa-ziselor obligații comerciale (art. 3 și urm. C. com.) etc.

De aceea, se pune, în mod firesc, întrebarea: în cazul concursului dintre vechea reglementare și noua reglementare, care dintre ele va prevala? Și, în al doilea rând: instituțiile noi, mai exact, reglementările noi sunt deschise tuturor subiectelor de drept, indiferent de calitatea sau situația lor juridică, actuală sau viitoare, ori, dimpotrivă, ele se vor aplica doar situațiilor juridice născute în întregime după intrarea în vigoare a NCC, respectiv numai celor care întrunesc cerințele prevăzute de noile dispoziții civile?

Este vorba, așadar, de dilema clasică dreptului tranzitoriu care preocupă atât pe legiuitor cât și deopotrivă pe destinatarii normelor pe care acesta le edictează, deoarece în joc este întotdeauna un conflict de interese: interesul privat al subiectelor de drept civil și interesul general al societății, exprimat prin voința legiuitorului. Dacă interesul privat reclamă ca legea nouă să respecte tot ceea ce s-a „câștigat”, interesul general impune să se sacrifice, total sau parțial, interese ori drepturi câștigate.

În plus, odată cu constituționalizarea principiului neretroactivității legii noi, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile [art. 15 alin. (2)] din Constituție, interesul general nu mai poate justifica aplicarea retroactivă a unor dispoziții legale, ceea ce înseamnă că adoptarea de legi retroactive este inadmisibilă.

Or, în acest nou cadru normativ, legiuitorul trebuie să aibă grijă să nu edicteze norme retroactive, chiar dacă interesul general ori, uneori, interesul particular, ar reclama o astfel de măsură.

Tot astfel, legiuitorul trebuie să aibă grijă și de a respecta situațiile juridice anterior născute, în măsura în care ar produce sau ar antrena efecte juridice viitoare, după intrarea în vigoare a legii noi și, mai ales, în măsura în care aceste situații subzistă și după această dată, în virtutea caracterului lor permanent sau durabil.

Acest lucru este valabil și pentru LPA a NCC, deoarece, după cum am arătat, între vechea reglementare, cuprinsă în Codul civil de la 1864 și în legislația civilă conexă, și noua reglementare există numeroase deosebiri, fiind, așadar, posibile, multiple și variate conflicte, respectiv diverse și serioase probleme de drept tranzitoriu.

De aceea, cunoașterea dispozițiilor de drept tranzitoriu cuprinse în LPA, precum și a principiilor de drept tranzitoriu este imperioasă, fiind o sarcină nu numai a teoreticienilor, dar și a practicienilor dreptului.

Totuși, este de reținut faptul că nu întotdeauna succesiunea unor legi ridică ori antrenează și o problemă de drept tranzitoriu, fiind, așadar, esențial a se cunoaște și distinge condițiile sau, mai exact, ipotezele în care există un conflict *real* de legi în timp de cazurile în care conflictul intertemporal este doar *aparent* (*infra*, nr. 5).

**5. Condițiile cerute pentru existența conflictului de legi în timp.** *a. Când există un conflict de legi în timp?* Simpla apariție a unei reglementări noi ori simpla succesiune a unor legi ca urmare a înlocuirii vechii reglementări cu alta nouă nu atrage după sine și un conflict de legi și, prin acesta, existența unei chestiuni de drept tranzitoriu. În general, se admite că existența unui conflict de legi în timp presupune întrunirea anumitor cerințe, condiții sau premise. Absența acestor condiții exclude existența unui conflict de legi în timp și, deci, a unei chestiuni de drept tranzitoriu.

Aceste condiții sau premise diferă de la un autor la altul.

În ce ne privește, pentru a fi în prezența unei chestiuni de drept tranzitoriu și pentru a vorbi deci de existența unui conflict de legi în timp, trebuie să fim în prezența a două **condiții** – una materială (i), alta juridică (ii) – ce trebuie întrunite *cumulativ*, respectiv:

– pe de o parte, trebuie să fie vorba (drept **condiție materială**):

- fie de un act sau fapt juridic *stricto sensu* ori, după caz, de un *simpliciter* act, fapt sau eveniment care s-a produs înainte de intrarea în vigoare a legii noi (ex. o căsătorie deja contractată, un copil deja născut, o vânzare deja făcută, un delict civil deja comis, un drept real deja dobândit, o persoană juridică deja înființată ori, după caz, o simplă declarație de voință deja făcut, o relație de concubinaj deja născută, o uzurpare a unui bun ori a unui titlu deja comisă etc. );
- fie de un act sau fapt juridic *stricto sensu* în curs de constituire, modificare ori stingere la data intrării în vigoare a legii noi (ex. o căsătorie în curs în încheiere, un copil deja conceput, dar încă nenăscut, o vânzare în curs de perfectare, o prescripție sau uzucapiune în curs de împlinire etc.); ori, în fine,
- fie de o situație de fapt sau juridică durabilă, persistentă în timp, care, luând naștere înainte de intrarea în vigoare a legii noi, continuă sau, mai exact, subsistă după intrarea în vigoare a acestei din urmă legi (ex., minori aflați sub ocrotirea părintească, persoane având statutul de soți, de locatori și chiriași ai unor bunuri date în locațiune, de persoane fizice sau persoane juridice care prestează diferite activități de producție, comerț sau de servicii etc. )<sup>10</sup> (i); și

---

<sup>10</sup> În cazul în care legea nouă ar viza numai situații juridice viitoare, adică numai acte și fapte juridice susceptibile să se nască odată cu intrarea sa în vigoare (ex.: cazul convențiilor matrimoniale reglementate de NCC, art. 329 și urm., nu există nicio problemă de drept tranzitoriu și, deci, niciun

– pe de altă parte, trebuie (drept **condiție juridică**) să existe două dispoziții legale<sup>11</sup> succesive [sau, după caz,] o dispoziție legală nouă (*ius novum*)<sup>12</sup>, dată într-o materie nereglementată până atunci de legiuitor) care, reglementând *diferit*<sup>13</sup> același act, fapt ori aceeași situație faptică ori juridică, tinde ca fiecare dintre ele să guverneze efectele sau consecințele juridice produse de oricare dintre aceste acte, fapte sau situații concrete; nu interesează cum acționează în mod efectiv, ci numai faptul că ambele legi sunt susceptibile de a se aplica, că partea interesată sau judecătorul poate să aleagă oricare dintre aceste legi, deși acțiunea acestora ori consecințele lor juridice sunt diferite, cel puțin în parte (ii).

Lipsa oricăreia dintre aceste premise face imposibilă existența unui conflict de legi în timp, nefiind vorba decât de o simplă *sucesiune* de legi: fie nu există un act, fapt sau situație juridică născută sub imperiul legii vechi, astfel încât legea nouă nu poate afecta, în niciun caz, trecutul și nici supremația legii vechi, dacă este cazul, fie legea nouă nu modifică, pe fond, ci doar formal, conținutul legii vechi, fie, în sfârșit, legea nouă, considerată mai bună și superioară în reglementare, ia locul celei vechi,

---

„conflict” între legea veche, care rămâne aplicabilă situațiilor juridice născute sub imperiul său, altele decât cele vizate de *lex nova*, și legea nouă, care va governa raporturile juridice care vor apărea *ex nunc* și cât timp va rămâne în vigoare).

În cazul în care sub legea veche *nu s-a născut* nicio situație juridică, deoarece destinatarul ei n-au săvârșit niciun act sau fapt juridic prin care să concretizeze aplicabilitatea acesteia (de ex., nu s-a încheiat nicio logodnă, potrivit dreptului comun, art. 942 și urm. C. civ. 1864), de asemenea, nu există nicio problemă de drept tranzitoriu, legea nouă fiind singura competentă să guverneze eventualele acte sau fapte juridice viitoare (*in specie*), contracte de logodnă, încheiate în baza art. 266 și urm. NCC, potrivit competenței sale normale (*tempus regit actum*).

În sfârșit, dacă legea veche este *abrogată* printr-o lege ulterioară, fără a fi înlocuită cu o lege nouă care să conțină reguli noi de conduită, nu există chestiuni de drept tranzitoriu, afară de cazul în care legea abrogatoare cuprinde și dispoziții tranzitorii privind efectele situațiilor juridice născute sub imperiul vechii legi, respectiv dispoziții care să ordone că situațiile în curs de desfășurare (stingere) sunt fie menținute și supuse în continuare legii vechi, în întregime ori în parte, după caz (așa-numita ipoteză de „supraviețuire” a legii vechi), fie supuse unor dispoziții noi dar speciale, altele decât cele vechi (așa-numitele *legi temporare*), fie, în sfârșit, să dispună, expres sau tacit, și suprimarea efectelor viitoare ale situațiilor respective, caz în care legiuitorul trebuie să respecte interesele legitime ale părților și să asigure protecția drepturilor fundamentale legalmente dobândite [cum este dreptul de proprietate privată, indiferent de obiectul său concret, corporal sau incorporeal, drept care nu poate fi suprimat decât pentru cazuri de expropriere pentru cauze de utilitate publică; cf. art. 44 alin. (3) și (4) din Constituție].

<sup>11</sup> Sau între o regulă cutumiară precedentă și alta legală subsecventă.

<sup>12</sup> De regulă, în sistemele de drept avansate, relațiile sociale, respectiv conduita membrilor și grupurilor sociale, sunt normate prin reguli pozitive ori anetactice (cutumiare), astfel încât reglementări absolut noi sunt din ce în ce mai rare. Cu toate acestea, în aceste din urmă cazuri nu sunt excluse cu desăvârșire chestiunile de drept tranzitoriu. Într-adevăr, chiar dacă există o *singură* lege care reglementează *ex novo* o anumită conduită, este posibil să se ridice o chestiune de drept tranzitoriu, spre ex., atunci când legea nouă ar fi aplicabilă și conduitelor anterioare. În acest caz, comportamentul anterior – *factum præteritum* ori *factum pendens* – fiind, prin ipoteză, indiferent dreptului, el nu poate fi socotit licit/ilicit decât dacă legea nouă ar fi socotită retroactivă, respectiv ar fi socotită în vigoare la data săvârșirii acelei conduite.

<sup>13</sup> Atunci când *lex nova* modifică *ipoteza* juridică, fie sporind sau micșorând condițiile cerute pentru acțiunea normei juridice sau, deși condițiile cerute sunt identice, modifică *efectele* sau consecințele juridice, fie agravând sau atenuând sancțiunea juridică, fie înlocuind sancțiunea juridică prescrisă de *lex præterita*.



caducă ori desuetă, percepută ca inutilă, insuficientă sau, după caz, depășită de realitatea socio-economică sau politică, însă abrogarea acesteia – naturală, benefică și bine-venită – nu afectează, în niciun caz actele, faptele și situațiile juridice anterioare sau aflate în curs de constituire, executare sau stingere, declarând că este aplicabilă exclusiv actelor, faptelor și situațiilor juridice viitoare, *i.e.* actelor, faptelor și situațiilor juridice născute după intrarea în vigoare a legii noi. În oricare dintre aceste din urmă situații, este vorba de un conflict real, ci doar aparent, formal, de legi (b).

*b. Conflictul aparent de legi în timp.* Conflictul real în timp, astfel cum a fost configurat mai sus (a) nu trebuie confundat cu situațiile în care există cum am văzut o simplă succesiune, pur formală, de legi, având același conținut juridic sau având fiecare un domeniu propriu, exclusiv, de reglementare.

Într-adevăr, dacă ambele legi au un conținut normativ *identic* (prescriind același comportament obligatoriu și aceeași sancțiune juridică în caz de nesocotire a prescripției respective), dar diferind doar formal (*ex.*, fiind cuprinse în acte normative diferite, în articole ori alineate diferite etc.); sancțiunea implicită, în cazul normei anterioare, este explicit formulată în cazul normei posterioare etc., nu există conflict de legi în timp, deoarece consecințele juridice ale săvârșirii ori producerii faptului respectiv sunt aceleași, fie că ar fi incidentă vechea normă, fie că s-ar face, formal, aplicația noii norme juridice<sup>14</sup>. *A fortiori*, nu există conflict de legi nici atunci când în urma republicării unui act normativ și procedându-se la renumerotarea articolelor ori re compartimentarea actului normativ vechile norme primesc o nouă numărătoare ori se regăsesc în alt titlu sau capitol ori într-o altă secțiune. Este vorba aici de simplă schimbare spațială a normelor juridice, iar nu de modificarea acestora în conținutul lor.

Tot astfel, nu există conflict de legi nici atunci când legea nouă nu este susceptibilă de a intra în conflict cu legea veche, deoarece un astfel de conflict este exclus, întrucât fie sub imperiul legii vechi nu s-a născut nicio situație juridică, fie legea nouă este declarată ca fiind aplicabilă exclusiv situațiilor juridice născute după intrarea ei în vigoare.

## ➡ 2) Mijloacele de soluționare a conflictului de legi în timp

### A. Soluții teoretice

**6. Soluții teoretice posibile de rezolvare a conflictului de legi în timp.** Spre deosebire de doctrina clasică pentru problema dreptului tranzitoriu se reducea la

---

<sup>14</sup> V., spre *ex.*, CC, dec. nr. 58/2002 referitoare la excepția de neconstituționalitate a art. III alin. (1) lit. h) și alin. (2) din Legea nr. 169/1997 pentru modificarea și completarea Legii fondului funciar nr. 18/1991, publicată în M. Of. nr. 263 din 18 aprilie 2002, prin care s-a apreciat că dispozițiile legale criticate nu încalcă art. 15 alin. (2) din Constituție, ele constatând expres o nulitate absolută preexistentă prin încălcarea dispozițiilor imperative prevăzute de art. 29 alin. ultim din Legea nr. 18/1991, deoarece pentru a exista retroactivitate ar fi trebuit ca între cele două prevederi să fie o deosebire, iar noua reglementare să se aplice situațiilor juridice anterioare intrării sale în vigoare. Or, în cazul de față, însă – remarcă instanța constituțională –, sancțiunea este aceeași, astfel încât continuitatea reglementării exclude, prin ipoteză, retroactivitatea celei noi.

soluția retroactivității/neretroactivității noi, în doctrina modernă s-a arătat că, în realitate, în cazul în care sunt întrunite condițiile cerute pentru existența unui conflict de legi în timp sunt posibile mai multe soluții, care gravitează între aplicarea legii noi, indiferent că este vorba de legea generală ori de o lege temporară, special edictată pentru situația tranzitorie respectivă, și aplicarea legii vechi. Totuși, aplicabilitatea acestor legi depinde nu numai de situația concretă, ci și de voința expresă sau tacită a legiuitorului.

Astfel, pentru Paul Roubier, în privința problemei aplicării în timp a două legi succesive reglementând una și aceeași ipoteză juridică sunt posibile *trei* soluții și anume<sup>15</sup>:

- retroactivitatea legii noi;
- aplicarea imediată a legii noi;
- supraviețuirea legii vechi.

În schimb, pentru un alt autor, Eugène-Louis Bach, atunci când două legi succesive reglementează una și aceeași ipoteză juridică sunt posibile patru<sup>16</sup> soluții:

<sup>15</sup> V., în acest sens, P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)* 2<sup>e</sup> éd., Dalloz et Sirey, Paris, 1960, pp. 9-12; O. Căpățînă, *Aplicarea legii în timp și spațiu*, în *Tratat de drept civil*, vol. I, „Partea generală” (coordonator P. Cosmovici), Ed. Academiei, București, 1989, p. 113.

<sup>16</sup> V., în acest sens, E.-L. Bach, *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, în „Revue trimestrielle de droit civil” nr. 3/1969, n<sup>o</sup> 29, pp. 429-430; M. Nicolae, *Discuții cu privire la aplicarea în timp a art. 35-36 din Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică*, în *Dreptul* nr. 11/2000, pp. 27-30.

«La doctrine de l'effet immédiat enseigne – écrit Bach –, on le sait, qu'il existe trois solutions possible au problème de l'application de deux lois successives dans le temps: la rétroactivité de la loi nouvelle, l'effet immédiat de celle-ci, ou la survie de la loi ancienne.

A notre avis il existerait plutôt quatre solutions, à ce que l'on est convenu d'appeler le «problème de l'application des lois dans le temps», ou, en raisonnant en termes de normes juridiques, à ce que nous appellerons «le problème de l'application dans le temps, des normes législatives». En effet si l'on suppose deux normes, édictées successivement, et visant les mêmes conduites, les mêmes actes:

– ou bien il est décidé que la norme législative nouvelle régissait déjà des conduites, des actes, antérieures à sa publication (ou antérieurs à la date différée prévue par le législateur pour sa mise en vigueur) en ce sens que c'est en fonction de cette norme, et d'elle seulement, à l'exclusion par conséquent de la norme législative ancienne, que devra être appréciée la régularité de ces conduites et de ces actes: il y a alors *application rétroactive de la norme législative nouvelle*;

– ou bien il est décidé que la norme législative nouvelle ne régira que des conduites, des actes, postérieurs à sa publication (ou postérieurs à la date différée prévue par le législateur pour son entrée en vigueur) ce qui implique que la régularité des conduites et actes antérieurs devra être appréciée en fonction de la norme législative ancienne: il y a alors *application non rétroactive de la norme législative nouvelle* ou si l'on veut *effet immédiat de cette norme*.

Telles sont sans conteste les deux premières solutions. Mais il en est deux autres à ce que l'on est convenu d'appeler, à tort ou à raison, le «problème de l'application dans le temps» des lois, ou des normes législatives:

– ou bien en effet il est décidé que la norme législative ancienne régira *certaines* conduites, *certaines* actes, de la catégorie de ceux que vise la norme législative nouvelle, et postérieurs à l'entrée en vigueur de cette norme, mais – et ce sera la raison de l'application de la norme législative ancienne – qui se rattachent à des «circonstances» ayant existé au temps où la norme législative nouvelle n'était pas encore en vigueur: c'est *la solution de la survie de la norme législative (ou de la loi ancienne)*;

- retroactivitatea dispozițiilor legii noi (*i.e.*) înlăturarea aplicării legii vechi;
- neretroactivitatea dispozițiilor legii noi (*i.e.*) respectarea aplicării legii vechi;
- supraviețuirea legii vechi (excluderea aplicării imediate a legii noi sau aplicarea „non-generală” a legii noi);
- nesupraviețuirea legii vechi (excluderea aplicării legii vechi sau aplicarea generală a legii noi).

Aceste patru soluții posibile<sup>17</sup> nu epuizează însă aplicarea în timp a legii civile<sup>18</sup>, însă ele pot fi considerate soluțiile tip sau uzuale, deoarece în practică legiuitorul se oprește cel mai adesea la ele.

---

– ou bien au contraire il est décidé que la norme législative nouvelle régira *toutes* les conduites, tous les actes de la catégorie de ceux qu'elle vise, postérieurs à son entrée en vigueur: c'est la solution que nous qualifierons de «*non-survie de la loi ancienne*» ou «*d'application générale de la loi nouvelle*» (*ibidem*), pp. 429-430.

<sup>17</sup> Cf., pentru o altă prezentare, parțial diferită, G. Pace, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato* (prefazione Mario Rotondi), Casa Editrice Ambrosiana, Milano, 1944, nr: 9, p. 19. Discuțând maxima *lex posterior abrogat priori* și prevalența legii noi asupra celei vechi, în lumina dispozițiilor art. 10 alin. (1) (*Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti diverso*, art. 11 alin. (1) (*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*) și art. 15 (*Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la legge nuova regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*) din Codul civil italian (1942), aceasta s-ar produce – consideră G. Pace – într-una dintre următoarele 4 situații (*ibidem*):

- a. aplicarea imediată retroactivă a normei noi (*applicazione immediata della nuova norma con retroattività*);
- b. aplicarea imediată dar neretroactivă a normei noi (*applicazione immediata ma irretroattiva*);
- c. aplicarea amânată retroactivă a normei noi (*applicazione differita retroattiva*);
- d. aplicarea amânată neretroactivă a legii noi (*applicazione differita irretroattiva*).

Între aceste 4 ipoteze, soluția normală de drept tranzitoriu ar fi aceea a aplicării întârziate și neretroactive a legii noi:

„In ognuna di queste quattro ipotesi – scrive Pace – si ha prevalenza della legge nuova sulla vecchia: la teoria generale del diritto transitorio deve indicare, anzitutto, quale di esse costituisce la soluzione normale.

Se teniamo presente l'art. 10 cit. (art. 10 C. civ. it. privind abrogarea legii vechi la data expirării a 15 zile de la data publicării ei – n.n., M.N.), nel quale vedemmo il secondo principio fondamentale del nostro diritto, e statuente la normale vacatio quindicinale, due delle suddette possibili soluzioni, la a e la b vengono a cadere, restando come possibili solo le ipotesi c e d (applicazione differita retroattiva e rispettivamente applicazione differita irretroattiva).

Ma la prima di queste due residue soluzioni, la c, resta esclusa dall'art. 11 cit. [art. 11 alin. (1) C. civ. it. privind neretroactivitatea legii noi – n.n., M.N.], in quanto esso statuisce l'irretroattività della legge. Pertanto, la soluzione normale si individua nella applicazione differita ed irretroattività delle nuove norme; ed il compito della teoria generale del diritto transitorio si precisa essenzialmente nella definizione di ciò che debbe intendersi per applicazione «differita ed irretroattiva della legge» (*ibidem*).

<sup>18</sup> Într-adevăr, așa cum s-a remarcat deja, aceste patru posibilități sunt generice, deoarece, practic, legiuitorul este suveran, putând opta și pentru alte soluții specifice în caz de trecere de la un sistem normativ vechi la altul nou, uneori radical nou, cum se întâmplă când au loc ample reforme legislative (v. și *supra*, nota 10, *in fine*). Asupra posibilităților practic nelimitate de rezolvare a chestiunilor de drept tranzitoriu, v., pe larg, Pierre Fleury-Le Gros, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, thèse (préfaces de Louis Bach et Pierre Mayer, et postface de Jacques Petit), Dalloz, Paris, 2005, p. 14 et s.

În doctrină, s-a arătat că aceste patru soluții posibile<sup>19</sup> pot fi reunite *grosso modo* în funcție de obiectul lor concret în două grupe de soluții<sup>20</sup>, întrucât ele răspund, succesiv, la două chestiuni complet diferite care nu pot și nu trebuie să fie confundate:

(1) Prima grupă de soluții răspunde la întrebarea de a ști care este data exactă de la care legea nouă a intrat în vigoare (sau, mai exact, data exactă de la care aceasta își produce efectele): *înainte sau după publicarea legii în „Monitorul oficial al României” ori înainte sau după data stabilită – în corpul său ori cu titlu general – pentru a intra în vigoare*, după caz. Este vorba de *soluția retroactivității sau neretroactivității legii noi*; această soluție lasă însă întreagă chestiunea de a ști dacă legea veche a încetat, în mod complet, de a fi în vigoare, adică dacă a încetat de a fi obligatorie după intrarea în vigoare a legii noi, de unde și necesitatea unei alte serii de soluții esențialmente deosebite<sup>21</sup>.

(2) A doua grupă de soluții răspunde, din contră, unei alte chestiuni și anume întrebării de a ști dacă, *după intrarea în vigoare a legii noi, se va aplica exclusiv această lege sau, dimpotrivă, se aplică (desigur, temporar și limitat atât legea nouă, cât și legea veche*<sup>22</sup>). Este vorba de *soluția supraviețuirii legii vechi și/sau a nesupraviețuirii acestei legi* ori, în alți termeni, de soluția aplicării sau neaplicării imediate și generale a legii noi.

*De reținut* însă, că în caz de conflict de legi în timp cele două probleme *nu* sunt generale, în sensul că ele nu se pun, ambele, în mod obligatoriu, la data intrării în vigoare a legii noi decât dacă la această dată există atât *facta præterita*, cât și *facta pendentia*. În toate cazurile, este însă obligatorie chestiunea retroactivității/neretroactivității legii noi<sup>23</sup>, deoarece în cazul unui conflict real de legi în timp trebuie să existe cel puțin *facta præterita*.

## B. Mijloace tehnice

**7. Mijloacele juridice de soluționare a conflictului de legi în timp. Normele conflictuale (de drept tranzitoriu).** *a. Precizări prealabile.* Soluțiile de drept tranzitoriu, teoretic posibile, evocate anterior sunt cuprinse în normele conflictuale edictate în acest scop, fie cu caracter general, de principiu, fie cu caracter special, în vederea guvernării situațiilor tranzitorii anume determinate<sup>24</sup>.

În cazul NCC, LPA cuprinde, cum era și firesc, dispoziții tranzitorii speciale, edictate în legătură cu aplicarea fiecărei cărți a NCC și destinate să determine legea aplicabilă nu numai situațiilor juridice în curs, ci și a situațiilor născute înainte de intrarea sa în vigoare, inclusiv efectelor juridice viitoare ale situațiilor trecute.

<sup>19</sup> V. însă nota precedentă.

<sup>20</sup> A se vedea: E.-L. Bach, *op. cit.* [nota 16], n° 29, pp. 429-430; M. Nicolae, *art. cit. supra* [nota 16], p. 28. Pentru unele rezerve la aceste soluții, v. J. Héron, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil)*, in *Revue trimestrielle de droit civil* nr. 1/1985, p. 310, nota 94.

<sup>21</sup> În acest sens, E.-L. Bach, *op. cit.* [nota 16], n° 31, p. 431.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 431 și 432.

<sup>23</sup> Cf. J. Héron, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1996, p. 87.

<sup>24</sup> Cu privire la clasificarea normelor de drept tranzitoriu, v. M. Nicolae, *Probleme de drept tranzitoriu. Legea aplicabilă nulității actului juridic civil (I)*, în RRDP nr. 6/200, pp. 104 și 105.

b. *Dispoziții generale de drept tranzitoriu.* Aceste dispoziții, cunoscute și numele de principii de drept tranzitoriu, sunt consacrate în texte de aplicație generală care statuează neretroactivitatea legii noi și, eventual, aplicarea imediată a acesteia.

În dreptul românesc, principiul neretroactivității, aplicabil și în materie civilă, este consacrat chiar în legea fundamentală, fiind reluat apoi și de legi ordinare, precum Codul civil, Codul penal etc.

Într-adevăr, *de lege lata*, potrivit art. 15 alin. (2) din Constituție:

„Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.”

În materie civilă, NCC și noul Cod de procedură civilă dezvoltă dispoziția mai sus-citată statornicind, în acord cu textul constituțional, principalele reguli de drept tranzitoriu de aplicație generală.

Astfel, art. 6 NCC<sup>25</sup>, astfel cum a fost amendat prin LPA, statuează următoarele:

„(1) Legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă.

(2) Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor.

(3) Actele juridice nule, anulabile sau afectate de alte cauze de ineficacitate la data intrării în vigoare a legii noi sunt supuse dispozițiilor legii vechi, neputând fi considerate valabile ori, după caz, eficiente, potrivit dispozițiilor legii noi.

(4) Prescripțiile, decăderile și uzucapiunile începute și neimplinite la data intrării în vigoare a legii noi sunt în întregime supuse dispozițiilor legale care le-au instituit.

(5) Dispozițiile legii noi se aplică tuturor actelor și faptelor încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare.

(6) Dispozițiile legii noi sunt de asemenea aplicabile și efectelor viitoare ale situațiilor juridice născute anterior intrării în vigoare a acesteia derivate din starea și capacitatea persoanelor, din căsătorie, filiație, adopție și obligația legală de întreținere, din raporturile de proprietate, inclusiv regimul general al bunurilor, și din raporturile de vecinătate, dacă aceste situații juridice subzistă după intrarea în vigoare a legii noi.”

În mod asemănător, Noul Cod de procedură civilă conține reguli noi de drept tranzitoriu, bazate pe noua concepție radical diferită în raport cu concepția tradițională a aplicării imediate a legii noi de procedură, în sensul aplicării proceselor în curs a legii în vigoare la data la care acestea au fost deschise, iar nicidecum a legii în vigoare la data săvârșirii actelor sau faptelor procedurale (art. 24-27<sup>26</sup>).

<sup>25</sup> Cf. art. 1 C. civ. 1864: „Legea dispune numai pentru viitor; ea n-are putere retroactivă.”

<sup>26</sup> Reamintim că, *de lege lata*, potrivit art. 725 C. pr. civ. (astfel cum a fost modificat prin O.U.G. nr. 138/2000, cu modificările și completările ulterioare):

„(1) Dispozițiile legii noi de procedură se aplică, din momentul intrării ei în vigoare, și proceselor în curs de judecată începute sub legea veche, precum și executărilor silite începute sub acea lege (...).

Aceste dispoziții au caracter general, în sensul că ele guvernează modul de aplicare în timp a normelor de drept civil cu ocazia modificării sau abrogării lor, afară de cazul în care prin legea nouă modificatoare sau abrogatoare s-ar dispune altfel, prin dispoziții tranzitorii speciale.

Pe lângă aceasta, dispozițiile mai sus citate, fiind reguli conflictuale cu valoare de principiu, sunt general obligatorii, în sensul că trebuie respectate nu numai de către instanțe ci și de legiuitorul ordinar, deoarece de la acestea nu poate deroga decât în limitele trasate de dispozițiile constituționale. De aceea, aceste dispoziții generale trebuie cunoscute, interpretate și aplicate în mod unitar și corect de către toată lumea – de la simplii particulari, destinatarii normelor, la autoritățile legislative, administrative și judiciare, care sunt chemate să le respecte ori, după caz, să le aplice efectiv –, deoarece, altminteri, ordinea publică, securitatea juridică și legalitatea ar fi grav perturbate.

În general, se admite că, în lumina regulilor conflictuale obișnuite, aplicarea în timp a normelor de drept este guvernată de două principii generale:

1° Principiul neretroactivității legii noi.

2° Principiul aplicării imediate a legii noi.

Fiecare dintre aceste principii comportă anumite excepții – mai extinse ori mai restrânse – în funcție de caracterul normelor juridice aflate în discuție: norme de drept public<sup>27</sup> ori norme de drept privat, după caz.

---

(4) Hotărârile pronunțate înainte de intrarea în vigoare a legii noi rămân supuse căilor de atac și termenelor prevăzute de legea sub care au fost pronunțate.

(5) Actul de procedură îndeplinit înainte de intrarea în vigoare a legii noi rămâne supus dispozițiilor vechii legi. În cazul în care acest act de procedură ar putea fi anulat potrivit legii vechi, el nu va fi menținut chiar dacă potrivit legii noi ar fi valabil”.

Cu privire la aplicarea în timp a normelor de procedură, dominată de concepția tradițională a aplicării imediate a legii noi, v. de ex.: E. Herovanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Institutul de Arte Grafice Viața Românească, Iași, 1926, pp. 16-34; P. Vasilescu, *Stabilitatea dreptului în succesiunea legilor*, Institutul de Arte Grafice „N.V. Ștefăniu”, Iași, 1933, pp. 236 sqq.; idem, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Institutul de Arte Grafice „Alexandru A. Țerek”, Iași, 1939, pp. 77-118, și *ibidem*, vol. II, pp. 743-749; I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Teoria generală*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, pp. 76-84; V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, *Teoria generală*, Ed. Național, București, 1996, pp. 176-182; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. Servo-Sat, Arad, 2000, pp. 23-26; idem, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. Servo-Sat, Arad, 2001, pp. 18-20; V. M. Ciobanu, G. Boroș, M. Nicolae, *Modificările aduse Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 138/2000 (III)*, în *Dreptul* nr. 2/2001, pp. 24-25 „dacă hotărârile judecătorești pronunțate înainte de 2 ianuarie 2001 ar putea fi atacate și desființate și pentru alte motive decât cele prevăzute de lege la data pronunțării lor, aceasta nu s-ar putea face fără aplicarea retroactivă a legii noi și, prin aceasta, fără încălcarea principiului constituțional al neretroactivității legii de procedură civilă noi”; M. Nicolae, *Notă explicativă* la dec. civ. nr. 1304/2000 a CSJ în *Pandectele române* nr. 2/2001, II, 75, pp. 124-126; V. M. Ciobanu, *Notă* la deciziile nr. 3628/2001 și 3629/2001 ale CSJ, s. civ., în *Pandectele române* nr. 1/2002, II, 14, pp. 60-63.

<sup>27</sup> Pentru dreptul penal (și procesual penal) v., de ex.: V. Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, pp. 115-140; C. Barbu, *Aplicarea legii penale în spațiu și timp*, Ed. Științifică, București, 1972,

c. *Dispoziții speciale de drept tranzitoriu.* În afara regulilor generale de rezolvare a conflictelor de legi în timp, legiuitorul recurge adesea, mai ales în cazul unor legi importante, precum cele care urmează să reformeze sistemul juridic, la măsuri cu caracter tranzitoriu speciale stabilind, în mod expres, modul de aplicare a legii noi sau, după caz, a legii vechi. Este vorba de dispoziții de drept tranzitoriu speciale, amplasate de regulă în partea finală a actului normativ, iar în cazul unor legi mai complexe, într-o lege specială de punere în aplicare a noii reglementări, cum s-a întâmplat cu LPA pentru punerea în aplicare a NCC.

*Specific* pentru aceste norme conflictuale este faptul că, fiind speciale, respectiv edictate numai în vederea rezolvării conflictului de legi în timp născut prin intrarea în vigoare a unei anumite legi, ele sunt de *strictă interpretare și aplicare*, neputând fi extinse, așadar, prin analogie, la alte cazuri apărute după intrarea lor în vigoare. Este motivul pentru care prin LPA a fost completat cu art. 6 din NCC, prevăzându-se reguli generale de drept tranzitoriu prin codificarea, practic, a dispozițiilor art. 3-5, 82, 201 și 205, astfel încât acestea sunt aplicabile și după intrarea în vigoare a NCC în cazul unor conflicte de legi în timp viitoare, adică născute pe baza unor legi civile subsecvente, inexistente la data intrării în vigoare a NCC.

După cum am arătat deja, în cadrul studiului de față ne interesează numai aplicarea normelor de drept privat, mai exact problema aplicării imediate a NCC sau a supraviețuirii legii vechi, în lumina LPA, însă, înainte de a face o scurtă analiză a dispozițiile tranzitorii cuprinse în Legea nr. 71/2011, vom face câteva considerații asupra acțiunii principiilor neretroactivității legii noi și a principiului aplicării imediate a legii noi în cazul aplicării în timp a normelor de drept civil, ***pentru a putea fixa limitele dispozițiilor de drept tranzitoriu speciale cuprinse în LPA.***

**8. Principiile dreptului civil tranzitoriu. a Enumerare.** În dreptul civil, aplicarea în timp a normelor de drept civil este guvernată de aceleași principii generale<sup>28</sup>: principiul neretroactivității legii (1) și principiul aplicării imediate a legii noi (2).

---

pp. 147-300; C. Bulai, *Drept penal. Partea generală*, București, 1987, pp. 60-74; I. Neagu, *Tratat de procedură penală*, Ed. Pro, București, 1997, pp. 32-36.

Cu privire la aplicarea legii noi în dreptul public, în special în dreptul administrativ, v.: J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, thèse (préface Jacques Moreau), L.G.D.J., Paris, 2002; R. Tarchi, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano – Dott. A. Giuffrè editore, 1990.

<sup>28</sup> Pentru dezvoltări în privința aplicării în timp a legii civile, v., de exemplu: Tr. Broșteanu, *Arbitrariul și relativitatea formulilor doctrinare cu privire la aplicarea legilor în timp*, Institutul de Arte Grafice „Vreamea”, București, 1932; *idem*, *Insuficiența articolului 1 din Codul civil pentru soluția problemelor de aplicațiune a legilor în timp*, în P.R., 1932, IV, pp. 279-294; G. Plastara, *Sinteza dreptului intertemporal – Noua doctrină în materia neretroactivității legilor*, în *Pandectele române*, 1932, IV, pp. 208-218; P. Vasilescu, *Stabilitatea dreptului în succesiunea legilor*, Institutul de Arte Grafice „N. V. Ștefăniu”, Iași, 1933; M. Eliescu, *Aplicarea legii civile în timp și spațiu. Conflictele de legi*, în „Tratat de drept civil”, vol. I, „Partea generală”, de Tr. Ionascu ș.a., Ed. Academiei, București, 1967, pp. 77-131; A. Pop, Gh. Beleiu, *Drept civil. Teoria generală a dreptului civil*, Universitatea din București, 1980, pp. 69-76;

**Principiul neretroactivității legii noi** este regula de drept potrivit căreia trecutul scapă, în principiu, acțiunii legii noi sau, altfel spus, legea nouă nu se aplică actelor sau faptelor încheiate, săvârșite sau, după caz, produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi și nici situațiilor juridice<sup>29</sup> născute și stinse înainte de această dată.

**Principiul aplicării imediate (sau generale a legii noi)** este, în schimb, regula de drept conform căreia legea nouă se aplică, în principiu, tuturor actelor și faptelor încheiate, săvârșite sau, după caz, produse după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice în curs de constituire, modificare sau stingere, inclusiv efectelor viitoare ale situațiilor juridice anterior născute sau modificate.

b. *Delimitare.* Cele două principii sunt autonome, deși complementare. În consecință, trebuie făcută distincția și evitată confuzia între problema aplicării imediate a legii noi și problema (neretroactivității acesteia, deoarece, după cum s-a remarcat, problema retroactivității/neretroactivității legii noi este aceea a înlăturării/neînlăturării aplicării legii vechi, respectiv a respectării sau ignorării suveranității legii vechi, pe

---

O. Căpățînă, *Aplicarea legii în timp și spațiu*, cit. supra [nota 15], pp. 107-143; G. Boroi, *Drept civil. Partea generală*, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 1999, pp. 17-23; O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, ed. a 8-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 54-58; I. Reghini, *Dreptul civil. Norma de drept civil. Raportul juridic civil*, în *Introducere în dreptul civil* de I. Reghini, Ș. Diaconescu, vol. 1, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2004, pp. 59-85.

Adde P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, cit. supra [nota 15], *passim*; G. Pace, *Il diritto transitorio ...*, cit. supra [nota 17], *passim*; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, t. 1, Sirey, Paris, 1956, pp. 168-184; E.-L. Bach, *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, cit. supra [nota 16], pp. 405-468; J. Héron, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil)*, cit. supra [nota 20], pp. 277-333; idem, *Principes du droit transitoire*, cit. supra [nota 23], *passim*; J. Ghestin, G. Goubeaux et Muriel-Fabre Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 325-371; P. Fleury-Le Gros, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, cit. supra [nota 18], *passim*.

<sup>29</sup> Termenul de „situație juridică” nu este definit de lege, ci este o noțiune sintetică, strict operațională, cu reale valente didactice, creată de doctrină în cadrul unui efort de generalizare a regulilor aplicabile diferitelor soluții teoretice în materia dreptului tranzitoriu avansate de diverși autori, această noțiune fiind ridicată la rangul de noțiune fundamentală de către Paul Roubier în cadrul celebrelor sale lucrări dedicate conflictelor de legi în timp. Ulterior, termenul a fost receptat de jurisprudență și chiar de legiuitor (cf. Legea din 1992 asupra aplicării reformei Codului civil al provinciei Québec, el fiind în măsură să acopere și să explice mai bine – la nivel de principiu și mai ales din punct de vedere didactic – diferitele acte, fapte sau fenomene juridice în materia dreptului intertemporal). Noțiunea de *situație juridică* înglobează *lato sensu*: raporturile juridice concrete, faptele juridice (*lato sensu*) generatoare, modificatoare sau stingătoare de raporturi juridice concrete, stările juridice ale subiectelor individuale sau constituite (artificiale de drept (capacitatea juridică, cetățenia sau naționalitatea, starea sau statutul civil al persoanei etc., precum și însușirile și regimul juridic al bunurilor (mobil sau imobil, alienabil sau inalienabil, domenal sau nedomenial etc.). În legătură cu semnificația juridică a acestui concept, v. M. Eliescu, *op. cit.* [nota 28], p. 89, nota 25; E.-L. Bach, *op. cit.* [nota 16], pp. 419-424; cu privire la necesitatea unei accepțiuni cât mai largi a noțiunii de situație juridică „ansamblu de posibilități și de actualizări, deci de abstracțiuni și fapte”, pentru a fi în măsură să cuprindă toate ipotezele de comportament juridic care interesează problema conflictului de legi în timp, v. P. Level, *Essai sur le conflits de lois dans le temps*, thèse (préface H. Batiffol), L.G.D.J., Paris, 1959, nos 100-103, pp. 178-182.



când problema aplicării imediate este aceea a excluderii/neexcluderii supraviețuirii<sup>30</sup> ori mai degrabă a aplicării sau neaplicării generale a legii noi.

*Prima are* ca obiect „faptele în întregime consumate în trecut”<sup>31</sup>, *i.e.* actele sau faptele deja produse și situațiile juridice deja consumate, cea de-a doua numai actele sau faptele noi, viitoare, inclusiv „faptele și efectele în curs”<sup>32</sup>, *i.e.* situațiile în curs de constituire, modificare sau stingere la data intrării în vigoare a legii noi.

Cât privește *criteriul* retroactivității sau neretroactivității legii noi, în acord cu adepții teoriei zise normativiste, bazată pe analiza structurală a normei juridice, inițiată în Italia de Gaetano Pace și fondată în Franța de Jacques Héron, o lege este socotită retroactivă de îndată ce înțelege să reglementeze fapte care înainte de intrarea ei în vigoare au dat naștere, au modificat sau stins o situație juridică ori efectele pe care acea situație le-a produs înainte de această dată – *facta praeterita*. Criteriul fundamental este, în această opinie, mai degrabă „revalorizarea/recalificarea juridică” (*rivalutazione giuridica* a actelor, faptelor și situațiilor trecute<sup>33</sup>, decât simpla „dată” a săvârșirii ori

---

<sup>30</sup> În acest sens, M. Eliescu, *op. cit.* [nota 28], p. 98, care pune accentul pe chestiunea supraviețuirii legii vechi, deși este vorba, cel puțin teoretic, de suveranitatea legii noi. Într-adevăr, conform acestui autor: „problema aplicării imediate a legii noi este aceea a excluderii supraviețuirii legii vechi. Ea nu trebuie confundată cu problema diferită a retroactivității. *Prima are ca obiect faptele și efectele în curs*, cea de-a doua faptele în întregime consumate în trecut” (*ibidem*).

<sup>31</sup> M. Eliescu, *op. cit.* [nota 28], p. 98.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> În acest sens, G. Pace, *op. cit.* [nota 17], nr. 41, pp. 134 și 135. Conform acestui autor retroactivitatea constă, în esență, în revalorizarea *ex post facto* a unui act, fapt ori situații juridice născute înainte de intrarea în vigoare a legii noi.

„Una soluzione veramente soddisfacente del problema è, a mio avviso – dice Pace – possibile solo tenendo presente la struttura e il funzionamento della norma giuridica.

Fino a che ci si limiti a riguardare la norma come comando (o come precetto di azione o come guida all’agire umano), e simili non può esser possibile rendersi conto della retroattività, per semplice ma decisiva ragione che la norma come comando non può retroagire: al passato non si comanda, nè, stando già nel presente, è possibile obbedire dal passato. Se tutto stesse qui di una regola dell’irretroattività non ci sarebbe più bisogno che di una regola che di una regola che stabilisse che il diritto nostro non vincola gli abitanti din Marte.

Senonché la norma giuridica, oltre alla funzione imperativa, ne ha un’altra di *valutazione*.

La forma verbale della norma, cioè la sua locuzione, può dare maggior risalto ora all’uno ora all’altro di quei due aspetti: ma è certo che entrambi sono essenziali alla, per così dire, fisiologia della norma giuridica [...]

Qui importa solo notare che se la norma, come comando, è rivolta essenzialmente verso il futuro, la norma come valutazione (cioè come criterio di valutazione dei fatti umani, può anche rivolgersi verso il passato [...])

La retroattività della legge così intesa, consiste in una *valutazione giuridica del passato*, cioè, com’è chiaro, di atti, fatti, omissioni e loro effetti verificatisi in passato. Ma poichè questo passato (cioè il suo contenuto giuridico era già stato oggetto di una anteriore valutazione giuridica (positiva o negativa, ad opera del diritto vigente al momento nel quale si produssero i fatti stessi, – la *valutazione retroattiva* viene a consistere *in una nuova e diversa* valutazione che si sostituisce a quella originaria, cioè in una *rivalutazione giuridica*.

Confrontando la valutazione originaria (irretroattiva con quella posteriora (retroattiva), possono darsi i seguenti casi tipici:

producerii faptului juridic sau „data” nașterii situației juridice concrete<sup>34</sup> întrucât ceea ce interesează din punct de vedere al retroactivității este dacă un act, fapt încheiat ori produs sau, după caz, o situație juridică născută înainte de intrarea în vigoare a legii noi – ceea ce constituie premisa sau condiția retroactivității – au fost sau nu „afectate” de legea nouă, chiar dacă, prin raportare la *obiectul de reglementare* a legii noi, situația faptică este, uneori, mai complexă, de natură să antreneze și incidența altor reguli de drept tranzitoriu: ea variind de la un fapt (sau efect deja săvârșit ori produs, în tot sau în parte, înainte de intrarea în vigoare a legii noi), la fapte actuale sau viitoare, fie, în sfârșit, în ipoteze mai complexe, constând atât în fapte trecute, cât și

---

a. la prima valutazione riteneva un fatto (positivo o negativo giuridicamente irrilevante, mentre la seconda lo considera rilevante;

b. inversamente;

c. il fatto passato era giuridicamente rilevante secondo la legge del suo tempo e tale rimane per la legge posteriore, ma gli effetti ad esso, riconsiderati sono diversi (ad. es. da fatto lecito diviene illecito o viceversa”) (*loc. cit. supra*).

<sup>34</sup> În acest sens, Pierre Fleury-Le Gros, *op. cit.* [nota 18], nr. 270 și urm., p. 121 și urm. După cum subliniază acest autor nu trebuie confundate, pe bună dreptate, criteriile retroactivității cu consecințele produse de retroactivitate.

„Sur ce point, écrit cet auteur, il faut considérer qu’une norme est rétroactive dans deux cas.

En premier lieu, une norme est rétroactive lorsqu’elle *attache une conséquence de droit* à un fait passé. Ce premier cas figure doit alors être décomposé en deux hypothèses différentes:

– D’une part, l’hypothèse dans laquelle la norme rétroactive a pour objet de ne régir que de faits survenus dans le passé: la norme est alors totalement rétroactive par son objet, c’est-à-dire rétroactive en considération de son champ d’application.

– D’autre part, l’hypothèse dans laquelle la norme rétroactive a pour objet de régir, d’une part, des faits passés, d’autre part, des faits futurs dont les réalisations respectives sont indissociables (dispersion des faits: la norme est alors partiellement rétroactive par son objet).

En second lieu, une norme est rétroactive lorsqu’elle *s’oppose à ce qu’une conséquence de droit* soit attachée à l’égard d’un fait passé, alors qu’au jour de la réalisation de ce fait, la loi en vigueur attachait à cette dernière la dite conséquence de droit.

A côté de ces critères qui caractérisent le *processus même* de la rétroactivité, il faut distinguer les conséquences produites par sa mise en œuvre. Ainsi que nous l’avons établi, il peut arriver que le processus de la rétroactivité ne produise aucune incidence substantielle. En ce qui concerne ces conséquences qui résultent de la mise en œuvre du processus de la rétroactivité, il faut alors ne produire aucune incidence substantielle. En ce qui concerne ces conséquences qui résultent de la mise en œuvre de processus de la rétroactivité, il faut alors distinguer de nouveau deux hypothèses:

– D’une part, l’hypothèse – occultée jusqu’alors – dans laquelle la mise en œuvre du processus de la rétroactivité ne produit aucune incidence substantielle à l’égard des faits passés.

– D’autre part, l’hypothèse dans laquelle la mise en œuvre du processus de rétroactivité produit une incidence substantielle à l’égard de ces faits; dans ce cas de figure, l’incidence consiste en l’une ou l’autre des trois possibilités différentes envisagés par le Doyen Bach: la loi rétroactive peut «sanctionner différemment» un acte de conduite humaine passé, ou bien «attacher une sanction» à un acte qui en était dépourvue lors de sa réalisation, ou encore «supprimer» la sanction qui était attachée à un acte lors de sa réalisation.” (*ibidem*, nr. 393-395, pp. 175-176).

Totuși, „data” nașterii faptelor trecute sau, mai exact, existența unor fapte trecute *lato sensu*, constituie premisa retroactivității legii noi, iar nu criteriul retroactivității care privește, în fapt, reevaluarea, din punct de vedere juridic, a trecutului. V. nota precedentă.

în fapte actuale ori viitoare<sup>35</sup>. În consecință, dacă este vorba de fapte care s-au săvârșit ori produs înainte de intrarea în vigoare a legii noi, acestea sunt „fapte trecute” care nu pot fi guvernate de legea nouă fără a fi retroactivă, iar dacă este însă vorba de fapte care s-au săvârșit ori produs după această dată, sunt „fapte actuale” care pot interesa fie legea nouă (aplicare imediată și „generală”) fie legea veche („supraviețuire”, după caz, fără însă ca legea nouă să poată fi socotită retroactivă).

Dimpotrivă, fiind de imediată și generală aplicare, legea nouă se va aplica de la intrarea ei în vigoare, fără a fi retroactivă, nu numai actelor, faptelor și situațiilor juridice viitoare ce se vor naște, modifica sau stinge, după această dată – *facta futura*, conform regulii *tempus regit actum (factum)*, dar, de regulă, și actelor, faptelor și situațiilor în curs de constituire, modificare sau stingere, precum și efectelor viitoare ale situațiilor juridice trecute (*i.e.*) situațiile definitiv născute sau, după caz, modificate înainte de intrarea în vigoare a legii noi – *facta pendentia*. Dar, în aceste din urmă cazuri – situațiile juridice în curs de constituire, modificare sau executare/stingere – ieșim din domeniul neretroactivității pentru a intra în acela al aplicării imediate a legii noi sau, după caz, al supraviețuirii legii vechi<sup>36</sup>.

Criteriul general al aplicării imediate și generale a legii noi și situațiilor juridice în curs de constituire, modificare sau stingere este însă controversat și dificil, dacă nu imposibil de determinat, căci el nu depinde, în mod absolut, nici de izvorul situațiilor juridice – acte sau fapte juridice *stricto sensu* – sau de structura normativă (conținutul juridic al legii noi), nici de caracterul legal ori voluntar al acestora și nici de caracterul imperativ sau dispozitiv al normelor materiale aflate în conflict, ci mai degrabă, însă nu absolut, de natura sau obiectul de reglementare al normelor de drept civil: situații *disponibile* sau *indisponibile*.

### § III. Principiul aplicării imediate a noului cod civil

#### ➡ 1. Noțiuni generale

**9. Definiție și terminologie.** După cum am văzut, principiul aplicării imediate a legii noi este o regulă de drept tranzitoriu autonomă și, deci, distinctă de principiul neretroactivității legii noi.

---

<sup>35</sup> De unde rezultă că retroactivitatea nu este univocă sau lineară, ci poate cunoaște diverse grade sau forme, iar, pe de altă parte, retroactivitatea se poate îngemăna cu aplicarea imediată [generală a legii noi sau, după caz, cu supraviețuirea legii vechi]. Cf. P. Fleury-Le Gros, *loc. cit. supra*, (nota 35)]. Cu privire la diferitele grade de retroactivitate (retroactivitate zisă „restitutivă” care atinge și *causae finitae*, trecute în autoritatea de lucru judecat), retroactivitate „ordinară” sau obișnuită și, *in fine*, retroactivitate „temperată”, parțială, v. și P. Roubier, *op. cit.* (nota 15) nr. 62, pp. 285-292. Asupra distincției retroactivitate *ex fattispecie* și retroactivitate *ex statuizione* în funcție de structura dihotomică a normei juridice [alcătuită din: 1° *condicio iuris*, *i.e. la fattispecie* sau ipoteza juridică; și 2° efectul juridic, *la statuizione*, *i.e.* dispoziția, consecința juridică, pe de o parte, și a retroactivității obiective vs. retroactivitatea subiectivă, pe de altă parte, v. G. Pace, *op. cit.*, (nota 17), nr. 47 sqq., pp. 151 sqq.

<sup>36</sup> Pentru detalii, v., de ex., P. Fleury-Le Gros, *op. cit.* [nota 18], p. 179 și urm.

*Stricto sensu*, principiul aplicării imediate a legii noi este cea regulă de drept conform căreia legea nouă se aplică de la data intrării în vigoare a tuturor actelor, faptelor și situațiilor juridice născute după intrarea ei în vigoare (*tempus regit factum*).

*Lato sensu*, principiul aplicării imediate a legii noi este cea regulă de drept conform căreia legea nouă se aplică nu numai actelor, faptelor și situațiilor juridice viitoare (*facta futura*), ci și actelor, faptelor și situațiilor juridice în curs de constituire, modificare sau stingere, precum și efectelor viitoare ale unor situații juridice anterior născute, dar neconsumate la data intrării în vigoare a acesteia (*facta pendentia*).

Astfel înțeles, principiul aplicării imediate a legii noi este un principiu de drept tranzitoriu autonom, distinct de principiul neretroactivității legii noi, deoarece așa cum am văzut (*supra*), nr. 8 lit. b), principiul aplicării imediate a legii noi are ca obiect situațiile juridice pendinte și cele viitoare, iar nu faptele sau situațiile juridice deja consumate sub imperiul legii vechi. În consecință, problema aplicării imediate a legii noi constă, în esență, în excluderea sau neexcluderea supraviețuirii legii vechi situațiilor juridice în curs de constituire sau realizare, iar nu în suprimarea sau nesuprimarea aplicării acesteia faptelor în întregime consumate înainte de intrarea în vigoare a legii noi.

*Terminologic*, expresia „aplicarea imediată a legii noi” este însă echivocă. Pe de o parte, sintagma „aplicare imediată” semnifică vocația unei norme de a avea forță obligatorie și de a acționa direct, automat, asupra unui act, fapt sau situații juridice, de îndată ce condițiile care alcătuiesc ipoteza normei respective sunt integral întrunite<sup>37</sup>, fără a fi nevoie de acțiunea vreunui organ administrativ sau judiciar, iar pe de altă parte, această sintagmă este folosită, în teoria generală a dreptului, și în sensul de intrare în vigoare *de îndată* a legii noi, prin opoziție cu intrarea în vigoare la o altă

---

<sup>37</sup> V., în acest sens, G. Pace, *op. cit.* [nota 17], nr. 104, p. 324. Practic, sintagma „aplicare imediată a legii (noi)” este susceptibilă de înțelesuri variate, de natură să îngreuneze conceptul de drept tranzitoriu exprimat în această expresie juridică. În consecință, ar trebui evitat. V. și nota subsecventă.

„L'espressione «applicazione immediata della legge» è suscettibile di vari significati, scrive Pace. In contrapposto all'applicazione «differita», può designare la mancanza della *vacatio legis*, l'entrata in vigore, cioè, del nuovo diritto dal giorno stesso della sua emanazione: (vedemmo come tale ipotesi non abbia nulla di necessariamente retroattivo): può indicare l'efficacia delle norme non condizionali (*stricto sensu* in contrapposto alle condizionali). Così di una legge abolitiva si può dire che è d'applicazione immediata (anche se contiene una *vacatio legis*), nel senso che essa opera immediatamente, al momento stesso della sua entrata in vigore, trovando già in quell'istante realizzata pienamente l'ipotesi a cui è subordinata appunto la sua azione soppressiva (che è data, ad. e., dalla mera esistenza dell'ente soppresso). Anche qui applicazione immediata non vuol dire necessariamente retroattività.

Un terzo più importante significato, almeno dal punto di vista del nostro tema, serve a designare, l'azione della legge nuova sui rapporti in corso o pendenti; ne qual caso per attuazione differita s'intenderà l'applicazione della legge nuova solo ai rapporti futuri. Dal punto di vista della struttura della norma giuridica questo caso non differisce essenzialmente dal precedente, perchè in entrambi l'azione del nuovo diritto avviene nello stesso momento della sua prima entrata in vigore, quindi su rapporti (o fatti o situazioni esistenti, e sempre per la ragione che la nuova norma trova verificata compiutamente l'ipotesi a cui è vincolata la sua concreta efficacia).

Ma il significato più razionale e vasto del termine esprime, a mio avviso, il principio dell'*efficacia automatica* del diritto, la sua entrata in azione al verificarsi delle sue *condiciones iuris*, che è il principio basilare di tutto l'ordinamento giuridico, da noi posto come fondamentale premessa del diritto transitorio” (*loc. cit. supra*), pp. 323 și 324.

dată ulterioară a acesteia, astfel încât în funcție de data intrării în vigoare a legii noi<sup>38</sup>, se poate vorbi de o aplicare imediată sau, după caz, întârziată ori eşalonată a acesteia. Însă, indiferent de data efectivă a intrării în vigoare a legii noi, imediată sau întârziată, aceasta poate fi de aplicație generală sau nongenerală, după cum privește sau nu toate actele, faptele și situațiile juridice actuale sau viitoare.

În consecință, este preferabil, din punct de vedere terminologic, să vorbim mai degrabă de aplicarea generală sau nongenerală a legii noi<sup>39</sup>, iar nu de aplicarea imediată sau nu a acesteia, cu atât mai mult cu cât din punct de vedere strict juridic și tehnic, aplicarea generală a legii noi situațiilor juridice în curs la data intrării ei în vigoare este anormală, ea neavând loc decât prin efectul *transformării* legii noi, *i.e.* adică a dedublării acțiunii ei, atât ca normă juridică general-abstractă și/sau ipotetică, în privința actelor, faptelor și situațiilor juridice viitoare, cât și ca normă juridică individual-concretă și/sau categorică, în privința situațiilor în curs<sup>40</sup>. Totuși, în continuare, pentru motive de

---

<sup>38</sup> Cf. J. Héron, *Principes du droit transitoire*, cit. supra [nota 23], pp. 90 și 91: «Pour éviter les confusions, il me semble préférable de renoncer à l'expression d'*application immédiate*. C'est ainsi qu'on peut désigner plus exactement l'entrée en vigueur non rétroactive de la loi nouvelle par les expressions d'*entrée en vigueur immédiate* ou d'*entrée en vigueur différée*, selon que l'observation et l'application de la loi nouvelle coïncident ou, à l'inverse ne coïncident pas avec sa publication suivie de l'expiration du délai d'un jour franc. Le choix du dernier élément du présupposé, quant à lui, est plus exactement désigné par l'expression d'*application générale*, qui fait ressortir qu'a compter de son entrée en vigueur, la loi nouvelle s'applique seule: elle bénéficie désormais d'un domaine d'application général. Par exemple, on dira du nouveau Code pénal qu'il entre en vigueur de façon différée et qu'à partir de cette entrée en vigueur, il s'applique de façon générale».

<sup>39</sup> V., în același sens, J. Héron, *Principes de droit transitoires*, cit. supra [nota 23], p. 91. Adde E.-L. Bach, *op. cit.* [nota 16], p. 430, nota 47 («Peut-être convient-il de préciser que l'expression «effet immédiat» que nous retenons ici n'est toujours pas très heureuse dans la mesure où elle définit deux solutions soit que l'entrée en vigueur de la coïncide avec la date de sa publication, soit que le législateur décide de différer cette entrée en vigueur, alors que l'on pourrait être tenté de penser que l'expression ne caractérise que la première solution»), cu mențiunea că, din cauza ambivalenței expresiei „aplicare imediată a legii noi”, Bach preferă binomul „supraviețuirea legii vechi” vs. „nesupraviețuirea legii vechi (sau „aplicarea generală a legii noi” în locul binomului „supraviețuirea legii vechi” vs. „aplicarea imediată a legii noi”) (*ibidem*), p. 430, precum și supra, nota 16, unde este citat, *in extenso*, pasajul în discuție.

<sup>40</sup> În opinia lui J. Héron, care distinge între aplicarea generală a legii noi, în cazul dispersiunii de fapte, pe de o parte, și aplicarea retrospectivă a legii noi, în cazul efectelor juridice viitoare ale situațiilor născute înainte de intrarea în vigoare a legii noi, pe de altă parte, nu este posibilă transformarea normei juridice noi decât în caz de „retrospectivitate”, iar nu și de aplicare generală sau nongenerală a legii noi. V., în acest sens, J. Héron, *Principes de droit transitoires*, cit. supra [nota 23], pp. 93 («Le choix de la loi ancienne ou de la loi nouvelle ne peut se fonder sur des raisons tirées de la seule étude de la norme nouvelle). En effet, quel que soit l'élément du présupposé qui est retenu, il ne s'opère aucune mutation de la norme. L'application de la loi nouvelle ou celle de la loi ancienne conservent à la règle sa nature, parce que, dans l'un et l'autre cas, au moins l'un des faits correspondant à un élément du présupposé ne s'est pas réalisé au moment où la loi nouvelle devient observable» et 114 («Lorsque la loi nouvelle fait l'objet d'une application générale, elle est appliquée en tant que règle, c'est-à-dire de norme hypothétique. A l'opposé, dans son application rétrospective, la loi nouvelle constitue une série de décisions, visant telles constructions, telles servitudes. A l'égard de leurs destinataires, les normes nouvelles sont des ordres qu'il est impossible d'exprimer sous la forme «si ... alors ...», mais seulement sous la forme «Vous qui ...»).

Pentru J. Héron, retrospectivitatea este un concept autonom, specific dreptului tranzitoriu, care caracterizează efectele viitoare ale unei situații juridice anterioare, care vor fi supuse legii noi, iar nu

oportunitate și ținând seama de faptul că sintagma „aplicare imediată” este larg încetățenită în rândul specialiștilor o vom întrebuița și noi în cadrul acestui articol, cu mențiunea că în fond este întotdeauna vorba de aplicarea generală sau nu a legii noi ori, altfel spus, de supraviețuirea sau nesupraviețuirea legii vechi.

## 10. Criteriul aplicării imediate generale sau nongenerale a legii noi. a Sistemul Codului civil din 1864. În lipsa unei legii noi, în doctrină s-a discutat dacă, în mod

---

legii vechi. Retrospectivitatea se caracterizează prin 2 elemente esențiale: 1 obiect specific; 2 efect specific.

«En premier lieu – dit Héron –, la rétroactivité se caractérise par le fait que tous les événements visés par le présumé de la loi nouvelle se sont produits avant son édicton. Il en résulte que, dans son application rétrospective, le texte nouveau ne constitue pas une règle, mais une série de décisions. Ce premier élément constitutif distingue nettement la rétroactivité de l'application générale de la loi nouvelle, dans laquelle le texte nouveau est appliqué un tant que règle. Inversement, la mutation de la norme qu'entraîne la rétroactivité rapproche ce concept de celui de rétroactivité.

Le second élément constitutif de la rétroactivité est que l'application de la loi nouvelle ne provoque pas une remise en cause des effets juridiques déjà créés sous l'empire de la loi ancienne, ce qui la distingue de la rétroactivité. La rétroactivité oblige ainsi à distinguer les deux éléments de la loi nouvelle envisagée en tant que règle. Pour ce qui est du présumé (qui devient apparent, la rétroactivité est identique à la rétroactivité. La différence entre les deux concepts se manifeste dans l'effet juridique de la norme nouvelle. Alors que la rétroactivité provoque une remise en cause des effets passés attachés à la réalisation du présumé de la norme ancienne, il n'en va pas de même en cas de rétroactivité. Celle-ci entraîne un fractionnement ou un morcellement de l'effet juridique. La partie passée de l'effet juridique demeure soumise à la loi ancienne, ou plus exactement à la règle ancienne, puisque la loi ancienne s'est appliquée en tant que règle. La partie future de l'effet juridique se trouve soumise à la loi nouvelle, en tant que décision. Le morcellement temporel de l'effet juridique est rendue possible par la durée qui affecte l'effet juridique de la norme.» (J. Héron, *op. cit.*, pp. 107-108).

Teza lui Héron privind distincția dintre retroactivitatea și retrospectivitatea legii noi a fost însă criticată și recent respinsă chiar de către unii dintre discipolii săi, pe motiv că, în realitate, retrospectivitatea, acoperind fie cazuri de retroactivitate temperată (parțială), fie cazuri de aplicare imediată (generală) a legii noi, este *echivocă* și, totodată, *inutilă*, noțiunile deja degajate de retroactivitate sau de aplicare imediată (ori generală a legii noi fiind suficiente. V., în acest sens, P. Fleury-Le Gros, *op. cit.* (nota 18, n<sup>os</sup> 567 sqq., pp. 246 sqq., în special n<sup>os</sup> 648 sqq., pp. 282 sqq).

În final, reamintim că, pentru un alt autor, Gaetano Pace, retroactivitatea și retrospectivitatea sunt concepte de sine stătătoare, care nu trebuie confundate, dar numai primul interesează dreptul tranzitoriu, întrucât: primul vizează *recalificarea juridică* diferită, nouă, a trecutului; al doilea vizează *simpla apreciere* și *confirmare* a unei situații trecute, fără nicio recalificare juridică a acesteia:

„Una distinzione che, prima facie, potrebbe parere sottilmente superflua, ma che in realtà è necessario fare – dice Pace –, è quella tra «retroattività» e «retrospettività».

Si danno, in diritto, fenomeni dei quali si suol dire che sono retroattivi, mentre in realtà sono solo retrospettivi, perché non agiscono sul passato, ma si limitano a contemparlo, a dichiararlo.

Così i mezzi di prova sono, per loro indole, retrospettivi, non retroattivi, come talora si dice. Lo stesso è da ripetere di ogni interpretazione giuridica, come in genere, delle dichiarazioni di scienza. La funzione giurisdizionale, tipicamente nelle sentenze di mero accertamento, è retrospettiva, e solo impropriamente si dice che è retroattiva.

Ma quale è differenza tra retroattività e retrospettività? Entrambi questi concetti presentano un carattere comune, che spiega la confusione che se ne fa: intesi giuridicamente, essi consistono in un

tacit, *i.e.* în lipsa unei dispoziții exprese, în sensul aplicării imediate generale sau nongenerale a legii noi, aceasta din urmă este sau nu de imediată aplicare, deoarece aplicarea imediată a legii noi constituie regula, iar supraviețuirea legii vechi excepția<sup>41</sup>.

În principiu, s-a apreciat că supraviețuirea legii vechi poate fi nu numai expresă, ci și tacită, deoarece – observa un reputat autor – spre deosebire de prohibirea retroactivității legii noi (art. 1 C. civ. 1864), principiul aplicării imediate a legii noi nu este anume consacrat de lege, ci „se întemeiază numai pe voința tacită a legiuitorului, astfel cum aceasta a putut fi desprinsă, prin interpretare, de teorie și practică. Dar – se arată de același autor – ceea ce voința tacită a putut face, tot voința tacită poate să și desfacă, hotărând prin derogare de la principiul aplicării imediate a legii noi, supraviețuirea legii vechi”<sup>42</sup>.

De unde rezultă însă această voință tacită?

În principiu, „voința tacită a legiuitorului de a face ca o lege să supraviețuiască și după abrogare, în beneficiul unor situații juridice pendinte, poate reieși nu numai din scopul, dar și din obiectul legii noi, în funcție de natura situațiilor juridice pendinte, de aceea a intereselor ocrotite prin normele legale în conflict, precum și de caracterul imperativ sau supletiv al acestor norme”<sup>43</sup>, iar uneori această voință tacită mai poate decurge și din faptul că supraviețuirea legii vechi „dă satisfacție unor nevoi practice învederate, legiuitorul neputând fi presupus că a înțeles să nesocotească asemenea interese”<sup>44</sup>.

---

*retrovalutazione giuridica*, cioè consistono in una valutazione giuridica del passato. Per concretare le idee si ponga mente ad una legge retroattiva e alla testimonianza: entrambi consistono in una valutazione giuridica del passato.

La differenza specifica tra retroattività e retrospettività sta in ciò: che la retroattività è, non solo una retrovalutazione, ma anche una *rivalutazione*, cioè una valutazione giuridica *diversa, nuova*, che si sostituisce *ex tunc* ad una valutazione anteriore e diversa. Così si spiega come la retroattività operi sul passato giuridico, modificandolo mercè la sostituzione di una valutazione ad un'altra; mentre la mera retrospettività si limita a *dichiarare*, ad *accertare* il passato quale in realtà era anche prima che il fatto retrospettivo si producessse. Questo spiega perchè sia erroneo o almeno improprio considerare i mezzi di prova, le interpretazioni autentiche, le sentenze, etc. come atti o fatti retroattivi. Essi, difatti, non producono alcuna *alterazione* nello stato giuridico anteriore, nel passato giuridico, mai si limitano a contemporalo: si tratta pertanto di fatti retrospettivi” (G. Pace, *op. cit.* [nota 17], nr. 101), pp. 315-316.

Precizăm, în final, că în ce privește interpretarea juridică, socotită „retrospectivă” de către Pace, în sistemul NCC, norma interpretativă produce efecte *numai* pentru viitor [art. 9 alin. (2)], fiind supusă principiului neretroactivității, din moment ce clarificarea sensului unei dispoziții îndoielnice este de natură să modifice efectele unor situații juridice trecute.

<sup>41</sup> V., pentru exemplificări, M. Eliescu, *op. cit.* [nota 28], pp. 100-103.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Este cazul, spre ex., al unei legi noi care nu desființează o instanță, ci se mulțumește să-i restrângă competența, situație în care s-a admis, atât de doctrină cât și de către practică, că pentru motive de ordin practic, deși legea nouă nu a prevăzut nimic, competența în cauzele pendinte va fi cea stabilită de legea anterioară, care astfel supraviețuiește, soluție consfintită expres prin fostul art. 724 alin. (1) din Codul de procedură civilă vechi, republicat în M.Of. nr. 45 din 24 februarie 1948, în baza Legii nr. 18/1948 [„Pricinile în curs de judecată la data punerii în aplicare a prezentei legi (a Legii nr. 18/1948 – n.n., M.N.) vor continua să fie judecate de către instanțele învestite”]. V., în acest sens, I. Stoenescu, *Izvoarele dreptului procesual civil*, în „Procesul civil în R.P.R.” de I. Stoenescu, A. Hilsenrad, Ed. Științifică,

În lumina acestor considerații, se admite că trebuie să distingem pe de o parte, între situațiile juridice obiective (legale) și cele subiective (individuale), iar pe de altă parte, între natura intereselor ocrotite prin normele legale în conflict, adică, după cum acestea sunt imperative ori supletive.

Astfel, în ce privește primul criteriu – natura situațiilor juridice în curs de a produce efecte juridice –, în principiu, legea nouă se aplică imediat tuturor acelor situații juridice al căror conținut și efecte sunt imperativ stabilite de lege, adică tuturor *situațiilor juridice obiective (legale)*<sup>45</sup>. Este cazul, spre pildă, al legilor în materie de regim al proprietății și al celorlalte drepturi reale, precum și în cel al raporturilor personale dintre soți, al adopțiilor și înfierilor.

În schimb, legea nouă nu este de imediată aplicare în cazul *situațiilor juridice subiective (individuale)*, al căror conținut și, prin urmare, ale căror efecte sunt liber stabilite de voința unor persoane fie prin contract, fie prin act juridic unilateral. În aceste cazuri, trebuie prezumat că „legiuitorul a înțeles să lase contractul, mai larg actul juridic, care este în curs de a produce efecte, sub imperiul legii sub care acel act s-a constituit”<sup>46</sup>, deoarece, altfel, s-ar nesocoti voința autorilor actelor juridice respective și i-ar lipsi de realizarea așteptărilor lor legitime, iar necesitatea social-economică de a asigura o aplicare uniformă a legilor nu există în cazul situațiilor juridice subiective, unde multiplicitatea și felurimea intereselor particulare reclamă nu un regim uniform, ci, dimpotrivă, unul diversificat, în funcție de interesele fiecărei părți.

Dar în doctrina și practica judiciară s-a arătat că supraviețuirea legii vechi în cazul situațiilor juridice subiective este însă limitată numai în privința normelor *supletive sau dispozitive*, ele rămânând supuse dispozițiilor legii noi *imperative sau prohibitive*, care interesează ordinea publică ori cel puțin sunt emise în vederea satisfacerii nemijlocite a unor interese generale, căci „respectarea voinței persoanelor fizice sau a celor juridice nu poate fi atât de larg înțeleasă încât să pună piedică prevederilor legale de ordine publică sau care dau expresie intereselor obștești”<sup>47</sup>.

---

București, 1957, pp. 29 și 30. Conform acestui autor, deși acest text care consacră soluția supraviețuirii legii vechi în materie de schimbare a competenței judiciare are caracter tranzitoriu și se găsește în cartea privitoare la dispozițiile finale, ar trebui, totuși, considerat ca o „regulă generală în materie de competență, deoarece reprezintă consacrarea pe cale legislativă a unuia din punctele de vedere propuse de literatura juridică; ca atare, aceeași regulă se va aplica ori de câte ori o lege specială va modifica competența instanțelor, fără să continue, în dispozițiile sale, o soluție cu privire la procesele în curs de judecată” (*ibidem*), p. 30. Această regulă, tradițională, a fost formal abrogată prin Legea nr. 53/1993, dar a fost reintrodusă prin O.U.G. nr. 138/2000 devenind art. 725 alin. (2) din vechiul cod („Procesele în curs de judecată la data schimbării instanțelor legal învestite vor continua să fie judecate de acele instanțe. În caz de casare cu trimitere spre rejudecare, dispozițiile legii noi privitoare la competență sunt pe deplin aplicabile”), fiind, desigur, menținută de noul Cod de procedură civilă [cf. art. 25 alin. (2): „Procesele în curs de judecată la data schimbării instanțelor legal învestite vor continua să fie judecate de acele instanțe, potrivit legii sub care au început. În caz de casare cu trimitere spre rejudecare, dispozițiile legii noi privitoare la competență, în vigoare la data când a început procesul, rămân aplicabile”].

<sup>45</sup> M. Eliescu, *op. cit.* [nota 28], p. 107.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 110.



În concluzie, în ce privește efectele viitoare ale situațiilor juridice subiective, sub rezerva dispozițiilor imperative sau prohibitive ale legii noi, acestea sunt în continuare supuse legii vechi, care supraviețuiește și după abrogarea ei, iar nu legii noi.

Această opinie este însă *criticabilă*, deoarece, pe de o parte, este prea generală, iar pe de altă parte, criteriile oferite sunt relative, iar nu absolute. Și aceasta fără a discuta, pe fond, dacă aplicarea imediată a legii noi efectelor viitoare ale unei situații juridice constituie sau nu (și un caz de retroactivitate veritabilă, cel puțin parțială, a legii noi, deoarece înseamnă a reveni asupra eficacității unui act sau fapt juridic trecut, guvernat de legea veche)<sup>48</sup>.

Într-adevăr, în cazul situațiilor juridice subiective care izvorăsc din evenimente naturale sau fapte juridice voluntare licite (ex. gestiunea de afaceri continuă ori ilicite) (delicte civile continue sau săvârșite într-o formă continuată), în care voința umană nu joacă vreun rol în producerea efectelor juridice legate de asemenea evenimente sau acțiuni omeneste, deoarece aceste efecte sunt prevăzute de lege, făcând abstracție de problema retroactivității sau neretroactivității legii noi, aplicarea imediată a legii noi este oare oportună în toate cazurile și fără nicio distincție?

Tot astfel, în cazul prescripțiilor și uzucapiunilor – situații zise legale, iar nu subiective – aplicarea legii noi trebuie, pe de o parte, să ia în considerare și efectele legii vechi, respectiv durata faptelor începute sub imperiul legii vechi, iar pe de altă parte, trebuie să se combine cu supraviețuirea legii vechi, iar limitele incidenței celor două legi nu mai depind neapărat de caracterul imperativ al normelor, ci de faptul că, fără retroactivitate, aplicarea exclusivă a legii noi este, practic, imposibilă, iar aplicarea parțială a legii vechi este, de multe ori, condiția *sine qua non*, a eficacității imediate a legii noi. De ex., dacă un terț a uzurpat un imobil al altuia intrând în stăpânirea lui înainte de intrarea în vigoare a legii noi care ar modifica condițiile uzucapiunii, cerând, de pildă, un just titlu ori numai buna-credință, în timp ce sub imperiul legii vechi, uzucapiunea era posibilă și fără just titlu sau fără bună-credință (cf. art. 1890, 1895 și urm. C. civ. 1864), aplicarea legii noi și uzucapiunii în curs ar însemna retroactivitatea acesteia, cel puțin în parte, deoarece înseamnă a se reveni asupra condițiilor legale (*condiciones iuris*) cerute de legea veche pentru împlinirea uzucapiunii în curs. Iar dacă, scurtând sau măbind termenul de uzucapiune, legea nouă ar fi aplicabilă și uzucapiunilor în curs, se poate ajunge, în funcție de circumstanțe, fie la situația când aceasta ar fi împlinită ori devansată data împlinirii ei, fie la situația în care durata acesteia ar fi prelungită, ceea ce ar însemna de asemenea invadarea câmpului de acțiune a legii vechi. În fine, în situația în care nu s-ar lua în calcul timpul scurs până la intrarea în vigoare a legii noi, ar însemna că va curge o nouă uzucapiune, posesorul

---

<sup>48</sup> Cf., mai recent, Pascale Deumier, *L'application d'une loi nouvelle aux contrats en cours est-elle une application immédiate et/ou une application rétroactive?*, in *Revue trimestrielle de droit civil* 2010, pp. 58 sqq. Pour cet auteur, «en définitive, l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours n'est-elle pas à la fois immédiate (elle s'applique aux effets futurs et rétroactive) (ce faisant, elle revient sur les prévisions passées? Ecourter la durée de 99 ans [d'un contrat de concession conclu en 1931 – n.n., M.N.), c'est empêcher le contrat de se réaliser à l'avenir mais n'est-ce pas dans la même temps remettre en cause la durée fixée en 1931?» (*ibidem*).

fiind privat de beneficiul termenului scurs, ceea ce însemnează iarăși refuzul aplicării legii vechi.

În fine, este oare oportună aplicarea imediată, fără nicio limită sau fără nicio distincție, a legii noi imperative în cazul situațiilor juridice subiective?! Interesele și așteptările legitime ale părților n-ar fi oare dejucate sau grav afectate și în aceste cazuri?! Și aceasta dincolo de interesele sau scopurile urmărite de cele două legi!

bună dreptate s-a observat că, în ce privește problema supraviețuirii sau nesupraviețuirii legii noi, nu există niciun criteriu ferm și lipsit de controverse. În realitate, aplicarea generală sau nu a legii noi este, întotdeauna, o chestiune de oportunitate, aflată fie la îndemâna legiuitorului, fie, în lipsa unor dispoziții tranzitorii speciale, la îndemâna judecătorului, care se străduiește astfel să găsească soluția în „voința implicită a legislatorului care, în definitiv, aici ca și în alte cazuri, se arată, în mod facil, apt de a fi vrut orice”<sup>49</sup>, opunând, de fiecare dată, legea nouă și situațiile juridice în curs, respectiv motivele de interes general (*les motifs d'intérêt général*) urmărite de prima și încrederea legitimă (*la confiance légitime*) născută din secunde<sup>50</sup>. Dacă supraviețuirea sau nesupraviețuirea legii vechi (în lipsa voinței exprese a legiuitorului este în astfel de cazuri o chestiune de oportunitate<sup>51</sup> care depinde de „opțiunea” judecătorului nu mai puțin ea este și o problemă lăsată *volens nolens*) la simpla lui apreciere, la „discreția” (*discretion* acestuia, ceea ce atrage imprevizibilitatea soluțiilor și, deci, insecuritatea părților.

*b. Sistemul Noului Cod civil.* În condițiile absenței unui criteriu ferm și, mai ales, echitabil, de demarcație a incidenței legii vechi și a celei noi în cazul situațiilor juridice în curs de realizare, autorii NCC au optat, în chip pragmatic, la o soluție de principiu, bazată pe enumerarea limitativă a cazurilor de aplicare imediată generală a legii noi, lăsând legiuitorului ordinar posibilitatea de a deroga sau nu de la această regulă de principiu.

Un astfel de criteriu de sorginte legală este de natură să asigure securitatea, siguranța și așteptările părților, astfel încât aplicarea imediată a legii noi nu mai depinde de aprecierea judecătorului.

Care sunt aceste cazuri de aplicare imediată a legii noi? Ele sunt prevăzute expres și limitativ de art. 6 alin. (6) NCC: situațiile juridice derivate din starea și capacitatea

---

<sup>49</sup> P. Deumier, *art. precit.*

<sup>50</sup> *Ibidem.*

<sup>51</sup> V., pe larg, E.-L. Bach, *op. cit.* (nota 16, nr. 54 sqq., pp. 460 sqq). Conform acestui autor supraviețuirea legii vechi este, în definitiv, o chestiune de oportunitate, iar nu de salvagardare a ordinii juridice vechi, în virtutea caracterului imperativ, de ordine publică, al acesteia ori a naturii contractuale a situațiilor juridice născute sub imperiul legii vechi. «En bref nous pensons – croit Bach – que la solution de la survie de la loi ancienne, laquelle consiste dans le maintien en vigueur d'une loi ancienne, plus précisément de normes (législatives ou contractuelles anciennes), pour certaines conduites, pour certaines actes, après l'entrée en vigueur de normes législatives nouvelles, ne peut procéder, et ne procède effectivement en jurisprudence, que d'un jugement d'opportunité sur la solution, non pas au demeurant pour une espèce concrète déterminée, mais pour une catégorie donnée, de conduites, d'actes, accomplis par des sujets de droit qui avaient pu dans le passé faire acte de légitime prévision» (*ibidem*), n 55, p. 463.

persoanelor, din căsătorie, filiație, adopție și obligația legală de întreținere, din raporturile de proprietate, inclusiv regimul general al bunurilor, și din raporturile de vecinătate.

În esență, situațiile juridice zise *legale* derivate din starea și capacitatea persoanelor, din raporturile de familie și raporturile de proprietate *lato sensu*.

Numitorul comun al acestor situații este faptul că efectele lor sunt fixate, cel puțin la nivel de principiu, de către legiuitor, iar nu prin voința părților, astfel încât ele au un caracter *uniform*, obiectiv, care trebuie să fie cunoscute de către toată lumea, iar nu numai de către beneficiarii lor direcți. În plus, asemenea situații juridice sunt, în principiu, *indisponibile*, în sensul că titularii lor nu le pot modifica conținutul și nici nu le pot suprima, cu excepția cazurilor anume prevăzute de lege.

*A contrario*, situațiile juridice zise *subiective*, indiferent de izvorul contractual sau extracontractual, precum și situațiile juridice zise *legale* neenumerare de textul de lege citat (ex. posesia), rămân supuse legii vechi, iar nu legii noi, indiferent de caracterul imperativ sau dispozitiv al acesteia.

Nu interesează, așadar, caracterul imperativ sau dispozitiv al legii noi, ci numai faptul dacă legea prevede, în mod expres, aplicarea imediată, *recte* generală a legii noi. În felul acesta, principiul aplicării imediate a legii noi, sub rezerva unor dispoziții tranzitorii speciale, deși pierde din elasticitate sau oportunitate, câștigă în securitate și previzibilitate. Or, în materia raporturilor de drept civil, guvernate de principiile libertății și egalității părților, securitatea și previzibilitatea dreptului sunt mai puternice și, deci, preferabile decât relativitatea și imprevizibilitatea normelor.

În fine, dar nu și în ultimul rând, soluțiile la care s-a oprit legiuitorul român, dacă nu înlătură, evită într-o măsură foarte mare, decisivă, discuțiile privind chestiunea retroactivității/neretroactivității aplicării legii noi situațiilor în curs ori de câte ori aplicarea legii noi nu poate să ignore, ci, dimpotrivă, se bazează și pe efectele juridice deja produse ale actelor, faptelor sau situațiilor anterior născute. Este cazul, spre ex., al prescripțiilor sau uzucapiunilor începute sub imperiul legii vechi, care nu pot fi socotite împlinite sub imperiul legii noi decât dacă se va ține seama și de timpul scurs înainte de intrarea în vigoare a acesteia.

## ➡ 2. *Aplicații ale principiului aplicării imediate a noului Cod civil*

### A. Necesitatea dispozițiilor tranzitorii

**11. Rolul și utilitatea dispozițiilor tranzitorii cuprinse în LPA.** Indiferent că este vorba de aplicații ale principiului neretroactivității NCC ori de supraviețuire/nesupraviețuire a vechii legislații civile, existența unor dispoziții tranzitorii speciale este imperios necesară. Și aceasta nu doar pentru a se evita, pe cât posibil, un contencios legat de condițiile și limitele de aplicare a NCC, ci și pentru a asigura securitatea circuitului civil, precum și așteptările legitime ale părților.

Într-adevăr, după cum am arătat deja (*supra*, nr. 2), LPA cuprinde nu numai dispoziții destinate să **asigure armonizarea și compatibilitatea NCC cu celelalte legi în vigoare, corelarea dispozițiilor NCC între ele, dar și între acestea și prevederile noului Cod de procedură civilă (adoptat prin Legea nr. 134/2010), ci și măsuri de ordin tranzitoriu care să faciliteze trecerea lină, fără convulsii majore și cu minime neajunsuri, de la vechea la noua legislație civilă.**

**Cât privește normele** conflictuale, LPA conține atât dispoziții de drept tranzitoriu de aplicație generală, cât și dispoziții cu caracter special, particular, menite să asigure tranziția cât mai facilă, fără dificultăți majore și costuri ridicate, de la vechea la noua legislație civilă.

*In concreto*, aceste dispoziții fie consacră, în mod expres, la nivel de principiu, neretroactivitatea noului Cod civil – asupra cărora ne-am îndreptat atenția cu alt prilej<sup>52</sup> –, fie permite supraviețuirea vechii reglementări, în special aceea care guvernează raporturile contractuale (art. 102 LPA), fie, în sfârșit, proclamă aplicarea generală, condiționată sau necondiționată, a noului Cod civil și a legislației civile modificate sau completate cu aceeași ocazie [cf. art. 5 alin. (2) LPA]<sup>53</sup>.

Practic, deși art. 5 LPA statuează, *in terminis*, aplicarea imediată generală și nongenerală a NCC, această dispoziție de principiu este reafirmată, în mod categoric, în diferite materii particulare cu ocazia dispozițiilor tranzitorii edictate pentru aplicarea fiecărei cărți a NCC, deoarece s-a simțit nevoia ca în anumite materii speciale ale dreptului civil să se prevadă, *expressis verbis*, incidența sau, după caz, neincidența dispozițiilor NCC în privința efectelor viitoare situațiilor juridice născute înainte de intrarea sa în vigoare, în măsura în care asemenea situații – fie voluntare, fie legale – subzistă și după această din urmă dată (1 octombrie 2011).

În continuare, ținând seama de limitele firești ale prezentului articol, ne vom mărgini doar la a exemplifica felul în care prin LPA s-a reglementat problema *aplicării imediate* a NCC, sperând ca într-un studiu viitor ori cu altă ocazie să revenim cu analize de detaliu ale unora dintre regulile de drept tranzitoriu relevante cuprinse în Legea nr. 71/2011, ocazie cu care vom cerceta și dacă acest act normativ consacră sau nu vreo excepție –

---

<sup>52</sup> A se vedea, M. Nicolae, *Principiul neretroactivității și Noul Cod civil*, cit. *supra* (nota 9), *passim*.

<sup>53</sup> Cu privire la interpretarea și aplicarea în timp a dispozițiilor NCC (în general), v. și: P. Perju, *Conflictul de legi în timp în reglementarea Noului Cod civil și a Proiectului Legii pentru punerea în aplicare a acestuia*, în *Dreptul* nr. 3/2011, pp. 11-19; idem, *Conflictul de legi în timp în reglementarea Noului Cod civil și a Legii pentru punerea în aplicare a acestuia*, în *Dreptul* nr. 9/2011, pp. 11-20; idem., *Considerații referitoare la Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Noului Cod civil*, în *Dreptul* nr. 11/2011, pp. 11-18; Mirela Steluta Croitoru, *Aplicarea legii civile în timp din perspectiva Noului Cod civil*, în *Revista română de drept privat* nr. 5/2011, pp. 11-84; C. Popa, Ruxandra Frangeti, *Aplicarea în timp a Noului Cod civil în materie contractuală*, în *Curierul Judiciar* nr. 10/2011, pp. 490-493; G. Boro, *Aplicarea în timp a Noului Cod civil* (disponibil la adresa web [www.inm-lex.ro](http://www.inm-lex.ro) – 27 noiembrie 2011, data consultării); Cristina-Mihaela Crăciunescu, *Câteva considerații privind aplicarea în timp a dispozițiilor Codului civil în materia divorțului* (disponibil la adresa web [www.inm-lex.ro](http://www.inm-lex.ro) – 5 decembrie 2011, data consultării); G. Boro, Carla Alexandra Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2011, pp. 15-38.

desigur, criticabilă, deoarece este afectată de viciul neconstituționalității – de la principiul constituțional al neretroactivității legii civile noi<sup>54</sup>.

Cât privește problema aplicării imediate a dispozițiilor NCC, este de remarcat că autorii legii pentru punerea în aplicare a acestuia au optat, *in genere*, pentru aplicarea imediată și generală numai în cazul așa-ziselor situații juridice legale (C), rezervând legii vechi, în primul rând Codului civil din 1864, puterea de guverna în continuare așa-zisele situații contractuale sau voluntare (D). Aplicarea imediată generală a dispozițiilor NCC este, uneori, condiționată, iar nu pură și simplă.

## B. Dispoziții tranzitorii generale

**12. Consacrarea principiului neretroactivității și a principiului aplicării imediate a noului Cod civil.** Dedusă formal din art. 15 alin. (2) din Constituție, regulile generale de drept tranzitoriu – neretroactivitatea și aplicarea imediată a legii noi – sunt recunoscute și reafirmate, la nivel de principiu, în mod categoric și fără niciun dubiu, și de LPA, în art. 3-5, care constituie texte de aplicație generală, în lumina cărora trebuie interpretate și aplicate toate dispozițiile NCC, cu excepția cazului în care prin aceeași lege s-ar dispune altfel.

Într-adevăr, conform art. 3-5 LPA, dispozițiile NCC se aplică *ex nunc*, iar nu și *ex tunc*, pe de o parte, iar pe de altă, situațiile juridice pendinte rămân, în principiu, supuse tot legii vechi, iar nu dispozițiilor NCC:

– art. 3: „Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a Codului civil nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor”;

– art. 4: „Actele juridice nule, anulabile sau afectate de alte cauze de ineficacitate, prevăzute de Codul civil din 1864, precum și de alte acte normative, la data intrării în vigoare a Codului civil, rămân supuse dispozițiilor legii vechi, neputând fi considerate valabile ori, după caz, eficiente, potrivit Codului civil sau dispozițiilor prezentei legi”;

– art. 5: „(1) Dispozițiile Codului civil se aplică tuturor actelor și faptelor încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare.

(2) Dispozițiile Codului civil sunt aplicabile și efectelor viitoare ale situațiilor juridice născute anterior intrării în vigoare a acestuia derivate din starea și capacitatea

---

<sup>54</sup> O astfel de investigație este pe deplin legitimă dacă avem în vedere nu numai absența unui criteriu legal ferm și unic de retroactivitate, ci și faptul că la simpla lectură rezultă că există în LPA și texte susceptibile de a fi catalogate drept retroactive, cel puțin formal. Cf., *e.g.*, art. 25 privitor la validarea căsătoriilor încheiate înainte de intrarea în vigoare a NCC, care nu mai pot fi constatate nule și nici anulate după această dată, în cazul în care, după intrarea în vigoare a Codului civil, a intervenit un fapt care, potrivit dispozițiilor acestuia, acoperă nulitatea (v. și art. 96 care înlătură revocabilitatea donațiilor pentru surveniență de copii, prevăzută de art. 829 C. civ. 1864, în cazul în care copilul s-ar naște după 1 octombrie 2011).

persoanelor, din căsătorie, filiație, adopție și obligația legală de întreținere, din raporturile de proprietate, inclusiv regimul general al bunurilor și din raporturile de vecinătate, dacă aceste situații juridice subzistă după intrarea în vigoare a Codului civil.”

Articolele 3 și 4 consacră, *in terminis*, principiul **neretroactivității** dispozițiilor noului Cod civil care nu pot afecta efectele juridice ale actelor și faptelor încheiate, săvârșite ori, după caz, produse înainte de intrarea sa în vigoare, *i.e.* înainte de 1 octombrie 2011. Criteriul retroactivității nu este, așadar, caracterul câștigat sau nu al dreptului dobândit și nici faptul după cum ar fi vorba de distincția majoră dintre *facta præterita*, pe de o parte, și *facta pendentia* ori *facta futura*, pe de altă parte, ci, pur și simplu, recalificarea juridică a unor acte, fapte sau situații încheiate, săvârșite ori produse sau, după caz, născute înainte de *data* intrării în vigoare a legii noi, având în vedere faptul că, spre deosebire de legea veche, *i.e.* de legea sub imperiul căreia actele, faptele sau situațiile au avut loc ori s-au născut, legea nouă leagă („prescrie” alte efecte juridice), respectiv modifică sau suprimă, în tot sau în parte, efectele raporturilor civile concrete produse sub legea veche. În consecință, conform LPA<sup>55</sup>:

- Dacă actul sau faptul juridic s-a produs înainte de 1 octombrie 2011 ori situația juridică s-a născut înainte de această dată, va fi incidentă legea veche, iar nu legea nouă.
- Dacă, dimpotrivă, actul sau faptul juridic s-a produs după 1 octombrie 2011 ori situația juridică s-a născut ulterior acestei date, va fi incidentă legea nouă, în speță NCC.

Și aceasta indiferent că este vorba de *acte juridice* subiective ori acte juridice-condiție (căsătoria, adopția etc.), de acte juridice încheiate între neprofesioniști ori profesioniști, de acte cu executare *uno ictu* sau acte cu executare continuă ori succesivă, de acte *inter vivos* ori acte *mortis causa* sau, în fine, de acte pure și simple ori acte afectate (sau susceptibile de modalități).

Tot astfel, cât privește *faptele juridice stricto sensu*, *i.e.* acțiunile umane sau materiale de care legea leagă nașterea anumitor efecte juridice, este indiferent dacă este vorba de evenimente sau fapte naturale ori de acțiuni omenești, licite sau ilicite, precum gestiunea de afaceri, plata nedatorată, îmbogățirea fără justă cauză, delictul civil etc.

În schimb, conform art. 5 alin. (1), NCC este aplicabil tuturor actelor și faptelor încheiate, săvârșite ori produse după intrarea sa în vigoare, precum și efectelor juridice ale situațiilor juridice născute după această dată. *Tempus regit factum*. În acest caz, dispozițiile NCC sunt de *imediată aplicare*. Dacă legea nouă nu poate privi trecutul,

---

<sup>55</sup> LPA confirmă, implicit, dar neîndoielnic, teoria lui J. Héron, în materie de retroactivitate. V., totuși, P. Perju, *Conflictul de legi în timp în reglementarea Noului Cod civil și a Proiectului Legii pentru punerea în aplicare a acestuia*, cit. supra [nota 53], p. 11 și urm. (autorul discută LPA în general și art. 3-4 în special, în termenii teoriei lui Roubier, astfel cum a fost ea interpretată și aplicată, în dreptul nostru, de prof. M. Eliescu, în principal).

căci nu are nicio putere retroactivă, este pe deplin competentă să guverneze prezentul și viitorul [v., în același sens, art. 6 alin. (1) NCC].

Mai mult, în cazul unor situații juridice permanente, ale căror efecte sunt determinate prin lege – așa-numitele situații legale –, iar nu prin voința părților și a căror existență depășește interesele părților, fiind de ordine publică, NCC se va aplica și efectelor viitoare ale unor astfel de situații [art. 5 alin. (2)]. Este cazul, spre ex., al situațiilor derivate din starea și capacitatea persoanelor ori din raporturile de proprietate sau de vecinătate ale căror efecte sunt supuse dispozițiilor noi care se vor aplica tuturor persoanelor, fără discriminare, asigurând acțiunea generală și uniformă a NCC. Nu se pune problema retroactivității, deoarece efectele viitoare sunt condiționate de persistența situațiilor respective și după 1 octombrie 2011 (de ex., în materie de capacitate, dispozițiile art. 40 privitoare la capacitatea de exercițiu anticipată se aplică nu numai minorilor născuți după intrarea în vigoare a NCC, ci și celor care nu au împlinit 16 ani, la 1 octombrie 2011, inclusiv minorilor care au împlinit deja această vârstă).

*A contrario*, în cazul situațiilor juridice zise voluntare sau contractuale – ale căror efecte sunt stabilite de către părți ori depind de voința acestora – chiar dacă aceste situații au caracter durabil, persistând și după 1 octombrie 2011, ele rămân guvernate de legea sub imperiul căreia s-au născut, iar nu de către dispozițiile NCC. Aceasta, cel puțin în principiu, deoarece în LPA sunt și prevederi derogatoare de la această regulă, cum vom vedea imediat.

În continuare, vom încerca să ilustrăm, prin câteva exemple, aplicarea generală circumstanțiată a NCC în principal în cazul așa-ziselor situații juridice legale (*infra*, nr. 13 și 14), dar mai ales aplicarea nongenerală a acestuia (*infra*, nr. 16 și 17).

### C. Aplicarea imediată generală a noului cod civil

**13. Aplicarea imediată generală a dispozițiilor noului Cod civil pură și simplă, necondiționată sau necircumstanțiată.** *a. Precizări prealabile.* În anumite ipoteze și când interesul general o reclamă, legiuitorul a optat pentru aplicarea imediată și generală a NCC, indiferent de calitatea sau situația juridică a părților și fără a ține seama dacă este vorba de situații juridice viitoare sau de situații juridice în curs, deja născute la data intrării în vigoare a NCC. Este vorba, în principiu, de situațiile juridice prevăzute de art. 5 alin. (2) LPA, mai sus citat, dar și de alte situații particulare, după cum va rezulta din exemplificările următoare.

*b. Dreptul persoanelor.* Avem în vedere, spre ex., *drepturile personalității* [drepturile inerente ființei umane, reglementate pentru prima dată în NCC (art. 58 și urm.), care sunt, în principiu, supuse legii în vigoare la data exercitării lor [art. 13 alin. (1) LPA], așadar, și dispozițiilor NCC, după 1 octombrie 2011].

*c. Dreptul familiei.* Deoarece raporturile de familie reclamă prin natura lor un regim juridic uniform, bazat pe principiile egalității părților și al respectării interesului

superior al copiilor, legiuitorul a optat, cu excepțiile expres prevăzute în LPA, pentru aplicarea imediată și generală a dispozițiilor NCC în materie de familie.

În acest sens, pot fi citate în afara art. 5 alin. (2), următoarele texte normative:

- art. 20: „Indiferent de data încheierii căsătoriei, în ceea ce privește relațiile lor personale și patrimoniale, soții sunt supuși dispozițiilor Codului civil, de la data intrării sale în vigoare.”;
- art. 33: „Dispozițiile art. 340 și ale art. 341 din Codul civil sunt aplicabile și căsătoriilor în ființă la data intrării în vigoare a Codului civil ori de câte ori actul juridic sau faptul juridic în temeiul căruia a fost dobândit bunul intervine după această dată.”;
- art. 37: „Dispozițiile art. 369 din Codul civil privind modificarea convențională a regimului matrimonial sunt aplicabile și căsătoriilor în ființă la data intrării în vigoare a Codului civil.”;
- art. 39 alin. (1): „Dispozițiile Codului civil privind divorțul se aplică fără a se deosebi între căsătoriile încheiate înainte sau după intrarea sa în vigoare.”<sup>56</sup>;
- art. 51: „Dispozițiile art. 531 din Codul civil privind modificarea și încetarea pensiei de întreținere sunt aplicabile și în cazul pensiilor de întreținere stabilite prin hotărâre judecătorească anterior intrării în vigoare a Codului civil.”

*d. Dreptul bunurilor.* Este de principiu că regimul general al bunurilor și acela al drepturilor reale este fixat de lege, astfel încât el nu poate fi modificat de către părți. În consecință, nimic nu împiedică ca legea nouă să fie de imediată și generală aplicare. În acest sens sunt și dispozițiile art. 5 alin. (2) LPA mai sus citate, dar și alte prevederi particulare cuprinse în legea pentru punerea în aplicare a NCC.

*Exempli gratia*, putem cita în acest sens următoarele dispoziții legale în materie de partaj, cesiunea uzufructului legal și privilegiile speciale imobiliare:

- art. 63: „(1) Dispozițiile art. 669-686 din Codul civil sunt aplicabile convențiilor de partaj încheiate după intrarea în vigoare a Codului civil.  
(2) De asemenea, dispozițiile art. 669-686 din Codul civil se aplică și partajului judiciar, atunci când cererea de chemare în judecată a fost introdusă după intrarea în vigoare a Codului civil.”;
- art. 70: „Dispozițiile art. 714 din Codul civil se aplică indiferent de data constituirii uzufructului. În cazul uzufructului constituit prin convenție încheiată anterior intrării în vigoare a Codului civil, acesta este și rămâne incesibil, mai puțin în cazul în care părțile convin altfel.”<sup>57</sup>;
- art. 78 alin. (2): „Privilegiile speciale imobiliare înscrise, fie în vechile registre de publicitate imobiliară, fie în noile cărți funciare până la intrarea în vigoare a Codului civil sau, după caz, în condițiile prevăzute la alin. (1), se convertesc de plin drept în ipotecă legală după expirarea unui termen de un an de la intrarea în vigoare a Codului civil sau, după caz, de la data înscrierii și se vor supune dispozițiilor Codului civil.”

<sup>56</sup> V. și art. 40 și urm. LPA.

<sup>57</sup> V. și art. 102 alin. (2) LPA.



*e. Dreptul succesoral.* Avem în vedere dispozițiile legale în materie de execuție testamentară, care în concepția legiuitorului sunt de imediată aplicare.

Astfel, potrivit art. 97 LPA, execuțiunile testamentare începute înainte de data intrării în vigoare a NCC nu pot dura mai mult de doi ani calculați de la această dată, cu posibilitatea de prelungire în condițiile art. 1079 alin. (2) din noul Cod.

De asemenea, conform art. 98 din aceeași lege, în cazul moștenirilor care se deschid după 1 octombrie 2011, executorii testamentari cu sau fără sezină instituiți prin testamente anterioare acestei date, au atribuțiile prevăzute în art. 1.080 NCC, cu excepția cazului în care atribuțiile au fost limitate expres de către testator (situație în care se va aplica legea veche.

**14. Aplicarea imediată generală a dispozițiilor Noului Cod civil este condiționată sau subsidiară.** *a. Precizări prealabile.* În unele cazuri, aplicarea imediată dispozițiilor NCC este condiționată, fie circumstanțiată, fie subsidiară.

*b. Dreptul persoanelor.* Potrivit art. 18 LPA, dispozițiile Codului civil privitoare la regimul juridic general aplicabil persoanelor juridice se aplică și persoanelor juridice în ființă la data intrării sale în vigoare, însă numai în măsura în care prin legile aplicabile fiecărei persoane juridice nu se prevede altfel; în consecință, cât privește persoanele juridice existente sau viitoare al căror statut este supus unor reglementări particulare, aceste entități juridice, indiferent că este vorba de persoane juridice cu scop lucrativ ori de persoane juridice fără scop lucrativ, sunt și rămân supuse, în principal, legilor în vigoare la data înființării acestora, iar în subsidiar (*i.e.*) în completare, dispozițiilor de drept comun cuprinse în NCC. În acest mod, s-a dorit prezervarea regimului juridic particular al fiecărei entități juridice în parte.

*c. Dreptul familiei.* Conform art. 42 LPA, în cazul cererilor de divorț formulate anterior intrării în vigoare a NCC, instanța de judecată poate să dispună divorțul în temeiul art. 273 lit. b) și al art. 379 alin. (1) NCC (*i.e.*) divorțul din culpă, chiar dacă reține culpa exclusivă a reclamantului, în măsura în care motivele de divorț subzistă și după intrarea în vigoare a Codului civil.

*d. Dreptul bunurilor.* Potrivit art. 69 LPA, drepturile de uzufruct în ființă și după intrarea în vigoare a NCC se exercită potrivit dispozițiilor acestora<sup>58</sup>, dacă nu se prevede altfel prin prezenta lege<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> V., în același sens, art. 70 teza I (*Dispozițiile art. 714 NCC privitoare la cesiunea uzufructului se aplică indiferent de data constituirii uzufructului*), art. 71 [*Dispozițiile art. 715 alin. (2)-(4) NCC privitoare la încheierea, reînnoirea și încetarea locațiunilor de imobile date în uzufruct se aplică numai în cazurile în care încheierea sau reînnoirea contractelor de locațiune sau de arendare are loc după intrarea în vigoare a Codului civil*], art. 73 (*Dispozițiile art. 747 NCC sunt aplicabile și în cazul uzufructului constituit anterior intrării în vigoare a Codului civil, dacă abuzul de folosință este săvârșit ulterior acestei date*) și art. 74 [*Dispozițiile art. 748 alin. (2) NCC se aplică în toate cazurile în care bunul a fost distrus ulterior intrării în vigoare a Codului civil din Legea nr. 71/2011*].

<sup>59</sup> V., pentru asemenea prevederi contrare, art. 70 teza II (*În cazul uzufructului constituit prin convenție încheiată anterior intrării în vigoare a Codului civil, acesta este și rămâne incesibil, mai puțin*

e. *Dreptul obligațiilor*. În general, în materie de obligații născute anterior intrării în vigoare a NCC rămân aplicabile dispozițiile legii vechi (*infra*, nr. 15), însă, în mod excepțional, legiuitorul prevede și aplicarea imediată a legii noi, fie condiționată, fie necondiționată. Spre ex., potrivit art. 116 LPA:

„Dispozițiile art. 1.558-1.565 din Codul civil (privitoare la acțiunea oblică și acțiunea revocatorie sau pauliană) – M.N. se aplică și creditorilor ale căror creanțe s-au născut înainte de data intrării sale în vigoare, dacă scadența se situează după această dată.”

Textul citat – susceptibil și de a avea efect retroactiv (în măsura în care condițiile de admisibilitate ale acțiunii oblice sau pauliene sunt diferite față de legea veche, iar creanțele s-au născut înainte de intrarea în vigoare a NCC) – condiționează incidența legii noi, de exigibilitatea creanței după 1 octombrie 2011.

D. Aplicarea imediată nongenerală a noului cod civil. Supraviețuirea legii vechi

**15. Precizări prealabile.** Dacă în ce privește aplicarea legii noi tuturor actelor, faptelor și situațiilor născute după intrarea sa în vigoare, soluția este la adăpost de orice discuție, deoarece este conformă principiului aplicării imediate a legii noi și a regulii *tempus regit factum*, aplicarea în continuare a legii vechi situațiilor în curs a fost și este problematică, deoarece, s-a spus, aceasta ar contraveni principiului aplicării unitare a legii noi și ar fi contrar rațiunilor de politică legislativă care au stat la baza noii reglementări care se vede, astfel, limitată în acțiunea ei.

Aceste motive sau argumente nu sunt însă suficiente pentru a refuza supraviețuirea legii vechi, deoarece este vorba, în principiu, de soarta situațiilor juridice în curs, care s-au format sub imperiul legii vechi ori se aflau în curs de constituire, modificare sau stingere, la data intrării în vigoare a legii noi, astfel interesele legitime ale părților, nevoia de securitate și stabilitate juridică, dar și respectarea previziunilor și așteptărilor legitime ale părților, precum și respectarea drepturilor câștigate trebuie luate în calcul cu aceeași tărie și, prin urmare, avute în vedere de legiuitor cu ocazia adoptării noii reglementări.

În cazul NCC, aceste cerințe sunt și mai acute, deoarece este vorba nu de o simplă lege, ci de o reformă veritabilă, adâncă și excepțională a dreptului privat român în ansamblul său. De aceea, securitatea și stabilitatea raporturilor juridice au unele dintre principalele obiective urmărite de legiuitor prin LPA, iar unul dintre principalele mijloace de atingere a acestor obiective a fost supraviețuirea legii vechi ori de câte s-a apreciat că acest lucru este oportun și dezirabil.

În consecință, prin art. 5 alin. (1) LPA, s-a statuat că NCC este de imediată aplicare numai actelor, faptelor și situațiilor născute după intrarea sa în vigoare (*tempus regit factum*). *A contrario*, actele, faptele și situațiile juridice în curs (*facta pendentia*) rămân supuse, în principiu, legii vechi, în speță Codului civil din 1864 și legislației

---

în cazurile în care părțile convin altfel), art. 72 [Dispozițiile art. 746 alin. (1) lit. f) NCC se aplică drepturilor de uzufruct constituite ulterior intrării în vigoare a Codului civil] LPA.

civile conexe, speciale și complementare. Desigur, cu excepțiile anume prevăzute de lege, în principal, cum am arătat deja, în cazul așa-numitelor situații juridice legale anume prevăzute de legea de punere în aplicare [cf. art. 5 alin. (2)].

Conform LPA, supraviețuirea legii vechi este larg admisă, cum vom vedea, în materia raporturilor civile care depind de voința părților ori ale căror efecte sunt lăsate sub puterea lor de dispoziție juridică.

Prin urmare, în ce privește aplicarea imediată nongenerală a dispozițiilor NCC trebuie să distingem pe de o parte, aplicarea exclusivă a acestor dispoziții numai actelor, faptelor și situațiilor viitoare (*infra*, nr. 16) și aplicarea sau, mai exact, supraviețuirea legii vechi în cazul situațiilor juridice în curs, pe de altă parte (*infra*, nr. 17).

**16. Aplicarea exclusivă a dispozițiilor NCC numai actelor, faptelor și situațiilor juridice viitoare.** *Exempli gratia*, dacă în materia **stării și capacității persoanelor**, mai exact în materie de tutelă și curatelă, potrivit art. 16 LPA, persoanele fizice aflate la data intrării în vigoare a NCC sub tutelă, curatelă, interdicție judecătorească sau alte măsuri de ocrotire sunt supuse, în ceea ce privește capacitatea lor, dispozițiilor NCC (aplicarea imediată și generală), totuși, conform art. 17 LPA, dispozițiile privitoare la consiliul de familie se aplică numai tutelei sau curatelei instituite după intrarea în vigoare a NCC; *a contrario*, nu este necesară constituirea consiliului de familie în cazul tutelelor și curatelelor instituite până la intrarea în vigoare a noului Codul civil, chiar dacă acestea subzistă și după această dată, instituția consiliului de familie fiind rezervată exclusiv în cazul tutelelor și curatelelor viitoare.

Tot astfel, în materie de *contracte civile*, dispozițiile NCC se aplică, de regulă, numai contractelor încheiate după 1 octombrie 2011 (art. 3, 102 LPA), motiv pentru care se prevede, de ex., că modificarea contractului se face cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege în vigoare la data modificării [art. 102 alin. (2) teza I LPA]<sup>60</sup>, sau faptul că dispozițiile noului Cod în materie de simulație (art. 1.298-1.294) se aplică numai în cazul în care contractul secret este încheiat după intrarea în vigoare a Codului civil (art. 109 LPA).

De asemenea, întrucât *faptele licite sau ilicite* nu pot produce alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data săvârșirii lor [art. 3, 10 alin. (2), 103 LPA], obligațiile extracontractuale născute înainte de intrarea în vigoare a NCC sunt supuse modurilor de stingere prevăzute de acesta (art. 118 LPA), iar nu celor prevăzute de legea în vigoare la data nașterii lor, deoarece este vorba de acte sau fapte juridice extinctive de drepturi subsecvente, săvârșite după 1 octombrie 2011. Așadar, nu interesează data nașterii obligațiilor, ci data stingerii lor, însă numai cât privește modurile concrete de stingere a acestora, care sunt supuse NCC, dacă aceste fapte au loc după 1 octombrie 2011.

Cât privește *formalitățile de publicitate*, în care se distinge între formalitățile de efectuare a înscrisurilor în registrele publice și efectele substanțiale ale acestor înscrisuri<sup>61</sup>,

---

<sup>60</sup> Asupra problemei legii aplicabile modificării contractului, v. și C. Popa, Ruxandra Frangeti, *op. cit.* [nota 53], pp. 490-492.

<sup>61</sup> Art. 76-78, 80, 104, 127, 155, 187 alin. (2), 189 alin. (2). În esență, formalitățile de înscrisuri sunt supuse legii în vigoare la data efectuării lor (*recte*), formulării cererilor de înscrisuri, în timp ce efectele juridice substanțiale (*i.e.*) constitutive ori de opozabilitate *erga omnes* sau, în fine, pur declarative

potrivit art. 76, de ex., dispozițiile art. 876-914 NCC privitoare la cazurile, condițiile, efectele și regimul înscrierilor în cartea funciară se aplică numai actelor și faptelor juridice încheiate sau, după caz, săvârșite ori produse după 1 octombrie 2011.

În materie de *posesie*, potrivit art. 81 LPA, dispozițiile art. 920 NCC se aplică numai cazurilor de intervertire a detenției precare apărute ulterior intrării în vigoare a Codului civil.

Și în materia *uzucapiunii imobiliare*, amplu reformată prin noul Cod, dispozițiile art. 930-934 NCC se aplică numai în cazurile în care posesia a început după data intrării în vigoare a acestuia (art. 82 teza I LPA).

În fine, și fără a epuiza exemplele, în materie de *decădere*, conform art. 205 LPA, dispozițiile art. 2.548 alin. (1) și (2) NCC referitoare la suspendarea termenelor de decădere se aplică numai termenelor de decădere care au început să curgă după intrarea în vigoare a Codului civil.

### **17. Supraviețuirea legii vechi (Aplicarea imediată nongenerală a dispozițiilor NCC).**

a. *Precizări prealabile.* În sistemul LPA supraviețuirea legii vechi este regula, iar aplicarea imediată și generală a dispozițiilor NCC constituie excepția. Într-adevăr:

b. *Dreptul bunurilor.* În general, în această materie legea nouă este de imediată aplicare [cf. art. 6 alin. (6) NCC]. Prin legea de punere în aplicare a NCC legiuitorul a preferat, uneori, din considerente de oportunitate (stabilitate a raporturilor juridice supraviețuirea legii vechi).

Este cazul, spre ex., al regimului aplicabil accesiei imobiliare, așa-numitelor servituți legale sau al prescripțiilor și uzucapiunilor.

Astfel, în materie de *accesiune imobiliară*, art. 58 LPA prevede că în toate cazurile în care accesiunea imobiliară artificială presupune exercitarea unui drept de opțiune de către proprietarul imobilului (fondului), efectele accesiei sunt guvernate de legea în vigoare la data începerii lucrării (iar nu de aceea de la data exercitării dreptului de opțiune).

Cât privește așa-zisele *servituți legale*, devenite simple limite sau îngrădiri legale ale dreptului de proprietate imobiliară în sistemul NCC [art. 556 alin. (2), art. 602], potrivit art. 59 LPA, dispozițiile art. 602-625 NCC privitoare la limitele legale ale proprietății nu se aplică situațiilor juridice născute anterior intrării în vigoare a acesteia, ceea ce însemnează că servituțile legale deja născute rămân în ființă și se exercită în condițiile vechiului Cod, iar nu potrivit art. 602 și urm. NCC.

În fine, în materie de *uzucapiune*, art. 82 LPA prevede că prescripțiile sau uzucapiunile începute și neîmplinite la data intrării în vigoare a NCC rămân supuse dispozițiilor legale sub imperiul cărora au început să curgă:

Art. 82 (modificat prin O.U.G. nr. 79/2011) prevede, într-adevăr, următoarele:  
„(1) Dispozițiile art. 930-934 din Codul civil referitoare la uzucapiunea imobiliară

---

sau informative depind de legea în vigoare la data nasterii dreptului ori încheierii actului sau producerii faptului juridic supus publicității. Cu privire la legea aplicabilă formalităților de publicitate imobiliară, v. M. Nicolae, *Tratat de publicitate*, vol. 2, *Noile cărți funciare*, cit. supra [nota 2], nr. 428 lit. b), pp. 774-776.

se aplică numai în cazurile în care posesia a început după data intrării în vigoare a acestuia. Pentru cazurile în care posesia a început înainte de această dată, sunt aplicabile dispozițiile referitoare la uzucapiune, în vigoare la data începerii posesiei. Cu privire la imobilele pentru care, la data începerii posesiei, nu erau deschise cărți funciare, rămân aplicabile dispozițiile în materie de uzucapiune din Codul civil din 1864.

(2) În cazurile posesiilor începute după intrarea în vigoare a Codului civil, dacă erau deschise cărți funciare, până la îndeplinirea condițiilor prevăzute în art. 56 alin. (1), uzucapiunea extratabulară prevăzută în art. 930 din Codul civil își produce efectele de la data introducerii cererii de chemare în judecată prin care s-a solicitat constatarea îndeplinirii cerințelor legale ale acestui mod de dobândire, dacă acțiunea a fost admisă, respectiv de la data invocării excepției uzucapiunii, dacă această excepție a fost admisă”;

*c. Publicitatea imobiliară.* În materia formalităților de publicitate imobiliară, legea distinge între regulile de procedură propriu-zise (de efectuare a înscrierilor) și efectele substanțiale ale înscrierilor în registrele de publicitate, indiferent că este vorba de acte, fapte sau situații juridice viitoare (*supra*, nr. 16) sau de acte, fapte sau situații juridice anterioare supuse unor formalități de publicitate (art. 77-80 LPA). În consecință, cererile de înscriere, precum și acțiunile în justiție întemeiate pe dispozițiile Legii nr. 7/1996, republicată, cu modificările ulterioare, indiferent de data introducerii lor, vor fi soluționate potrivit normelor materiale în vigoare la data încheierii actului sau, după caz, la data săvârșirii ori producerii faptului juridic generator, modificator sau extinctiv al dreptului supus înscrierii sau rectificării, cu respectarea normelor procedurale în vigoare în momentul introducerii lor<sup>62</sup>, iar înscrierile în cartea funciară efectuate în temeiul acestor acte sau fapte juridice „vor produce efectele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii acestor acte ori, după caz, la data săvârșirii ori producerii acestor fapte, chiar dacă aceste înscrieri sunt efectuate după data intrării în vigoare a Codului civil” (art. 77 LPA).

*d. Dreptul obligațiilor.* În principiu, în materie de obligații, sunt aplicabile dispozițiile legii vechi, iar nu cele ale noului Cod, chiar dacă este vorba de situații juridice în curs, respectiv de drepturi și obligații în curs de realizare la data intrării în vigoare a NCC. Se poate spune că materia obligațiilor este domeniul predilect al supraviețuirii legii vechi, astfel încât în această materie regula supraviețuirii legii vechi este un principiu fundamental, aplicarea legii noi fiind doar excepțională.

Explicația rezidă atât în faptul că izvorul principal al obligațiilor îl constituie voința persoanelor, manifestată în actele juridice unilaterale sau bilaterale încheiate, cât și în

---

<sup>62</sup> Art. 80 LPA (astfel cum a fost modificat prin O.U.G. nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a NCC, aprobată prin Legea nr. 60/2012).

faptul că drepturile de creanță sunt, în principiu, disponibile, astfel încât exercițiul lor trebuie rezervat legii în vigoare la data nașterii lor, iar nu legii în vigoare la data valorificării lor, care nu a fost avută în vedere de părți și nici nu satisface, în mod echitabil, interesele ambelor părți, ale creditorului și debitorului.

*Exempli gratia*, în materie contractuală, a se vedea:

– art. 60.- „(1) Valabilitatea și efectele juridice ale clauzei de inalienabilitate instituite prin convenție sunt guvernate de legea în vigoare la momentul încheierii convenției.

(2) Valabilitatea clauzei de inalienabilitate instituite prin testament este guvernată de legea în vigoare la data încheierii acestuia, iar efectele clauzei sunt guvernate de legea în vigoare la data deschiderii succesiunii.”;

– art. 102.- „(1) Contractul este supus dispozițiilor legii în vigoare la data când a fost încheiat în tot ceea ce privește încheierea, interpretarea, efectele, executarea și încetarea sa.

(2) Modificarea contractului se face cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de legea în vigoare la data modificării. În privința elementelor ce nu fac obiectul modificării, sunt aplicabile dispozițiile alin. (1)”<sup>63</sup>;

– art. 109.- „Dispozițiile art. 1.289-1.294 [privitoare la simulație – n.n., M.N.] din Codul civil se aplică numai în cazul în care contractul secret este încheiat după intrarea în vigoare a Codului civil”;

– art. 117.- „(1) Creanța transmisă prin cesiune sau subrogație, intervenită după data intrării în vigoare a Codului civil, își păstrează regimul stabilit de normele în vigoare la data nașterii creanței.

(2) Obligația transmisă prin preluare de datorie își păstrează regimul stabilit de normele în vigoare la data nașterii obligației.”;

– art. 126.- „Contractul de report este supus legii în vigoare la data încheierii sale prin remiterea titlurilor către reportat”;

– art. 146.- „Contractul de asigurare este supus legii în vigoare la data încheierii poliței de asigurare, a certificatului de asigurare ori a notei de acoperire, după caz”;

– art. 150.- „(1) Scrisorile de garanție emise înainte de data intrării în vigoare a Codului civil sunt supuse, în ceea ce privește condițiile de valabilitate și efectele, regulilor aplicabile la data emiterii lor.

(2) Regresul va fi supus legii aplicabile obligației principale”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Articolul 102 face aplicația, concomitentă, atât a neretroactivității legii noi (NCC), cât și a supraviețuirii legii (vechi).

<sup>64</sup> *Idem*.

*e. Prescripția extinctivă.* În materie de prescripție extinctivă, potrivit art. 201 LPA legea care guvernează regimul prescripției dreptului material la acțiune este legea în vigoare la data începerii cursului prescripției<sup>65</sup>.

Într-adevăr, conform acestui text:

„Prescripțiile începute și neîmplinite la data intrării în vigoare a Codului civil sunt și rămân supuse dispozițiilor legale care le-au instituit”.

În mod excepțional, de la regula cuprinsă în art. 201, s-a prevăzut că dispozițiile art. 2.532 pct. 6 și 7 NCC privitoare la suspendarea cursului prescripției se aplică și în cazul prescripțiilor începute înainte de intrarea în vigoare a acestuia, dacă împrejurările care atrag suspendarea – negocierile purtate pentru soluționarea amiabilă a litigiului ori plângerea prealabilă sau altă procedură de conciliere – s-au produs după 1 octombrie 2011 (art. 203 LPA).

De asemenea, dispozițiile art. 2.539 alin. (2) teza a doua NCC privitoare la menținerea efectului întreruptiv al prescripției în cazul reintroducerii cererii de chemare în judecată în termen de 6 luni de la data respingerii, pentru considerente formale, a cererii inițiale, se aplică și în cazul în care cererea de chemare în judecată sau de arbitraj a fost introdusă după intrarea în vigoare a NCC (art. 204 LPA).

\*

\*

\*

**18. În loc de concluzii.** Orice lege veritabilă este menită, prin prescripțiile sale general-obigatorii, abstracte și ipotetice, să guverneze doar viitorul, căci numai astfel își respectă statutul de lege propriu-zisă, iar autorul ei statutul de guvernant serios și responsabil. Este și cazul NCC care, așa cum rezultă din dispozițiile tranzitorii prevăzute în Legea pentru punerea în aplicare nr. 71/2011, este, în mod cert, aplicabil numai actelor și faptelor viitoare. Într-adevăr, din exemplele de mai sus rezultă, în mod neîndoielnic, credem, voința clară, pragmatică și fermă, a legiuitorului de a se plasa pe o poziție neutră și de a refuza, astfel, aplicarea imediată și generală a NCC, de natură a dejuca previziunile părților și a bulversa, astfel, circuitul civil, periclitând în mod grav stabilitatea și securitatea raporturilor juridice. Pentru acest motiv LPA reprezintă, cu mici excepții, un remarcabil exemplu de rezolvare neutră și fericită a chestiunilor de drept tranzitoriu ocazionate de tranziția legislativă de la un sistem la altul. Rămâne ca doctrina și mai ales jurisprudența să interpreteze și să aplice, în mod corect, regulile de drept tranzitoriu mai sus amintite nu numai în litera, dar și în spiritul lor, dând preferință principiilor preeminenței dreptului și al asigurării securității juridice.

Din punct de vedere teoretic, odată cu noile dispoziții tranzitorii ale NCC art. 6 alin. (5) și (6), se poate spune că principiul supraviețuirii legii vechi a devenit un principiu general de drept tranzitoriu, care trebuie pus la același nivel cu principiul neretroactivității și principiul aplicării imediate (nongenerale) a legii noi. Se dă astfel satisfacție, chiar dacă indirect, teoriei drepturilor câștigate și doctrinei clasice care, în principiu, refuza aplicarea legii noi situațiilor juridice în curs.



# Începutul și încetarea capacității de folosință a persoanei fizice, în reglementarea Noului Cod civil

*Prof. univ. dr. Eugen CHELARU*



## The beginning and cessation of the individuals' capacity of use under regulation of the New civil Code

**Abstract:** Under the new Civil Code, the capacity of use is a branch capacity; it solely consists of the rights and obligations of civil nature.

The capacity of use beginning is marked by the birth of the individual. At the same time, children's rights are recognized from conception, but only if they are born alive. Thus, anticipated capacity of use is not granted to the child conceived, but this capacity is recognized to the child born alive, retroactively, right after conception.

The capacity of use shall cease upon the death of the individual which can be physically established or legally declared.

The conditions that must be met for a death reporting judgment differ subject to the nature of the circumstances in which the concerned person has disappeared, whilst the law regulates an ordinary situation and two categories of special cases. Neither of these cases requires that death pronouncement is preceded by the disappearance pronouncement.

The death reporting judgment may be annulled in two cases: it is proved that the person declared dead is alive or his / her death certificate is found. The effects of the cancelation judgment differ subject to the case that led to its adoption.

**Keywords:** New Civil Code, capacity of use, *infans conceptus* theory, individuals.

**1. Noțiunea capacității de folosință.** Noul Cod civil (NCC, Legea nr. 287/2009, intrată în vigoare la data de 1 octombrie 2011), nu are un caracter de noutate absolută ci preia multe dintre prevederile legislației anterioare. În același timp, el are meritul de a valorifica rezultatele dezbaterilor care s-au purtat în doctrină în problemele

controversate pe care vechea reglementare le-a generat, legiuitorul optând pentru una sau alta dintre opiniile care au fost exprimate și inserând în corpul Codului prevederi corespunzătoare, menite să curme asemenea controverse.

Acest echilibru între continuitate și noutate caracterizează și reglementarea consacrată capacității civile a persoanei fizice. Un prim argument îl găsim chiar în modul în care a fost definită legal capacitatea de folosință.

Astfel, în timp ce, potrivit art. 34 NCC, „Capacitatea de folosință este aptitudinea persoanei de a avea drepturi și obligații civile,” conform vechii reglementări, conținută de art. 5 alin. (2) din Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, „Capacitatea de folosință este capacitatea de a avea drepturi și obligații.”

Prin adăugarea mențiunii din care rezultă că din conținutul capacității de folosință nu pot face parte orice fel de drepturi și de obligații, ci numai acelea care au o natură civilă, legiuitorul a rezolvat controversa născută în jurul răspunsului la întrebarea dacă noțiunea de capacitate civilă, a cărei principală componentă este capacitatea de folosință, este o capacitate cu vocație generală sau doar una de ramură, respectiv de drept civil,<sup>1</sup> legiuitorul optând pentru cel de-al doilea răspuns.

Dată fiind similitudinea celor două definiții legale, apreciem însă că și menține actualitatea definiția doctrinară elaborată pe baza vechii legislații, potrivit căreia „capacitatea de folosință a persoanei fizice este acea parte a capacității civile care constă în aptitudinea omului de a avea drepturi și obligații civile.”<sup>2</sup>

Rezultă din această definiție că raportul dintre capacitatea de folosință și capacitatea civilă este raportul dintre parte și întreg.

Dacă ne raportăm la celălalt element component al capacității civile – capacitatea de exercițiu – capacitatea de folosință constituie premisa acesteia din urmă. Afirmatia trebuie înțeleasă în sensul că persoana nu ar putea avea capacitate de exercițiu dacă nu ar avea capacitate de folosință.

**2. Începutul capacității de folosință.** Capacitatea de folosință a oricărei persoane fizice începe de la momentul nașterii. Aceasta este regula enunțată de art. 35 teza I NCC.

Până la naștere copilul nu are o individualitate distinctă ci este doar o parte a sistemului biologic al mamei (*pars viscerum matris*). Embrionul sau fetusul (distincția se face în funcție de stadiul de dezvoltare a copilului nenăscut nu au o existență autonomă, nu sunt ființe umane desăvârșite și ca urmare, nu au personalitate juridică).

---

<sup>1</sup> Pentru amănunte referitoare la această controversă a se vedea Gh. Beleiu, *Drept civil. Persoanele*, 1982, pp. 44-46; *Idem*, *Capacitatea juridică și capacitatea civilă în dreptul român*, în S.D.R., nr. 2/1990, pp. 163-166.

<sup>2</sup> G. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a XI-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Truscă, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 310. Pentru alte asemenea definiții a se vedea C. Stătescu, *Drept civil. Persoana fizică. Persoana juridică. Drepturile reale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1970, p. 22; G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a III-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 475.

Data nașterii este prevăzută în certificatul de naștere, care cuprinde o rubrică specială în acest scop și care constituie, în general, mijlocul de probă al acestui fapt generator de stare civilă.

De la această regulă există și o excepție, stabilită de art. 36, teza I NCC, potrivit căruia „drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu.” Se face astfel aplicația adagiului latin *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

Pentru stabilirea momentului concepției, respectiv a momentului de la care se consideră că persoana există, trebuie să recurgem la prevederile art. 412 alin. (1) NCC, conform cărora „Intervalul de timp cuprins între a trei sută și a o sută optzecea zi dinaintea nașterii copilului este timpul legal al concepțiunii. El se calculează zi cu zi.”

Această ultimă dispoziție instituie două prezumții legale:

- Prezumția celei mai lungi gestații (300 de zile) și a celei mai scurte gestații (180 de zile). Aceasta este o prezumție împotriva căreia nu este permisă dovada contrară (*juris et de jure*). Astfel nu este permis să se dovedească împrejurarea concepției copilului într-o perioadă situată dincolo de limita a 300 de zile înainte de nașterea sa (să se pretindă, spre exemplu, că aceasta ar fi avut loc cu 307 zile înainte de naștere și nici la o dată situată la mai puțin de 180 de zile față de momentul nașterii).

- Prezumția că era posibilă conceperea copilului în oricare din zilele intervalului cuprins între a 300-a și a 180-a zi înainte de nașterea acestuia.

Sub imperiul Codului familiei, care, prin art. 61, institua aceeași regulă de calcul a timpului legal al concepțiunii, natura acestei din urmă prezumții a fost controversată în literatura de specialitate.<sup>3</sup> Opinia majoritară a fost în sensul că aceasta este o prezumție relativă (*juris tantum*), fiind permis să se probeze că faptul concepției a avut loc într-o anumită perioadă a intervalului de 121 de zile prevăzut de lege. Practica judiciară a îmbrățișat și ea această opinie. Legiuitorul a făcut să înceteze orice controversă asupra acestui subiect prevăzând expres, în alin. (2) al art. 412 NCC, că prin mijloace de probă științifice se poate face dovada concepțiunii copilului într-o anumită perioadă din intervalul care constituie timpul legal al concepției. Mai mult, prin asemenea mijloace de probă se poate face și dovada împrejurării că respectivul copil a fost conceput chiar și în afara acestui interval de 180 de zile.

Capacitatea de folosință a copilului conceput, care se bazează pe o ficțiune (copilul nu există), ci este considerat că există, mai poartă denumirea de capacitate de folosință anticipată.

Chestiunea fundamentului capacității de folosință a copilului conceput este însă controversată. Astfel, pentru unii autori regula *infans conceptus* are semnificația că, încă de la concepția sa, copilul va avea o personalitate condițională pe care nașterea nu face decât s-o confirme, ceea ce corespunde teoriei capacității de folosință anticipată. Alți autori susțin însă că personalitatea nu va fi atribuită decât după naștere

---

<sup>3</sup> Pentru prezentarea acestei controverse a se vedea I. P. Filipescu, A. I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a VI-a, Ed. All Beck, București, 2001, p. 306-308; Gh. Beleiu, *Drept civil. Persoanele, op. cit.*, p. 48; Al. Bacaci, V.-C. Dumitrache, C. Hangeanu, *Dreptul familiei*, ed. 4, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 186-188.

iar regula în discuție o va face să coboare în mod fictiv până la data concepției, pentru a proteja astfel interesele minorului. Cu alte cuvinte, ar fi vorba despre retroactivitatea capacității de folosință a copilului conceput.<sup>4</sup>

Două condiții cumulative trebuie îndeplinite pentru ca această excepție de la regula conform căreia capacitatea de folosință a persoanei fizice începe de la naștere să fie operantă:

- să fie vorba despre drepturile copilului iar nu despre obligațiile sale civile;
- copilul să se nască viu.

Principala domeniul de aplicare al regulii *infans conceptus* a fost și a rămas cel al dobândirii drepturilor prin moștenire, motiv pentru care prevederile art. 957 NCC, consacrate capacității de a moșteni, fac referire expresă la aplicarea dispozițiilor art. 36 NCC. Termenul de un an pentru exercitarea dreptului de opțiune succesorală al celui care s-a născut după data deschiderii moștenirii va începe însă că curgă de la data nașterii acestuia [art. 1.103 alin. (2) lit. a) NCC].

Prima condiție, referitoare la existența drepturilor pe care copilul ar urma să le dobândească, este îndeplinită nu numai atunci când se pune problema dobândirii de către copilul conceput a unui drept subiectiv civil privit izolat, ci și în situațiile în care acesta ar urma să primească, prin moștenire legală ori testamentară, un patrimoniu sau o fracțiune de patrimoniu. Deși moștenirea cuprinde atât activ cât și pasiv nu există primejdia asumării unor obligații de către copilul conceput pentru că acesta dobândește dreptul iar nu obligația de a moșteni<sup>5</sup> iar potrivit art. 1.114 alin. (2) NCC moștenitorii legali și legatarii universali sau cu titlu universal răspund pentru datoriile și sarcinile moștenirii numai cu bunurile din patrimoniul succesoral, fiind astfel exclusă răspunderea acestuia pentru pasivul a cărui valoare o întrece pe cea a activului.

Nu numai în cazul moștenirii legale va fi însă aplicabilă regula *infans conceptus* ci și în toate acele situații în care se pune problema dobândirii de către copilul conceput a unor drepturi subiective civile, drepturi pe care acesta le-ar putea pierde dacă nu ar fi considerat că există. Apreciem astfel că poate fi beneficiar al unei donații (donatar și copilul conceput, chiar dacă noul Cod civil nu mai conține o prevedere similară celei a art. 808, teza I din Codul civil de la 1864 (C. civ.), care dispunea că „Este capabil de a primi prin donație între vii oricine este conceput în momentul donațiunii.”

Afirmației noastre nu i-ar putea fi opuse prevederilor art. 989 alin. (2) NCC, potrivit cărora: ” Persoana care nu există la data întocmirii liberalității poate beneficia de o liberalitate dacă aceasta este făcută în favoarea unei persoane capabile, cu sarcina pentru aceasta din urmă de a transmite beneficiarului obiectul liberalității îndată ce va fi posibil.” deoarece copilul conceput este considerat că există tocmai pentru a putea primi drepturi. Pe de altă parte, așa cum am arătat deja, prin art. 957 NCC i s-a recunoscut expres copilului conceput capacitatea succesorală, fără a se face distincție între moștenirea legală și cea testamentară, motiv pentru care acesta ar putea primi legată, care sunt liberalități.

---

<sup>4</sup> Pentru această controversă a se vedea B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, ed. a 4-a, Ed. Litec, Paris, 1996, pp. 389-392.

<sup>5</sup> Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, op. cit., p. 313.

Cea de-a doua condiție – copilul să se nască viu – este îndeplinită dacă copilul a respirat fie și o singură dată, ceea ce se dovedește prin prezența aerului în plămâni – chiar dacă ulterior acesta a murit.

Existența acestei condiții, a cărei îndeplinire, prin definiție, nu poate fi cunoscută la data concepției, ne determină să considerăm preferabilă teoria conform căreia regula *infans conceptus* nu se referă la acordarea copilului conceput a unei capacități de folosință anticipată ci la recunoașterea retroactivă, chiar de la momentul concepției, a acestei capacități în privința copilului născut viu. Această teorie se armonizează mai bine cu recunoașterea dreptului femeii de a decide în privința întreruperii cursului sarcinii în primele săptămâni de la concepție, ceea ce ar fi extrem de dificil de acceptat din punct de vedere juridic dacă am continua să-i recunoaștem copilului conceput capacitatea de folosință, fie ea și diminuată, adică statutul de subiect de drept.

De altfel, în literatura juridică s-a și arătat că recunoașterea retroactivă a personalității juridice copilului nenăscut este de fapt rodul unei ficțiuni juridice<sup>6</sup> (copilul nu există, ci este considerat că există, pentru a nu-l pune în situația de a pierde anumite drepturi.

În unele legislații, cum este, spre exemplu, cea franceză, recunoașterea capacității de folosință a copilului conceput este condiționată nu doar de împrejurarea ca acesta să se nască viu, ci se cere și ca acesta să fie viabil. Astfel, art. 311-4 din Codul civil francez repudiază acțiunile relative la filiația unui copil care nu s-a născut viabil iar art. 725 pct. 2 din același Cod enumeră copilul care s-a născut neviabil printre cei incapabili să dobândească o moștenire.

Nu este viabil copilul născut viu, dar a cărui moarte este inevitabilă și iminentă. Pentru ca un copil să fie considerat viabil este necesar ca el să aibă toate organele vitale iar acestea să fie suficient de dezvoltate pentru a-i conferi capacitatea naturală de a trăi. Legea conferă medicilor competența de a decide în această privință. Se consideră că un copil este neviabil dacă greutatea sa la naștere este mai mică de 500 de grame, prezintă anomalii ale sistemului nervos central, hidrocefalie, anomalii grave ale compartimentelor inimii etc.<sup>7</sup>

Viabilitatea este însă prezumată. Această prezumție intervine în cazurile în care copilul a dat semne de viață după naștere dar a murit la puțin timp după aceea. Sarcina probei neviabilității îi revine celui care o invocă, orice mijloc de probă fiind admis.<sup>8</sup>

Pentru legiuitorul român însă, așa cum am văzut, este suficient ca respectivul copil să se fi născut viu.

---

<sup>6</sup> A se vedea în acest sens F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Manuel de droit des personnes*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 2006, p. 29; O. Ungureanu, C. Jugastru, *Drept civil. Persoanele*, ed. a 2-a, revăzută, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 63.

<sup>7</sup> A se vedea în această privință Ph. Malaurie, L. Aynes, *Les personnes. Les incapacités*, ed. a 5-a, Ed. Cujas, Paris, 1999, p. 29.

<sup>8</sup> B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, p. 388.

**3. Încetarea capacității de folosință a persoanei fizice.** Încetarea capacității de folosință a persoanei fizice are loc la moartea acesteia. Este ceea ce dispun expres prevederile art. 35, teza a II-a NCC. Din coroborarea acestor prevederi cu cele ale art. 49 NCC rezultă că moartea poate fi fizic constatată sau declarată judecătorește.

În ambele ipoteze data încetării capacității de folosință este data morții persoanei fizice iar aceasta este menționată în actul de deces care se întocmește și pe baza căruia se eliberează certificatul de deces. Ceea ce diferă este modul în care se determină data morții în cele două situații.

Astfel, în cazul morții fizic constatate, respectiv atunci când are loc examinarea cadavrului, completarea datei morții se face fie pe baza datei menționate în actul medical constatator al morții, fie în temeiul declarației persoanei care a înștiințat organele de stare civilă despre decesul unei persoane, dacă nu a fost întocmit un certificat constatator al morții de către medic.

În cazul declarării judecătorești a morții, data morții va fi cea stabilită prin hotărârea judecătorească declarativă de moarte, rămasă irevocabilă.

**4. Declararea judecătorească a morții.** Moartea declarată judecătorește este o moarte prezumată. Ea se declară prin hotărârea instanței de judecată și se referă la persoane fizice care au dispărut în împrejurări care fac credibilă ideea că dispariția lor este rezultatul morții.

În toate situațiile de declarare judecătorească a morții nu a fost posibilă identificarea și examinarea cadavrului.

Sub imperiul vechii legislații (art. 16-21 din Decretul nr. 31/1954 și art. 36-43 din Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei) și a Decretului privitor la persoana fizică și persoana juridică erau reglementate două proceduri de declarare judecătorească a morții: declararea judecătorească a morții precedată de declararea judecătorească a dispariției și declararea judecătorească a morții neprecedată de declararea judecătorească a dispariției.

Noul Cod civil nu mai reglementează declararea judecătorească a dispariției. Cu toate acestea, prin art. 49-52 reglementează și el două categorii de cazuri de declarare judecătorească a morții: cazul general (care, în linii mari, corespunde declarării judecătorești a morții, precedată de declararea judecătorească a dispariției din vechea reglementare) și cazurile speciale.

**5. Cazul general de declarare judecătorească a morții.** Cazul general de declarare judecătorească a morții este reglementat de art. 49 NCC, care are următorul conținut: „(1) În cazul în care o persoană este dispărută și există indicii că a încetat din viață, aceasta poate fi declarată moartă prin hotărâre judecătorească, la cererea oricărei persoane interesate, dacă au trecut cel puțin 2 ani de la data primirii ultimelor informații sau indicii din care rezultă că era în viață.

(2) Dacă data primirii ultimelor informații sau indicii despre cel dispărut nu se poate stabili cu exactitate, termenul prevăzut în alin. (1) se socotește de la sfârșitul lunii în care s-au primit ultimele informații sau indicii, iar în cazul în care nu se poate stabili nici luna, de la sfârșitul anului calendaristic.”

Prevederile legale reproduse mai sus se referă la persoana dispărută despre care există indicii că a încetat din viață. Condițiile cerute de lege pentru a se putea declara judecătorește moartea unei persoane, prevăzute de art. 49 NCC, sunt următoarele:

a. persoana să fi dispărut, nefiind suficientă doar o absență îndelungată a acesteia de la domiciliu;

b. există indicii că persoana dispărută a încetat din viață;

c. au trecut cel puțin 2 ani de la data primirii ultimelor informații sau indicii din care rezultă că persoana în cauză era în viață.

Termenul de 2 ani începe să curgă fie de la data primirii ultimelor informații sau indicii despre cel dispărut, fie, dacă această dată nu se poate stabili cu exactitate, de la sfârșitul lunii în care acestea s-au primit. Dacă nici luna nu se poate stabili, termenul de 2 ani se va calcula de la sfârșitul anului calendaristic în care au fost primite ultimele informații sau indicii despre cel dispărut.

Cererea prin care se solicită declararea judecătorească a morții poate fi formulată de orice persoană interesată iar competența soluționării sale îi aparține judecătoriei.

**6. Cazurile speciale de declarare judecătorească a morții.** Cazurile speciale de declarare judecătorească a morții sunt reglementate de art. 50 NCC, care are următorul conținut: „(1) Cel dispărut în împrejurări deosebite, cum sunt inundațiile, cutremurul, catastrofa de cale ferată ori aeriană, naufragiul, în cursul unor fapte de război sau într-o altă împrejurare asemănătoare, ce îndreptățește a se presupune decesul, poate fi declarat mort, dacă au trecut cel puțin 6 luni de la data împrejurării în care a avut loc dispariția.

(2) Dacă ziua în care a intervenit împrejurarea când a avut loc dispariția nu poate fi stabilită, sunt aplicabile, în mod corespunzător, dispozițiile art. 49 alin. (2).

(3) Atunci când este sigur că decesul s-a produs, deși cadavrul nu poate fi găsit sau identificat, moartea poate fi declarată prin hotărâre judecătorească, fără a se aștepta împlinirea vreunui termen de la dispariție.”

Rezultă din textul de lege reprodus mai sus că legiuitorul are în vedere cazurile celor dispăruți în împrejurări deosebite, care conferă un grad ridicat de credibilitate afirmației că aceștia au murit în condițiile respective. Este vorba despre cei care au dispărut în una dintre împrejurările expres enumerate de legiuitor (inundații, cutremure, catastrofă de cale ferată sau aeriană), sau în cursul unor fapte de război. Acestora li se pot adăuga și cei care au dispărut într-o altă „împrejurare asemănătoare” celor enumerate de legiuitor, cum ar fi, spre exemplu, un incendiu produs într-un tunel rutier, care a cuprins zeci de autovehicule.<sup>9</sup>

Prevederile art. 50 NCC reglementează două cazuri de declarare judecătorească a morții persoanelor care au dispărut în cursul unor împrejurări deosebite, de natura celor menționate în cuprinsul primului alineat al acestui text de lege: cazul celor

---

<sup>9</sup> S-a decis că poate fi asimilată unei împrejurări excepționale, care conduce la declararea judecătorească a morții fără a fi urmată o procedură prealabilă, dispariția dintr-un lagăr aflat în Siberia, unde regimul aplicat celor deportați era inuman. – C.A. București, s. a IV-a civ., dec. nr. 153/01 aprilie 2003, Pandectele române, nr. 1/2004, pp. 59 și 60.

despre care se presupune că au murit și cazul celor despre care se știe că au încetat din viață într-o asemenea împrejurare.

În prima ipoteză, existând doar o presupunere că persoana în cauză nu a putut supraviețui împrejurării în care s-a produs dispariția, legiuitorul a instituit condiția trecerii unui termen de cel puțin 6 luni de la data când aceasta s-a produs.

Pentru modul de calcul al termenului de 6 luni se face trimitere la prevederile art. 49 alin. (2) NCC. Ca urmare, termenul de 6 luni va începe să curgă fie de la data primirii ultimelor informații sau indicii despre cel dispărut, fie, dacă această dată nu se poate stabili cu exactitate, de la sfârșitul lunii în care acestea s-au primit. Dacă nici luna nu se poate stabili, termenul de 6 ani se va calcula de la sfârșitul anului calendaristic în care au fost primite ultimele informații sau indicii despre cel dispărut.

Prevederile art. 50 alin. (3) NCC au în vedere dispariția persoanei în împrejurări care conferă un mare grad de certitudine în privința survenirii decesului, motiv pentru care acțiunea prin care se cere declararea judecătorească a morții poate fi formulată fără a se mai aștepta împlinirea unui termen de la dispariție.

**7. Data morții prezumate.** Hotărârea judecătorească declarativă de moarte va trebui să conțină, în mod obligatoriu, data prezumată a morții. Regulile pentru stabilirea acestei date sunt conținute de art. 52 NCC. Din cuprinsul acestor dispoziții legale rezultă că instanța de judecată va trebui să procedeze în modul următor:

- Când din probele administrate rezultă o dată probabilă a morții va stabili ca dată a morții prezumate acea dată. Atunci când este posibil, instanța va stabili și va menționa în hotărâre și ora la care a survenit decesul. Dacă acest lucru nu a fost posibil, se socotește că cel declarat mort a încetat din viață în ultima oră a zilei stabilite ca fiind aceea a morții.

- Dacă data morții nu poate fi stabilită pe baza probelor administrate se va stabili că cel declarat mort a încetat din viață în ultima oră a celei din urmă zile a termenului de 2 ani de la dispariție (dacă dispariția persoanei se încadrează în cazul general prevăzut de art. 49 NCC), a termenului de 6 luni [dacă dispariția persoanei se încadrează în cazul special prevăzut de art. 50 alin. (1) NCC] sau în ultima oră a zilei în care a avut loc împrejurarea în care acesta a dispărut [dacă dispariția persoanei se încadrează în cazul special prevăzut de art. 50 alin. (3) NCC].

Hotărârea judecătorească prin care moartea a fost declarată, rămasă irevocabilă, va fi comunicată serviciului public comunitar local de evidență a persoanelor de la primăria de domiciliu pentru a fi înscrisă în registrul de stare civilă.

Indiferent care este situația care a condus la declararea judecătorească a morții persoanei, inclusiv atunci când s-a făcut aplicarea prevederilor art. 50 alin. (3) NCC, există un oarecare grad de incertitudine în ceea ce privește data exactă a morții celui la care se referă hotărârea judecătorească. Acesta dată se stabilește pe baza probelor care au fost cunoscute la data pronunțării hotărârii judecătorești declarative de moarte. Dacă ulterior se descoperă noi probe, care atestă faptul că data morții a fost alta, legea prevede posibilitatea rectificării sale. Conform art. 52 alin. (3) teza a II-a NCC, instanța poate rectifica data morții „dacă se dovedește că nu era posibil ca persoana declarată moartă să fi decedat la acea dată.”



Competența rectificării datei morții îi aparține tot instanței care a pronunțat hotărârea declarativă de moarte. Data morții va fi considerată cea stabilită prin hotărârea rectificativă.

Și această nouă dată este tot una prezumată, așa că va putea fi rectificată la rândul său în aceleași condiții.

**8. Efectele hotărârii judecătorești declarative de moarte.** Hotărârea judecătorească prin care a fost declarată moartea unei persoane produce, în principiu, aceleași efecte juridice ca și moartea fizic constatată. Principalul efect îl constituie încetarea capacității de folosință a persoanei fizice.

Deși noul Cod civil nu mai conține o prevedere similară celei din art. 18 alin. (1) din Decretul nr. 31/1954, conform căreia: „De îndată ce hotărârea declarativă de moarte a rămas definitivă, cel dispărut este socotit că a murit la data stabilită prin hotărâre ca fiind aceea a morții, „această soluție se desprinde din cuprinsul art. 53 NCC. Potrivit acestui din urmă text de lege, „Cel dispărut este socotit a fi în viață, *dacă nu a intervenit o hotărâre declarativă de moarte rămasă definitivă*” (s.n.- E.C.). *Per a contrario*, după rămânerea definitivă a hotărârii declarative de moarte, se va considera că acela care a dispărut a încetat din viață, cu consecința încetării capacității sale de folosință.

Efectul menționat se va produce însă nu de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești declarative de moarte, ci de la data stabilită prin hotărâre ca fiind aceea a morții.

Ca urmare, se va deschide succesiunea persoanei în cauză și se vor stinge drepturile viagere pe care aceasta le avea.

Cu toate că succesiunea se deschide pe data morții, termenul de un an prevăzut de art. 1.103 NCC pentru exercitarea dreptului de opțiune succesorală începe să curgă de la data înregistrării morții în registrul de stare civilă. Dacă succesibilul a cunoscut faptul morții sau hotărârea de declarare a morții la o dată anterioară, pentru el termenul de opțiune succesorală va începe să curgă de la această din urmă dată [art. 1.103 alin. (2) lit. b) NCC].

Dacă persoana declarată moartă era căsătorită, căsătoria sa va înceta [art. 259 alin. (5) NCC].

Efectele hotărârii se vor produce însă și în alte ramuri de drept.

Dacă data morții va fi rectificată, toate efectele hotărârii judecătorești se vor raporta la noua dată a morții.

**9. Anularea hotărârii declarative de moarte.** Hotărârea declarativă de moarte se întemeiază pe o prezumție a decesului persoanei fizice, prezumție care se poate dovedi a fi neconformă realității. De aceea legiuitorul a reglementat posibilitatea anulării acestei hotărâri în cazul în care se dovedește că persoana a cărei moarte a fost declarată este în viață. Astfel, art. 54 alin. (1) NCC prevede: „Dacă cel declarat mort este în viață, se poate cere, oricând, anularea hotărârii prin care s-a declarat moartea.”

Prin art. 55 NCC a fost reglementat și un al doilea caz de anulare a hotărârii declarative de moarte, care constă în descoperirea certificatului de deces, fiind astfel confirmată opinia exprimată în acest sens în doctrină.<sup>10</sup>

Efectele anulării hotărârii judecătorești declarative de moarte sunt diferite însă în cele două cazuri, așa cum vom arăta mai jos.

În planul dreptului civil hotărârea de anulare întemeiată pe reparația celui declarat mort produce efecte nepatrimoniale și efecte patrimoniale.

Principalul efect nepatrimonial al acestei hotărâri constă în înlăturarea cu efect retroactiv a încetării capacității de folosință a persoanei fizice.

Cu toate acestea legea prevede unele excepții de la efectul retroactiv al înlăturării încetării capacității de folosință a persoanei fizice. Astfel, potrivit art. 293 alin. (2) NCC, „În cazul în care soțul unei persoane declarată moartă s-a recăsătorit, și, după aceasta, hotărârea declarativă de moarte este anulată, noua căsătorie rămâne valabilă, dacă soțul celui declarat mort a fost de bună-credință. Prima căsătorie se consideră desfăcută pe data încheierii noii căsătorii.” În absența unei asemenea prevederi legale ar fi trebuit să renască prima căsătorie iar cea de-a doua să fie considerată nulă, pentru motiv de bigamie, ceea ce ar fi fost cel puțin nerezonabil.

Efectele patrimoniale ale anulării hotărârii judecătorești declarative de moarte sunt reglementate de prevederile art. 54 alin. (2), art. 56 și art. 57 NCC.

Efectul patrimonial cel mai important este prevăzut de art. 54 alin. (2) NCC, conform căruia „Cel care a fost declarat mort poate cere, după anularea hotărârii declarative de moarte, înapoierea bunurilor sale în natură, iar dacă aceasta nu este cu putință, restituirea lor prin echivalent. Cu toate acestea, dobânditorul cu titlu oneros nu este obligat să le înapoieze decât dacă, sub rezerva dispozițiilor în materie de carte funciară, se va face dovada că la data dobândirii știa ori trebuia să știe că persoana declarată moartă este în viață.”

Din prevederea legală citată rezultă, în primul rând, că persoana reapărută va putea cere, după anularea hotărârii declarative de moarte, înapoierea bunurilor sale, mobile și imobile. Înapoierea se face în natură, dacă bunurile respective sunt în posesia moștenitorului aparent, au fost înstrăinate cu titlu gratuit sau au fost înstrăinate cu titlu oneros unui subdobânditor de rea-credință, ori prin echivalent, dacă restituirea în natură nu mai este posibilă. Moștenitorul aparent este obligat să restituie bunurile pe care le posedă pentru că prin anularea hotărârii declarative de moarte el pierde calitatea de moștenitor.

Dobânditorul cu titlu gratuit al unui bun trebuie să-l restituie, indiferent dacă a fost de bună sau de rea-credință.

De asemenea, este obligat să restituie bunul și dobânditorul cu titlu oneros, dacă a fost de rea-credință la data încheierii actului. El va avea însă recurs împotriva

---

<sup>10</sup> Pentru opinia conform căreia art. 20 alin. (1) din Decretul nr. 31/1954, care a constituit sediul materiei, până la intrarea în vigoare a noului Cod civil și care prevedea posibilitatea anulării hotărârii declarative de moarte în cazul în care cel declarat mort era în viață, sunt aplicabile, pentru identitate de rațiune și în cazul descoperirii unei înregistrări a morții persoanei, pe baza morții fizic constatate, a se vedea C. Stătescu, *op. cit.*, pp. 78 și 79.

vânzătorului. Este de rea-credință dobânditorul care, la data dobândirii bunului, a știut ori trebuia să știe că persoana declarată moartă este în viață.

Buna-credință se prezumă așa că sarcina de a proba reaua-credință a dobânditorului îi revine celui care cere restituirea bunurilor.

Atunci când bunul a cărui restituire se cere este un imobil înscris în cartea funciară, care a fost înstrăinat printr-un act cu titlu oneros unui subdobânditor de rea-credință, vor fi aplicabile și dispozițiile de carte funciară. Ca urmare, proprietarul reapărut își va putea recupera bunul numai după ce va obține rectificarea cărții funciare, în condițiile prevăzute de art. 907-910 NCC. Rectificarea se va face fie pe cale amiabilă, prin declarație notarială dată de subdobânditorul al cărui drept urmează să fie radiat, fie prin hotărâre judecătorească definitivă.

Nu se poate cere restituirea în natură a bunurilor mobile și imobile de la cel care le-a dobândit cu bună-credință în temeiul unui act juridic cu titlu oneros. În asemenea situații moștenitorul aparent care le-a înstrăinat va fi obligat să-i remită proprietarului reapărut prețul pe care l-a încasat.

Articolul 57 NCC reglementează și drepturile pe care le are moștenitorul aparent asupra bunurilor celui reapărut și asupra fructelor acestora. Conform textului citat, moștenitorul aparent păstrează posesia bunurilor, chiar și după ce a aflat că persoana care a fost declarată judecătorește moartă este în viață, cât timp cel reapărut nu solicită restituirea lor.

Din interpretarea dispoziției legale citate, coroborată cu acelea care reglementează posesia, rezultă însă că și moștenitorul aparent de rea-credință, respectiv acela care a știut tot timpul că persoana declarată moartă este în viață, păstrează calitatea de posesor până când i se solicită restituirea bunurilor.

Moștenitorul aparent de bună-credință dobândește fructele bunurilor celui reapărut, chiar și după ce a aflat că persoana care a fost declarată judecătorește moartă este în viață, cât timp cel reapărut nu solicită restituirea lor. Textul îl are în vedere pe moștenitorul care a luat cunoștință de hotărârea prin care a fost anulată hotărârea judecătorească declarativă de moarte, pentru că, până la această anulare, cel declarat mort nu are dreptul să ceară înapoierea bunurilor sale.

Se face astfel o aplicație a prevederilor art. 948 NCC, conform cărora posesorul de bună-credință dobândește dreptul de proprietate asupra fructelor bunului posedat. În același timp sunt depășite limitele prevederilor citate prin aceea că moștenitorul aparent dobândește fructele nu doar atâta timp cât este de bună-credință ci și fructele culese după ce a aflat că persoana declarată moartă este în viață, deci după ce devine de rea-credință, cât timp cel reapărut nu a solicitat restituirea lor.

Moștenitorul aparent de rea-credință va fi obligat să restituie celui reapărut fructele sau echivalentul acestora, inclusiv în situația în care, din neglijență, nu le-a cules.

Prin art. 56 NCC se reglementează și situația plăților făcute moștenitorilor aparenti de către debitorii celui reapărut. Acestea vor fi valabile după cum debitorii care au făcut plata au cunoscut sau nu, în momentul plății, că persoana declarată moartă este în viață.

Hotărârea judecătorească definitivă prin care se anulează hotărârea declarativă de moarte se comunică serviciului public comunitar local de evidență a persoanelor

din localitatea în care s-a născut persoana în cauză. Acesta va radia mențiunea referitoare la deces făcută pe marginea actului de naștere și va anula actul de deces întocmit în temeiul hotărârii judecătorești declarative de moarte. Din momentul radierii respectivei mențiuni hotărârea devine opozabilă *erga omnes* [art. 100 alin. (4) NCC], motiv pentru care debitorii celui reapărut nu se mai pot prevala de hotărârea declarativă de moarte pentru a face plata obligațiilor lor către moștenitorii aparenti, legali sau testamentari. Dacă vor face totuși o asemenea plată ea nu va fi liberatorie iar creditorul îi va putea urmări. Moștenitorul aparent a primit o plată nedatorată pe care va fi obligat s-o restituie, la cerere, plătitorului.

În aceeași situație se află și debitorul care a cunoscut împrejurarea că creditorul său, deși a fost declarat mort, este în viață și totuși i-a plătit moștenitorului aparent.

Plata făcută moștenitorilor legali sau legatarilor de debitorul care nu a cunoscut împrejurarea că creditorul său este în viață și care s-a întemeiat pe cuprinsul hotărârii judecătorești declarative de moarte este valabilă și liberatorie, pentru că hotărârile judecătorești pronunțate în materie de stare civilă sunt opozabile *erga omnes* iar el nu a făcut decât să respecte acest principiu. Ca urmare, nici creditorul reapărut nu-l va mai putea urmări, nici el nu-i va putea cere moștenitorului aparent restituirea plății.

Atunci când plata constă într-o sumă de bani sau în predarea unor bunuri, cel reapărut le va putea cere moștenitorilor aparenti înapoierea, în condițiile art. 54 alin. (2) NCC.

Efectele anulării hotărârii declarative de moarte în cazul descoperirii certificatului de deces sunt diferite de cele ale anulării în cazul în care cel declarat mort reapare.

Astfel, data morții va fi aceea prevăzută în certificatul de deces, acesta fiind momentul la care a încetat capacitatea juridică a persoanei și s-a deschis succesiunea sa. În funcție de noua dată se vor determina persoanele care au vocație succesorală și situația bunurilor înstrăinate de moștenitorul aparent înainte de data decesului proprietarului.

# Competența instanțelor judecătorești – între mica reformă și Noul Cod de procedură civilă

*Conf. univ. dr. Daniel GHIȚĂ\**



## Courts jurisdiction – between the small reform and the New civil Code of procedure

**Abstract:** Subject-matter jurisdiction of the courts has been the subject of the legislator's repeated intervention to achieve a better balancing of the distribution of jurisdiction between courts, tribunals, courts of appeal and the High Court of Cassation and Justice. The reform process began with the new judicial system established by Law no. 59/1993 and continued with the substantial amendments made by GEO no. 138/2000 approved and amended by Law no 219/2005, having as final result, prior to new encodings, the Small Reform Law - Law no. 202/2010 regarding certain steps to speed up the trial settlement.

Including solutions anticipated by the small reform, the New Code of Civil Procedure, after the 2003-2005 legislative hesitations, when the amendments to the jurisdiction, especially in matters of functional jurisdiction of courts and courts of appeal, have adversely influenced the course of justice in civil cases, it rethinks the subject-matter jurisdiction and its distribution between courts, proposing major changes in this matter. The stated goal is the prompt settlement of the case, the predictability of legal proceedings and ensuring a coherent jurisprudence.

**Keywords:** reform of civil procedure, courts jurisdiction, uniform practice.

**Considerații prealabile.** În evoluția legislației noastre procesual civile și, în special, a Codului de procedură civilă, poate nu întâmplător, modificările de substanță le regăsim în fiecare deceniu postdecembrist. Aceasta ar putea însemna o „normalitate” într-o materie deosebit de sensibilă la modificări succesive, al căror „șoc” este preluat

---

\* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operational Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

direct de destinatarul normei modificate și care, aproape întotdeauna, înseamnă o reconfigurare a circuitului procesual.

Legea nr. 59/1993<sup>1</sup> de modificare a Codului de procedură civilă, O.U.G. nr. 138/2000<sup>2</sup> pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă și apoi Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor<sup>3</sup>, au reprezentat repere importante în modernizarea procedurii noastre civile și repere ale unui proces de reformă indiscutabil necesar, dar și rezonabil temporizat, pentru ca impactul practic să poată fi urmărit și evaluat.

Eficiența acestor mici reforme în materie procesuală a fost însă anihilată de încercările nereușite și de experimentele legislative, minore în penultimul deceniu, dar cu deosebit impact în cel trecut. Între actele normative enumerate care au reușit să creeze un cadru legislativ modern pentru procesul civil s-au interpus și modificări ale Codului de procedură civilă subsumate aceluiași deziderat, dar care, conceptual, au propus soluții inadecvate, care au perturbat grav cursul proceselor. Astfel, încercând să accentueze funcția Înaltei Curți de Casație și Justiție de unificare a practicii judiciare în materie civilă, prin O.U.G. nr. 58/2003, aprobată și modificată prin Legea nr. 195/2004, s-a încercat aducerea cvasitotalității recursurilor în fața instanței supreme, iar curțile de apel au fost transformate în instanțe de drept comun în materia apelului. Soluția ar fi fost firească, dacă ar fi fost determinată de deplasarea competenței în primă instanță de la judecătoria la tribunal, așa cum propune și noul Cod de procedură civilă, și nu de atragerea în fața instanțelor superioare a tuturor apelurilor și recursurilor, fapt ce a determinat, evident, supraaglomerarea acestora și degrevarea inutilă a tribunalelor. Acesta a fost și motivul recunoscut de legiuitor în preambulul O.U.G. nr. 65/2004, aprobată, cu modificări, prin Legea nr. 493/2004, pentru a reveni la sistemul procesual anterior modificărilor, parțial prin acest act normative și, ulterior, total, prin Legea nr. 219/2005 de aprobare a O.U.G. nr. 138/2000: „având în vedere numărul mare de cauze civile care se judecă în recurs de Înalta Curte de Casație și Justiție și faptul că liberul acces la justiție presupune și apropierea cetățeanului de instanță, ținând seama de faptul că actuala încărcare în materie civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție determină întârzieri în activitatea de judecată, de natură să aducă atingere dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil și dreptului la un proces echitabil, impunându-se modificarea neîntârziată a Codului de procedură civilă”.

În mod paradoxal însă, o soluție parțial similară - doar în ceea ce privește curțile de apel - a fost adoptată, în 2010, în materie procesual penală. Chiar sub obiectivul declarat, în aceeași expunere de motive la *Legea micii reforme*, de regândire a competenței tribunalelor și a curților de apel și de degrevare a celor dintâi, prin noua lege tribunalele judecă, prin excepție, recursuri, iar curțile de apel vor judeca toate recursurile formulate împotriva hotărârilor pronunțate de judecătoria (sentințe neapelabile). Soluția este diferită de cea adoptată, prin același act normativ, în materie

---

<sup>1</sup> Publicată în M. Of. nr. 177 din 26 iulie 1993.

<sup>2</sup> Publicată în M. Of. nr. 479 din 2 octombrie 2000 și aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 219/2005.

<sup>3</sup> Publicată în M.Of. nr. 714 din 26 octombrie 2010.

civilă și menținută, ulterior, prin proiectul noului Cod de procedură civilă, determinând, așa cum deja practica semnaleză, o excesivă grevare a curților de apel, în materie penală, asemănător situației din anii 2003-2004 în materie civilă.

După aproape un deceniu de la modificarea de substanță a Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 138/2000 și după ezitățile evocate în scopul sublinierii calității altor acte normative modificatoare, Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor reprezintă una dintre principalele modificări legislative în materia procesului civil. Față de actele normative din anii 2003-2004, Legea nr. 202/2010, preluând încă din titlu tradiția unei denumiri întâlnite în legislația noastră mai veche, își asumă scopul de a asigura celeritatea procedurii civile, eficiența și promptitudinea actului de justiție în materie civilă, prefigurând intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă.

Scopul declarat reiese chiar din expunerea de motive: „dintre disfuncționalitățile majore ale justiției din România, cel mai aspru criticată a fost lipsa de celeritate în soluționarea cauzelor. Întrucât procedurile judiciare se dovedesc deseori greoaie, formaliste, costisitoare și de lungă durată, s-a conștientizat faptul că eficacitatea administrării actului de justiție constă în mare măsură și în celeritatea cu care drepturile și obligațiile consfințite prin hotărâri judecătorești intră în circuitul juridic, asigurându-se astfel stabilitatea raporturilor juridice deduse judecătii.

Prin reformarea Codurilor de procedură, civilă și penală - recent adoptate - s-a urmărit, ca obiectiv esențial, crearea în materia procedurilor judiciare a unui cadru legislativ modern care să răspundă pe deplin imperativelor funcționării unei justiții moderne, adaptate așteptărilor sociale, precum și necesității creșterii calității acestui serviciu public.

Ținând însă seama de termenul preconizat pentru intrarea în vigoare a noilor Coduri de procedură, se impune instituirea unor norme procedurale cu efecte imediate - în pregătirea implementării Codurilor și în acord cu soluțiile legislative consacrate de acestea - de natură să faciliteze eficientizarea procedurilor judiciare și soluționarea cu celeritate a proceselor.”

Față de aceste obiective declarate, *mijloacele* asigurate de noile texte legale reprezintă soluții adoptate de doctrină, preluate dintr-o jurisprudență majoritară sau prefigurate în soluțiile Curții Europene a Drepturilor Omului. Eficiența lor poate fi validată în perioada de aplicare până la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, al cărui proiect le menține sau, dimpotrivă, poate fi invalidată, motiv ce ar putea determina modificarea lor, eventual prin legea de punere în aplicare.

În acest sens, în mod just s-a apreciat că *mica reformă* ar rămâne la același stadiu, sugerat chiar de denumire, dacă nu este urmată, în mod firesc de marea reformă a procedurii noastre civile adusă prin noul Cod<sup>4</sup>. În total acord cu autorul și dincolo de critica terminologică, apreciem că Legea nr. 202/2010 nu face decât să anticipeze modificările majore aduse de noul Cod, să le testeze eficacitatea și, mai ales, să pregătească terenul pentru ceea ce, așa cum vom încerca să subliniem pe scurt în studiul de față, reprezintă, cu adevărat, noutăți în materie.

---

<sup>4</sup> F. Baias, *Mica Reformă - o nouă iluzie?*, <http://www.juridice.ro/130681/mica-reforma-o-noua-iluzie.html>

Din punct de vedere al inovației, soluțiile legii sunt relativ puține și de mai mică importanță față de cele prefigurate în noul Cod (fapt ce, fără nuanțe peiorative, ar fi putut determina și denumirea neoficială a legii), însă așa cum aprecia și reputatul profesor citat, considerăm că cele mai multe sunt oportune, servesc la reducerea duratei proceselor și la asigurarea unor mecanisme mai eficiente de unificare a practicii, deși nu întotdeauna mecanismul ales este cel mai potrivit.

**Modificările aduse materiei competenței prin Legea nr. 202/2010.** Deși în privința competenței modificările nu sunt spectaculoase, *Legea micii reforme* introduce în actualul Cod de procedură civilă o serie de dispoziții incidente în ceea ce privește competența care, ca orice schimbare în această materie influențează desfășurarea procesului, eficientizându-l, sau dimpotrivă, temporizându-l, după cum, în strictă legătură cu competența funcțională a instanțelor superioare, modificarea regimului unor căi de atac ori suprimarea unei căi de atac poate constitui un mecanism de asigurare a unei practici unitare sau scurtarea ciclurilor procesuale.

În scopul degrevării tribunalelor de judecarea unor recursuri în cauze de mică importanță și valoare prin Legea nr. 202/2010 s-au atribuit în competența judecătorei de primă și ultimă instanță, procesele și cererile privind creanțe având ca obiect plata unei sume de bani de până la 2.000 lei inclusiv. Pentru a sublinia intenția legiuitorului de a suprima și calea de atac a recursului, printr-un alineat nou introdus în art. 299 C. pr. civ. se arată că hotărârile pronunțate în aceste litigii nu sunt supuse recursului.

Tendința legiuitorului prin *mica reformă* de suprimare a unei căi de atac - uneori singura - degrevând astfel instanțele superioare de soluționarea unor cauze de mică importanță, așa cum se declară în expunerea de motive, o regăsim și în alte materii. Astfel, în materia contravențională reglementată de O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice și de Legea nr. 61/1991 pentru sancționarea faptelor de încălcare a unor norme de conviețuire socială, a ordinii și liniștii publice, hotărârea prin care judecătoria soluționează plângerea este definitivă și irevocabilă.

Pentru reducerea duratei procesului s-a încercat și atenuarea efectului dilatoriu al admiterii unor excepții, prin eliminarea căii de atac a recursului, așa cum s-a procedat în cazul hotărârii prin care se admite excepția de necompetență, care nu este supusă niciunei căi de atac, dosarul fiind trimis de îndată instanței competente sau organului cu activitate jurisdicțională competent. Dacă în acest caz soluția nu este susceptibilă de critici în ceea ce privește posibilitatea controlului, întrucât dacă instanța de trimitere, primind dosarul și verificându-și competența, se consideră necompetentă, poate, la rândul său, să decline, și astfel, apare conflictul negativ de competență, iar instanța superioară și comună se va pronunța, în materie contravențională suprimarea căilor de atac suportă critici de natură constituțională și convențională.

De asemenea, modificările largesc obiectul recursului, prin extinderea cazurilor enumerate de art. 282<sup>1</sup>, eliminând astfel calea de atac a apelului, pentru hotărârile pronunțate în acțiuni în evacuare<sup>5</sup> și hotărârile asupra cererilor pentru repararea

---

<sup>5</sup> Inițial era menționată doar evacuarea în materie comercială, însă prin intrarea în vigoare a noului Cod civil și modificarea Codului de procedură civilă prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, sintagma *comercial* a fost eliminată.



prejudiciilor cauzate prin erori judiciare penale, după cum în materia anumitor legi speciale - Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989 și Legea nr. 221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora pronunțate în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989 - singura cale de atac este recursul.

Eliminarea căii de atac a apelului are ca scop accelerarea judecătii, prin reducerea duratei procesului, dat fiind specificul apelului, scurtarea ciclurilor procesuale și degrevarea instanțelor superioare. În materia Legii nr. 10/200 avându-se în vedere că tribunalul are competență în primă instanță, eliminarea căii de atac a apelului, cu consecința judecării recursurilor de curțile de apel, va însemna, pe de o parte, degrevarea instanței supreme de judecarea numeroaselor recursuri în aceste cauze, iar, pe de altă parte, reducerea semnificativă a duratei proceselor într-o materie care a generat o jurisprudență constantă a Curții Europene a Drepturilor Omului de condamnare a statului român.

Categoria de litigii judecate de o judecătorie în primă și ultimă instanță, privind creanțe având ca obiect plata unei sume de bani de până la 2.000 lei inclusiv, având caracter de noutate în procedura noastră civilă, cel puțin, după anul 1990, deși introdusă în tendința de eliminare a aglomerării instanțelor și în spiritul anticipat deja de proiectul noului Cod, nu s-a regăsit în forma inițială a acestuia, fiind introdusă prin proiectul legii pentru punerea în aplicare a Codului de procedură civilă. Poate nu întâmplător atribuirea competenței funcționale judecătoriei de a soluționa în primă și ultimă instanță nu a fost avută în vedere de legiuitorul noului Cod, nefiind o soluție la adăpost de critici, iar în acest caz, probabil singular, *mica reformă* este cea care a introdus o noutate procedurală față de viitorul Cod.

Cu privire la aceste categorii de litigii, al căror obiect are o valoare relativ mică, noul Cod, valorificând Regulamentul Parlamentului European și al Consiliului nr. 861/2007 privind stabilirea unei proceduri europene cu privire la cererile cu valoare redusă, a instituit o procedură specială cu privire la cererile cu valoare redusă, aplicabilă atunci când valoarea cererii, fără a se lua în considerare dobânzile, cheltuielile de judecată și alte venituri accesorii, este sub 10.000 lei la data sesizării instanței<sup>6</sup>. Probabil, redactorii proiectului Codului nu au considerat, inițial, necesară cumularea unei proceduri cu adevărat specială, prin regulile de judecată derogatorii de la dreptul comun, cu dispoziții cu caracter de excepție în procedura noastră civilă și anume o judecată în primă și ultimă instanță. Întrucât prin dispozițiile ce reglementează procedura cererilor cu valoare redusă este lăsată la latitudinea reclamantului alegerea între procedura specială și procedura de drept comun, acesta, după modificarea adusă noului Cod, dacă se încadrează în criteriul valoric și dacă materia îi permite, va putea opta între două proceduri „tentante”, dar fiecare din motive diferite: o judecată în primă și ultimă instanță, fără căi de atac, dar de drept comun și o procedură specială, simplificată sub aspectul judecătii, însă în care se pronunță o hotărâre ce poate fi atacată doar cu apel.

---

<sup>6</sup> Regulamentul nr. 861/2007 se aplică litigiilor având ca obiect creanțe a căror valoare nu depășește 2.000 euro.

Având în vedere rațiunea introducerii unei proceduri speciale având același scop declarat, eficacitatea suprimării singurei căi de atac într-o materie care oricum nu aglomera excesiv instanțele, dată fiind valoarea mică, precum și criticile ce se pot aduce suprimării celui de-al doilea grad de jurisdicție, prin prisma principiilor constituționale, exigențelor unui proces echitabil, dreptului la un recurs efectiv, considerăm că preluarea prin noul Cod în competența de primă și ultimă instanță a judecătoriilor a unor cauze cu valoare redusă, indiferent de quantumul acesteia, reprezintă o soluție inoportună<sup>7</sup>. Noul Cod, pentru reducerea duratei proceselor, pentru evitarea reluării judecății în mai multe cicluri procesuale și în scopul degrevării instanțelor superioare optează pentru reducerea căilor de atac (uneori cu păstrarea apelului ca fiind singura cale de atac<sup>8</sup> și nu a recursului și nu pentru suprimarea totală a acestora în anumite materii. De altfel, până la preconizata intrare în vigoare a noului Cod de procedură civilă, soluția în materia competenței, propusă de Legea nr. 202/2012 își va fi dovedit utilitatea și viabilitatea.

Poate cea mai importantă modificare în materia competenței aduse de *Legea micii reforme* și care a anticipat și a pregătit cu adevărat o reglementare nouă din proiectul Codului de procedură civilă, este reprezentată de schimbarea radicală a regimului de invocare a excepției de necompetență materială și teritorială exclusivă.

Art. 159 în forma anterioară modificării, făcea referire doar la necompetență de ordine publică, enumerând felurile acesteia, respectiv necompetența generală, cea materială și cea teritorială exclusivă, fără a preciza și categoria necompetenței de ordine privată. Aceasta, desigur, putea fi dedusă pe cale de interpretare, avându-se în vedere clasificarea reținută de doctrină în competență absolută și relativă, după cum normele ce o guvernau erau imperative sau dispozitive. În raport de această clasificare, regimul juridic al excepției de necompetență era diferit în raport de caracterul normei de competență încălcate, diferențiindu-se după cum necompetența era absolută sau relativă, respectiv de ordine publică sau de ordine privată<sup>9</sup>.

Prin Legea nr. 202/2010 este mai riguros redactat textul art. 159, incluzând și categoria necompetenței de ordine privată. Astfel, necompetența poate fi de ordine publică sau privată. Necompetența este de ordine publică în cazul încălcării competenței generale, când procesul nu este de competența instanțelor judecătorești, în cazul încălcării competenței materiale, când procesul este de competența unei instanțe de alt grad și în cazul încălcării competenței teritoriale exclusive, când procesul este de competența unei alte instanțe de același grad și părțile nu o pot înlătura. În toate celelalte cazuri, necompetența este de ordine privată, incluzând aici necompetența teritorială de drept comun și cea alternativă.

---

<sup>7</sup> În același sens, I. Leș, *Reflecții – partial critice – asupra modificărilor și completărilor aduse Codului de procedură civilă prin Legea nr. 202/2010 pentru accelerarea soluționării proceselor*, în *Dreptul* nr. 1/2011, p. 13; C. Roșu, A. Fanu-Moca, *Modificările aduse recursului civil prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor*, în *Dreptul* nr. 3/2011, p. 23.

<sup>8</sup> Chiar în procedura cererilor cu valoare redusă calea de atac este numai apelul.

<sup>9</sup> V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Ed. Național, București, 1996, vol. I, p. 442 și 443.

Întrucât regimul juridic al invocării excepțiilor de necompetență nu era prevăzut expres în Cod, ci era stabilit în raport de caracterul normei încalcate, Legea nr. 202/2010 introduce în art. 159<sup>1</sup>, care reglementează noul regimul juridic al excepției de necompetență de ordine publică, mai exact al excepției de necompetență materială și teritorială de ordine publică (teritorială exclusivă. Dacă în reglementarea anterioară era unanim acceptat că necompetența materială și teritorială de ordine publică, fiind excepții absolute, puteau fi invocate oricând în cursul procesului, prin noua reglementare se prevede expres că necompetența materială și teritorială de ordine publică poate fi invocată de părți ori de către judecător la prima zi de înfățișare în fața primei instanțe, dar nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului.

Doar excepția de necompetență generală a instanțelor judecătorești își păstrează regimul de excepție absolută, putând fi invocată, în continuare, de părți ori de instanță în orice stare a pricinii.

În ceea ce privește regimul juridic al excepției de necompetență de ordine privată precizarea este identică și, spre deosebire de vechea reglementare, inserată doar pentru acuratețe: necompetența de ordine privată poate fi invocată doar de către pârât prin întâmpinare sau, când întâmpinarea nu este obligatorie, cel mai târziu la prima zi de înfățișare. Diferența de regim între cele două categorii de excepții de necompetență materială și teritorială de ordine publică și de ordine privată rămâne doar cea dată de partea care poate să le invoce - orice parte sau judecătorul, respectiv, doar pârâtul.

Schimbarea regimului de invocare a excepției de necompetență materială și teritorială exclusivă, propusă prin proiectul noului Cod de procedură civilă<sup>10</sup> și reluată prin Legea nr. 202/2010 se justifică prin principiul soluționării cauzelor cu celeritate și într-un termen rezonabil. Cu toate acestea, încă de la inserarea lor în proiectul noului Cod, modificările regimului competenței absolute au format obiectul unor critici în doctrină, considerându-se că se schimbă întreaga concepție asupra regimului competenței de ordine publică, cu consecințe asupra normelor ce stabilesc o asemenea competență și asupra accesului la un grad de jurisdicție. De asemenea, s-a remarcat că soluția poate conduce la substituirea unor instanțe în atribuțiile altora și că aceasta nu este nici în concordanță cu normele de principiu ce guvernează materia competenței absolute. Practic, dispare diferența dată de natura lor, dintre necompetența absolută și cea relativă<sup>11</sup>. S-a mai arătat că, deși dorința legiuitorului „reformator” a fost aceea de a garanta celeritatea procedurii judiciare, prin noul regim al necompetenței materiale și teritoriale absolute, se sacrifică principii tradiționale și esențiale ale procedurii judiciare<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Prin H.G. nr. 1527/2007, publicată în M. Of. nr. 889 din 27 decembrie 2007 au fost aprobate *Tezele prealabile ale proiectului Codului de procedură civilă*; Noul Cod de procedură civilă a fost publicat în M. Of. nr. 485 din 15 iulie 2010.

<sup>11</sup> I. Deleanu, *Consideratii cu privire la exceptiile procesuale în contextul prevederilor Proiectului noului Cod de procedură civilă*, în RRDP nr. 4/2009, p. 54.

<sup>12</sup> I. Leș, *op. cit.*, în Dreptul nr. 1/2011, p. 17; opinii critice au fost formulate și de Livia Chiriază, *Unele incidente procedurale privitoare la competența instanței în noul Cod de procedură civilă și în Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor*, în Dreptul nr. 5/2011, pp. 79 și 80.

Totuși, în sprijinul soluției propuse, s-a apreciat că posibilitatea invocării excepției de necompetență materială în orice fază a procesului, chiar și direct în apel sau recurs, ar determina o instabilitate a raporturilor procesuale și ar temporiza, uneori nejustificat, judecata, dacă excepția s-ar admite într-o cale de atac<sup>13</sup>.

Opțiunea legiuitorului pentru un astfel de regim juridic al invocării excepției de necompetență de ordine publică, materială și chiar teritorială exclusivă, a fost determinată de realități procesuale, găsindu-se astfel o soluție, poate nu cea mai adecvată în raport de caracterul normelor ce reglementează materia, pentru evitarea efectelor invocării acestor excepții direct în căile de atac. *Legea micii reforme* mai instituie o obligație pentru judecător, pe care acesta oricum o avea, prin prisma dispozițiilor legale ce reglementează procedura excepțiilor și anume ca la prima zi de înfățișare, să verifice și să stabilească dacă instanța sesizată este competentă general, material și teritorial, consemnând în încheierea de ședință temeiurile de drept pentru care constată competența. Astfel, pe lângă noul regim al necompetenței și corelat cu necesitatea invocării necompetenței la prima zi de înfățișare, competența trebuie să fie constatată expres, într-o fază de debut a procesului, în primă instanță. Noutatea ar fi dată de consemnarea în încheiere a constatării propriei competențe, care astfel, ar „lega” instanța, stimulând pe judecător la o atentă verificare. În mod paradoxal, această dispoziție introdusă prin *Legea nr. 202/2010* nu se regăsește în noul Cod și nici măcar legea de punere în aplicare nu o introduce.

Situațiile procesuale de evitat nu sunt legate doar de necesitatea verificării, într-o fază incipientă, a competenței, care, oricum, era o obligație a instanței, ci pot fi determinate de stabilirea naturii juridice a cauzei sau a determinării competenței în raport de criteriul valoric, în căile de atac, cu efect asupra calificării acestora. În astfel de situații, instanța, dar și părțile sunt determinate să analizeze într-o etapă de debut a procesului problema competenței, așa cum chiar specificul său o impune, prin prisma dispozițiilor legale existente, care impun ca instanța să se pronunțe, mai întâi, asupra excepțiilor de procedură și asupra celor care fac inutilă cercetarea cauzei pe fond<sup>14</sup>.

Sub imperiul noului Cod, în mod identic, excepția de necompetență materială și teritorială de ordine publică trebuie invocată de părți ori de către instanță numai în fața primei instanțe, la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate, dar nu mai târziu de terminarea cercetării procesului în fața primei instanțe. Prin urmare, necompetența absolută, cu excepția celei generale, se acoperă dacă nu a fost astfel invocată.

Dacă aspectele ce determină competența necesită verificări, soluționarea excepției nu trebuie făcută la un singur termen de judecată, fiind necesară doar invocarea la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate<sup>15</sup>.

După intrarea în vigoare a noilor reglementări, nu se mai poate susține posibilitatea invocării excepției de necompetență a primei instanțe direct în calea de atac, dacă nu

---

<sup>13</sup> L. Zidaru, *Observații cu privire la condițiile de invocare a excepției de necompetență în Proiectul noului Cod de procedură civilă*, în RRDP nr. 1/2010, p. 254.

<sup>14</sup> În ordinea de soluționare a unor excepții, excepția de necompetență primează, chiar în raport cu toate celelalte excepții care trebuie examinate anticipat.

<sup>15</sup> L. Zidaru, *op. cit.*, în RRDP nr. 1/2010, p. 261.

a fost anterior invocată în condițiile legii, dat fiind că reglementarea prevede expres că excepția de necompetență materială și teritorială de ordine publică trebuie invocată numai în fața primei instanțe<sup>16</sup>. În schimb, necompetența materială și teritorială exclusivă poate constitui motiv de apel sau recurs, după caz, dacă a fost invocată în termen în fața primei instanțe. Dacă instanța de apel sau de recurs se consideră ea însăși necompetentă să soluționeze calea de atac respectivă, soluția este declinarea competenței ca urmare a admiterii excepției ridicate de parte sau din oficiu.

**Competența în noul Cod de procedură civilă.** Competența materială a instanțelor judecătorești a fost cu adevărat reformată prin proiectul noului Cod, fiind restructurată între instanțe astfel încât să asigure o redistribuire a cauzelor pe criterii ce răspund nevoilor actuale ale justiției civile, de a se accelera cursul judecătii și de a realiza o practică unitară. Respectându-se acest scop propus chiar din faza inițială a proiectului, așa cum se reține chiar în tezele prealabile ale proiectului Codului de procedură civilă, se urmărește reșezarea competenței materiale, astfel încât judecătorii să judece cauzele de valoare mică, de complexitate redusă, dar frecvente în practică, tribunalele să devină instanțe cu plenitudine de competență pentru judecata în primă instanță, așa cum am susținut că este firesc pentru deplasarea competenței în căile de atac, curțile de apel să judece în principal apelurile, iar Înalta Curte de Casație și Justiție să devină instanță de recurs de drept comun, putând astfel asigura o practică unitară la nivel național.

În puternică legătură cu redistribuirea competenței se află și restructurarea căilor de atac, scopurile declarate neputând fi atinse fără o regândire a sistemului acestora, după cum mecanismele procesuale incidente în materia competenței, printre care determinarea competenței după valoarea obiectului cererii, întinderea și prorogarea de competență sau incidentele propriu-zise - necompetența și conflictele de competență, litispendența și conexitatea, strămutarea proceselor și delegarea instanței - nu puteau rămâne în afara procesului de reformă. Pentru sublinierea evoluției concepției cu privire la competență, relevantă prin prisma studiului de față este analiza competenței materiale a instanțelor, fără ca aceasta să însemne lipsirea de relevanță necesară a modificărilor în privința aspectelor amintite. De asemenea, deși în materia competenței teritoriale noul Cod de procedură civilă menține aceleași principii din actuala reglementare, totuși și cu privire la aceasta sunt preluate o serie de soluții jurisprudționale, susținute și de doctrină și sunt instituite noi cazuri de competență teritorială alternativă și exclusivă.

Din modul de reglementare a competenței în noul Cod, în special cel consacrat prin forma finală a legii de punere în aplicare, se deduce că intenția legiuitorului a fost de a atribui plenitudine de competență în primă instanță, tribunalelor<sup>17</sup>, iar judecătorii devin instanțe de excepție în materie civilă<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> În acest sens, I. Deleanu, *op. cit.*, în RRDP nr. 4/2009, p. 57; Livia Chiriaz, *op. cit.*, în Dreptul nr. 5/2011, p. 80; L. Zidaru, *op. cit.*, în RRDP nr. 1/2010, pp. 265-268.

<sup>17</sup> În același sens, a se vedea, Violeta Belegante, D.A. Ghinoiu, *Succintă prezentare a sistemului și soluțiilor legislative preconizate de proiectul noului Cod de procedură civilă*, Dreptul nr. 2/2010, p. 18; I. Leș, *Tratat de drept procesual civil*, ed a 5-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 245.

<sup>18</sup> I. Leș, *op. cit.*, 2010, p. 243.

Conform reglementării cuprinse în art. 92 din proiectul noului Cod, judecătoriiile au o competență materială restrânsă la cauze de o mai mică importanță, procedându-se, cu o metodă diferită de reglementare față de cea din actualul Cod, la enumerarea limitativă a categoriilor de litigii pe care le judecă, în primă instanță judecătoriiile, pentru ca, în cazul tribunalelor să se prevadă doar că în primă instanță acestea judecă toate cererile care nu sunt date în competența altor instanțe.

Prin această reglementare se consacără, fără dubiu, plenitudinea de competență în primă instanță a tribunalelor. Aceasta este cuprinsul final al punctului 1 al art. 93 din noul Cod, dat de legea de punere în aplicare și aceasta în forma în care a intrat în vigoare, nu în cea din stadiul de proiect. Inițial, și în determinarea competenței tribunalului în primă instanță se enumerau, după materie și valoare, categoriile de litigii pe care le judecă, ideea de competență de drept comun fiind susținută, fără a fi de necontestat, doar de prevederea că judecă *orice alte cereri care nu sunt date în competența altor instanțe*, precum și *cererile evaluabile în bani în valoare mai mare de 100.000 lei, indiferent de calitatea părților, profesioniști sau neprofesioniști*. Aparent, criteriul valoric ar putea însemna, în actualele condiții economice, un număr mai mare de cauze al căror obiect are o valoare sub cuantumul precizat, în competența judecătoriiilor.

Prin Legea de punere în aplicare se renunță la determinarea competenței tribunalelor prin enumerare, tehnică de reglementare ce susține deplasarea competenței în primă instanță de la judecătoria tribunal, după cum, mărirea valorii obiectului cererilor evaluabile în bani judecate de judecătoria la 200.000 lei, nu conduce la o altă constatare, în condițiile în care numeroase cauze, în special între profesioniști, se situează în prezent, peste această valoare a obiectului cererilor formulate.

Cu privire la cererile de împărțeală judiciară în noul Cod legiuitorul a menținut în competența judecătoriiilor aceste litigii<sup>19</sup>, probabil dată fiind frecvența acestora în practică și riscul încărcării instanțelor superioare.

Deși prin legea de punere în aplicare nu se mai menționează expres, în materie de conflicte de muncă și asigurări sociale tribunalele sunt cele care judecă în primă instanță, această categorie de litigii neregăsindu-se printre cauzele enumerate limitativ în competența judecătoriei.

Cererile în materie de contencios administrativ și fiscal sunt date în competența de primă instanță a curților de apel, dacă legile speciale prevăd o asemenea competență. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, modificată de legea de punere în aplicare a noului Cod menține împărțirea actuală a competenței în această materie, în raport de emitentul actului administrative.

Ca urmare a deplasării competenței de primă instanță dinspre judecătoria spre tribunal, acestea din urmă, din instanțe de drept comun în materia apelului, devin doar ca excepție, instanțe de apel, funcțional, această competență revenind curților de apel.

---

<sup>19</sup> Art. 2 pct. 1 lit. b) C. pr. civ. actual exclude de la atribuirea în competența tribunalului, în primă instanță, pe baza criteriului valoric, cererile de împărțeală judiciară; și această soluție, consacrată inițial de jurisprudență, a fost criticată de unii autori, considerându-se că aceste cereri pot avea un grad mare de complexitate, a se vedea, I. Leș, *op. cit.*, 2010, p. 244.

Așa cum subliniam la începutul studiului, cel mai important efect al redistribuirii competenței îl reprezintă atribuirea competenței de drept comun în materia recursului Înaltei Curți de Casație și Justiție, care astfel, își poate îndeplini, firește, funcția de unificare a practicii la nivelul întregii țări prin judecarea recursurilor<sup>20</sup>. Actuala reglementare, cu mici excepții, permite reglarea practicii neuitare doar prin mecanisme cu mare inerție, cum ar fi recursul în interesul legii și mecanismele de unificare a practicii prin adunările generale ale judecătorilor, care au printre atribuții și dezbaterile problemelor de drept.

Mai mult, pe lângă acest efect important dat schimbarea competenței materiale, o soluție novatoare promovată de noul Cod o reprezintă posibilitatea Înaltei Curți de Casație și Justiție de a pronunța hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor probleme de drept.

---

<sup>20</sup> V.M. Ciobanu, *Aspecte noi privind recursul în procesul civil în lumina Proiectului Codului de procedură civilă*, în RRDP nr. 1/2009, pp. 79 și 80.

# Infracțiunea de omor calificat în Noul Cod penal

*Prof. univ. dr. Valerian CIOCLEI*



## Aggravated murder under the New criminal Code

**Abstract:** In the new Criminal Code, the legislator chose to bring together, in a single article, namely aggravated murder (art. 189 NCC), some of the circumstantial elements referred by the offenses listed. Of the total sixteen hypotheses the current Code provides for (nine for aggravated murder and seven for extremely serious murder were retained in the new Criminal Code under the offense of aggravated murder); that is exactly half.

One can notice that most of the circumstantial elements of aggravated murder and extremely serious murder within the current Criminal Code, although no longer pertaining to the offense of aggravated murder under the New Code, have „survived” either as general aggravating circumstances or as aggravated versions of other crimes under the new regulation.

**Keywords:** The new Criminal Code, murder, legislative precedent, transitional situations, punishment.

### § I. Precedentul legislativ

Codul penal actual prevede două articole în care sunt reunite diferite variante agravate ale omorului: art. 175 – Omorul calificat și art. 176 – Omorul deosebit de grav. În noul Cod penal legiuitorul a optat pentru reunirea întrun singur articol, omorul calificat (art. 189 NCC), a unora dintre elementele circumstanțiale prevăzute de infracțiunile menționate. Din totalul celor șaisprezece ipoteze pe care le prevede actualul Cod (nouă la omorul calificat și șapte la omorul deosebit de grav), au fost păstrate în noul Cod penal, în cadrul infracțiunii de omor calificat, exact jumătate.

Deși pare o operațiune radicală, orientată exclusiv spre sancționarea mai puțin aspră a unor variante de omor, renunțarea la cele opt elemente circumstanțiale a avut la bază diverse rațiuni, ce vor fi evocate sintetic în cele ce urmează:



**1. Omorul comis asupra soțului sau unei rude apropiate** [art. 175 lit. c) C. pen.] nu a mai fost reținut deoarece în noua reglementare a fost creat un text cu caracter general, care se raportează la infracțiunile comise cu violență asupra unui membru de familie, inclusiv la infracțiunile de omor și omor calificat (violența în familie, art. 199 NCC).

**2. Omorul comis profitând de starea de neputință a victimei de a se apăra** [art. 175 lit. d) C. pen.] nu mai reprezintă un element circumstanțial deoarece se regăsește în conținutul agravantelor generale [art. 77 lit. e) NCC] reține ca circumstanță agravantă: „săvârșirea infracțiunii profitând de starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze”.

**3. Omorul comis prin mijloace care pun în pericol viața mai multor persoane** [art. 175 lit. e) C. pen.] nu a mai fost păstrat ca element circumstanțial, deoarece și această ipoteză se regăsește în conținutul agravantelor generale [art. 77 lit. c) NCC] reține ca circumstanță agravantă „săvârșirea infracțiunii prin metode sau mijloace de natură să pună în pericol alte persoane ori bunuri”.

**4. Omorul comis în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau publice ale victimei** [art. 175 lit. e) C. pen.] nu a mai fost reținut deoarece infracțiunea de ultraj (art. 257 NCC) se referă, printre altele, la omorul comis împotriva unui funcționar public care îndeplinește o funcție ce implică exercițiul autorității de stat, aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu sau în legătură cu exercitarea acestor atribuții (această variantă a ultrajului se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea de omor, ale cărei limite speciale se majorează cu o treime).

**5. Omorul comis în public** [art. 175 lit. i) C. pen.] nu a mai fost reținut ca element circumstanțial deoarece avea o sferă mult prea largă de aplicare. Teoretic, prin raportare la lit. e) a art. 152 C. pen. (fapta comisă „prin orice mijloc cu privire la care făptuitorul și-a dat seama că fapta ar putea ajunge la cunoștința publicului aproape orice omor ar putea fi considerat a fi comis în public). În plus, argumentele care să justifice o pericolozitate sporită a faptelor încadrabile în această ipoteză erau neconcludente.<sup>1</sup>

**6. Omorul comis pentru a săvârși sau a ascunde săvârșirea unei tâlhării sau piraterii** [art. 176 lit. d) C. pen.] nu a mai fost păstrat ca element distinct deoarece această variantă a omorului deosebit de grav se va încadra în varianta de omor calificat care se referă la omorul săvârșit pentru a înlesni sau a ascunde săvârșirea altei infracțiuni [art. 189 lit. d) NCC]. Opțiunea legiuitorului este firească: în condițiile în care nu mai există o incriminare distinctă a omorului deosebit de grav, iar sancțiunea cea mai severă a fost preluată de omorul calificat, nu se mai justifică o diferențiere între cele două elemente circumstanțiale.

**7. Omorul comis asupra unui magistrat, polițist, jandarm ori asupra unui militar, în timpul sau în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau publice ale acestora** [art. 176 lit. f) C. pen.] nu a mai fost reținut deoarece, pe de o parte, infracțiunea de ultraj (art. 257 NCC), în varianta care se raportează la omor, este

---

<sup>1</sup> În acest sens a se vedea pe larg, Valerian Cioclei, *Drept penal partea specială – Infracțiuni contra persoanei*, Ed. C.H. Beck 2009, p.48.

aplicabilă polițistului, jandarmului și militarului (și se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea de omor, ale cărei limite speciale se majorează cu o treime) iar, pe de altă parte, infracțiunea de ultraj judiciar (art. 279 NCC) se referă, printre altele, la omorul săvârșit împotriva unui judecător sau procuror aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu [alin. (1)], sau în scop de intimidare sau de răzbunare, în legătură cu exercitarea atribuțiilor de serviciu [alin. (2)], iar pedeapsa aplicabilă este cea de la omor ale cărei limite speciale se majorează cu jumătate.

**8. Omorul comis de către un judecător sau procuror, polițist, jandarm sau militar, în timpul sau în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau publice ale acestora** [art. 176 lit. g) C. pen.] nu a mai fost nici el reținut deoarece nu există argumente solide de natură politico-penală care să justifice menținerea unui astfel de element circumstanțial.<sup>2</sup>

Rezultă că neinclusiunea acestor elemente circumstanțiale în noua configurație a omorului calificat nu este o operațiune chiar atât de radicală cum pare la prima vedere. În realitate, în afară de elementele menționate la punctele 5 și 8 celelalte se regăsesc, fie ca circumstanțe agravante generale, fie ca variante agravate ale altor infracțiuni, variante ce se raportează la infracțiunea de omor.

## § II. Situațiile tranzitorii

Problema situațiilor tranzitorii poate fi grupată în două categorii, după cum este vorba despre elementele circumstanțiale care se regăsesc în noul Cod penal la infracțiunea de omor calificat **(A)** și, elementele circumstanțiale ce nu se mai regăsesc la infracțiunea de omor calificat în noua reglementare **(B)**.

**A.** Elementele circumstanțiale ce se regăsesc în NCC la omorul calificat pot fi împărțite, la rândul lor, în două grupe: în prima grupă intră primele patru elemente [art. 189 lit. a), b), c), d)], care sunt preluate din omorul calificat în configurația acestuia din actuala reglementare; în a doua grupă intră ultimele patru elemente [art. 189 lit. e), f), g), h)], care sunt preluate din omorul deosebit de grav.

**1.** Pentru prima grupă, legea mai favorabilă va fi legea veche (Codul actual care nu prevede, în cazul omorului calificat, ca alternativă, pedeapsa detențiunii pe viață ci, doar închisoarea de la 15 la 25 de ani și interzicerea unor drepturi).

În aceste ipoteze (omorul comis: cu premeditare; din interes material; pentru a se sustrage ori pentru a sustrage pe altul de la tragerea la răspundere penală sau de la executarea unei pedepse; pentru a înlesni sau a ascunde săvârșirea altei infracțiuni) vor fi incidente dispozițiile art. 5 alin. (1) NCC<sup>3</sup>. Astfel, spre exemplu, dacă un omor

<sup>2</sup> În acest sens a se vedea pe larg, Valerian Cioclei, *op. cit.* pp. 75 și 76.

<sup>3</sup> Art. 5. *Aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei.* (1) În cazul în care de la săvârșirea infracțiunii până la judecarea definitivă a cauzei au intervenit una sau mai multe legi penale, se aplică legea mai favorabilă.

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică și actelor normative ori prevederilor din acestea declarate neconstituționale, precum și ordonanțelor de urgență aprobate de Parlament cu modificări sau completări ori respinse, dacă în timpul când acestea s-au aflat în vigoare au cuprins dispoziții penale mai favorabile.

se comite cu premeditare înainte de intrarea în vigoare a noului Cod, dar judecarea definitivă a cauzei are loc după intrarea în vigoare a acestuia, pedeapsa se va stabili în funcție de dispozițiile art. 175 lit. a) C. pen.

Pentru aceleași ipoteze, dacă hotărârea de condamnare a rămas definitivă înainte de intrarea în vigoare a noului Cod, indiferent de pedeapsa aplicată aceasta nu va putea fi diminuată deoarece, așa cum am arătat legea veche este mai blândă, nefiind incidente dispozițiile art. 6 NCC <sup>4</sup>.

2. Pentru cea de-a doua grupă, cea a elementelor circumstanțiale care au fost preluate de la omorul deosebit de grav (omorul comis: de către o persoană care a mai comis anterior o infracțiune de omor sau o tentativă la infracțiunea de omor; asupra a două sau mai multor persoane; asupra unei femei gravide; prin cruzimi) pedeapsa este identică în cele două reglementări și, deci, nu se pune problema situațiilor tranzitorii.

Se poate constata că, în această grupă, trei elemente au fost preluate în mod identic din actuala reglementare. Singura excepție este dată de primul element circumstanțial din cele menționate (omorul comis: de către o persoană care a mai comis anterior o infracțiune de omor sau o tentativă la infracțiunea de omor). Se observă că, în acest caz, pentru a risipi unele contradicții apărute la nivelul doctrinei, nu și al practicii judiciare, cu privire la forma sub care trebuie să se realizeze infracțiunea de omor anterioară, legiuitorul a preferat să indice în mod expres că în antecedenta omorului calificat, în această variantă, intră și tentativa la infracțiunea de omor. Această completare a elementului circumstanțial nu creează însă o situație tranzitorie câtă vreme, în mod constant, practica instanței supreme a admis că tentativa la omor poate reprezenta un prim element de referință al omorului calificat.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 6. *Aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei.* (1) Când după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare și până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai ușoară, sancțiunea aplicată, dacă depășește maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită, se reduce la acest maxim.

(2) Dacă după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare la detențiune pe viață și până la executarea ei a intervenit o lege care prevede pentru aceeași faptă numai pedeapsa închisorii, pedeapsa detențiunii pe viață se înlocuiește cu maximul închisorii prevăzut pentru acea infracțiune.

(3) Dacă legea nouă prevede în locul pedepsei închisorii numai amenda, pedeapsa aplicată se înlocuiește cu amenda, fără a se putea depăși maximul special prevăzut în legea nouă. Ținându-se seama de partea executată din pedeapsa închisorii, se poate înlătura în totul sau în parte executarea amenzii.

(4) Măsurile educative neexecutate și neprevăzute în legea nouă nu se mai execută, iar cele care au corespondent în legea nouă se execută în conținutul și limitele prevăzute de aceasta, dacă este mai favorabilă.

(5) Când legea nouă este mai favorabilă în condițiile alin. (1)-(4), pedepsele complementare și măsurile de siguranță neexecutate și neprevăzute în legea nouă nu se mai execută, iar cele care au corespondent în legea nouă se execută în conținutul și limitele prevăzute de aceasta.

(6) Dacă legea nouă este mai favorabilă numai sub aspectul pedepselor complementare sau măsurilor de siguranță, acestea se execută în conținutul și limitele prevăzute de legea nouă.

(7) Când o dispoziție din legea nouă se referă la pedepse definitiv aplicate, se ține seama, în cazul pedepselor executate până la data intrării în vigoare a acesteia, de pedeapsa redusă sau înlocuită potrivit dispozițiilor alin. (1)-(6).

<sup>5</sup> În acest sens a se vedea pe larg, Valerian Cioclei, *op. cit.* p. 61.

**B.** Elementele circumstanțiale ce nu se mai regăsesc la infracțiunea de omor calificat în noua reglementare pot fi, de regulă, generatoare de situații tranzitorii, în care se pune problema identificării și aplicării legii penale mai favorabile (*mitior lex*), fie până la judecarea definitivă, fie după judecarea definitivă a cauzei, conform art. 5, respectiv 6 NCC. Situațiile diferă de la un element circumstanțial la altul și trebuie să fie examinate individual.

**1.** Omorul comis asupra soțului sau unei rude apropiate [art. 175 lit. c) C. pen.] trebuie examinat prin prisma omorului (art. 189 NCC) coroborat cu dispozițiile privind violența în familie (art. 199 NCC), care prevăd că maximul special al pedepsei se majorează cu o pătrime. În primul se constată că legea veche și legea nouă prevăd același maxim al pedepsei cu închisoarea, respectiv 25 de ani, astfel încât este exclusă incidența dispozițiilor art. 6 alin. (1) NCC (sub imperiul Codului vechi nu se putea pronunța o pedeapsă care să depășească maximul special prevăzut de Codul nou). În al doilea rând se constată că legea nouă prevede un minim inferior (10 ani în loc de 15), ceea ce înseamnă că, în cauzele care nu au fost definitiv judecate (art. 5 NCC), dacă instanța se orientează spre o pedeapsă către minimul special, vor fi aplicate dispozițiile din Codul nou.

**2.** În cazul elementelor circumstanțiale la care s-a renunțat deoarece se regăsesc în circumstanțele agravante generale [art. 175 lit. d) și e) C. pen.], omorul comis profitând de starea de neputință a victimei de a se apăra și respectiv omorul comis prin mijloace care pun în pericol viața mai multor persoane) noile dispoziții sunt mai blânde. Astfel, în ipoteza art. 5 NCC faptele vor fi încadrate conform noului Cod ca omor simplu (art. 188 NCC). În cazul în care instanța consideră că maximul special (20 de ani) este neîndestulător poate adăuga un spor de până la 2 ani (conform art. 78 NCC) ceea ce înseamnă un maxim de 22 de ani față de 25 cât este prevăzut pentru omorul calificat în Codul actual. În ipoteza de la art. 6 NCC dacă pedeapsa aplicată a fost mai mare de 22 de ani, se va reduce până la acest cuantum.

**3.** Omorul comis în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau publice ale victimei [art. 175 lit. e) C. pen.] trebuie examinat prin prisma infracțiunii de ultraj (art. 257 NCC), raportată la infracțiunea de omor (art. 188 NCC). Sancțiunea rezultată din coroborarea acestor două texte este închisoarea de la 13 ani și 4 luni la 26 de ani și 8 luni, ceea ce înseamnă că față de pedeapsa prevăzută în cazul omorului calificat din actuala reglementare avem o minimă mai blândă (față de 15 ani), dar o maximă mai aspră (față de 25 de ani). Așadar, în ipoteza unor cauze ce nu au fost definitiv judecate (art. 5 NCC), dacă instanța se orientează spre o pedeapsă către minim, legea nouă este mai favorabilă, dacă se orientează spre o pedeapsă către maxim, legea veche este mai blândă. Având în vedere limitele maxime prevăzute de cele două reglementări este exclusă incidența dispozițiilor art. 6 alin. (1) NCC (sub imperiul Codului vechi nu se putea pronunța o pedeapsă care să depășească maximul special prevăzut de Codul nou).

**4.** Omorul comis în public [art. 175 lit. i) C. pen.] va fi încadrat pe baza Codului nou ca simplu omor. Drept urmare, în cauzele care nu au fost definitiv judecate (art. 5 NCC) pedeapsa aplicată va fi stabilită în limitele prevăzute pentru omor (de la 10 la 20 de ani), iar nu în limitele prevăzute de actualul Cod pentru

omorul calificat. În cauzele definitiv judecate, în ipoteza la care se referă art. 6 NCC, pedepsele aplicate care depășesc maximumul special din legea nouă, respectiv 20 de ani, se vor reduce la acest maximum.

5. Omorul comis pentru a săvârși sau a ascunde săvârșirea unei tâlhării sau piraterii [art. 176 lit. d) C. pen.] se regăsește practic, cum am arătat anterior, în dispozițiile noului Cod la varianta de omor calificat care se referă la omorul săvârșit pentru a înlesni sau a ascunde săvârșirea altei infracțiuni [art. 189 lit. d) N.C. pen.]. Cum există identitate de sancțiuni, în această ipoteză nu se va pune problema situațiilor tranzitorii.

6. Omorul comis asupra unui magistrat, polițist, jandarm ori asupra unui militar, în timpul sau în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau publice ale acestora [art. 176 lit. f) C. pen.] trebuie examinat diferențiat, în funcție de subiectul pasiv concret.

În cazul magistratului, fapta trebuie privită prin prisma infracțiunii de ultraj judiciar (art. 279 NCC) care se referă, printre altele, la omorul săvârșit împotriva unui judecător sau procuror aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu [alin. (1)], sau în scop de intimidare sau de răzbunare, în legătură cu exercitarea atribuțiilor de serviciu [alin. (2)]. În această situație, pedeapsa aplicabilă este cea de la omor ale cărei limite speciale se majorează cu jumătate, rezultând o pedeapsă cu limite cuprinse între 15 și 30 de ani.

În ipoteza unor cauze ce nu au fost definitiv judecate (art. 5 NCC) există două posibilități. Dacă instanța se orientează spre o pedeapsă către minim, pedeapsa este identică, deci, din acest punct de vedere nu avem de-a face cu o situație tranzitorie.

Dacă instanța se va orienta spre maximum, problema se complică. Legea veche prevede detențiunea pe viață, în timp ce legea nouă nu mai prevede această pedeapsă. Rezultă că legea nouă este mai favorabilă, iar instanța ar putea aplica pedeapsa maximă prevăzută de aceasta, respectiv 30 de ani închisoare. Dar dacă ne raportăm strict la pedeapsa închisorii, observăm că legea veche este mai favorabilă, deoarece limita maximă este de doar 25 de ani. Poate instanța aplica în acest caz pedeapsa de 30 de ani prevăzută de legea nouă? Eu înclin să cred că da.

Instanța va trebui să elimine detențiunea pe viață deoarece legea nouă nu o mai prevede dar, în acest moment a făcut deja opțiunea pentru legea mai favorabilă. Nu mai poate interveni o a doua etapă, în care să se compare limitele maxime ale pedepsei cu închisoarea și să constate că legea veche ar fi mai blândă, astfel încât maximumul de pedeapsă să nu poată depăși 25 de ani. Procedând la un astfel de raționament, în două etape, s-ar crea o *lex tertia* deoarece, în final, s-ar combina prevederile celor două legi.

Un argument în plus pentru posibilitatea aplicării pedepsei de 30 de ani, îl reprezintă soluția ce trebuie aplicată în cazul pedepselor definitive constând în detențiunea pe viață. Conform dispozițiilor imperative ale art. 6 alin. (2) NCC în acest caz pedeapsa va fi înlocuită cu maximumul prevăzut de legea nouă, respectiv 30 de ani. Ar fi și illogic și injust ca în cazul condamnărilor definitive detențiunea pe viață să fie înlocuită cu 30 de ani de închisoare, iar în cauzele aflate în curs, la care instanța se orientează spre maximum, în locul detențiunii pe viață să nu poată aplica decât un maximum de 25 de ani.

În cazul în care subiectul pasiv este polițist, jandarm, sau militar, fapta trebuie privită prin prisma infracțiunii de ultraj (art. 257 NCC), în varianta care se raportează la omor. În această ipoteză fapta se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea de omor, ale cărei limite speciale se majorează cu o treime, rezultând o pedeapsă cu limite cuprinse între 13 ani și 4 luni și 26 de ani și 8 luni. În ipoteza unor cauze ce nu au fost definitiv judecate (art. 5 NCC), dacă instanța se orientează spre o pedeapsă către minim va constata că legea nouă este mai favorabilă. Dacă se va orienta spre o pedeapsă maximă sunt valabile, *mutatis mutandis*, precizările anterioare cu privire la magistrați.

În ipoteza existenței unei pedepse definitive, la care se referă art. 6 N.C. pen., poate să apară o situație tranzitorie doar în ipoteza în care pedeapsa aplicată este detențiunea pe viață. În acest caz pedeapsa va fi înlocuită cu maximumul prevăzut de legea nouă, respectiv 26 de ani și 8 luni.

**7.** Omorul comis de către un judecător sau procuror, polițist, jandarm sau militar, în timpul sau în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau publice ale acestora [art. 176 lit. g) C. pen.] va fi încadrat ca simplu omor, dacă nu sunt și alte circumstanțe aplicabile (cele referitoare la tortură, de exemplu).

Drept urmare, în cauzele care nu au fost definitiv judecate (art. 5 NCC) pedeapsa aplicată va fi stabilită în limitele prevăzute pentru omor (de la 10 la 20 de ani), iar nu în limitele prevăzute de actualul Cod pentru omorul deosebit de grav. În cauzele definitiv judecate, în ipoteza la care se referă art. 6 noul C. pen., pedepsele aplicate care depășesc maximumul special din legea nouă, respectiv 20 de ani, se vor reduce la acest maximum.

Aspectele relevate sunt în prezent ipotetice, dar ele vor deveni la un moment dat efective. Având în vedere numărul relativ mare de astfel de infracțiuni, faptul că judecarea lor presupune un timp îndelungat, precum și faptul că pedepsele deja aplicate sunt de lungă durată (inclusiv detențiunea pe viață, cred că problema situațiilor tranzitorii în această materie va fi extrem de prezentă în practică, după intrarea în vigoare a noului Cod penal.

În concluzie, se poate constata că cele mai multe dintre elementele circumstanțiale de la omorul calificat și omorul deosebit de grav din actualul Cod penal, deși nu se mai regăsesc la infracțiunea de omor calificat din noul Cod, au „supraviețuit”, fie ca circumstanțe agravante generale, fie ca variante agravate ale altor infracțiuni, în noua reglementare. Această relație complexă cu precedentul legislativ generează o configurație variată a situațiilor tranzitorii. Examinarea acestor situații și găsirea soluțiilor corecte trebuie să se facă de la caz la caz, deoarece legea nouă nu este în toate ipotezele mai favorabilă și nici nu există o rețetă unică pentru stabilirea acesteia.

## Pot fi cumulate alegerile locale cu cele parlamentare?

*Prof. univ. dr. Virginia VEDINAȘ*



### Can the local elections be cumulated with the parliamentary ones?

**Abstract:** According to art. 63 of the Constitution, the Chamber of Deputies and the Senate shall be elected for a term of office of 4 years, which may be extended de jure in the event of a mobilization, war, siege, or emergency, until such event has ceased to exist (par. 1). Pursuant to par. (2) of the document, elections to the two Chambers shall be held within three months at the most of the expiry of the term of office or of the Parliament dissolution.

Article 121 par. (1) stipulates that public administration authorities implementing local autonomy in communes and towns shall be the Local Councils and Mayors elected in accordance with the law.

**Keywords:** The Constitution of Romania, term of office, elections, local autonomy, voting, ballot.

Una dintre problemele aflate în ultima perioadă în dezbatere publică este aceea a **cumulării datei alegerilor locale cu cele parțiale**. În plan politic, a fost lansată o asemenea soluție, a cărei fundamentare ar consta în nevoia de a se face economii la buget. Se vehiculează astfel explicația că, în contextul actual al crizei, al unui buget de austeritate, s-ar realiza reduceri esențiale în ceea ce privește costul alegerilor. În prezentul material, vom argumenta de ce considerăm noi că nu pot fi primite astfel de explicații și de ce, în opinia noastră, reprezintă mai mult pretexte decât motive.

#### § I. Cadrul legal actual privind alegerile locale și generale și mandatul Parlamentului și al administrației publice locale

Potrivit art. 63, *Camera Deputaților și Senatul sunt alese pentru un mandat de 4 ani, care se prelungeste de drept în stare de mobilizare, de război, de asediu sau de urgență, până la încetarea acestora* [alin. (1)]. Potrivit alin. (2) al textului, *alegerile*

pentru cele două Camere se desfășoară în termen de cel mult trei luni de la expirarea mandatului sau de la data dizolvării Parlamentului. Ultimele alegeri pentru Parlament au avut loc la data de 30 noiembrie 2008, validarea făcându-se la data de 19 decembrie<sup>1</sup>, dată de la care a început mandatul actualului Parlament, care se încheie la data validării alegerilor viitorului Parlament, care, este de presupus că se va realiza în luna decembrie 2012.

Autoritățile administrației publice prin care se realizează autonomia locală sunt consiliile locale, consiliile județene, care le coordonează în vederea realizării serviciilor publice de interes județean și primării<sup>2</sup>.

În ceea ce privește autoritățile administrației publice locale, Constituția nu mai conține reglementări exprese privind modul de alegere sau durata mandatului. Astfel, art. 121 alin. (1) prevede că *autoritățile administrației publice, prin care se realizează autonomia locală în comune și orașe sunt consiliile locale, alese, și primării aleși, în condițiile legii*. În ceea ce privește **consiliul județean**, potrivit art. 122 alin. (2), acesta **este ales și funcționează, în condițiile legii**.

Pentru determinarea legii la care fac trimitere cele două texte, este necesar să ne raportăm mai întâi la art. 73 alin. (3) lit. c) și o), care enumeră, printre materiile rezervate legilor organice, **sistemul electoral, organizarea și funcționarea Autorității Electorale precum și organizarea administrației publice locale, a teritoriului, precum și regimul general privind autonomia locală**.

Cele două legi care prezintă importanță pentru tema abordată sunt Legea administrației publice locale nr. 215/2001<sup>3</sup> și Legea alegerilor locale nr. 67/2004<sup>4</sup>.

Potrivit art. 38 alin. (1) din Legea nr. 215/2001, consiliul local se alege pentru un mandat de **4 ani**, care va putea fi prelungit doar prin lege organică.

O dispoziție identică regăsim și în ceea ce privește **mandatul consiliului județean**, respectiv art. 3 alin. (1). În ceea ce privește **mandatul primarului** și al **președintelui consiliului județean**, acesta este tot de **4 ani**, alegerea făcându-se în prezent pentru ambele autorități, prin **scrutin uninominal**.

Precizăm că până în anul 2007, președintele consiliului județean se alegea prin vot indirect de către consiliul județean, dintre membrii consiliului. Trecerea la alegerea directă a președintelui consiliului județean, pe bază de scrutin uninominal într-un singur tur s-a făcut prin modificarea în anul 2007 a Legii nr. 67/2004<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Potrivit Hotărârii Senatului nr. 68 din 19 decembrie 2008, publicată în M. Of. nr. 859 din 19 decembrie 2008 și Hotărârii Camerei Deputaților nr. 40 din 19 decembrie 2008, publicată în M. Of. nr. 859 din 19 decembrie 2008.

<sup>2</sup> G. Iancu, *Drept constituțional și instituții politice*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 441.

<sup>3</sup> Republicată, cu modificările și completările ulterioare, în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007.

<sup>4</sup> Republicată, cu modificările și completările ulterioare, în M. Of. nr. 333 din 17 mai 2007.

<sup>5</sup> Prin Legea nr. 35/2008 privind alegerea Camerei Deputaților și a Senatului, pentru modificarea și completarea Legii nr. 67/2004 privind alegerea autorităților administrației publice locale, a Legii administrației publice locale nr. 215/2001 și a Legii nr. 393/2004 privind statutul aleșilor locali, publicată în M. Of. nr. 196 din 13 martie 2008.



Și modul de alegere a primarului s-a schimbat de dată relativ recentă<sup>6</sup> articolele 97 și 98 din Legea nr. 67/2004 prevăzând în mod expres că **alegerea primarului se face într-un singur tur de scrutin, fiind declarat ales primar candidatul care a întrunit cel mai mare număr de voturi**. În situația în care se ajunge la balotaj între cei doi sau mai mulți candidați, fapt care se consemnează în procesul-verbal încheiat de Biroul Electoral de Circumscripție, se organizează un **al doilea tur de scrutin**. Acesta va avea loc la două săptămâni după primul tur, și la el participă numai candidații aflați în situația de balotaj și este declarat primar, candidatul care a obținut cel mai mare număr de voturi valabil exprimate. Dacă unul dintre candidații la funcția de primar, între care urmează să se organizeze al doilea tur de scrutin, decedează, renunță sau nu mai îndeplinește condițiile prevăzute de lege, pentru a fi ales, nu se mai organizează al doilea tur de scrutin, iar Biroul Electoral Central îl declară ales pe celălalt candidat.

În ceea ce ne privește, așa cum ne-am mai exprimat deja public<sup>7</sup>, nu împărtășim această soluție, apreciem că ea afectează legitimitatea de care acesta se bucură, cu atât mai mult cu cât participarea la alegeri a cetățenilor cu drept de vot este din ce în ce mai diminuată ca număr, interesul pentru fenomenul electoral scăzând direct proporțional cu neîncrederea oamenilor în autorități, în general, în competența și implicarea lor responsabilă în rezolvarea problemelor și creșterea calității vieții, în general.

Revenind la problema mandatului autorităților administrație publice locale, legea organică la care însăși Constituția trimite, respectiv Legea nr. 215/2001, prevede că și în cazul lor mandatul este de 4 ani, cu posibilitatea prelungirii doar în situații extraordinare. Astfel, art. 69 alin. (1) prevede că *mandatul primarului poate fi prelungit prin lege organică, în caz de război, calamitate naturală, dezastru sau situații deosebit de grave*.

Mandatul președintelui de consiliu județean este tot de **4 ani**, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 215/2001, prelungirea făcându-se în aceleași condiții.

Dat fiind faptul că autoritățile administrației publice locale și județene în exercițiu au fost alese în **luna iunie 2008**, rezultă că mandatul lor încetează în **luna iunie 2012**. De la această dată, **o eventuală prelungire se poate face doar dacă există o lege organică prin care să se ateste existența unei stări excepționale, de război, calamitate, dezastru, situații deosebit de grave**. În absența unei asemenea stări excepționale, apreciem că nu poate avea loc o prelungire a mandatului.

Unul dintre argumentele aduse în susținerea cumulului celor două forme de alegeri, generale și locale, îl reprezintă faptul că **prin Constituție nu sunt consacrate** prevederi exprese privind mandatul autorităților autonome locale, **ci doar prin lege, iar legea poate fi modificată, adăugându-se noi situații celor deja prevăzute** în prezent.

Nu putem împărtăși o asemenea soluție. Există anumite principii care guvernează statutul autorităților publice alese (reprezentative), prin intermediul cărora poporul își

---

<sup>6</sup> Este vorba despre Legea nr. 129/2011 privind modificarea Legii nr. 67/2004 privind alegerea autorităților administrației publice locale, publicată în M. Of. nr. 444 din 24 iunie 2011.

<sup>7</sup> V. Vedinaș, *Nevoia de normalitate, democrație prin drept*, articol publicat în revista Palatul de justiție nr. 10/2011, p. 5.

exercită suveranitatea. Astfel, art. 2 alin. (1) din Constituție prevede că *suveranitatea națională aparține poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri libere, periodice și corecte, precum și prin referendum.*

Autoritățile autonome locale fac parte din categoria organelor reprezentative, care se aleg pentru un mandat determinat. Prolungirea acestui mandat se poate face, conform principiilor care le guvernează statutul, în situații cu totul speciale, cum ar fi războiul, starea de asediu, cataclisme naturale. Este fundamental antidemocratic să apreciezi că sfera acestor situații poate fi extinsă în mod arbitrar, după bunul plac al guvernanților, al politicului, în general. Procedându-se astfel, exercitiul însuși de suveranitate al poporului este afectat, ceea ce nu poate fi acceptat.

Mai mult chiar, unul dintre postulatele exprimate de Convenția de la Venetia pentru democrație prin drept este că **nu trebuie suprapuse două fenomene politice importante**, pentru că **volens-nolens, ele se vor influența reciproc** și obiectivitatea lor va fi diminuată. Nu poți suprapune astfel două cicluri electorale sau organizarea alegerilor cu a referendumului.

Nutrim speranța că acest lucru nu se va întâmpla, pentru ca democrația să nu fie afectată în exercitiul ei. Invocarea unor argumente de ordin financiar, economic, cum ar fi eventuale economii care s-ar putea face, este lipsită de semnificație. Între rațiunea de a face unele economii și cea de a sprijini consolidarea statului de drept, respectarea legităților care îl guvernează, aceasta din urmă trebuie să primeze.

## § II. Concluzii

Ne-am propus să demonstrăm, în prezentul material, lipsa de suport constituțional a propunerii de a organiza, la aceeași dată, alegeri locale și parlamentare. Apreciem că o asemenea soluție este nu doar **antidemocratică**, ci și anticonstituțională și ne exprimăm speranța că în varianta în care o asemenea propunere s-ar materializa, autoritățile competente ale statului vor cenzura actul juridic prin care s-ar realiza acest lucru. Anticipăm că ar putea fi vorba, despre un act juridic cu **putere de lege (lege organică sau ordonanță de urgență)**, în ceea ce privește **prolungirea mandatului autorităților administrației publice locale și hotărâre de guvern**, prin care **să se stabilească data alegerilor**. Dincolo de motivele de neconstituționalitate prezentate deja, invocăm și incidența art. 115 din Constituție, potrivit căruia ordonanțele de urgență nu pot afecta regimul instituțiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție, drepturile electorale și nu pot viza măsuri de trecere silită a unor bunuri în proprietatea publică. În cazul de față, ar fi vorba atât de afectarea unor instituții fundamentale ale statului, și avem în vedere autoritățile administrației publice locale, dar și Parlamentul, cât și de interdicția afectării drepturilor electorale.

# Ius Sepulcri – între tradiție și modernitate

*Prof. univ. dr. Cristinel MURZEA*



## Ius Sepulcri – between tradition and modernity

**Abstract:** This article discusses the respect due to a person even after his death, a duty which is seen in the light of the right to be buried in a certain churchyard (*ius sepulcri*) both in the light of secular legislation (regulations on organization and operation of cemeteries) belonging to the local public domain of the villages, towns and cities and of the Orthodox canonical law (Regulation for organizing and functioning parish and monastery graveyards within the eparchies of the Romanian Orthodox Church).

Based on certain aspects of the legal regime of churchyards, but without neglecting some historical issues such as the evolution of the concept of *ius sepulcri* in the Roman law, we tried to stake out the main current limits within which people can effectively exercise their freedom to set out their own funerals and, implicitly, to find eternal rest in a certain churchyard.

Thus, the freedom to set out one's own funeral and implicitly the way to find one's eternal rest in a certain churchyard depends on several factors, like that person's confession, whether the cemetery is on the local public domain of the villages, towns and cities or owned by a parish or monastery. Therefore, in terms of *lex ferenda* - in addition to one's freedom to set out its own funerals - it would be desirable that the legislator should guarantee every person the right to eternal rest.

**Keywords:** The new Civil Code, holy property, secular legal system, *ius sepulcri*, *ius inferendi*.

Noul Cod Civil<sup>1</sup>, inspirându-se din Codul civil al Provinciei Quebec și Codul civil Carol al II-lea, consacră în mod *expres respectul datorat persoanei și după decesul său*.

---

<sup>1</sup> Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel art. 78<sup>2</sup> prevede că „Persoanei decedate i se datorează respect cu privire la memoria sa, precum și cu privire la *corpul său* (s.n. – C.M.)” iar alin. (1) al art. 80<sup>3</sup> stipulează că „Orice persoană *poate determina felul propriilor funeralii* (s.n.) – C.M. și poate dispune cu privire la corpul său după moarte. În cazul celor lipsiți de capacitate de exercițiu sau al celor cu capacitate de exercițiu restrânsă este necesar și consimțământul scris al părinților sau, după caz, al tutorelui”.

De asemenea, potrivit alin. (2) al art. 80: „În lipsa unei opțiuni exprese a persoanei decedate, va fi respectată, în ordine, voința soțului, părinților, descendenților, rudelor în linie colaterală până la al patrulea grad inclusiv, legatarilor universalii sau cu titlu universal ori dispoziția primarului comunei, orașului, municipiului sau al sectorului municipiului București în a cărui rază teritorială a avut loc decesul. *În toate cazurile se va ține seama de apartenența confesională a persoanei decedate*<sup>4</sup> (s.n.) – C.M.”<sup>5</sup>.

Legislația actuală face distincție între cimitirele aparținând *cultelor religioase* și cele aparținând *comunelor, orașelor și municipiilor*. Potrivit anexei *Legii privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia*<sup>6</sup>, domeniul public local al comunelor, orașelor și municipiilor este alcătuit și din „*cimitirele orășenești și comunale*”. Pe de altă parte, art. 28 al *Legii 489/2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor*<sup>7</sup> prevede că „(1) Unitățile locale ale cultelor pot avea și întreține, singure sau în asocierie cu alte culte, *cimitire confesionale pentru credincioșii lor* (s.n.) – C.M. Cimitirele confesionale se administrează potrivit regulamentelor cultului deținător. Identitatea confesională a cimitirelor istorice este protejată de lege. (2) *În localitățile în care nu există cimitire comunale și unele culte nu au cimitire proprii, persoanele decedate care aparțineau cultelor respective pot fi înhumate potrivit ritului propriu, în cimitirele existente în funcțiune* (s.n.) – C.M. (3) Prevederile alin. (2) nu se aplică cimitirelor aparținând cultelor mozaic și musulman. (4) Autoritățile administrației publice locale au obligația de a înființa cimitire comunale și orășenești în fiecare localitate. (5) Cimitirele comunale sau orășenești se organizează astfel încât să aibă *sectoare corespunzătoare pentru fiecare cult recunoscut* (s.n.) – C.M., la cererea cultelor ce funcționează în localitatea respectivă”.

---

<sup>2</sup> Acest articol preia *dispozițiile art. 48 privind respectul datorat persoanei decedate* din proiectul Codului civil adoptat de Senat la 13 septembrie 2004 - *Proiectul Noului Cod Civil*, București: Ed. C.H. Beck, 2006, p. 10.

<sup>3</sup> În acest articol au fost preluate dispozițiile art. 49 privind respectarea voinței persoanei decedate din Proiectul Codului civil, comisia de redactare având în vedere atât articolul 42 al Codului Civil al Provinciei Quebec, publicat în *Gazette officielle du Québec*, Partea a 2-a, nr. 11 din 18 martie 1992, cât și articolul 62 al *Codului civil Carol al II-lea*, republicat în M. Of. nr. 206 din 6 septembrie 1940.

<sup>4</sup> Partea finală a alin. (2) al art. 80 a fost introdusă prin *Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil*, publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.

<sup>5</sup> Se observă astfel că, în ceea ce privește determinarea felului propriilor funeralii, *ius coniugii* prevalează asupra *ius sanguinis* care la rândul lui prevalează asupra *ius successionis*, Paolo Cendron, Augusto Baldassari, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Torino: Wolters Kluwer Italia Giuridica, 2007, p. 66.

<sup>6</sup> *Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia*, publicată în M. Of. nr. 448 din 24 noiembrie 1998.

<sup>7</sup> *Legea nr. 489/2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor*, publicată în M. Of. nr. 11 din 8 ianuarie 2007.

Prin urmare, din economia textului legii se desprinde faptul că în ipoteza în care un anumit cult nu are cimitir propriu și nici nu există cimitir comunal, persoana decedată aparținând acelui cult *poate* fi înhumată potrivit ritului propriu, într-un cimitir aflat în funcțiune, însă *numai* cu respectarea regulamentelor cultului deținător.

Cimitirele făcând parte din domeniul public local al comunelor, orașelor și municipiilor sunt organizate, administrate și funcționează în baza unor regulamente adoptate de fiecare consiliu local în parte<sup>8</sup>.

În ceea ce privește cimitirele confesionale, de exemplu *Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române*<sup>9</sup> conține dispoziții privind cimitirele parohiale și cele mănăstirești. Astfel, alin. (1) al art. 186 prevede că „Fiecare parohie și mănăstire are dreptul să dețină sau să înființeze cel puțin un cimitir pentru îngroparea credincioșilor decedați, care este *proprietatea parohiei sau a mănăstirii* (s.n.)– C.M.” iar, potrivit alin. (2), „Cimitirele parohiale și mănăstirești, ca *bunuri sacre* (s.n.) – C.M. destinate exclusiv și direct cultului, sunt insesizabile și imprescriptibile și nu pot fi înstrăinate, schimbate, grevate sau sechestrate”. De asemenea, potrivit alin. (3) și (4) ale art. 187, „Locul de veci concesionat rămâne *proprietatea parohiei sau a mănăstirii*, iar *dreptul de concesiune nu poate fi vândut de titular, transmiterea acestuia putând fi făcută doar prin succesiune către soț sau rude până la gradul al IV-lea* (s.n.) – C.M. Locuri de înmormântare mai pot fi atribuite și în folosință temporară sau gratuită tot prin hotărârea organismelor parohiale și mănăstirești.”

Astfel, în lumina *Statutului pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române*, locurile de veci au statutul de *bunuri sacre*<sup>10</sup>. Originea acestui statut juridic o găsim în dreptul roman, unde pe de o parte *res sacrae* erau lucrurile consacrate de un pontif, zeilor cerești printr-o ceremonie specială în baza împuternicirii dată printr-o lege sau un senatus-consult iar, pe de altă parte *res religiosae* erau cele lăsate sufletului morților, în sensul că un pământ devenea religios prin îngroparea definitivă a unui cadavru al unui om liber sau sclav de către cei care aveau această sarcină, în urma săvârșirii unei ceremonii religioase, însă cu condiția ca îngroparea să se facă cu acordul proprietarului quiritar al terenului, dacă nu e chiar el cel ce face aceasta<sup>11</sup>.

Trebuie să precizăm că noul Cod civil nu face vreo distincție între lucrurile «laice» și cele «sacre» de vreme ce sistemul nostru de drept este unul laic și nu ar putea

---

<sup>8</sup> A se vedea, spre exemplu, Regulamentul de organizare și funcționare a Cimitirului Municipal Sibiu, anexă la H.C.L. nr. 437/2005; Regulamentul de administrare și funcționare a cimitirelor aparținând primăriei municipiului Roman, anexă la H.C.L. nr. 98/2007; Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor și a crematoriilor umane aflate sub autoritatea Consiliului Local al Municipiului București, anexă la H.C.G.M.B. nr. 303/2003; Regulamentul privind administrarea cimitirelor (Brașov, anexă la H.C.L. nr. 97/2002).

<sup>9</sup> H.G. nr. 53/2008 privind recunoașterea Statutului pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române, publicată în M. Of. nr. 50 din 22 ianuarie 2008.

<sup>10</sup> Pentru detalii privind unele aspecte ale regimului juridic al bunurilor sacre a se vedea Liviu-Marius Harosa, *Principiile generale ale înstrăinării bunurilor temporale în Biserica Ortodoxă Română și în Biserica Catolică*, în „SUBB Iurisprudentia” nr. 1/2010, pp. 13-30.

<sup>11</sup> C. Hamangiu, Matei G. Nicolau, *Dreptul roman*, vol. I, București: Ed. Librăriei Socec & Co, 1930, p. 404.

acomoda antica definiție a bunurilor sacre, încât prin prisma legislației civile nu există nicio diferență - izvorând din „calificarea” bunului - între un loc de veci situat într-un cimitir parohial și unul aflat într-un cimitir municipal, cu excepția distincțiilor ce derivă ca urmare a apartenenței fie la domeniul public local al comunelor, orașelor și municipiilor, fie la domeniul privat al unei parohii ori mănăstiri. Prin urmare, diferența specifică dintre locurile de veci situate în cimitire diferite este dată de întinderea și condițiile de exercitare a dreptului de concesiune<sup>12</sup> asupra locului de înmormântare potrivit regulamentului aplicabil în cimitirul în care se găsește acel loc de veci.

Precum am văzut, la ora actuală România nu are o lege care să reglementeze în mod unitar organizarea și funcționarea tuturor cimitirelor și implicit a regimului juridic a locurilor de veci iar pe cale de consecință nici a dreptului de a fi înhumat într-un anumit loc de veci.

Această unificare legislativă în materia dreptului funerar se va înfăptui numai odată cu intrarea în vigoare a preconizatei *Legi privind cimitirele, crematoriile umane și serviciile funerare*<sup>13</sup>. Trebuie să precizăm că, potrivit art. 36 al mai sus-mentonatului proiect de lege, în termen de 90 de zile de la intrarea în vigoare a legii, prin hotărâre a Guvernului vor trebui stabilite atât în normele și regulile detaliate privind înființarea, extinderea, închiderea, desființarea, redeschiderea cimitirelor, precum și cele privind înhumarea, incinerarea, deshumarea și reînhumarea; cât și normele tehnice și sanitare pentru crematoriile umane.

*Legea privind cimitirele, crematoriile umane și serviciile funerare* odată cu promulgarea ei va constitui probabil prima reglementare de acest tip după cea edictată în timpul lui Alexandru Ioan Cuza<sup>14</sup>.

Înainte de a trece la examinarea propriu-zisă a regimului juridic al concesiunii unui loc de veci, trebuie să facem o scurtă incursiune în evoluția noțiunii de *ius sepulcri* în dreptul roman în vederea evidențierii eventualelor aspecte încă actuale.

*Ius sepulcri* a fost mult timp distinct de *ius inferendi*, adică dreptul de a depune cadavrul în mormântul familial. Inițial, *ius sepulcri* era mai degrabă un ansamblu de obligații de a face decât un drept „stricto sensu”, respectiv datoria de a aduce omagiu morților și dreptul de a împiedica pe oricine altcineva să le aducă acest omagiu. Astfel *ius sepulcri*, apărut în epoca foarte veche în care obligația și dreptul încă se confundau, consta în obligația sau dreptul de a proteja mormântul, a îndeplini ceremoniile rituale în legătură cu acest mormânt.

*Ius sepulcri*, singur sau coroborat cu *ius inferendi*, face parte din drepturile care se transmiteau prin moștenire, cu particularitatea că *ius sepulcri* continuă să aparțină

---

<sup>12</sup> Pentru detalii asupra dreptului de concesiune a se vedea și Titus Prescure, *Despre regimul juridic al contractului de concesiune în dreptul românesc contemporan*, în *Curentul juridic* nr. 1-2 (16-17/2004).

<sup>13</sup> Proiectul de Lege privind cimitirele, crematoriile umane și serviciile funerare (PL-x nr. 592/2009 a fost adoptat de Camera Deputaților la 16 noiembrie 2010 și se află în prezent în reexaminare la cererea Președintelui României).

<sup>14</sup> A se vedea *Legea pentru înmormântare* sancționată cu Decretul nr. 339/1864 și *Regulamentul pentru înmormântări* sancționat cu Decretul nr. 918/1860 în Ivan Brezoianu, *Reformele românilor său colecțiune de toate legile și regulamentele intruduse în administrațiunea României de la 1859 ianuaru, până la 1864 octomvriu*, București: Tipografia Ștefan Radisescu, 1864, p. 157-171.

moștenitorului chiar dacă acesta nu culege succesiunea fie că a fost exclus de la moștenire ca nedemn, fie că acest moștenitor a fost grevat cu un fideicomis de ereditate<sup>15</sup>. Ulterior, *ius sepulcri* a fost extins și în cazul moștenitorilor pretorien.

În epoca clasică începe să se facă distincție între *sepulcra familiaria* și *sepulcra hereditaria*. Primele sunt rezervate familiei, celelalte trec la moștenitori, adică la moștenitorii care nu făceau parte din familia defunctului (*heredes extranei*). Jurisconsultul Gaius ne dă definiția acestor termeni într-un fragment ce ni s-a transmis grație Digestelor lui Iustinian: „*Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiae que constituit: hereditaria autem, quae quis sibi, heredibusque suis constituit*”<sup>16</sup> [mormintele de familie sunt cele pe care o persoană le-a constituit pentru sine și familia sa; pe de altă parte, mormintele ereditare sunt cele pe care o persoană le-a constituit pentru sine și pentru moștenitorii (externi)].

Această distincție între *ius sepulcri iure sanguinis* și *ius sepulcri iure successionis* era motivată de faptul că deținătorii romani de morminte încercau să protejeze mormintele de familie de două tipuri de delict: pe de o parte de introducerea cadavrului unui străin, iar, pe de altă parte, de vinderea respectivului mormânt care evident constituia un alt mod de a permite înmormântarea unor persoane din afara familiei<sup>17</sup>.

Dovezile epigrafice vin să confirme această distincție în sensul că inscripțiile întâlnite pe mormintele romane conțin fie abrevierea H.M.H.N.S. (*Hoc Monumentum heredem ne sequatur*), adică acest monument să nu-l urmeze pe moștenitor, formulă întâlnită în cazul mormintelor de familie agnatică, fie abrevierea H.M.H.S. (*Hoc Monumentum heredem sequatur*), adică acest monument să-l urmeze pe moștenitor, formulă întâlnită mai rar evident numai în cazul mormintelor ereditare. După epoca clasică *ius sepulcri* se reduce în realitate la *ius inferendi* iar în timpul lui Iustinian constituie dreptul la un loc de veci într-un cimitir ca și în ziua de azi. Astfel, *ius sepulcri* în sens nou se confundă cu *ius inferendi* și se reduce la dreptul de a înmormânta, această absorbție a lui *ius sepulcri* în *ius inferendi* realizându-se probabil sub influența creștinismului<sup>18</sup>.

Trebuie să menționăm o particularitate a dreptului roman, care din păcate nu s-a transmis până în zilele noastre, cu consecințe destul de grave pentru omul modern, respectiv dreptul roman, grație unei excepții unice de la regula potrivit căreia orice bun mobil sau imobil trebuie să aparțină unei persoane în viață, admitea că *mormintele puteau fi posedate de către defuncții aflați în ele*<sup>19</sup> iar voința acestora, gravată pe lespede era întotdeauna respectată<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Henri Daniel-Lacombe, *Le droit Funéraire à Rome*, Paris: Alphonse Picard, Éditeur, 1886, p. 99.

<sup>16</sup> D.11.7.5 (Gaius *lib. 19 ad Edictum provinciale*).

<sup>17</sup> Éric Rebillard, *The care of the dead in late antiquity*, Ithaca: Cornell University Press, 2009, p. 71.

<sup>18</sup> Paul Collinet, *Répétitions écrites de droit romain approfondi. Les successions*, Paris: „Les Cours de droit”, 1930-1931, p. 52 și 53.

<sup>19</sup> Pentru detalii privind condiția juridică modernă a corpului uman după moarte, a se vedea Xavier Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille: Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 356-358; Philippe Raimbault, *Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au «cadavre exquis»...*, în „Droit et Société” nr. 61/2005, p. 817-844.

<sup>20</sup> Raoul Audibert, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne*, Paris: Arthur Rousseau, Éditeur, 1885, p. 51.

Respectarea libertății de a-ți determina felul propriilor funeralii și a-ți asigura odihna eternă într-un anumit loc de veci (evident în măsura în care legislația statului garantează un asemenea drept), ceea ce vom vedea că nu e și cazul României, asigurându-se astfel pe cale de consecință realizarea respectului datorat persoanei și după decesul său, a fost confirmată și de către jurisprudența *Curții Europene a Drepturilor Omului*<sup>21</sup> care a infirmat soluția dată de instanța din Suedia cu privire la refuzul statului suedez de a autoriza mutarea urnei cu rămășițele unei persoane.

În speță, reclamanta, soțul său și cei cinci copii au locuit la Fagersta. În 1963, soțul reclamantei a decedat, iar corpul acestuia a fost înhumat într-un mormânt familial situat în cimitirul orașului. În 1980, reclamanta s-a mutat la Västerås, situat la 70 km distanță, pentru a fi mai aproape de copiii săi. În 1996, reclamanta a cerut organismului ce administrează cimitirele să autorizeze transferul urnei soțului său într-un loc de veci dintr-un cimitir aflat în Stockholm, unde erau înmormântați părinții săi și unde urma să fie înmormântată și ea. Reclamanta a explicat că ea nu mai are nicio legătură cu Fagersta, copiii săi sunt de acord această operațiune și că este convinsă că soțul său ar agreea mutarea. Cererea sa a fost respinsă pe motiv că *legea garantează un drept la odihnă veșnică*. Instanțele sesizate au confirmat acest refuz. La decesul său din 2003, reclamanta a fost înhumată în cimitirul din Stockholm.

Potrivit dispozițiilor de drept intern, dorințele persoanei cu privire la locul înmormântării sale trebuie respectate, iar odată înhumat cadavrul, acesta nu mai poate fi mutat, decât dacă există rațiuni excepționale care să justifice mutarea. Prin mai multe hotărâri din 1994, instanța administrativă supremă a interpretat noțiunea de circumstanțe excepționale de o manieră restrictivă.

Curtea a considerat că nu este necesar să se determine dacă refuzul de a autoriza transferul rămășițelor soțului său se raportează la noțiunea de viață privată sau la cea de viață de familie, fiind evident că există o ingerință a statului în exercițiul drepturilor garantate de art. 8. În speță, pe de o parte, transferul urnei pare, practic vorbind, să fie relativ facil și niciun interes ce ține de sănătatea publică nu pare să fie în joc. Pe de altă parte, nimic nu indică că soțul reclamantei nu a fost înhumat potrivit dorinței sale, dat fiind că de exprimarea acestei dorințe se ține cont la momentul morții persoanei în cauză.

În plus, Curtea a observat că înhumarea putea fi realizată de la bun început în locul de veci al familiei ce exista la Stockholm și la momentul decesului soțului reclamantei. Din contră, Curtea a observat că s-a preferat cumpărarea altui loc de veci în Fagersta, orașul în care cei doi soți au locuit peste 25 de ani. În fine, nimic nu o împiedica pe reclamantă să își exprime dorința de a fi înhumată la Fagersta, oraș din care s-a mutat de abia la 27 de ani de la decesul soțului său.

În aceste condiții, Curtea a constatat că autoritățile suedeze au luat în calcul toate aceste circumstanțe pertinente și le-au pus în balanță cu înțelepciune. Rațiunile invocate pentru justificarea refuzului au fost pertinente și suficiente, astfel încât Curtea a constatat că art. 8 nu a fost violat.

---

<sup>21</sup> CEDO, secția a III-a, *Hotărârea Elli Poluhas Dödsbo versus Suedia*, 17 ianuarie 2006, 61564/00.



În cele ce urmează vom prezenta comparativ anumite aspecte ale dreptului de concesiune (versiunea modernă a anticului *ius sepulcri* asupra unui loc de veci) precum rezultă din reglementările cuprinse pe de o parte în *Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor și a crematoriilor umane aflate sub autoritatea Consiliului Local al Municipiului București și Regulamentul privind administrarea cimitirelor din Brașov* – ca exemple de reglementare a dreptului de concesiune asupra unui loc de veci aflat într-un cimitir făcând parte din domeniul public local unui municipiu – iar pe de altă parte în *Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor parohiale și mănăstirești din cuprinsul eparhiilor Bisericii Ortodoxe Române*<sup>22</sup> – ca și exemplu de reglementare a dreptului de concesiune asupra unui loc de veci situat într-un cimitir aflat în domeniul privat al unei parohii ori mănăstiri.

În ceea ce privește durata dreptului de concesiune, *Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor și a crematoriilor umane aflate sub autoritatea Consiliului Local al Municipiului București* stipulează că locurile de înmormântare pot fi concesionate pe termen nelimitat (locuri de veci), iar locurile de înmormântare concesionate pentru 25 de ani, precum și locurile de înhumare pe 7 ani se pot transforma, la cerere, în locuri de veci, cu plata taxelor corespunzătoare (art. 12).

Într-un mod relativ similar este reglementată durata acestui drept și de către *Regulamentul privind administrarea cimitirelor din Brașov*, astfel că locurile de înhumare pot fi concesionate pe durata de 7 ani, 15 ani, 25 ani, 40 ani, la cererea cetățenilor în timpul vieții, ori la cererea ascendenților, descendenților sau soțului supraviețuitor al persoanei decedate. Concesionarea pe o perioadă de 7 ani se poate efectua numai în cazul în care solicitantul actului de concesiune urmează a înhuma decedatul în cursul următoarelor trei zile de la data concesionării (art. 7).

Potrivit *Regulamentului pentru organizarea și funcționarea cimitirelor parohiale și mănăstirești din cuprinsul eparhiilor Bisericii Ortodoxe Române* locurile de înmormântare sunt de două categorii: locuri în folosință veșnică și locuri în folosință temporară, pe 7 ani (art. 9). În ceea ce privește locurile de înmormântare în folosință temporară, acestea se atribuie de Consiliul Parohial sau de Consiliul Economic al mănăstirii la rând, în ordinea cererilor și numai la decesul persoanelor ce vor înhuma în ele. De asemenea, locurile în folosință temporară nu pot fi înstrăinate în niciun fel, însă dreptul de folosință asupra acestor locuri poate fi prelungit pe un nou termen, în cazuri excepționale, dacă cimitirul dispune de locuri de înmormântare suficiente (art. 14).

În ceea ce privește transmiterea dreptului de concesiune, *Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor și a crematoriilor umane aflate sub autoritatea Consiliului Local al Municipiului București* stipulează că locurile concesionate pe termen nelimitat și cele de 25 de ani se pot transmite numai prin moștenire (fără a face distincție între cea legală și cea testamentară sau prin donație (art. 12). Este de

---

<sup>22</sup> Patriarhia Română: Cancelaria Sfântului Sinod, *Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor parohiale și mănăstirești din cuprinsul eparhiilor Bisericii Ortodoxe Române*, publicat în revista „Biserica Ortodoxă Română”, anul C, 1982, nr. 1-2, după votarea lui de către Sfântul Sinod la 23 decembrie 1977 și de către Adunarea Națională Bisericească la 11 decembrie 1977. În vigoare cu amendamentul adus de Sfântul Sinod în ședința din 5 iunie 1987.

menționat faptul că acest Regulament prevede și norme privind cine se poate înmormânta în locul de veci, respectiv titularii concesiunii, soții sau soțiile acestora, precum și ascendenții și descendenții lor. De asemenea, pot fi înmormântate orice alte persoane, cu consimțământul titularului însă numai cu rezervarea unui loc pentru titular (*art. 12*).

Potrivit *Regulamentului privind administrarea cimitirelor din Brașov*, concesiunea nu poate fi înstrăinată prin acte cu titlu oneros, însă dreptul de concesiune a locului de înhumare va putea fi transmis prin succesiune, legală sau testamentară (*art. 11*), nu însă și prin donație. De asemenea este de menționat faptul că acest regulament interzice în mod expres înhumările și reînhumările în alte locuri decât în cimitirele administrate de Municipiul Brașov sau alte organe de stat, precum și în cimitirele organizațiilor de cult, recunoscute potrivit legii (*art. 4*).

*Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor parohiale și mănăstirești din cuprinsul eparhiilor Bisericii Ortodoxe Române* interzice vânzarea locurilor concesionate, însă dreptul de concesiune asupra locurilor atribuite în folosință veșnică se poate transmite prin donație (însă numai între soți sau către rudele până la gradul IV și succesiune legală sau testamentară, precizându-se că, acolo unde locurile de înmormântare nu formează obiect de procedură succesorală, se va respecta tradiția locală (*art. 15*).

În principiu, niciunul dintre aceste regulamente nu asigură odihna eternă netulburată de o eventuală exhumare, în sensul că în lipsa moștenitorilor ori în ipoteza neplătii taxelor fie de concesiune (în cazul locurilor concesionate pe perioadă determinată), fie a taxelor de întreținere (în cazul locurilor concesionate pe veci), dreptul de concesionare a locurilor de înhumare încetează, astfel că respectivul loc „de veci” poate fi concesionat unei alte persoane.

Totuși, pe de o parte, *Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor parohiale și mănăstirești din cuprinsul eparhiilor Bisericii Ortodoxe Române*, garantează un drept la odihnă veșnică însă numai în două ipoteze, respectiv în cazul mormintelor decedaților care nu au urmași, atunci când acestea au lucrări importante de artă sau sunt executate cu materiale de mare valoare (*art. 42*), și în cazul mormintelor personalităților reprezentative și ale ostașilor căzuți pentru patrie existente în cimitirul parohiei sau mănăstirii (*art. 41*).

Pe de altă parte, același regulament prevede că, în ipoteza în care concesionarul unic sau totalitatea concesionarilor unui loc de înmormântare renunță la confesiunea ortodoxă prin trecerea la alt cult, dreptul de concesiune încetează, caz în care, numai la cimitirele parohiale (nu și la cele mănăstirești) pot primi în schimb, dacă există posibilități, un alt loc de înmormântare din parcelele rezervate înmormântării decedaților neortodocși (*art. 40*) – reglementare justificată de caracterul de bunuri sacre ale cimitirelor parohiale și mănăstirești, precum și de destinația lor, adică înmormântării enoriașilor decedați din acea parohie, respectiv viețuitorilor decedați ai mănăstirilor.

În concluzie, precum am văzut, libertatea de a-ți determina felul propriilor funeralii și implicit de a-ți găsi odihna eternă într-un anumit loc de veci depinde de mai mulți factori precum confesiunea persoanei, dacă cimitirul face parte din domeniul public

local al comunelor, orașelor și municipiilor ori se află în proprietatea unei parohii sau mănăstiri.

Nu în ultimul rând trebuie menționat un aspect al libertății de a-ți determina felul propriilor funeralii rar abordată în doctrina juridică<sup>23</sup>: recurgerea la incinerare, având în vedere atât conexiunile cu dreptul canonic ale acestei manifestări a libertății persoanei, cât și implicațiile de ordin social pentru rudele defunctului, respectiv conflictul dintre obligația de a respecta voința persoanei decedate și riscul de a se expune oprobiului public ca urmare a punerii în operă a acelei voințe.

Evident, în opinia noastră, toate locurile de înhumare ar trebui să fie concesionate numai pe veci iar contractul de concesiune ar trebui să prevadă în mod obligatoriu plata unei taxe destinată îngrijirii perpetue a locului de înhumare, îndepărtându-se astfel inconvenientul de a muri fără a lăsa în urmă moștenitori diligenți, adică *legea* – pe lângă libertatea de a-și determina felul propriilor funeralii – *ar trebui să garanteze fiecărei persoane și un drept la odihnă veșnică*<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Pentru detalii a se vedea S.-D. Șchiopu, *Burial vs. Cremation in Romania - A Legal Perspective*, în „Legal Practice and International Law”, International Conference on Private Law (PL 2011, Brașov, Romania, 7-9 Aprilie 2011, WSEAS Press, 2011), pp. 241-246.

<sup>24</sup> A se vedea Robert Shay, *The Cemetery Lot: Rights and Restrictions*, în „The University of Pennsylvania Law Review” nr. 3/1961, p. 399.

# Despre cunoașterea juridică integrativă

*Prof. univ. dr. Ion CRAIOVAN*



## On integrative legal knowledge

**Abstract:** Law is an organized complex, interacting and integrated into other organized complexities of the society: those of the economics, social organization, politics, culture, human community, information subsystem, etc. All these have a legal dimension and give law, in turn, specific dimensions; as such, change in any subsystem component affects all subsystems and results in a change of the entire social system and vice versa, change in any element depends on all the other elements of the system.

In other words, the general theory of law must analyze and theorize legal pluralism, overcome the obsessive concern for the rights of nation states and international public law including other major legal traditions, especially religion, such as the Islamic law, reorienting the subject towards comparisons and generalizations that cross legal traditions and cultures and which captures multiculturalism.

**Keywords:** general theory of law, legal knowledge, moral truth, epistemological pluralism, integrative theory.

### ➡ Introducere

Comunicarea mea încearcă să releve câteva aspecte care vizează creșterea vizibilității conceptului de cunoaștere juridică integrativă în doctrina juridică, precizarea notelor sale definitorii și a efectivității sale. În acest sens am propus următorii pași:

1. Dreptul- ca sistem normativ specific și obiect de cunoaștere complex este pus în relație cu teza că orice singur mod de a înțelege un fenomen complex este insuficient (Longino, 2002).

2. Sunt relevate unele perspective de abordare care sunt inerente cunoașterii dreptului și care au generat evolutiv multiple paradigme în cunoașterea dreptului precum: normativă, conceptuală, comportamentală, morală, culturală, hermeneutică,

comunicațională, postmodernă, informatică ș.a. Sunt evocate tensiuni și conflicte în cunoașterea juridică din perspectiva configurării unor domenii și a trasării unor granițe, cu accent pe aspecte epistemologice precum: dogmatismul, exclusivismul, ignorarea reciprocă, boicotul, blocajul sau refuzul conlucrării epistemologice.

3. Orizontul integrativ în știință și cunoașterea juridică integrativă: întemeierea și configurarea conceptului între argumente și contraargumente. Se relevă că operaționalizarea conceptului de cunoaștere juridică integrativă solicită, printre altele: cultivarea frontierelor epistemologice ca "închideri care deschid", conectarea de abilități cognitive din mai multe surse și experiențe, perspective și contexte; acceptarea pluralismului epistemologic, inclusiv a concertării paradigmatelor contrastante, estomparea exclusivismului, potențarea punților de legătură, inițierea unor restructurări și fuzionări, coordonând o anumită metaînțelegere pentru soluționarea eficientă a unor probleme complexe ale demersului juridic.

4. Sunt prezentate câteva considerații privind abordarea integrativă în aria disciplinei universitare „teoria generală a dreptului”.

### § I. Despre complexitatea dreptului ca fapt inerent

Un portret comun al dreptului, -împreună cu alte entități sociale- din perspectivă sistemică, ar putea reține: Dreptul este o complexitate organizată care interacționează și este integrat altor complexități organizate ale socialului: economicul, organizarea socială, politicul, culturalul, comunitatea umană, subsistemul informațional ș.a. Toate acestea au o dimensiune juridică și conferă dreptului, la rândul lor, dimensiuni specifice; ca atare schimbarea oricărei componente subsistemice influențează asupra tuturor subsistemelor și duce la schimbarea întregului sistem social și invers, schimbarea oricărui element depinde de toate celelalte elemente ale sistemului. În calitate de complexitate organizată juridicul se configurează ca sistem în raport de criteriul juridicității – într-o geometrie variabilă însă în raport cu spațiul și timpul istoric, cu o comunitate umană, cu un anumit tip de sistem social – și conține subsisteme ca instituția juridică, ramura de drept, ordini juridice diferite, fără a fi însă reductibil la dimensiunea normativă, incluzând și subsisteme evenimentiale (faptele juridice, relaționale (relații juridice, ideatice (idei, concepții, teorii juridice). Între toate acestea se instituie relații structurale, funcționale, ierarhii, dependențe și complementarități, retroactivități, cauzalități circulare ș.a.

Complexitatea dreptului este relevantă și de un portret paradoxal al dreptului care ar putea reține că: deși dreptul este creat el își creează creatorii; este închis (prin juridicitate dar și deschis (la daturi și alte subsisteme); autonom (autoreglându-se) dar și constrâns (din afara sa); organizat și organizator; coerent (*hic et nunc* și contradictoriu (între subsisteme); omogen (prin specificitatea sa) și discontinuu (poros, permeabil); informat dar și informator; material și ideal (valoric<sup>1</sup>) ș.a.

---

<sup>1</sup> Alex. Mucchielli, *Dictionar al metodelor calitative, Dictionary of qualitative methods* – trad. Ed. Polirom, Iași, pp. 373 și 374.

## § II. Cunoașterea juridică între paradigme, puncte de vedere contrastante și obstacole epistemologice

Complexitatea dreptului a generat abordări diverse privind cunoașterea juridică. Să evocăm câteva cunoscute arhetipuri<sup>2</sup>:

1. Cunoașterea juridică a normelor. Din această perspectivă cunoașterea dreptului se rezumă la constatarea actelor de voință a legislatorului, la înregistrarea acestora ca ordine, comandamente, norme juridice. Obiectul vizat este abordat de o manieră pozitivistă, pe linia lui Jeremy Bentham, John Austin și Hans Kelsen-care a atins apogeul în materie- și acesta este constituit doar din universul normelor.

2. Cunoașterea juridică centrată pe conceptele juridice, pe nuanțarea și implicațiile acestora. La modul ideal această abordare tinde spre configurarea unor concepte, unor sisteme conceptuale dintre cele mai abstracte, care să subsumeze toate situațiile particulare, apte să ofere soluții juridice. O abordare logico-formală a raționalității juridice, de tipul promovat de Max Weber, care a atins apogeul în universități în secolul al XIX-lea.

3. Cunoașterea juridică fondată pe adevărul moral. Cunoașterea dreptului este sistematic conexasă cu concluziile raționamentului practic în privința punctului de vedere moral. Astfel, o serie de variante clasice ale dreptului natural susțin că legea injustă nu este dreaptă și că ea nu are puterea să creeze obligații care sunt inerente dreptului. Sau, în literatura anglo americană modernă, ideea că *în numeroase contexte nu putem să știm care sunt exigențele dreptului fără o analiză a situației din punct de vedere moral* - Ronald Dworkin.

4. Cunoașterea juridică este redusă la informații de ordin psiho-sociologic despre actorii juridici. Se apreciază că cunoașterea juridică abstractă este o himeră. Cunoașterea juridică reală rezidă în informații de ordin comportamental și psihologic despre procesul juridic, despre atitudinile judecătorilor și ale altor responsabili juridici. De o asemenea manieră abordează dreptul reprezentanții *dreptului liber* sau *realismul juridic american*. Astfel după Alf Ross, afirmațiile privind validitatea regulilor juridice trebuie să fie interpretate ca niște concluzii referitoare la interdicțiile care condiționează activitatea responsabililor juridici.

Știința dreptului, s-a configurat, cel puțin într-o anumită perioadă, ca activitate cognitivă vizând o reprezentare a fenomenului juridic conform unei singure paradigme științifice adoptate. Monismul epistemologic general dominant a condus la exclusivism și condamnări reciproce.

În replică, pluralismul epistemologic recunoaște că științificitatea este susceptibilă de grade și versiuni în care știința dreptului are diverse ipostaze și apropieri. S-au promovat astfel epistemologii corespunzătoare:

1. empirică - enunțurile științifice vizează entități observabile susceptibile de verificare empirică;

---

<sup>2</sup> A.J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, Paris, 1993, pp.94-98.

2. Logico-formale-consacră un limbaj formalist și sisteme axiomatice;
3. Hermeneutică- reține discursul efectiv al diferiților actori ai fenomenului juridic.

S-a constatat astfel diverse combinații precum și imposibilitatea de a te rupe complet de daturi empirice dar și imposibilitatea unei formalizări și axiomatizări complete.

Problema prealabilă cardinală este că demersul științific în domeniul științelor socio-umane-inclusiv în știința juridică- acțiunea umană angajează inevitabil observatorul însuși. Abordarea are implicit o poziție ideologică-afectează științificitatea.

S-a remarcat astfel și din această abordare pluralistă nevoia unei reflecții sistematice aptă să sugereze soluții de depășire a izolaționismului în cunoașterea juridică, de cooperare și concertare a informațiilor<sup>3</sup>.

Rupturi și abordări exclusiviste s-au remarcat în aria cunoașterii juridice și în ceea ce privește explicația și comprehensiunea, punctul de vedere extern și punctul de vedere intern.

Explicarea faptelor lumii naturale este îndreptată spre „exterior”, înspre culegerea de date exacte și de legi generale care reglează acele fapte, în timp ce înțelegerea din științele spiritului se apleacă spre „interior”, un proces în care plecând de la semne care ne-au fost date cu un anumit sens din exterior cunoaștem ceva din interior (W. Dilthey).

Astfel s-a relevat că se poate configura un obiect de studiu în funcție de teoria adoptată.

Din perspectiva materialismului istoric - dreptul este un fenomen de suprastructură care poate fi explicat în ultimă instanță prin raporturile de producție caracteristice formațiunii sociale respective. Sau realismul american - dreptul redus la deciziile judecătorilor explicabile printr-un complex de factori psihologici. În acest fel se demistifică și se sesizează elemente de adevăr dar se mutilează dimensiunea normativă, predicția, specificitatea fenomenului juridic. Se găsește aici un fenomen de autointerpretare, specific științelor socio-umane, realizat de către agenții juridici înșiși, un punct de vedere intern. Paradigma explicației face loc paradigmei comprehensiunii, externalizarea face loc internalizării, obiectivarea- empatiei, ruptura - participării. Se relevă că rațiunea de a fi a unui fenomen social rezidă din sensul său intern - înțeles de actorii înșiși - reprezentări, convenții și reguli partajate de grupul de referință -ce vehiculează discursul practic al juriștilor.

Așadar putem remarca:

1. Punctul de vedere extern;
2. Punctul de vedere intern;
3. Punctul de vedere moderat (Ost-van de Kerchove) ceea ce înseamnă punctul de vedere al observatorului extern-care se referă la punctul de vedere intern al juriștilor.

Dacă dreptul nu poate fi explicat numai prin el însuși-trebuie să punem în operă un mare număr de perspective.

Problema cercetării fenomenului juridic ridică atunci problema articulării punctelor de vedere-intern-extern-înțelegere-explicație în numele unei metateorii! Se tinde spre modele complexe care să coreleze limbajul juridic dogmatic pe de o parte și cel al

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 540-544.

științelor sociale pe de altă parte. Aceasta mai înseamnă că se incită spre pluralism epistemologic care să degajeze și să coreleze virtualitățile științifice ale dogmaticii juridice cu virtualitățile practice alternative propuse de științele sociale.

Această abordare antrenează cercetarea unor concepte care depășesc granițele unei singure discipline științifice, precum interdisciplinaritate, pluridisciplinaritate, transdisciplinaritate.

### § III. Orizontul integrativ în știință și cunoașterea juridică

Familia de concepte aptă să configureze diferite domenii ale cunoașterii, să traseze diferite granițe epistemologice, mai mult sau mai puțin relative și deschise, evocă abordări disciplinare, pluridisciplinare, interdisciplinare, transdisciplinare, participative, integrative ș.a.

Astfel fără a exclude interferențele și constatând diferențe de grad și calitate se poate reține la modul extrem de schițat că:

- Abordarea disciplinară trimite la cunoștințele din interiorul și în limitele unei discipline unice;

- Abordarea pluridisciplinară constată prezența unei probleme în mai multe discipline, situație care permite comparații, fără a se escalada granițele convenționale dintre discipline, coexistența unor abordări diferite care vizează un obiect comun;

- Abordarea interdisciplinară trece granițele disciplinare pentru a crea noi teorii;

- Abordarea transdisciplinară constată interdisciplinaritate și participări diverse, dinamice, aptă să coopteze paradigme contrastante. Se depășesc puncte de vedere particulare ale unor discipline pentru a produce o gândire relativ autonomă, un nou obiect, o nouă metodă, un limbaj nou și comun-esperanto științific, acuzată de utopic, fiind asaltată de toate câmpurile științifice cunoscute;

- Abordarea participativă de coagulare a unor diverși participanți în jurul soluționării unei probleme;

- Abordarea integrativă de relaționare, concertare, fuzionare.

Cu privire la statutul științific al cunoașterii integrative indicat de filosofia științei am reținut sinteza și rezultatul cercetărilor autorilor Frodeman, R, Klein Jt., Mitcham, C, expuse în lucrarea „Handbook of interdisciplinarity” (Oxford University Press), 2010<sup>4</sup> care relevă:

- să o abordăm ca o problemă taxonomică- de organizare a cunoștințelor-aptă să coreleze cunoștințe teoretice, instrumente și proceduri metodologice cât și aplicații practice. Poziția sa se conturează în raport de:

- o anumită zonă ontologică, un anumit obiect de cercetare, care în cazul cunoașterii integrative ar survola granițele dintre diverse realități și s-ar întemeia pe multiplele straturi ale realității- micro-macro-cosmic-unitare.

---

<sup>4</sup> Frodeman R., Klein Jt., Mitcham C., *Handbook of interdisciplinarity*, Oxford University Press, 2010, pp. 1-31



- Tipul de cunoaștere promovat este configurat nu din concepte primare-despre realitate, ci din concepte din diverse discipline, care în relație cu o anumită disciplină științifică vizează structuri mai profunde, configurându-se o știință structurală, concertând patternuri, abstracțiuni structuri specifice și elemente de autoorganizare.

- Anumită metodologie care valorifică metode cu potențial metadisciplinar precum modelarea sau simulările pe calculator dar și o strategie specifică.

- Problemele identificate, abordarea fiecărui caz nou, valorifică prin munca diversilor experți experiența din diferite contexte, din mii de cazuri, coordonând o anumită metaînțelegere în atingerea unui scop orientat interdisciplinar. Se abordează deductiv aplicând viziuni generale asupra unui caz, dar și inductiv ridicând un caz în orizont general relevând cazuri exemplare, elemente de validitate universală, conceptualizând, construind tipuri ideale - Max Weber - care pot fi exportate spre alte sisteme. Astfel, se stimulează o anumită convergență teoretică privind elemente dispersate în cunoașterea locală, societală sau universală.

Dacă abordarea coerentistă<sup>5</sup> își propune analiza unor daturi din câmpul cunoașterii juridice prin prisma sesizării unui numitor comun cu privire la unele aspecte, abordarea integrativă în drept vizează deziderate mai ample și specifice, în raport cu nevoile teoretice și practice, între care:

- O abordare noncompartimentală, dar nu amorfă, în care granițele în cunoaștere nu sunt numai relative și temporare dar sunt „închideri care deschideri”,

- Sporește arsenalul metodologic și îl concertează conform unei strategii integrative, pentru acțiunea practică;

- O atitudine cognitivă activă, de descoperire și atragere a unor informații pluridisciplinare relevante în domeniul juridic;

- Conectarea de abilități cognitive din mai multe surse și experiențe, perspective și contexte;

- Valorificarea unor teze de cunoaștere juridică respinse sau abandonate la un moment dat;

- Depășirea stadiului inventarierii acestora prin corelare, ajustare, adaptare funcțională, inovare, reconstruire; S-a spus metaforic că se construiesc poduri și se fac restructurări care vizează o nouă coerență a întregului.

- Abordează holistic, în vederea soluționării problemelor juridice dintr-o perspectivă multinivelară, instituțională, culturală, globală.

Conceptul de cunoaștere integrativă s-ar configura ca un concept de coordonare a unui tablou caleidoscopic a cunoașterii juridice care estompează excluderea dogmatică și intoleranța. El încearcă să coreleze diverse moduri de gândire- unele neglijate sau greșit apreciate, într-o activitate comună de soluționare a problemelor juridice.

Ca un concept unificator al discursului modern, cu antecedente încă în filosofia greacă, el încearcă să fie un remediu pentru efectele nocive ale specializării excesive-

---

<sup>5</sup> Peczenik A., *Scientia Juris, Legal doctrine as knowledge of law and as a source of law*, vol. 4, A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, pp. 137-167, Dordrecht, 2005.

formarea de „ciclopi” (după o expresie a lui M. Bunge) inclusiv în domeniul juridic. Familia de concepte -disciplinar-multidisciplinar-interdisciplinar- poate coopta cu o fizionomie distinctă-integrativă ca un nou membru apt să aibă competențe în depășirea a ceea ce este blocat, izolat, fragmentar, întrerupt, în promovarea complementarității în numele soluționării unor probleme, ca o expresie cardinală, performantă a interdisciplinarității.

El poate fi privit cu neîncredere în numele unei solidarități de castă excesive, puțin dispusă să cedeze din conservarea unor poziții elitiste, fiind cotate între specialități, deci nefiind demn de încredere, greu publicabil, cu efecte apreciate ca modeste în raport de diverse costuri.

- Abordarea epistemologică a conceptului de cunoaștere integrativă este în măsură să depășească specializarea științifică înțeleasă ca dogmă, de pildă atunci când abordarea cantitativistă se proclamă singura științifică în raport cu abordarea calitativistă, hegemonia și colonizarea de cunoștințe. De la suveranitatea epistemologică proclamată de unele concepții sau de la abordarea epistemologică divergentă s-ar putea trece prin depășirea segmentării, la simultaneitate și integrarea în structuri și configurații, la o epistemologie de cooperare, conlucrare și coagulare, care valorifică experiența integrală a științei, în soluționarea unor probleme.

- Nu este vorba de un simplu deziderat, interacțiunile obiective întemeiază integrarea, iar pluralismul epistemologic este susținut de principiul că orice singur mod de a înțelege un fenomen complex este insuficient (Longino, 2002). Aceasta implică:

- să recunoști valoarea și valabilitatea mai multor moduri de cunoaștere în soluționarea unor probleme;

- să găsești un numitor comun al epistemologiilor particulare, de pildă omul ca ființă juridică pe teren juridic;

- să operaționalizezi modurile diferite de abordare prin „negocieri” continue în planul cunoașterii, evidențiind mai degrabă modalitățile de apropiere decât de a face compromisuri.

Coalitia de perspective, convergența spre valorile contextuale, acțiunea bazată pe epistemologii multiple, conturează cunoașterea integrativă ca o nouă paradigmă a producției științifice, distribuită social, orientată spre transdisciplinaritate și aplicație, cu responsabilități multiple, aptă să depășească bariere epistemologice, să folosească concepte integrative și metodologii adecvate.<sup>6</sup>

În acest context virtuțile abordării integrative par a fi promițătoare și în cunoașterea juridică. Aceasta poate fi aptă să inspire un program epistemologic integrativ minimal în care să combată cu argumente dogmatismul, să reanalizeze granițele epistemologice ca închideri care deschid, cu accent pe cooperare și nu pe excludere. De exemplu, diviziuni și frontiere ca: știință-doctrină; știința naturii-știință socială, știință juridică; public-privat; drept intern-drept extern; abordare doctrinară internă-abordare externă;

---

<sup>6</sup> Stuart H., *Disciplinary hegemony meet interdisciplinarity ascendancy: Can interdisciplinary/integrative studies survive, and if so how? Issues in Integrate Studies*, 23, 1-37, 2003, pp. 1-37.

teorie juridică-filosofie; concepte-practică; drept-filosofie, sociologie, politică; drept laic-drept religios; modernism – postmodernism; ș.a.

În această abordare paradigmele de cunoaștere juridică –chiar contrastante -sunt stimulate să comunice, să accepte noi paradigme cu un potențial integrativ mai mare ca de pildă paradigma comunicațională.

#### **§ IV. Abordarea integrativă în aria disciplinei universitare - teoria generală a dreptului -**

Disciplina academică TGD pare un caz interesant în raport cu abordarea interdisciplinară și cu corolarul ei integrativitatea. Obiectul ei se instituie în mod inerent prin participarea unor discipline de ramură din aria juridității și vizează o perspectivă complexă asupra acesteia, având în prim-plan dreptul, ca sistem normativ specific. Dar punctul de vedere intern se vădește insuficient pentru realizarea acestui obiectiv, contribuții interdisciplinare externe-sociologice, politologice, economice ș.a. - fiind necesare. Și totuși, exigența interdisciplinarității nu este imperioasă, în sensul că, ignorarea unei abordări sau alteia nu face insolubilă problema- o anumită viziune propusă, mai mult sau mai puțin parțială. În raport de o abordare interdisciplinară cerută imperios- de pildă soluționarea unei probleme ecologice s-ar bloca, nu ar fi posibilă fără o abordare interdisciplinară integrativă, la diverse niveluri- fizic, chimic, geografic, demografic etc.

- Am putea considera că este vorba de o interdisciplinaritate integrativă de gradul 2, „soft,” dar nu mai puțin importantă.

- Avem în vedere obiectivele și problematica actuală extrem de bogată, dispersată, parcelată, eclectică, ilustrativă, cu privire la care prof. W.Twining<sup>7</sup> remarcă noi provocări, controversate, dezvoltări:

- În condițiile contemporane ale „globalizării” viziunea integratoare a acestei discipline trebuie să se concentreze și să distingă diverse niveluri, ordini și relații de la ceea ce este local și regional până la ceea ce este continental și global.

- „Noua teorie generală a dreptului” trebuie să reflecteze asupra pluralismului și complexității societății contemporane care include imperii, alianțe, coaliții, circuite comerciale, „lumi” tradiționale (lumea creștină, lumea arabă, grupuri de putere, coaliții militare, corporații multinaționale etc.

- Toate acestea impun ca „paradigma” teoria generală a dreptului să își asume universalitatea și generalitatea recunoscându-se faptul că „dreptul modern de stat” este doar un caz particular al acestei paradigme.

- Altfel spus teoria generală a dreptului trebuie să analizeze și să teoretizeze pluralismul juridic, să depășească obsesiva preocupare pentru dreptul națiunilor stat și pentru dreptul internațional public incluzând și alte tradiții juridice majore în special

---

<sup>7</sup> William Twining, *General Jurisprudence, Law and Justice in a Global Society*, Universidad de Granada, Mayo 2005, pp. 609-644.

cele religioase cum este dreptul islamic, reorientând disciplina spre comparații și generalizări care să traverseze tradiții juridice și culturi, care să rețină multiculturalismul. Altfel spus afinitatea spre planul general nu trebuie să ignore localul și particularul care de fapt pot contribui la noi generalizări ca de ex.: comerțul internațional, dreptul emigrării, dreptul internetului, dreptul mediului, dreptul de proprietate intelectuală ș.a.

- Funcțiile teoretice ale acestei discipline sunt configurate într-un proces complex de cunoaștere care încearcă să sintetizeze, să ofere o imagine totalizatoare asupra dreptului, să elucideze, să construiască și să rafineze concepte, să analizeze și să dezvolte teorii normative și ordini juridice, să construiască poduri spre alte discipline, să analizeze istoria dreptului și să-i desprindă experiența și mai ales să examineze critic diverse feluri de discurs despre drept.

În ceea ce ne privește, am optat pentru această abordare propunând studenților o lucrare în materie care reține:

ca sens al acestei teorii integrative setul de valori exprimat de conceptul de finalități ale dreptului; ca ax *director* raționalitatea juridică înțeleasă ca respect față de logicitate dar și ca depășire a acesteia integrând mesajele care „vin” din istoria dreptului, din confruntarea dreptului cu practica, cu problemele globale ale omenirii și tendințele viitorului, din atitudinea critică, ca metodologie care conferă nu rețete infailibile, ci propune standarde și criterii pluridisciplinare apte să potențeze specificul demersului juridic având totuși ca test decisiv modul în care ea dă satisfacție condiției umane a unei societăți și a unui timp istoric. Desigur am urmărit să suscităm gândirea juridică, pentru a intra în competiție cu alte puncte de vedere, complementare sau rivale, în beneficiul cunoașterii juridice.<sup>8</sup>

## BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

- o Ausburg, T., *Becoming interdisciplinary. An introduction to interdisciplinary studies*, 2<sup>nd</sup> edition, Kendall Hunt Publishing, New York, 2006.
- o Craiovan, I., *Tratat de teoria generală a dreptului*, (A Treatise of General jurisprudence), Ed. Universul Juridic, București, 2007.
- o Frodeman, R, Klein Jt., Mitcham, C, *Handbook of interdisciplinarity*, Oxford University Press, 2010.
- o Peczenik, A, *Scientia Juris, Legal doctrine as knowledge of law and as a source of law*, vol. 4, *A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*.
- o Stuart, H., *Disciplinary hegemony meet interdisciplinarity ascendancy: Can interdisciplinary/ integrative studies survive, and if so how? Issues in Integrate Studies*, 23, 1-37, 2003.
- o Twining, W, *General Jurisprudence, Law and Justice in a Global Society*, Universidad de Granada, Mayo 2005, pp. 609-644.

---

<sup>8</sup> I. Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, (A Treatise of General jurisprudence), Ed. Universul Juridic, București, 2007.

# Câteva cauze care înlătură răspunderea în Noul Cod civil român<sup>1</sup>

*Prof. univ. dr. Călina JUGASTRU*

*Prof. univ. dr. Adi Oroveanu HANȚIU*



## Comparative analysis on the capacity of witness in the criminal and civil trial

**Abstract:** Self-defense removes both civil liability and criminal liability; in the field of civil liability, „the deed is only a substantive menace”<sup>2</sup>, and does not imply a social danger specific to criminal law. The offender shall not be liable for the damage as long as the conditions laid down in Art. 1360 par. 1 of the Civil Code are met. In relation to the condition of proportionality, transgression of self-defense enters into the equation, with relevance also in terms of the causes that exclude civil liability.

Art. 1361 of the Civil Code regulates the effects of the state of necessity. Persons who destroy or damage property of another to defend them or to defend their property from an injury or imminent danger, shall repair that damage.

Trade secret refers to the information which, either totally or by accurate joinder of its elements, is not generally known or is not accessible to people in the environment normally dealing with this kind of information and which acquires commercial value by being confidential, and the owner has taken reasonable measures to be kept under secrecy whilst considering the circumstances. Trade secret protection is governed mainly by Law no. 298/2001 regarding the amendment and completion of Law no. 11/1991 on combating unfair competition.

**Keywords:** civil liability, exemption from liability cases, self-defense, state of necessity, trade secret.

### § Preliminarii

Noul Cod civil acordă un spațiu generos cauzelor de exonerare de răspundere civilă. Legitima apărare, starea de necesitate, forța majoră, cazul fortuit, fapta victimei

---

<sup>1</sup> „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013”.

<sup>2</sup> C. Niculeanu, *On the legal content of self-defense, regulated by art. 44 par. 2<sup>1</sup> of the Criminal Code*, in *The Law*, no. 8/2003, p. 128.

sau a tertului, săvârșirea faptei în îndeplinirea unei activități impuse sau permise de lege ori în executarea unui ordin al superiorului, săvârșirea faptei păgubitoare în exercitarea normală și legală a unui drept subiectiv, consimțământul victimei – înlătură răspunderea civilă<sup>3</sup>. Fiecare dintre acestea necesită o discuție amplă, întrucât noua reglementare civilă păstrează, într-o anumită măsură, o linie de continuitate, dar aduce și elemente de noutate față de Codul civil de la 1865. Abordăm, în cele ce urmează, două dintre cauzele care înlătură caracterul ilicit al conduitei păgubitoare: legitima apărare și starea de necesitate.

## § Legitima apărare

### ↳ *Notiune, condiții*

Starea de legitimă apărare înlătură atât răspunderea civilă, cât și răspunderea penală; în sfera răspunderii civile, „fapta prezintă numai pericolozitate materială”<sup>4</sup>, nu și pericolul social specific dreptului penal. Autorul faptei nu va putea fi obligat la repararea prejudiciului, atâta timp cât sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 1360 alin. (1) C. civ. Persoana care răspunde atacului sub imperiul legitimei apărări, nu se bucură de voință de acțiune. Cu privire la legitima apărare – cauză de înlăturare a răspunderii penale – s-a subliniat că este o modalitate a constrângerii psihice, care îl silește pe cel constrâns să comită un fapt penal, pentru a se salva pe el sau pentru a salva pe altul<sup>5</sup>. Din perspectiva dreptului civil, agresiunea îndreptată împotriva valorilor menționate îl constrânge pe cel atacat la o ripostă imediată, menită să respingă atacul și să săvârșească fapta prejudiciabilă.

Înlăturarea ilicitului civil (în acest caz), lipsa caracterului ilicit al faptei necesită întrunirea condițiilor cumulativ impuse de lege. Noul Cod civil nu conține prevederi de definire a legitimei apărări și nici nu menționează care sunt cerințele acesteia, astfel încât recurgem (la fel cum s-a procedat și sub imperiul Codului civil de la 1865<sup>6</sup>) la dispozițiile în materie ale actualului Cod penal (art. 44<sup>7</sup>).

---

<sup>3</sup> Ambele forme ale răspunderii civile sunt guvernate de principiul reparării integrale a prejudiciului și de principiul reparării în natură (pentru conținutul principiilor, a se vedea G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2010, pp. 83-226).

<sup>4</sup> C. Niculeanu, *Despre conținutul juridic al legitimei apărări, reglementată de art. 44 alin. (2)<sup>1</sup> din Codul penal*, în *Dreptul* nr. 8/2003, p. 128.

<sup>5</sup> V. Dongoroz, *Drept penal* (reeditarea ediției din 1939, Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 359).

<sup>6</sup> Pentru această cauză de înlăturare a răspunderii civile, potrivit reglementării anterioare, a se vedea L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 363; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008 p. 17-179; I. Dogaru, P. Drăghici, *Bazele dreptului civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 271 și 272.

<sup>7</sup> Cu privire la această cauză de înlăturare a răspunderii penale, O. Schmidt-Hăineală, *Legitima apărare în noua reglementare. Prezumție absolută sau relativă*, în *Dreptul* nr. 2/2003, pp. 127-129; C. Naghi, T. Dima, *Instituția legitimei apărări după modificarea suferită prin Legea nr. 169/2002*,

Codul civil prevede că nu este dator să plătească despăgubiri cel care, aflându-se în legitimă apărare, a cauzat agresorului un prejudiciu. Persoana acționează în stare de legitimă apărare atunci când săvârșește fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat și injust, care pune în pericol persoana sau drepturile celui atacat ori interesul obștesc, dacă apărarea este proporțională cu gravitatea atacului. Se prezumă că este în legitimă apărare și cel care comite fapta în scopul de a respinge pătrunderea fără drept a unei persoane, prin violență, efracție ori prin alte asemenea mijloace ori în timpul nopții, într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ținând de acestea.

Pentru a fi în prezența legitimei apărări, sunt necesare următoarele *condiții*, desprinse din textul art. 44 alin. (2) C. pen.: a. *atacul material, direct, imediat și injust* trebuie să fie îndreptat asupra persoanei care se apără, împotriva unei alte persoane ori împotriva unui interes general. Atacul *material* se realizează prin acțiuni sau inacțiuni ce primejduiesc fizic valoarea apărată prin dispoziția legală. Atacul verbal ori concretizat în scris nu justifică legitima apărare. Materialitatea atacului rezultă atât din utilizarea unor mijloace ofensive, cât și din anumite atitudini pasive agresive. Dacă fapta ilicită creează un pericol nemijlocit pentru valoarea ocrotită, atacul este *direct*. În doctrină s-a considerat că atacul trebuie considerat direct chiar în absența contactului nemijlocit cu valoarea în cauză. Legea impune condiția atacului *imediat*, în sensul că pericolul s-a ivit deja (pericol actual) ori este pe cale de a se produce (pericol iminent). De regulă, reperul în funcție de care este caracterizată agresiunea este intervalul scurt de timp între momentul începerii atacului și momentul apariției pericolului. Simpla presupunere că atacul ar putea avea loc nu este suficientă pentru invocarea legitimei apărări; b. *atacul trebuie să fie îndreptat împotriva persoanei care se apără, împotriva drepturilor acesteia sau împotriva unui interes obștesc*. Persoana atacată sau drepturile acesteia trebuie să se afle într-un *pericol grav*, care să justifice apărarea, în condițiile art. 44 C. pen. Pierderea vieții, cauzarea unei vătămări corporale, a unei infirmități, distrugerea unui bun de valoare și alte asemenea posibile urmări reprezintă pericole grave; c. *apărarea trebuie să fie proporțională cu gravitatea atacului*.

➡ *Repararea prejudiciului conform art. 1361 alin. (2) și art. 1362 C. civ.*

În raport de condiția proporționalității, intră în ecuație depășirea limitelor legitimei apărări, cu relevanță și din perspectiva cauzelor ce exclud răspunderea civilă. Depășirea limitelor legitimei apărări înseamnă riposta prejudiciabilă determinată de starea de tulburare sau de teamă în care se găsea cel atacat, sub presiunea unei agresiuni materiale, directe, imediate și injuste, ce pune în pericol grav persoana ori interesul general. Noul Cod civil nu aduce explicații privind depășirea limitelor legitimei apărări; precizează doar că săvârșirea unei infracțiuni, prin depășirea limitelor legitimei apărări, justifică obligarea la despăgubiri a celui care a suferit atacul (inițial). Depășirea limitelor legitimei apărări se caracterizează printr-o tulburare emoțională intensă sau prin starea de teamă a celui atacat, împrejurări care îl împiedică să realizeze, într-un timp foarte scurt, o analiză lucidă a proporției dintre atac și apărare<sup>8</sup>.

---

în *Dreptul*, nr. 7/2003, p. 110-113; F.D. Dăscălescu, *Legitima apărare în contextul evoluției legislative preconizate în cadrul proiectului noului Cod penal*, în *Dreptul* nr. 1/2004, pp. 116-118.

<sup>8</sup> V. Pașca, *Cauzele care înlătură caracterul penal al faptei*, în M. Basarab, V. Pașca, G. Mateuț, C. Butiuc, *Codul penal comentat, Vol. I. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 281.

Legitima apărare se caracterizează printr-o apărare proporțională cu gravitatea atacului; excesul neimputabil are drept caracteristică depășirea limitelor unei apărări proporționale cu atacul, din cauza tulburării sau temerii sub imperiul căreia s-a aflat cel care a săvârșit fapta pentru a înlătura atacul<sup>9</sup>. Facem diferența între excesul neimputabil [care se găsește acum la art. 44 alin. (3) C. pen.] și excesul scuzabil, care constituie, din punctul de vedere al legislației penale, o circumstanță atenuantă legală [art. 73 lit. a) C. pen.<sup>10</sup>]. Dacă riposta exagerată nu a fost determinată de starea de tulburare sau temere provocată de atac, ci de indignarea, mânia, revolta în față agresiunii nejustificate, vom fi în prezența unei circumstanțe atenuante legale, cu repercusiuni asupra individualizării pedepsei. Noul Cod civil reglementează consecințele excesului de apărare, în planul dreptului civil. Afirmă că depășirea limitelor legitimei apărări (excesul neimputabil permite indemnizarea). Excesul de apărare justificat înlătură răspunderea civilă.

Art. 1.360 alin. (2) din noul Cod civil prevede că va putea fi obligat la plata unei indemnizații cel care a săvârșit o infracțiune prin depășirea limitelor legitimei apărări. Rezultă că sunt necesare două condiții pentru obligarea autorului la plata indemnizației: fapta să întrunească elementele constitutive ale infracțiunii; limitele legitimei apărări să fie depășite (datorită „tulburării sau temerii”). Prin săvârșirea unei infracțiuni, chiar sub stăpânirea tulburării sau a temerii, victima inițială devine agresor. Fapta sa prezintă pericol social, fiind întrunite toate condițiile infracțiunii. Acesta este argumentul pentru care autorul riposteii-infracțiune va putea fi obligat la indemnizare. Quantumul indemnizației trebuie să fie adecvat și echitabil, în raport de circumstanțele săvârșirii faptei. Starea de tulburare sau temerea vor fi apreciate de la caz la caz, în funcție de starea psihică și fizică a celui care se apără, putând fi dovedite prin orice mijloc de probă<sup>11</sup>. Considerăm că primul criteriu operațional în evaluarea prejudiciului și în stabilirea indemnizației este echitatea. Principiul echității constituie unul dintre principiile generale ale dreptului. Potrivit art. 1 C. civ. „sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului”<sup>12</sup>. Echitatea este principiu fundamental care acoperă nu numai dreptul civil, ci oricare dintre ramurile dreptului. Validitatea normei de drept rațional se legitimează și pe corectitudinea conținutului ei, justificat din perspectivă morală<sup>13</sup>.

Dacă fapta păgubitoare, care întrunește trăsăturile infracțiunii, a fost săvârșită prin depășirea limitelor legitimei apărări, dar în interesul unei terțe persoane, devine aplicabil art. 1362 C. civ. Fundamentul și efectele sunt cele ale îmbogățirii fără justă

<sup>9</sup> ÎCCJ, s. pen., dec. nr. 686/26 februarie 2008, pagină web consultată la 25 septembrie 2011).

<sup>10</sup> A se vedea C. Turianu, *Reflecții în legătură cu diferențierea dintre forma „excesului justificat” și „excesului scuzabil” în cazul legitimei apărări*, în *Dreptul nr. 4/2002*, pp. 161-165.

<sup>11</sup> L. Biro, *Considerații referitoare la depășirea limitelor legitimei apărări*, în *Revista română de drept*, nr. 3/1970, p. 110.

<sup>12</sup> Pentru explicații, a se vedea M. Nicolae, *Codex Iuris Civilis. Noul Cod civil*, Ediție critică, Tomul 1, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 33.

<sup>13</sup> În legătură cu conceptul etic de validitate a dreptului, R. Alexy, *Conceptul și validitatea dreptului*, Ed. Paralela 45, București, 2008, p. 111 și urm.



cauză. Temeiul sau cauza îmbogățirii desemnează, în acest context, titlul juridic ce legitimează sporul patrimonial și însărăcirea corelativă.

Într-o scurtă paranteză menționăm că până la noul Cod civil nu a existat un text de principiu dedicat îmbogățirii fără justă cauză, fiind recunoscute doar aplicații legale ale acesteia. Așa cum expresiv s-a subliniat, „instituația îmbogățirii fără titlu – convențional sau legal – este una autonomă, iar *actio de in rem verso* este o veritabilă acțiune originală, suficientă siesi; ambele sunt construcții jurisprudențiale și ficționale, în afara normelor dreptului pozitiv, pentru a complini – poate discutabil – lacunele dreptului”<sup>14</sup>. Noul Cod civil oferă prima reglementare a acestui fapt licit, căruia îi recunoaște calitatea de izvor autonom de obligații civile<sup>15</sup>. Fundamentul îmbogățirii fără justă temei a fost plasat diferit, în decursul timpului, fie pe tărâmul echității care trebuie să guverneze dreptul civil, fie în zona „gestiunii de afaceri anormale”, fie în rândul acțiunilor delictuale, ori a riscului activităților generatoare de profit sau a echilibrului patrimonial<sup>16</sup>.

Excesul neimputabil presupune întrunirea cumulativă a condițiilor pe care art. 1345 C. civ. le impune îmbogățirii fără justă cauză: *îmbogățirea*<sup>17</sup> (avantaj patrimonial pe care îl dobândește pârâtul în detrimentul reclamantului); *însărăcirea* (diminuarea activului patrimonial); *conexitatea îmbogățire-însărăcire* (un patrimoniu se îmbogățește în detrimentul altuia, fiind suficientă cauza unică sau originea comună celor două fenomene, îmbogățirea și însărăcirea); *absența temeiului legitim* („temei legitim” sau „cauză justă” sunt, spre exemplu, hotărârea judecătorească sau actul juridic în baza cărora are loc creșterea patrimoniului unei persoane, corelativ diminuării patrimoniului alteia sau situațiile prevăzute de art. 1346 C. civ.); *buna-credință a îmbogățitului* (dacă îmbogățitul este în culpă, ne plasăm pe tărâmul răspunderii civile delictuale).

Depășirea limitelor legitimei apărări generează un raport obligațional în temeiul căruia îmbogățitul (cel care a depășit limitele legitimei apărări devine debitor al obligației de restituire, al cărei creditor este cel însărăcit). Dubla limită sau dublul plafon care îngreșește pretențiile însărăcitului este menționată în art. 1345 C. civ.: „în limita propriei îmbogățiri” înseamnă în măsura sporului patrimonial de care a beneficiat îmbogățitul, chiar dacă însărăcirea este mai mare (buna-credință care fundamentează creșterea patrimonială explică de ce îmbogățitul nu este ținut să plătească dobânzile legale ori să restituie fructele); „în măsura pierderii patrimoniale”, chiar dacă

<sup>14</sup> I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 319.

<sup>15</sup> Cu privire la dispozițiile noului Cod civil în materia îmbogățirii fără justă cauză, L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 369-376.

<sup>16</sup> Pentru detalii privind teoriile respective, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 13<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 39-41, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> édition, Defrénois, Paris, 2009, p. 579-580; I. Deleanu, *Ficțiunile juridice...*, pp. 316-319.

<sup>17</sup> A se vedea C.A. Păun, *Definirea condițiilor economice ale acțiunii de in rem verso în dreptul românesc*, în RRDP nr. 5/2007, pp. 60-70.

îmbogățirea a fost mai mare (în cazul în care valoarea îmbogățirii este superioară pagubei reclamantului, restituirea va fi determinată de valoarea cea mai mică, altfel s-ar îmbogăți fără cauză reclamantul.

### § Starea de necesitate

Art. 1361 C. civ. reglementează efectele stării de necesitate. Persoana care distruge sau deteriorează bunurile altuia pentru a se apăra pe sine sau pentru a apăra propriile bunuri de un prejudiciu sau de un pericol iminent, este obligat să repara prejudiciul cauzat. Codul civil de la 1865 nu a definit starea de necesitate, apelul făcându-se la dispozițiile legii penale. Starea de necesitate este definită actualmente în Codul penal, în art. 45 alin. (2).

*Nu este obligată la repararea prejudiciului, persoana care acționează pentru a salva de la un pericol iminent și care nu putea fi înlăturat altfel, viata, integritatea corporală sau sănătatea sa, a altuia ori un bun important al său sau al altei persoane ori un interes obștesc, dacă urmările faptei nu sunt vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce în cazul când pericolul nu era înlăturat.*

Pentru a exista stare de necesitate, sunt necesare, în mod cumulativ, câteva condiții: a. *pericolul care amenință valorile legal ocrotite să fie iminent* – pe cale de a se produce; b. *pericolul trebuie să amenințe valori strâns legate de ființa umană* – viața, sănătatea, integritatea corporală (a făptuitorului sau a altei persoane) sau bunuri importante din punct de vedere artistic, științific etc. (ale făptuitorului sau ale altuia) *ori interesul obștesc*. Importanța valorilor sociale justifică înlăturarea caracterului ilicit al faptei; c. *amenințarea cu un rău trebuie să fie inevitabilă*, astfel că fapta păgubitoare apare ca indispensabilă salvării valorilor menționate; d. *conduita autorului faptei să fie necesară*, în sensul de a reprezenta singura cale de a evita atingerea vieții, integrității, bunurilor sau interesului obștesc. Dacă cel aflat sub amenințarea pericolului avea la îndemână și alte mijloace de salvare, recurgerea la săvârșirea faptei nu este justificată. În concret, la aprecierea necesității se ține seama de persoana celui în cauză și de toate împrejurările de fapt; e. *valoarea pagubei provocate prin fapta de apărare să fie vădit inferioară valorii prejudiciului ce s-ar fi produs dacă pericolul nu ar fi fost înlăturat.*

*Nu este obligată la repararea pagubei, în condițiile răspunderii civile, persoana care distruge sau deteriorează bunurile altuia pentru a se apăra pe sine ori bunurile proprii de un prejudiciu sau pericol iminent.* Potrivit art. 1361 C. civ. persoana păgubită de către cel aflat în stare de necesitate poate cere satisfacție pe temeiul îmbogățirii fără justă cauză. Salvarea bunurilor celui aflat în stare de necesitate se realizează cu prețul atingerii valorilor patrimoniale ale unei persoane în sarcina căreia nu se poate reține vreo culpă. Este fără dubiu că cel păgubit nu își va putea valorifica pretențiile pe tărâmul răspunderii civile, atâta timp cât sunt întrunite condițiile art. 1361 C. civ. Ar fi inechitabil însă ca cel prejudiciat să rămână nedespăgubit, ca efect al salvării unor valori care aparțin altuia.

Este rațiunea pentru care, încă sub imperiul vechiului Cod civil, s-au căutat alte soluții în vederea îndestulării celui prejudiciat prin fapta de salvare<sup>18</sup>. Dreptul francez este, de asemenea, favorabil recurgerii la o soluție de indemnizare<sup>19</sup>. Cel prejudiciat va putea face uz de acțiunea în restituire întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză. Se va verifica întrunirea condițiilor cerute îmbogățirii fără justă cauză, conform art. 1345-1348 C. civ. În ipoteza în care păgubitul a consimțit la producerea prejudiciului în propriul patrimoniu, pentru salvarea valorilor aparținând altuia, devine operantă restituirea întemeiată pe gestiunea de afaceri. Noul Cod civil a consacrat orientarea doctrinară anterioară noului Cod civil. Soluția este întrutotul justificată, întrucât dă expresie echității. Precizăm că, dacă fapta a fost săvârșită în interesul unui terț, păgubitul se va îndrepta împotriva acestuia (așa cum rezultă din art. 1362 C. civ.), *actio de in rem verso* fiind întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză.

Persoana prejudiciată se va putea îndrepta cu acțiune în despăgubiri împotriva celui pentru care a acționat persoana aflată în situația de la art. 1360 alin. (2) C. civ. Art. 1360 alin. (2) se referă la cazul în care fapta prejudiciabilă a fost săvârșită prin depășirea limitelor legitimei apărări, în condițiile în care sunt întrunite și elementele constitutive ale infracțiunii. În asemenea ipoteză, este permis ca cel care depășește limitele legitimei apărări să fie obligat la o indemnizație adecvată și echitabilă. Acțiunea în reparare va fi îndreptată împotriva terțului pentru care a acționat cel ce a depășit limitele stării de legitimă apărare. În a doua situație vizată de art. 1362, persoana aflată în stare de necesitate, a săvârșit fapta prejudiciabilă în interesul unei terțe persoane. Aceasta din urmă va avea calitate procesuală pasivă în acțiunea inițiată de victima prejudiciului.

În ambele ipoteze la care se referă art. 1362 C. civ., fundamentul reparării prejudiciului îl constituie îmbogățirea fără justă cauză. Autorul faptei este exonerat de răspundere, dar obligația de reparare subzistă pe terenul faptului juridic licit. Soluția este justificată, deoarece nu este echitabil ca cel păgubit, deși nu are nicio culpă, să nu poată obține nicio reparație. Condițiile și efectele îmbogățirii fără justă cauză sunt reglementate la art. 1345-1348 C. civ. Terțul va restitui valoarea cu care s-a îmbogățit, în măsura pierderii patrimoniale suferite de cealaltă persoană<sup>20</sup>.

## § Divulgarea secretului comercial

Art. 1363 C. civ. plasează divulgarea secretului comercial în rândul cauzelor care exonerează de răspundere civilă, dacă divulgarea este dictată de rațiuni ce privesc

---

<sup>18</sup> Cu privire la soluțiile preconizate, a se vedea M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972, pp.157și 158; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor...*, p.180.

<sup>19</sup> P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2<sup>e</sup> édition, Litec, Paris, 2009, p. 216.

<sup>20</sup> Depășirea limitelor stării de necesitate constituie circumstanță atenuantă legală, conform art. 75 lit. c) C. pen.

sănătatea sau siguranța publică<sup>21</sup>. Textul de lege este inedit. Păstrarea secretului comercial revine specialiștilor<sup>22</sup> care activează în afaceri și care au obligația de a păstra confidențialitatea cu privire la anumite informații din sfera profesională, în condițiile legii speciale.

Protecția secretului comercial este reglementată, în principal, prin Legea nr. 298/2001 privind modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale<sup>23</sup>. Dispoziții privind secretul comercial se găsesc însă și în corpul altor acte normative. Secretul comercial constă în informația care, fie în totalitate, fie prin conexarea exactă a elementelor acesteia, nu este în general cunoscută, ori nu este accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, iar deținătorul a luat măsuri rezonabile, ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret. Se menționează că protecția secretului comercial operează cât timp condițiile arătate anterior sunt îndeplinite<sup>24</sup>.

Încălcarea secretului comercial este faptă ilicită, care atrage răspunderea civilă a autorului divulgării. Ilicitul civil poate fi dublat de o contravenție sau, după caz, de o infracțiune. Fapta ilicită constă în „divulgarea, achiziționarea sau folosirea unui secret comercial de către un comerciant sau un salariat al acestuia, fără consimțământul deținătorului legitim al respectivului secret comercial și într-un mod contrar uzanțelor comerciale cinstite” [art. 1 pct. 4 lit. b) din Legea nr. 298/2001]. Este considerată a fi contrară uzanțelor comerciale cinstite, fapta de a utiliza, în mod neloial, secretele comerciale ale unui comerciant prin practici de genul neexecutării unilaterale a contractului sau utilizării unor proceduri neloiale, abuzului de încredere, incitării la delict și achiziționării de secrete comerciale de către terții care cunoșteau că acea achiziție presupune astfel de practici, de natură să afecteze poziția comercianților concurenți pe piață.

Potrivit art. 1363 C. civ., dezvăluirea secretului comercial este legitimată numai de împrejurări grave care privesc sănătatea sau siguranța publică. Evident, secretul comercial se circumscrie doar activităților licite, care presupun folosirea unor tehnici sau procedee care să asigure înfăietate producătorului și să stimuleze concurența pentru identificarea unor soluții competitive. Nu intră în discuție, sub haina secretului comercial, activitățile cu caracter ilicit ale unei persoane<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Pentru explicații privind această nouă situație care exonerează de responsabilitate civilă, a se vedea, A.-G. Atanasiu ș.a., *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 506; C.S. Ricu ș.a., *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență. Vol. II, Art. 953-1649*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 692.

<sup>22</sup> Noțiunea de „profesionist” vizează nu numai o singură categorie socio-profesională, ci mai multe – comerciant, întreprinzător, operator economic, alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale. S. Beligrădeanu, *Considerații în legătură cu efectele caracterului „monist” al Codului civil român actual asupra ființării, în continuare, a unui „drept comercial” în România*, în *Dreptul nr. 9/2012*, p. 19.

<sup>23</sup> M. Of. nr. 313 din 12 iunie 2001.

<sup>24</sup> Art. 1 pct. 2 lit. b) din Legea nr. 298/2001.

<sup>25</sup> P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații, în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 635.

Exemplificativ, împrejurările care se circumscriu acestor imperative de protecție privesc autorul sau circumstanțele săvârșirii unor infracțiuni la regimul sănătății publice, tranzacțiile financiare efectuate de persoane care au comis fapte de evaziune fiscală etc. De asemenea, sunt autorizate să divulge, în condițiile legii, secretul comercial de care au luat cunoștință în exercitarea atribuțiilor de control, persoanele care au astfel de atribuții în domeniul protecției consumatorului. Este vorba de personalul special împuternicit de autoritățile publice centrale și teritoriale, potrivit Legii nr. 296/2004 privind Codul consumului. Dovada că împrejurările divulgate erau de resortul sănătății sau siguranței publice aparține celui care a dezvăluit informațiile confidențiale.

Divulgarea secretului comercial, în împrejurări impuse de sănătatea sau de siguranța publică, se asimilează stării de necesitate<sup>26</sup>. Reglementarea unor situații în care dezvăluirea nu este ilicită este o modalitate de conciliere a secretului comercial cu o anumită transparență, absolut necesară circuitului comercial<sup>27</sup>.

Considerăm că se impune reglementarea de principiu a cazurilor în care divulgarea secretului profesional impusă de împrejurări grave, înlătură răspunderea civilă. Nu numai activitatea din sfera afacerilor poate cunoaște cazuri de excepție, în care confidențialitatea nu subzistă. Ori de câte ori obligația de păstrare a secretului profesional este impusă prin lege, există și posibilitatea dezvăluirii secretului, în condiții strict reglementate. Obligația de a păstra secretul profesional este expresia obligației de confidențialitate<sup>28</sup>, impusă prin lege pentru diferite profesii. Exemplificativ, cadrele medicale au obligația de a păstra secretul medical, tot așa cum comercianții au îndatorirea de a păstra secretul comercial. Secretul comercial este numai una dintre fațetele secretului profesional.

În general, necesitatea reglementării păstrării „secretului”, în activitățile profesionale, se fundamentează pe două aspecte: interesul public (general) în asigurarea încrederii impuse de exercitarea anumitor profesii și interesul individului de a se garanta securitatea informațiilor confidențiale privind operațiunile comerciale pe care le efectuează, situația financiară, sănătatea etc. Sunt obligați la păstrarea secretului profesional toți cei cărora le-au fost încredințate anumite informații sau care au intrat în posesia acestor date în virtutea profesiei ori funcției (avocați<sup>29</sup>, medici, notari, comercianți ș.a.). Încredințarea anumitor date cu caracter confidențial este, de regulă, necesară pentru satisfacerea interesului clientului. Profesionalistul devine, astfel, un confident necesar al clientului său. În absența obligației de păstrare a secretului

---

<sup>26</sup> În acest sens, L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele Noului Cod civil*, în RRDP nr. 1/2010, p. 158.

<sup>27</sup> D. Kling, *Le monde des affaires et le secret*, în M.-A. Frison-Roche, *Secrets professionnels*, Editions Autrement, Paris, 1999, p. 161.

<sup>28</sup> A se vedea I. Schiau, T. Prescure, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Analize și comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 454.

<sup>29</sup> Cu privire la răspunderea avocatului față de client, a se vedea V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Teoria generală, Ed. Național, București, 1996, pp. 102-104; R. Martin, *Droit de la profession de l'avocat*, în *Semaine Juridique*, Édition Générale, nr. 21 din 24 mai 2000, p. 961 și 962.

profesional<sup>30</sup>, persoana nevoită să apeleze la diferiți profesioniști poate fi expusă riscului unor consecințe neconvenabile, ca urmare a indiscreției acestora. Renunțarea la serviciile profesioniștilor (numai și pentru a evita un asemenea risc) ar duce la bulversarea activității unor servicii și a unor relațiilor sociale<sup>31</sup>.

În anumite cazuri, divulgarea secretului profesional exonerează de răspundere civilă. Motivația pentru care legea permite dezvăluirea informațiilor confidențiale în raport cu o anumită profesie, constă într-un interes general, care apare ca superior față de interesul particular. Considerăm că împrejurările grave, ce privesc sănătatea sau siguranța publică sunt singurele situații care justifică divulgarea, nu numai a secretului comercial, dar și a secretul profesional, în general. Facem trimitere, pentru exemplificare, la secretul medical, care este o formă a secretului profesional, prevăzută expres în legislația de gen.

Codul de deontologie medicală al Colegiului Medicilor din România<sup>32</sup> prevede că medicul este ținut să păstreze secretul profesional și să acționeze în acord cu dreptul fiecărei persoane la viață privată, din punctul de vedere al informațiilor referitoare la starea de sănătate. Aceste informații pot fi transmise, la cererea pacientului, exclusiv acestuia sau persoanei pe care pacientul o desemnează. Secretul medical este opozabil inclusiv membrilor familiei persoanei în cauză. Obligația de păstrare a secretului profesional subzistă și după încetarea relației profesionale medic-pacient sau după decesul pacientului. Divulgarea datelor privind starea de sănătate este posibilă numai în cazurile expres indicate prin lege.

Legea nr. 46/2003<sup>33</sup> rezervă un capitol dreptului la confidențialitate și la viață privată al pacientului, iar Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății<sup>34</sup> statuează, în art. 642 alin. (3) că personalul medical răspunde civil pentru prejudiciile ce decurg din încălcarea prevederilor privind confidențialitatea. Această ultimă lege include jurământul lui Hipocrat, în formularea modernă, adoptată de Asociația medicală Mondială în cadrul Declarației de la Geneva din 1975: "Odată admis printre membrii profesiunii de medic [...], voi păstra secretele încredințate de pacienți, chiar și după decesul acestora [...]"<sup>35</sup>. Unitățile medicale, publice sau private sunt ținute să răspundă, alături de personalul medical, pentru încălcarea secretului profesional. Conțin dispoziții, în acest sens, atât Legea nr. 95/2006, cât și Ordinul Ministrului Sănătății nr. 386/2004. Acest din urmă act normativ precizează că, în situațiile în

---

<sup>30</sup> Cu privire la obiectul secretului profesional, M.-A. Frison-Roche, *Secret et profession*, în M.-A. Frison-Roche, *Secrets professionnels...*, pp. 24-29.

<sup>31</sup> Nerespectarea obligației de păstrare a secretului profesional antrenează răspunderea civilă, dublată, atunci când fapta este infracțiune, de răspunderea penală.

<sup>32</sup> M. Of. nr. 298 din 7 mai 2012.

<sup>33</sup> Legea nr. 46/2003 privind drepturile pacientului a fost publicată în M.Of. nr. 70 din 3 februarie 2003.

<sup>34</sup> M. Of. nr. 372 din 28 aprilie 2006.

<sup>35</sup> Codul francez al deontologiei medicale prevede *in terminis*: secretul profesional este instituit în interesul pacientului și se impune fiecărui medic în condițiile stabilite de lege. În sfera secretului medical intră nu numai informațiile încredințate medicului prin natura profesiei, ci tot ceea ce acesta „a văzut, a auzit sau a înțeles”.

care se solicită informații cu caracter confidențial, unitățile au obligația să asigure respectarea cadrului legal privind furnizarea acestora. În al doilea rând, valorile ocrotite prin reglementarea secretului medical sunt primordiale. Actul medical nu poate fi conceput în absența colectării datelor referitoare la pacient, iar legea impune obținerea prealabilă a consimțământului informat al pacientului, întrucât obligația de informare care revine cadrului medical este o obligație de rezultat<sup>36</sup>. Întră sub incidența secretului medical totalitatea informațiilor privind starea pacientului, rezultatele investigațiilor, diagnosticul, prognosticul, tratamentul, datele personale. Toate acestea rămân secrete chiar și după decesul celui în cauză. Divulgarea secretului medical, în cursul urmăririi penale sau în fața instanței de judecată, este legitimată de același interes general, care se cere ocrotit: sănătatea sau siguranța publică. Dezvăluirea, de către cadrul medical, a identității unui pacient seropozitiv sau infectat cu hepatita C, pot fi autorizate, în condițiile legii (pentru a evita riscul de contaminare a altor persoane, fără să atragă răspunderea civilă).

<sup>36</sup> L.R. Boilă, *Răspunderea civilă delictuală subiectivă*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 400.

# Analiză comparativă privind calitatea de martor în procesul penal și procesul civil

*Prof. univ. dr. Adi Oroveanu HANȚIU\**,  
*Asist. univ. drd. Ana-Maria MORARU\**



## Comparative analysis regarding the witness in criminal and civil law suit

**Abstract:** Witness statements are admitted means of evidence used both in criminal and civil trials, but the difference is that while hearing of witnesses represents the rule in criminal proceedings, during the civil proceedings it is the exception. With the intent to emphasize the importance of testimonial evidence in criminal proceedings, we specify that the Code of Criminal Procedure does not make the probative value of this means of evidence subject to its corroboration with other means of evidence produced; this means that the statement of one witness may be sufficient to sentencing the defendant.

**Keywords:** Code of criminal procedure, means of evidence, witness statements, rule and exceptions in the criminal proceedings, rule and waivers in civil proceedings

### § 1. Considerații istorice asupra importanței acordate probei testimoniale

Pentru desemnarea mijlocului de probă reprezentat de declarațiile martorilor sunt folosite noțiuni precum: probă testimonială, dovadă testimonială, probă cu martori, probă prin declarațiile martorilor, mărturie sau martorii. Multitudinea sintagmelor care vizează același concept ar putea fi explicată prin vechimea acestui mijloc de probă, în sensul că istoria sa începe din timpuri îndepărtate, dar importanța oferită declarațiilor martorilor a variat de la o epocă la alta.<sup>1</sup> Astfel, în antichitate, dificultatea de preconstituire a unor documente scrise a generat răspândirea probei cu martori,

---

\* Autoarele sunt cadre didactice la Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea din Craiova.

<sup>1</sup> E. Moniz de Aragao, *Exegese do codigo de processo civil*, Aide Editora e Comercio de Livros Ltda, Rio de Janeiro, 1984, vol. IV-2, p.8.



cea ce a determinat și afirmația din Digeste: *testimoniorum usus frequens ac necessarius est*. Dacă perioada procedurii formulare se caracterizează prin faptul că proba testimonială a fost cea mai des utilizată, în perioada procedurii extraordinare situația este distinctă, iar importanța practică a probei cu martori este atenuată, fiindu-i subliniată fragilitatea.

O perioadă însemnată de timp a fost aplicabil principiul *testis unus testis nullus*, care consacra inadmisibilitatea probei printr-o singură declarație testimonială, în aceeași notă amintim pentru perioada antichității de sclavii, minorii și femeile care nu puteau depune mărturie, precum și condiționarea capacității de a fi martor de existența unui anumit patrimoniu.

O nouă etapă importantă a istoriei mijlocului de probă cunoscut sub denumirea de probă cu martori este reprezentată de principiul *lettres passent temoins* instituit prin Ordonanța lui Henric al III-lea din 1566, principiu conform căruia înscrierile trec înaintea martorilor, adică proba testimonială își pierde din autoritate, fără însă a-și pierde valoarea în totalitate. Cauza acestei transformări a constituit-o descoperirea tiparului, eveniment plasat istoric în secolul al XV-lea.

Referirile istorice anterioare reclamă completări ale evoluției probei cu martori în istoria dreptului românesc și o primă treaptă regăsește proba cu martori drept mijloc de probă cel mai des folosit, întrucât proba cu acte scrise era rar admisă, iar martorii erau aleși erau dintre oamenii buni, de bună-credință, dintre megieșii cunoscători ai faptului, dar și dintre bătrânii satului. În ceea ce privește categoria persoanelor care nu puteau să fie martori, aceasta cuprindea oamenii imorali, tâlharii, ucigașii, ereticii, cei din jurul părții sau rudele.<sup>2</sup> Documentele importante ale epocii: Codul Calimach, Pravila lui Matei Basarab, legiuirea Caragea, Manualul juridic al lui Andronache Donici conțin date referitoare la proba cu martori. O ultimă precizare care se impune are în vedere admisibilitatea probei de martori prevăzută în istoria dreptului românesc. Dacă vechile legi românești nu fixau nicio limită în sensul precizat, ulterior au fost stabilite unele limite ale utilizării probei cu martori, acest lucru având drept premise dezvoltarea civilizației, dar și identificarea fragilității mărturiilor.<sup>3</sup>

Conchidem prezentarea istorică a probei testimoniale cu o afirmație grăitoare asupra importanței acestui mijloc de probă în probațiunea judiciară: martorii sunt *ochii și urechile justiției*.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> P. Vasilescu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol.III, București, Institutul de arte grafice Eminescu, 1943, p.30.

<sup>3</sup> G. Cronț, I. Floca, Al. Georgescu, N. Grigiras, Vl. Hanga, A. Herlea, L. Marcu, I. Matei, D. Mioc, O. Sachelarie, N. Stoicescu, P. Strihan, V. Șotropa, R. Vulcănescu, *Istoria dreptului românesc*, vol.I, Ed. Academiei RSR, București, 1980, p.411.

<sup>4</sup> J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Ed. Bassage frères, Paris, 1823, vol. I, p. 93.

## § 2. Proba cu martori, regula în procesul penal și excepția în procesul civil<sup>5</sup>

Pentru că în secțiunea precedentă am subliniat importanța probei cu martori în perioade diferite ale istoriei, secțiunea aceasta debutează cu precizarea necesară conform căreia, în dreptul modern, proba testimonială este lăsată, întocmai ca și celelalte mijloace de probă, la libera apreciere a organului judiciar.

Practica judiciară a relevat faptul că în majoritatea cauzelor penale o contribuție esențială în vederea aflării adevărului este adusă de mijlocul de probă enumerat, prevăzut de Codul de procedură penală prin noțiunea *declarațiile martorilor*. Această constatare a fundamentat în literatura de specialitate<sup>6</sup> enunțarea punctului de vedere, la care achiesăm, potrivit căruia probei testimoniale i se atribuie caracterul de probă firească, inevitabilă, de instrument necesar de cunoaștere a împrejurărilor săvârșirii infracțiunilor. Un argument invocat<sup>7</sup> în susținerea caracterului de regulă uzuală a probei testimoniale în procesul penal se raportează la natura faptelor prevăzute de legea penală, în sensul că majoritatea infracțiunilor sunt săvârșite astfel încât deși lasă urme despre comiterea lor, nu lasă urme despre persoana făptuitorului, întrucât „acesta (făptuitorul nu eliberează acte pentru nelegiurile sale”.<sup>8</sup>

Un alt aspect care vine să confirme preeminența probei cu martori în procesul penal și caracterul de excepție al acesteia în procesul civil îl oferă analiza probelor preconstituite. Dacă în procesul civil probele preconstituite au o incidență însemnată, nu aceeași situație observăm în procesul penal, unde am putea afirma chiar că probele preconstituite sunt aproape imposibile și de aceea se recurge la cele știute de cei care au asistat la săvârșirea infracțiunii sau au cunoștință despre comiterea ei, astfel mărturia acestor persoane devine mijlocul de probă cel mai uzitat.

## § 3. Trăsăturile comune ale probei cu martori în procesul penal și procesul civil

În timp ce legea nr. procesual penală cuprinde o definiție a martorului în cuprinsul articolului 78 din Codul de procedură penală „*persoana fizică ce are cunoștințe despre vreo faptă sau despre vreo împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal*”, pentru procesul civil facem apel la doctrină și selectăm următoarele definiții propuse:

- martorii sunt persoane străine de proces care relatează, în fața instanței de judecată, fapte sau împrejurări concludente pentru soluționarea cauzei și de care au luat cunoștință personal;<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> I. Stoienescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Teoria generală*, E.D.P., București, 1977, p. 361.

<sup>6</sup> A. Ciopraga, *Evaluarea probei testimoniale în procesul penal*, Ed. Junimea, Iași, 1979, p. 10.

<sup>7</sup> A. Oroveanu Hantiu, *Drept procesual penal. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 174.

<sup>8</sup> I. Ionescu Dolj, *Curs de procedură penală român*, București, 1937, p. 214.

<sup>9</sup> I. Leș, *Tratat de drept procesual civil. Ediția 5. Cu referiri la Proiectul Codului de procedură civilă*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 580.

- martorii sunt persoane străine de proces, care au recepționat și memorat fapte care sunt concludente în rezolvarea unui proces civil și care le relatează în instanța de judecată, ajutând-o la stabilirea adevărului;<sup>10</sup>

- martorul este persoana chemată în fața instanței pentru a da lămuriri în legătură cu fapte pe care le cunoaște și care pot ajuta la soluționarea unei cauze, iar mărturia este relatarea orală, făcută de o persoană, în fața instanței de judecată, cu privire la acte sau fapte litigioase pe care le cunoaște personal;<sup>11</sup>

- martorul este o persoană dezvoltată din punct de vedere psihic, care nu este și nu poate fi subiect al procesului respectiv și care este chemată în instanță pentru a da o depoziție (informație), având importanță pentru soluționarea cauzei.<sup>12</sup>

Analizând și comparând semnificația definiției legale din dreptul procesul penal cu definițiile regăsite în dreptul civil, putem enunța anumite trăsături specifice mărturiei și comune acestui mijloc de probă atât în procesul penal, cât și în procesul civil:

- martorul trebuie să cunoască personal faptele relatate;
- mărturia trebuie făcută oral (prin viu grai);
- mărturia trebuie făcută în fața organelor judiciare.

Câteva precizări și nuanțări se impun cu privire la fiecare dintre trăsăturile extrase, întrucât dezvoltarea ideii are meritul de a reliefa și distinge situațiile posibile de cele permise de legislație și admise de practica judiciară. Astfel, raportându-ne la conținutul primei trăsături, subliniem importanța relatării de către martor a faptelor la săvârșirea cărora a asistat nemijlocit, percepând prin stimuli adecvați evenimentul, ceea ce înseamnă că martorul aduce la cunoștința organelor judiciare faptele pe care le-a văzut, le-a auzit, le-a simțit etc. Această situație este denumită *mărturie directă*, alături de care sunt concepute și mărturia indirectă, dar și mărturia din auzite. Întrebarea firească care apare se referă la valoarea celor două tipuri de mărturie, în ce măsură ele sunt susceptibile a fi reținute ca probă? Răspunsul este diferit, pentru că în timp ce *mărturia indirectă*, numită și mărturie secundară, derivată sau mediată care are ca obiect relatări mijlocite, adică depoziția martorului provine dintr-o sursă individualizată, determinată și controlabilă poate fi reținută de organul judiciar în măsura în care este confirmată de probatoriul administrat în cauză, o situație distinctă este ocazionată de *mărturia din auzite*, care are ca obiect o opinie răspândită în public în legătură cu faptele litigioase, adică ne aflăm în prezența unor zvonuri sau a unei credințe comune a oamenilor ce apreciază adevărate anumite fapte pentru care nu există nicio probă directă, originea informațiilor nefiind cunoscută cu exactitate.<sup>13</sup> Încheiem analiza primei trăsături a mărturiei cu precizarea că ultimul tip de mărturie menționat nu este recunoscut ca mijloc de probă nici de către legislație, nici de către practică, argumentul principal constituindu-l calitatea periculoasă a mărturiei din zvon public, subliniată în

<sup>10</sup> F. Măgureanu, *Drept procesual civil. a XI-a*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 345.

<sup>11</sup> G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 109, Gh. Beleiu, *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. 120.

<sup>12</sup> P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 568.

<sup>13</sup> M. Fodor, *Probele în procesul civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 284.

literatura de specialitate<sup>14</sup> în următorii termeni: *Nimic nu este mai vag și mai arbitrar decât o probă în care este consultată opinia publică pentru a o întreba ce crede despre un lucru sau despre altul, fără obligația de a controla aceste mărturii periculoase printr-o verificare directă.*

Cea de-a doua trăsătură a mărturiei, oralitatea vizează atât procesul penal, cât și procesul civil și reclamă prezentarea martorului în fața instanței de judecată în vederea relatării faptelor cunoscute, astfel fiind creat contextul necesar audierii, context reprezentat de posibilitatea adresării întrebărilor, formării convingerii asupra sincerității și obiectivității, aspecte generate doar prin intermediul contactului nemijlocit. Ca o consecință a celor afirmate, rezultă că declarațiile scrise, chiar și în formă autentică sau cele făcute într-un alt proces nu îndeplinesc cerința pretinsă și nu constituie mărturii propriu-zise. Referindu-ne la oralitate, ca cea de-a doua trăsătură a mărturiei am inserat și semnificațiile purtate de cea de-a treia trăsătură, aceea care solicită ca mărturia să fie făcută în fața organelor judiciare.

#### **§ 4. A fi martor: o îndatorire socială cu caracter general, dar și o obligație legală**

**a.** Atât legea procesual civilă, cât și cea procesual penală stipulează sub forma unei *obligații legale* prezentarea persoanei chemată de organele judiciare în vederea relatării adevărului. Ca o garanție sau consecință a dispozițiilor articolului 83 din Codul de procedură penală „*Persoana chemată ca martor este obligată să se înfățișeze la locul, ziua și ora arătate în citație și are datoria să declare tot ce știe cu privire la faptele cauzei*” este prevăzută o constrângere juridică, în situația neîndeplinirii obligației legale și anume aducerea silită a martorului care lipsește nejustificat [art. 327 alin. (5) C. pr. pen.] sau sancționarea martorului care lipsește nejustificat cu amendă judiciară de la 250 lei la 5.000 lei [art. 198 alin. (2) C. pr. pen.].

**b.** Prezentarea în fața organelor judiciare a persoanelor chemate în calitate de martor este o *îndatorire socială*, întrucât relatarea făcută de martor contribuie la aflarea adevărului și astfel la înfăptuirea actului de justiție. Această îndatorire de a fi martor are *caracter general*, adică orice persoană fizică dacă este chemată să fie audiată ca martor, trebuie să se conformeze solicitării. Caracterul general reiese din faptul că această îndatorire vizează orice persoană fizică fără deosebire de sex, vârstă, religie, cetățenie, situație socială. Cu scopul de a detalia semnificația caracterului general, precizăm că dispozițiile legale permit ascultarea ca martor a persoanelor care prezintă infirmități fizice (surd, orb, mut) în condițiile în care ascultarea se face cu referire la fapte pe care persoana le-a perceput cu simțurile sănătoase. Un alt caz cu conotații speciale, dar care se integrează tot în regula potrivit căreia este permisă ascultarea ca martor, este reprezentat de persoanele care prezintă infirmități psihice, care pot depune dacă au momente de luciditate în care să redea conștient cunoștințele

---

<sup>14</sup> V.M. Ciobanu, G. Boroi, *Drept procesual civil*, ed. a III-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 271.

pe care le au. O altă categorie cu particularități rezultă prin aplicarea criteriului vârstei, adică minorii, chiar la o vârstă fragedă și persoanele în vârstă, aceștia pot fi audiați ca martori dacă se constată că au capacitatea de a percepe și reda corect ceea ce au perceput.<sup>15</sup> Referitor la admiterea ascultării minorului ca martor, exemplificăm cu textul de lege din legea procesual civilă, respectiv din legea procesual penală, astfel:

- art. 195 din C. pr. civ. menționează că instanța va ține cont de situația specială a martorului ce nu a împlinit 14 ani, prin urmare este îngăduită audierea în procesul civil a martorului mai mic de 14 ani;

- art. 81 din C. pr. pen. stipulează „*Minorul poate fi ascultat ca martor. Până la vârsta de 14 ani ascultarea lui se face în prezența unuia dintre părinți ori a tutorelui sau a persoanei căreia îi este încredințat minorul spre creștere și educare*”, ceea ce înseamnă că și în procesul penal poate fi ascultat ca martor minorul mai mic de 14 ani.

O atenție deosebită reclamă persoanele care au fost condamnate pentru mărturie mincinoasă, despre care afirmăm că, în conformitate cu dispozițiile procesual penale în vigoare, pot fi ascultate ca martor în procesul penal, deși alte sisteme de drept european specifică și instituie incapacități pentru asemenea categorie. Această situație a determinat literatura de specialitate să noteze argumentat că organele judiciare trebuie să examineze și să evalueze cu sporită atenție declarațiile acestor martori în procesul penal.<sup>16</sup> Deși au fost formulate în doctrină numeroase propuneri în sensul includerii persoanelor condamnate pentru mărturie mincinoasă în excepțiile, interdicțiile de la regula că orice persoană poate fi ascultată ca martor în procesul penal, atât Codul de procedură penală în vigoare, cât și noul Cod de procedură penală (Legea nr. 135/2010) nu prevăd modificarea propusă. Cu atât mai surprinzătoare este situația existentă în plan procesual penal, cu cât legea procesual civilă statuează în cuprinsul art. 189 alin. (1) C. pr. civ. că cei condamnați pentru mărturie mincinoasă reprezintă o excepție de la regula că orice persoană poate fi martor și, prin urmare, în procesul civil aceste persoane nu vor depune mărturie, incapacitatea având caracter absolut.

Este cazul să menționăm adăugirea inclusă în noul Cod de procedură penală, potrivit căreia *pot fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale de constatare în cauză*, această statuare fiind generată de o practică neunitară, premisa formulării în doctrină a unor propuneri *de lege ferenda*<sup>17</sup>, situație care va avea reglementare expresă și astfel practica în materie va fi unitară. Rolul chemării acestor persoane în procesul penal ca martor ar consta în formularea precizărilor asupra actelor efectuate, prin intermediul întrebărilor adresate.

---

<sup>15</sup> G. Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 333.

<sup>16</sup> V. Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1975, vol. I, p. 205.

<sup>17</sup> G. Theodoru, *op.cit.*, p.334.

## § 5. Excepții de la îndatorirea de a fi martor în procesul civil și penal

Subliniam anterior regula existentă atât în procesul penal, cât și în procesul civil, potrivit căreia orice persoană poate fi ascultată ca martor. În cele ce urmează analiza va viza excepțiile reglementate în legislația penală și civilă, în sensul detalierei categoriilor de persoane care nu vor depune ca martor, surprinzând justificarea instituirii acestor excepții de la regulă. Legea penală și legea civilă disting între interdicțiile, incapacitățile de a fi ascultate ca martori anumite categorii de persoane și scutirile, degrevările anumitor persoane care nu sunt obligate să depună ca martor. Prin urmare, vom structura analiza comparativă în conformitate cu cele două paliere amintite:

### A. Persoanele care nu pot fi ascultate ca martor

În materie civilă, potrivit art. 189 alin. (1) din C. pr. civ., nu pot fi ascultați ca martori:

- rudele și afinii până la gradul al treilea inclusiv;
- soțul, chiar despărțit;
- interzișii și cei declarați de lege incapabili de a mărturisi;
- cei condamnați pentru jurământ sau mărturie mincinoasă.

Interdicțiile prevăzute de legea procesual civilă se bazează pe o prezumție de parțialitate a martorilor sau pe lipsa lor de discernământ, însă se impune o mențiune: dispozițiile referitoare la audierea rudelor și afiniilor, precum și a soțului, chiar despărțit, sunt de natură dispozitivă, iar o consecință este aceea că rudele și afinii pot fi audiați ca martori dacă partea în favoarea căreia a fost statuată o atare interdicție nu formulează obiecțiuni cu privire la audierea lor.<sup>18</sup> În ceea ce privește incapacitatea interzișilor, a celor declarați de lege incapabili de a mărturisi, precum și a persoanelor condamnate pentru mărturie mincinoasă, menționăm că incapacitatea acestora este absolută.

În materie penală, referitor la persoanele care nu pot fi ascultate ca martor precizăm că această interdicție vizează persoane care în anumite cauze penale concrete și în legătură cu anumite fapte sau împrejurări nu pot fi chemate ca martor, deci nu persoane care nu pot depune în nicio cauză penală<sup>19</sup>, acestea fiind:

- potrivit dispozițiilor art. 79 C.pr.pen. nu poate fi ascultată ca martor persoana obligată a păstra secretul profesional, cu privire la faptele și împrejurările de care a luat cunoștință în exercitiul profesiei, fără încuviințarea persoanei sau a unității față de care este obligată a păstra secretul;

- art. 82 C. pr. pen. conține următoarea formulare: *Persoana vătămată poate fi ascultată ca martor, dacă nu este constituită parte civilă sau nu participă în proces ca parte vătămată.* Respectivul text de lege a fost interpretat în sensul că se instituie o incapacitate a părților de a fi chemate ca martori, însă cu precizarea că este vorba de

---

<sup>18</sup> C.N. Popa, *Despre interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 189 C. proc. civ.*, Juridica nr. 1/2001, p. 32.

<sup>19</sup> I. Neagu, *Drept procesual penal. Tratat. Vol. I. Partea generală*, Ed. Global Lex, București, 2004, p. 339.

o incapacitate limitativă, deoarece persoanele care și-au pierdut calitatea de părți în cauză pot fi ascultate ca martori.<sup>20</sup>

În legătură cu persoanele obligate a păstra secretul profesional, alin. (2) al art. 79 Cod procedură penală conține un exemplu, precizând *calitatea de martor are întâietate față de calitatea de apărător, cu privire la faptele și împrejurările pe care acesta le-a cunoscut înainte de a fi devenit apărător sau reprezentant al vreuneia dintre părți*. Alături de avocat, exemplul prevăzut expres în legislație, literatura de specialitate a adăugat în sfera persoanelor obligate să păstreze secretul profesional medicii, notarii, preoții și orice alți salariați ce exercită o însărcinare într-un serviciu public sau privat.

Cu privire la această ipoteză, observăm că noul Cod de procedură penală lărgeste enumerarea exemplificativă, nelimitându-se la situația avocatului, ci stipulează la art. 114 alin. (3): *Calitatea de martor are întâietate față de calitatea de expert sau de avocat, de mediator ori de reprezentant al uneia dintre părți sau al unui subiect procesual principal, cu privire la faptele și împrejurările de fapt pe care persoana le-a cunoscut înainte de a dobândi această calitate*. Prin urmare, o atenție deosebită este acordată de noul Cod de procedură penală expertului, dar și mediatorului, alături de avocat.

De asemenea modificări survin și în legătură cu consacrarea incapacității părților de a depune ca martori, întrucât noul Cod de procedură penală cuprinde în art. 115 alin. (1) : *Orice persoană poate fi citată și audiată în calitate de martor, cu excepția părților și a subiecților procesuali principali*, identificăm în conținutul acestui alineat atât prevederea expresă a regulii că orice persoană poate fi audiată ca martor, dar și excepția referitoare la părțile și subiecții procesuali principali. În concepția noului Cod de procedură penală părțile din procesul penal sunt inculpatul, partea civilă și partea responsabilă civilmente [art. 32 alin. (2)], iar subiecții procesuali principali sunt suspectul și persoana vătămată [art. 33 alin. (1)].

### *B. Persoanele care nu sunt obligate să depună ca martor*

Făcând trimitere la persoanele care nu pot fi ascultate ca martor, debutăm analiza persoanelor care nu sunt obligate să depună ca martor cu afirmarea ideii că aceste persoane sunt scutite de obligația de a depune mărturie, însă vom evidenția că în anumite condiții vor putea fi ascultați ca martori.

În materie civilă, art. 191 C. pr. civ. cuprinde o serie de persoane care ar putea fi martori, însă legea le scutește de obligația de a depune mărturie<sup>21</sup>:

- slujitorii cultelor, medicii, moașele, farmaciștii, avocații, notarii publici și orice alți muncitori pe care legea îi obligă să păstreze secretul cu privire la faptele încredințate lor în exercițiul îndeletnicirii;

- funcționarii publici și foștii funcționari publici, asupra împrejurărilor secrete de care au luat cunoștință în această calitate;

---

<sup>20</sup> I. Doltu, V. Drăghici, M. Negip, *Martorul în procesul penal*, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 58.

<sup>21</sup> M. Tăbărcă, *Codul de procedură civilă. Comentat și adnotat cu legislație, jurisprudență și doctrină*, Ed. Rosetti, București, 2003, p.246.

- cei care prin răspunsurile lor s-ar expune ei înșiși sau ar expune pe vreuna dintre persoanele arătate în art. 189 la pct. 1 și 2 la o pedeapsă penală sau la disprețul public.

Același text precizează că persoanele indicate în dispozițiile art. 191 pct. 1 și 2, cu excepția slujnicilor cultelor, vor fi obligate să depună mărturie dacă au fost dezlegate de îndatorirea păstrării secretului de cel interesat sau autoritatea interesată în păstrarea lui.

Categoria de persoane legalmente degrevate, scutite de obligația de a depune ca martori în procesul penal este reglementată în dispozițiile art. 80 C. pr. pen. și cuprinde soțul și rudele apropiate ale învinutului sau inculpatului care nu sunt obligate să depună ca martori, însă care pot fi ascultate ca martori, dacă ele își dau consimțământul în acest sens.<sup>22</sup> În cazul în care aceste persoane au acceptat să devină martori, ele trebuie să declare adevărul, altfel săvârșesc infracțiunea de mărturie mincinoasă, prin urmare le sunt aplicabile drepturile și obligațiile prevăzute de lege pentru martor, fără a interesa calitatea de soț sau rudă apropiată. Textul de lege amintit, art. 80 C. pr. pen., stipulează obligația organelor judiciare de a aduce la cunoștința soțului sau rudei apropiate a învinutului sau inculpatului dreptul de a nu face declarații. Pentru sfera de cuprindere a noțiunii de „rudă apropiată” facem trimitere la art. 149 C. pen. care enunță rudele apropiate: ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin înfiere, potrivit legii, astfel de rude.

Articolul 117 din noul Cod de procedură penală are denumirea marginală *Persoanele care au dreptul de a refuza să dea declarații în calitate de martor și acestea sunt:*

- soțul, ascendenții și descendenții în linie directă, precum și frații și surorile suspectului sau inculpatului;

- persoanele care au avut calitatea de soț al suspectului sau al inculpatului.

Urmare a analizei asupra textului de lege, observăm că se renunță la sintagma „rudă apropiată” (uzitată de reglementarea în vigoare) și sunt menționate dintre persoanele considerate și enumerate de Codul penal în vigoare ascendenții, descendenții, frații și surorile, deci, copiii fraților și surorilor nu vor încadrați în categoria persoanelor care au dreptul de a refuza să dea declarații în calitate de martor.

## **6. Buna-credință a martorilor, etapele formării și factorii care influențează declarația**

Atât în procesul penal<sup>23</sup>, cât și în procesul civil<sup>24</sup>, în aprecierea depoziției martorului, judecătorul trebuie să stabilească dacă:

- martorul este sincer, declarația este sinceră, adică martorul dorește să ajute justiția în cunoașterea exactă a faptelor;

<sup>22</sup> A. Oroveanu-Hanțiu, *Introducere în teoria mijloacelor de probă*, Ed. Libris, 1998, p. 63.

<sup>23</sup> N. Jidovu, *Drept procesual penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 202.

<sup>24</sup> M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p. 566.



- mărturia sa corespunde realității, este fidelă, adică corespunde evenimentului petrecut în realitatea obiectivă.

Raportându-ne la cele două criterii, condiții solicitate a fi verificate de către instanță ca fiind îndeplinite de declarația unui martor, identificăm următoarele ipoteze posibile:

- declarație sinceră și fidelă, martorul fiind de bună-credință;
- declarație nesinceră și necorespunzătoare adevărului, declarația martorului fiind vădit deformată în mod intenționat;
- declarație sinceră, dar nu și fidelă, declarația martorului de bună-credință fiind incompletă sau inexactă.

Aceste situații pot fi determinate de intervenția unui fenomen firesc, acela al uitării, întrucât „niciun om nu e înzestrat cu o memorie atât de bună, încât să păstreze tot, să nu uite absolut nimic”, dar, în același timp „nu există persoană a cărei memorie să fie atât de slabă încât să nu păstreze nimic, să uite tot ceea ce a învățat cândva”.<sup>25</sup> Afirmările expuse sunt menite să sublinieze dificila sarcină care revine organelor judiciare, aceea de a realiza o atentă, dar și completă analiză psihologică și logico-juridică a depozitiei martorului.

În doctrină<sup>26</sup> au fost enunțate următoarele criterii pe care le pot lua în considerare organele judiciare în aprecierea sincerității martorului:

- moralitatea martorului, adică dacă persoana respectivă poate fi coruptă;
- capacitatea intelectuală a martorului, având importanță dacă persoana poate fi influențată;
- poziția pe care o are față de proces, având relevanță atât legătura de rudenie, prietenie sau dușmănie cu una dintre părți, dar și interesul pe care martorul îl poate avea în soluționarea cauzei, adică avantaje din condamnarea sau achitarea inculpatului.

În ceea ce privește procesul de formare a mărturiei, trebuie cunoscut faptul că acesta parcurge etape, faze care influențează depozitia, iar ordinea în care apar este:

- faza recepționării informației;
- păstrarea în memorie;
- reproducerea sau recunoașterea unor persoane și obiecte.

Dacă am enunțat drumul parcurs de formarea mărturiei, este indicat, în vederea întregirii imaginii, să amintim și factorii care influențează recepția exactă și completă a faptelor și vom preciza acest aspect raportându-ne la tipurile de percepție<sup>27</sup>, astfel:

- în cazul *percepției auditive*, avem factori obiectivi, precum condițiile atmosferice, distanța dintre martor și sursa sonoră, intensitatea sursei, dar și factori subiectivi ca: sensibilitatea auditivă a martorului, atenția acestuia asupra sursei sonore;
- pentru *percepția tactilă* sunt importante atât particularitățile obiectului atins, cât și calitățile senzoriale ale martorului;
- la *percepția vizuală* sunt factori obiectivi care influențează: distanța, durata de percepere, condițiile atmosferice, luminozitatea, iar factori subiectivi sunt: acuitatea

<sup>25</sup> A. Rosca, *Psihologie generală*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1966, p. 251.

<sup>26</sup> F. Gorphe, *La critique du témoignage*, Paris, Dalloz, 1927, p. 27.

<sup>27</sup> A. Sava, *Aprecierea probelor în procesul penal*, Ed. Junimea, Iași, 2002, p. 32.

vizuală a martorului în a localiza spațial, dar și capacitatea martorului de a recunoaște persoane și obiecte, distanțe, culori, redarea unor detalii ale acestora.

Am analizat tipurile de percepție: auditivă, tactilă, vizuală și factorii care pot interveni în recepția informației, așadar am parcurs prima fază necesară și plină de semnificații în proces. Referitor la cea de-a doua etapă, aceea a păstrării informației în memorie, identificăm alți factori care pot influența întipărirea informației, precum timpul scurs de la percepere la reproducere, interesul pentru informația percepută, dar și tipul de memorie (logică sau mecanică), voluntară sau involuntară. În același registru, vom particulariza și cea de-a treia etapă, a reproducerii informației, adică informația percepută în prima etapă și stocată potrivit celei de-a doua etape, care va fi prezentată organului judiciar. Factorii specifici acestei faze constau în: condițiile în care se realizează ascultarea martorului, persoana care face ascultarea, deoarece se pot ivi reticente, sentimente de frică.<sup>28</sup>

### § 7. Valoarea probantă a declarației martorului în procesul penal și în procesul civil

La o analiză superficială, am putea considera că afirmația „o mărturie pe deplin fidelă constituie excepția și nu regula”<sup>29</sup> ar însemna că declarația martorului este un mijloc de probă cu o valoare probantă neînsemnată, însă relevantă este analiza atentă a dispozițiilor prevăzute de lege. Astfel, cu scopul declarat de a identifica valoarea acordată declarației martorului în procesul penal, utilizăm metoda comparativă și raportăm conținutul articolelor dedicate declarației învinuitului, inculpatului, părții vătămate, părții civile, părții responsabile civilmente la exprimarea legiuitorului din articolul care consacră declarația martorului. Rezultatul interpretării este următorul: dacă declarația unei părți poate contribui la aflarea adevărului numai în măsura în care se coroborează cu celelalte probe<sup>30</sup>, pentru declarația martorului nu există această condiționare<sup>31</sup>, ceea ce are o semnificație deosebită, ceea ce înseamnă că se poate soluționa o cauză penală în baza unei singure depozitii de martor, cu condiția ca aceasta să se constate că este sinceră și fidelă realității obiective<sup>32</sup>, prin urmare există posibilitatea ca pe baza declarației unui singur martor să se poată pronunța condamnarea.

În ceea ce privește aprecierea declarațiilor martorilor în procesul civil, aceasta reprezintă pentru instanță una dintre cele mai delicate probleme în materie de probațiune și am explicat această afirmație în secțiunea dedicată etapelor formării și

---

<sup>28</sup> G. Măruntelu, *Probațiunea penală-o abordare umanistă*, Ed. Europolis, Constanța, 2003, p. 17.

<sup>29</sup> W. Stern citat de I. Doltu, *Declarațiile martorilor în procedura penală română*, Dreptul nr. 7/1995, p. 45.

<sup>30</sup> Art. 69 și art. 75 C. pr. pen.

<sup>31</sup> Art. 78 C. pr. pen.

<sup>32</sup> I. Neagu, M. Damaschin, *Drept procesual penal. Mapă de seminarii*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 125.

factorilor care influențează declarația martorului. Notăm că proba testimonială nu are o valoare prestabilită de lege, ci este lăsată la libera apreciere a judecătorului, iar această sintagmă nu constituie o simplă abstracțiune, ci semnifică faptul că judecătorul trebuie să evalueze toate dovezile pe baza intimei sale convingeri, însă în toate cazurile în concordanță cu realitatea faptelor și cu respectarea legii.<sup>33</sup> Urmare a aprecierii unei declarații de martor, instanța poate ajunge la unul dintre următoarele rezultate posibile, rezultat menționat de instanță în motivarea hotărârii, alături de elementele care au fundamentat acel rezultat<sup>34</sup>:

- a. faptul probat a fost dovedit și nu lasă nicio îndoială;
- b. faptul este nesigur și trebuie dovedit prin alte mijloace de probă;
- c. martorul nu a fost sincer, iar depoziția sa va fi înlăturată din proces.

Un aspect de drept comparat, interesant prin prisma distincției cu sistemul nostru de drept, vizează dreptul finlandez și suedez, unde este permisă și valabilă mărturia provenită de la o persoană care a obținut informațiile în mod ilegal. O situație similară regăsim și în dreptul olandez, în sensul că proba obținută ilegal nu este automat inadmisibilă, iar argumentul invocat în susținerea acestei ipoteze constă în faptul că instanța trebuie să țină cont în descoperirea adevărului de interesele părților, dar și de interesele societății, iar acestea din urmă vor prima.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> I. Leș, *op.cit.*, p. 592.

<sup>34</sup> M. Fodor, *op.cit.*, p. 332.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 333.

# Utilitatea și imperfecțiunile procedurii cu privire la cererile de valoare redusă reglementată de Noul Cod de procedură civilă

*Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA  
judecător drd. Ștefan LUCACIUC*



## Usefulness and imperfections regarding the procedure of small - tax applications in the New Code of Civil Procedure

**Abstract:** The procedure for small claims judgment is going to be a novelty in the Romanian legal landscape and also the expression of legislator's intent to reform and simplify the course that a litigant must follow to obtain legal recognition of its right, especially when value thereof is low.

The temptations of this new procedural institution appear to be: *seemingly increased celerity* determined by the exclusively written nature of the proceedings in closed session and the *enforceability by law of the judgment* of the first instance that completes the trial initiated under the specter of this particular procedure.

However, the regulatory manner, starting with the scope of disputes to which it may be applied, and then continuing with a seemingly mandatory formalism, evidence limitations and some procedural indulgences, point out some flaws that tend to reveal a relatively low enforcement field, putting in doubt the practical usefulness of the procedure, its actual effectiveness in terms of the objective pursued by the legislator.

**Keywords:** The new Code of Civil Procedure seemingly enhanced, *celerity*, by law enforceability of the judgment of first instance, common law, scope, formulation procedure

Procedura de judecată a cererilor cu valoare redusă va reprezenta o noutate în peisajul legislativ românesc și totodată expresia tendinței legiuitorului de a reforma și a simplifica parcursul pe care un justițiabil trebuie să îl urmeze, pentru a obține recunoașterea judiciară a dreptului său, mai ales atunci când valoarea acestuia este redusă.

Tentațiile acestei instituții procedurale noi se întrezăresc a fi: *celeritatea aparent sporită*, determinată de caracterul exclusiv scris al procedurii desfășurată în camera de consiliu, precum și *caracterul executoriu de drept al hotărârii* primei instanțe cu

care se finalizează procesul demarat sub spectrul acestei proceduri speciale.

Cu toate acestea, maniera de reglementare, începând cu sfera litigiilor la care se poate aplica, continuând apoi cu un anumit formalism aparent obligatoriu, cu restricții probatorii precum și unele îngăduințe procedurale, scot în evidență unele imperfecțiuni ce tind să releve un câmp relativ redus de aplicare, punând sub semnul îndoielii utilitatea concretă a procedurii, eficiența ei reală sub aspectul finalității urmărite de legiuitor.

Noul Cod de procedură civilă, adoptat prin Legea nr. 134/2010<sup>1</sup> aduce cu sine și implementarea unei instituții noi, care își are sorgintea în dreptul european, respectiv *procedura cererilor cu valoare redusă*, adoptată acum câțiva ani prin Regulamentul (CE nr. 861/2007 al Parlamentului European și al Consiliului Europei din 11 iulie 2007), în scopul simplificării procedurilor în litigiile transfrontaliere, respectiv a acelorora dintre ele care au ca miză o valoare redusă.

Procedura nu este străină nici altor legislații, fiind instituită inițial în spațiul sistemului juridic de *common law*<sup>2</sup>. Ulterior ea a fost reglementată și în spațiul european<sup>3</sup>, mai ales ca efect al adoptării Regulamentului nr. 861/2007, aplicabil tuturor statelor comunitare cu excepția Danemarcei<sup>4</sup>. Așa fiind, adoptarea unei proceduri similare în legislația procesuală românească apare ca fiind consecința unei generalizări a acestei proceduri la nivel european. De altfel, reglementarea ei în noul Cod de procedură civilă a fost apreciată drept consecința tendințelor generale, în special europene, de instituire a unor mijloace procedurale eficiente care să facă posibilă obținerea rapidă a unui titlu executoriu<sup>5</sup>.

Deși actul normativ european își are aplicabilitate directă și în dreptul intern<sup>6</sup>, legiuitorul a simțit nevoia de a reglementa separat o procedură similară, pe alocuri identică cu cea existentă în regulamentul european, încercând în acest fel să pună la dispoziția resortisanților săi, posibilitatea utilizării unei asemenea proceduri simplificate, chiar dacă litigiul nu cunoaște vreun element de extraneitate, singurul în măsură să atragă aplicarea directă a actului comunitar și al Regulamentului (CE nr. 861/2007<sup>7</sup>).

---

<sup>1</sup> Publicată în M. Of. nr. 485 din 15 iulie 2010.

<sup>2</sup> Pentru amănunte a se vedea și Ioan Leș, *Reglementări naționale și comunitare privitoare la soluționarea cererilor de valoare redusă*, în RRDP nr.1/2009, pp.119 – 123.

<sup>3</sup> De exemplu, în Codul de procedură civilă elvețian, este reglementată sub titulatura „Procedura simplificată”, în cuprinsul art. 243-247, aceasta fiind incidentă în ce privește litigiile patrimoniale având în valoare de până la 30.000 de franci elvețieni, precum și anumite alte litigii expres prevăzute de art. 243 din cod, indiferent de valoarea obiectului cererii.

<sup>4</sup> Excepția rezultă din chiar cuprinsul regulamentului care la art. 2 paragraful 3 stipulează expres că „în prezentul regulament, noțiunea de stat membru se referă la statele membre, cu excepția Danemarcei”.

<sup>5</sup> Ioan Leș, *Tratat de drept procesual civil, Ediția 5 – cu referire la Proiectul Codului de procedură civilă*, Ed. C.H. Beck, București 2010, p.1036.

<sup>6</sup> Aplicabilitatea directă a regulamentului în toate statele membre rezultă din art. 249 al Tratatului CE.

<sup>7</sup> Incidența regulamentului numai pentru situații în care există un element de extraneitate în cazul litigiului rezultă din art. 2 al acestui act normativ comunitar, intitulat „domeniul de aplicare” care reglementează expres că „prezentul regulament se aplică în materie civilă și comercială în *cauzele transfrontaliere*, indiferent de natura instanței”. De asemenea, conform art. 3 paragraful 1 din același regulament, „o cauză are caracter transfrontalier, atunci când cel puțin una dintre părți își are domiciliul sau reședința obișnuită într-un stat membru, altul decât cel în care se află instanța de judecată sesizată”.

Cuprinsă în Titlului X al Cărtii a VI-a „Proceduri speciale”, *procedura cu privire la cererile de valoare redusă* va reprezenta o provocare atât pentru jurisprudență cât și pentru legiuitor sub aspectul utilității practice, mai ales în contextul în care, în ultimele decenii au mai existat o serie întreagă de instituții noi implementate legislativ, în special pentru a degreva instanțele ori a urgenta soluționarea litigiilor, și care au rămas la stadiul de analiză teoretică fiind foarte puțin ori chiar deloc utilizate în practică<sup>8</sup>.

Simpla lectură a acestei proceduri, cu o aplicare totuși relativ restrânsă, relevă cel puțin două caracteristici esențiale: celeritatea sporită a procedurii și posibilitatea obținerii mai rapide a unui titlu executor.

Obținerea mai grabnică a titlului executor se explică prin aceea că potrivit art. 1016 din Legea nr. 134/2010, *hotărârea primei instanțe este executorie* din momentul pronunțării și se comunică părților, putând fi atacată numai cu apel în termen de 30 de zile de la comunicare. Această dispoziție va reprezenta o aplicație practică a prevederilor art. 442 alin. (1) pct. 10 din viitorul Cod conform cărora hotărârile primei instanțe sunt executorii de drept, în orice alte cazuri în care legea prevede că hotărârea este executorie.

Spre deosebire de maniera de reglementare îmbrățișată în trecut, când legiuitorul se limita a proclama principiul soluționării *de urgență*, *cu celeritate* ori *cu precădere* a unor anumite categorii de cereri, în cazul procedurii privind cererile cu valoare redusă, celeritatea sporită în soluționare rezultă din unele dispoziții procedurale concrete, ce tind a limita durata de stagnare a dosarului în fața judecătorului cauzei. Ar intra în categoria dispozițiilor exprese de natură a reduce durata procedurii:

- obligativitatea utilizării unor formulare tipizate;
- desfășurarea întregii proceduri în cameră de consiliu, de regulă doar în formă scrisă, în lipsa oricărei dezbateri orale;
- posibilitatea conferită instanței de a respinge cererile de probațiune privind dovezi a căror administrare transpare a fi mult prea costisitoare în raport de valoarea procesului;
- posibilitatea judecării împreună a cererii reconvenționale numai dacă și aceasta, în raport de natura și obiectul ei, se circumscrie exigențelor aceleiași proceduri;
- stabilirea unor termene de cel mult 30 de zile pentru îndeplinirea anumitor acte procedurale.

Pe de altă parte, nu putem să nu constatăm că, din punct de vedere al urgenței și al celerității, procedura privind cererile cu valoare redusă, se înscrie în aceeași orientare legislativă din ultimii ani, aceea de a reglementa în mod expres caracterul urgent, cu precădere ori cu celeritate, al soluționării unui litigiu astfel că, în prezent, este destul de dificil de stabilit dacă soluționarea în regim normal reprezintă regula ori dimpotrivă, normalitatea a devenit între timp excepția<sup>9</sup>. *Sfera de aplicare* a acestei proceduri este

---

<sup>8</sup> De exemplu procedura administrării probelor prin avocați, reglementată de art. 241<sup>1</sup> – art. 241<sup>22</sup> din actualul Cod de procedură civilă ori procedura medierii instituită prin Legea nr. 192/2006.

<sup>9</sup> Ar fi de amintit în acest sens:

La nivelul judecătorilor:

- litigiile de fond funciar se judecă de urgență și cu precădere conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 247/2005 – Titlul XIII;

restrânsă la acele cauze al căror obiect are o valoare de până la 10.000 de lei (aproximativ 2.300 euro)<sup>10</sup>, fără a fi luate în considerare accesoriile precum dobânzi, penalități, cheltuieli de judecată. Plafonul de 10.000 de lei nu este singurul criteriu de delimitare a litigiilor ce pot urma această procedură, deoarece conform art. art. 1.011 alin. (2) și alin. (3) din noul Cod de procedură civilă, procedura privind cererile cu valoare redusă nu este incidentă în cazul următoarelor categorii de cereri:

- cereri în materie fiscală, vamală sau administrativă;
- cereri în materia răspunderii statului pentru acte sau omisiuni în cadrul exercitării autorității publice;
- cererilor referitoare la:
  - a. starea civilă sau capacitatea persoanelor fizice;
  - b. drepturile patrimoniale născute din raporturile de familie;
  - c. moștenire;
  - d. insolvență, concordatul preventiv, procedurile privind lichidarea societăților insolvabile și a altor persoane juridice sau alte proceduri asemănătoare;
  - e. asigurări sociale;
  - f. dreptul muncii;
  - g. închirierea unor bunuri imobile, cu excepția acțiunilor privind creanțele având ca obiect plata unei sume de bani;
  - h. arbitraj;
  - i. atingeri aduse dreptului la viață privată sau drepturilor care privesc personalitatea.

În privința enumerării litigiilor ce nu se circumscriu acestei proceduri, constatăm că dreptul intern este identic cu Regulamentul (CE nr. 861/2007) care prezintă un conținut similar în cuprinsul art. 2. Mai mult, potrivit art. 1.013 alin. (1) din noul Cod de procedură civilă, din punct de vedere material, competența de a soluționa cererea în primă instanță aparține întotdeauna judecătoreiei, sfera de cuprindere a acestei proceduri fiind circumscrișă așadar exclusiv acelor categorii de cauze care sunt date de lege în competența judecătoreiei.

---

- cererile de ordonanță președințială se soluționează de urgență și cu precădere conform art. 581 alin. (3) C. pr. civ.,

- contestația la executare se soluționează de urgență și cu precădere, conform art. 402 alin. (1) C. pr. civ.

- procesele și cererile dintre profesioniști se judecă cu precădere conform art. 720<sup>6</sup> alin. (1) C. pr. civ.;

- plângerile împotriva proceselor verbale de constatare și sancționare a contravențiilor se soluționează cu precădere – art. 35 din O.G. nr. 2/2001.

b la nivelul tribunalelor:

- litigiile de muncă se judecă în regim de urgență conform art. 270 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 – Codul Muncii;

- cererile adresate instanței de contencios administrativ-fiscal se judecă de urgență și cu precădere conform art. 17 alin. (1) din Legea nr. 554/2004;

- cererile în materia măsurilor de protecție specială privind minorii se soluționează în regim de urgență, conform art. 125 din Legea nr. 272/2004.

Instituirea judecătoreiei ca singură instanță în fața căreia se poate desfășura această procedură vine în concordanță cu expunerea de motive existentă în preambulul Regulamentului nr. 861/2007, respectiv în paragraful 11 ce lasă a se înțelege că această procedură ar trebui fie dată în competența unei singure instanțe din punct de vedere material<sup>11</sup>.

Această concluzie ne obligă însă să raportăm prevederile art. 1.011 din viitorul Cod de procedură civilă la prevederile art. 92 alin. (1) din același act normativ<sup>12</sup>. Din compararea celor două texte de lege, ținând cont și de faptul că, în accepțiunea viitorului Cod de procedură civilă, judecătorii vor înceta să mai fie instanțe de drept comun în ceea ce privește judecata în primă instanță, vom constata că, în realitate, din întreaga înșiruire de categorii de cereri evaluabile în bani, date de legiuitor în competența judecătorilor, potrivit Legii nr. 134/2010 noua procedură a cererilor de valoare redusă va fi incidentă numai în ce privește tipurile de cereri reglementate de art. 92 alin. (1) pct. 1 lit. l) și parțial asupra celor ce se circumscriu art. 92 alin. (1) pct. 1 lit. e) din Legea nr. 134/2010, respectiv:

a. *orice cereri evaluabile în bani în valoare de până la 100.000 lei inclusiv, indiferent de calitatea părților, profesioniști sau neprofesioniști* (desigur că dintre acestea

---

<sup>10</sup> Acest plafon este diferit de la un stat la altul. Astfel, în Elveția există un plafon de 30.000 de franci elvețieni, în Spania plafonul este de aproximativ 30.000 euro (5 milioane de pesetas), în Anglia, plafonul în care se încadrează cererile cu valoare redusă (*small claims* este de 5.000 de lire), în California plafonul a fost stabilit la 7.5000 de dolari americani, respectiv 5.000 de dolari dacă litigiul privește corporațiile și entitățile guvernamentale, în New Jersey limita valorică impusă de lege este de 5.000 de dolari, la fel ca și în Provincia Quebec (pentru detalii privind plafonul în alte state și alte amănunte procedurale a se vedea Ioan Leș, *op.cit.* în RRDP nr. 1/2009, pag. 119-123).

<sup>11</sup> Concluzia decurge din modul de formulare al paragrafului 11 din expunerea de motive ce însoțește regulamentul și conform căruia formularul de cerere tip care se recomandă a fi utilizat ar trebui deus numai la o instanță judecătorească competentă.

<sup>12</sup> Conform art. 92 alin.(1) pct.1 din Legea nr. 134/2010, judecătorii judecă în primă instanță următoarele cereri al căror obiect este evaluabil sau, după caz, neevaluabil în bani:

- a. cererile privitoare la nulitatea, anularea sau desfacerea căsătoriei;
- b. cererile privind încredințarea copilului minor sau încuviințarea părintelui de a avea legături personale cu acesta, precum și cererile de înapoiere a copilului minor de la persoanele care îl dețin fără niciun drept;
- c. cererile privind obligația legală de întreținere;
- d. cererile referitoare la înregistrările în registrele de stare civilă, potrivit legii;
- e. *cererile având ca obiect administrarea clădirilor cu mai multe etaje, apartamente sau spații aflate în proprietatea exclusivă a unor persoane diferite, precum și cele privind raporturile juridice stabile de asociațiile de proprietari cu alte persoane fizice sau persoane juridice, după caz;*
- f. cererile de evacuare;
- g. cererile referitoare la servituțile privind zidurile și șanțurile comune, distanța construcțiilor și plantatiilor, dreptul de trecere, precum și la alte servituți ori îngrădiri ale dreptului de proprietate prevăzute de lege, stabilite de părți ori instituite pe cale judecătorească;
- h. cererile privitoare la strămutarea de hotare și cererile în grănițuire;
- i. cererile posesorii;
- j. cererile privind obligațiile de a face, neevaluabile în bani;
- k. cererile de împărțeaă judiciară, indiferent de valoare;
- l. orice cereri evaluabile în bani în valoare de până la 100.000 lei inclusiv, indiferent de calitatea părților, profesioniști sau neprofesioniști.



vor fi circumscrise procedurii cererilor cu valoarea redusă numai acelea cu un obiect în valoare de până la 10.000 de lei);

b. *cererile având ca obiect administrarea clădirilor cu mai multe etaje, apartamente sau spații aflate în proprietatea exclusivă a unor persoane diferite, precum și cele privind raporturile juridice stabilite de asociațiile de proprietari cu alte persoane fizice sau persoane juridice, după caz, dar numai dacă au ca un obiect patrimonial ce nu depășește 10.000 de lei (s.n.);*

Din perspectivă practică, vor putea urma procedura de soluționare a cererilor cu valoare redusă următoarele categorii de cereri, având un obiect de până la 10.000 de lei, dintre cele care se întâlnesc în cazuistica judecătorească:

- cereri de executare a unui contract (plata prețului, predarea bunului, restituirea unui împrumut);
- cereri de rezoluțiune ori reziliere a unui contract, dacă au un obiect patrimonial, privind plata unei sume de bani ori restituirea unui bun;
- cereri ale asociațiilor de proprietari privind plata cheltuielilor comune de întreținere;
- cereri în pronunțarea unor hotărâri judecătorești care să țină loc de contract etc.

Plafonul de numai 10.000 de lei (aproximativ 2.300 de euro) pare a fi principala cauză a restrângerii sferei de aplicare a acestei proceduri. Aspectul legat de limitarea valorică a cererilor ce s-ar putea circumscrie acestei proceduri a constituit deja subiect de discuție în doctrină, fiind avansată și propunerea majorării acestei limite la o sumă de echivalentă cu 20.000 de euro, apreciată a fi rezonabilă<sup>13</sup>.

Pe de altă parte, se poate observa că, sub aspectul *sferei de aplicare*, procedura de soluționare a cererilor cu valoare redusă interferează cu domeniul de aplicare al procedurii ordonanței de plată, așa cum apare ea reglementată în Legea nr. 134/2010<sup>14</sup>. Altfel spus, ori de câte ori pretențiile reclamantului vor fi susținute în principal de înscrisuri probatorii, reprezentate de un contract constatat printr-un înscris, un statut ori un regulament sau alt înscris, însușit de părți prin semnătură ori în alt mod admis de lege și care atestă drepturi și obligații privind executarea anumitor servicii, lucrări sau orice alte prestații, reclamantul se va afla în situația de a putea uneori opta între procedura contencioasă de drept comun și procedura necontencioasă a ordonanței de plată reglementată de viitorul Cod în art. 999-1.010. Ambele proceduri speciale se caracterizează prin celeritate sporită de desfășurare, ambele au ca finalitate obținerea

<sup>13</sup> A se vedea în acest sens Ioan Leș, *op.cit.*, în RRDP nr. 1/2009, p. 124.

<sup>14</sup> În contextul actual există două acte normative speciale care reglementează somația de plată: O.G. nr. 5/2001 privind somația de plată, publicată în M. Of. nr.422 din 30 iulie 2001, aplicabilă oricăror raporturi juridice patrimoniale, adoptată după modelul francez și respectiv O.U.G. nr. 119/2007, privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte între profesioniști, publicată în M. Of. nr. 738 din 31 octombrie 2007. Noul Cod de procedură civilă reglementează o singură procedură specială de emitere a unei ordonanțe de plată, în cuprinsul art. 999-1010 din Legea nr. 134/2010, iar Proiectul legii de punere în aplicare a noului Cod prevede abrogarea celor două acte normative astăzi în vigoare, realizând astfel o unificare a celor două proceduri într-una singură.

unei hotărâri judecătorești care constituie titlu executoriu fără nicio altă formalitate. Desigur că între cele două proceduri speciale există atât asemănări cât și diferențe, atât în ce privește procedura propriu-zisă de soluționare cât și sub aspectul efectelor, însă procedura ordonanței de plată va prezenta, în cele mai multe cazuri, două atuuri pentru care ar putea fi preferată în practică:

- pierderea procesului, nu închide calea realizării dreptului pe calea dreptului comun, inclusiv prin procedura simplificată reglementată special pentru cererile cu valoare redusă, dacă exigențele acestei proceduri sunt întrunite<sup>15</sup>;

- deocamdată, taxa de timbru datorată în cazul somației de plată este o taxă fixă, respectiv de 39 de lei, în timp ce pentru procedura simplificată a soluționării cererilor cu valoare redusă, legea nu prevede vreo derogare de la regimul de taxare. Așa fiind, reclamantul va achita taxă de timbru de numai 39 de lei pentru obținerea unei ordonanțe de somație de plată, indiferent de valoarea pretinsă, în timp ce dacă va opta pentru procedura simplificată a cererii cu valoare redusă, va plăti numai o taxă de 39 de lei doar dacă obiectul cererii are o valoare de 380 de lei (cca. 90 euro). Într-o altă formulare, pentru o pretenție dedusă judecătii în valoare de 10.000 de lei, dacă reclamantul va opta pentru procedura ordonanței de plată va achita o taxă de timbru invariabilă de 39 de lei, în schimb, pentru aceeași pretenție formulată pe calea procedurii simplificate a cererilor cu valoare redusă, va trebui să avanseze o sumă de 711 lei cu titlu de taxă judiciară de timbru, adică cu aproape de 20 de ori mai mult.

Alegerea procedurii simplificate privind cererile cu valoare redusă este atributul exclusiv al reclamantului, care are drept de opțiune între a sesiza instanța cu o cerere obișnuită care să declanșeze procedura contencioasă de drept comun ori dimpotrivă să inițieze procedura simplificată [art. 1.012 alin. (1)].

Pentru declanșarea procedurii, legiuitorul obligă reclamantul să completeze un *formular de cerere*, aprobat prin ordin al ministrului justiției, ce conține rubrici care permit: identificarea părților, valoarea pretenției, indicarea probelor și alte elemente necesare soluționării cauzei [art. 1.014 alin. (1) și (2) din Legea nr. 134/2010].

Obligativitatea utilizării formularului tipizat a fost preluată din Regulamentul European nr. 861/2007 iar folosirea acestuia prezintă utilitate din perspectivă practică, întrucât permite foarte ușor instanței sesizate să identifice procedura aleasă de către reclamant pentru soluționarea pretenției sale. Spre deosebire însă de procedura instituită în regulamentul european, apreciată a fi o *procedură formulară*<sup>16</sup>, legiuitorul român pare a se abate de la acest formalism deoarece, instituie în cuprinsul art. 1.012 din viitorul Cod posibilitatea reclamantului, care a sesizat inițial instanța cu o cerere redactată potrivit art. 189 din Legea nr. 134/2010<sup>17</sup>, să solicite în mod expres, la primul termen de judecată aplicarea procedurii speciale. În aceste condiții, se poate

---

<sup>15</sup> Conform art. 1.006 din noul Cod de procedură civilă, în cazul respingerii cererii, creditorul poate introduce cerere de chemare în judecată potrivit dreptului comun.

<sup>16</sup> A se vedea F.Ferrand, *Comparasion avec les procedures civiles francaise et allemande: la procedure europeenne de reglement des petits litiges*, p. 136, citat de I. Leș, *op.cit.*, p. 1.038.

<sup>17</sup> Art. 189 din noul Cod de procedură civilă reglementează conținutul cererii de chemare în judecată obișnuită, cea care declanșează procedura contencioasă de drept comun.

concluziona că legiuitorul român a fost mai puțin exigent cu formalismul procedurii, opțiune explicabilă în condițiile în care oricum, din conținutul cererii de chemare în judecată introdusă potrivit dreptului comun, se prezumă că rezultă elementele necesare soluționării cererii și potrivit procedurii speciale a cererilor cu valoare redusă: identificarea părților, obiectul cererii, indicarea probelor și a altor elemente necesare soluționării cauzei. Pe de altă parte, nu trebuie scăpat din vedere faptul că Regulamentul (CE nr. 861/2007) are în vedere litigiile transfrontaliere, în cadrul cărora raporturile de drept procesual se leagă între justițiabili având domiciliile ori reședințele în state diferite, fiind de regulă vorbitori de limbi diferite și fiind familiarizați mai degrabă cu procedurile naționale ori a statului de reședință, decât a celorlalte state, situație în care formalismul este de natură a garanta derularea în condiții optime a procedurilor cu elemente de extraneitate. Imperativul utilizării formularelor speciale în cadrul procedurii europene are așadar o justificare practică.

Observăm că, în principiu, reclamantul poate reveni asupra opțiunii sale inițiale de urmare a procedurii obișnuite, cu condiția ca această manifestare de voință să se realizeze cel mai târziu până la primul termen de judecată. În tăcerea legii, apreciem că ecuația inversă este la fel de admisibilă, în sensul că reclamantul, care inițial a sesizat instanța cu o cerere întemeiată pe dispozițiile art. 1.010 și urm. din Legea nr. 134/2010, în virtutea aceluiași principiu al disponibilității, va putea să solicite judecarea pretențiilor sale potrivit procedurii contencioase obișnuite. Această concluzie se impune câtă vreme, inclusiv art. 1012 alin. (3) din viitorul Cod de procedură civilă obligă instanța de judecată să examineze cererea reclamantului potrivit procedurii contencioase obișnuite dacă aceasta nu se încadrează în sfera de aplicare a procedurii speciale simplificate iar reclamantul, încunostințat cu privire la acest aspect de către instanță, nu își retrage cererea.

Neregularitățile actului de sesizare, sub aspectul formei ori al conținutului pot atrage sancțiunea anulării cererii. Astfel, conform art. 1014 alin. (4) și (6) din noul Cod de procedură civilă, în cazul în care informațiile furnizate de reclamant nu sunt suficient de clare sau sunt inadecvate ori formularul de cerere nu a fost completat corect, instanța, îi va acorda reclamantului posibilitatea să completeze sau să rectifice formularul ori să furnizeze informații sau înscrisuri suplimentare, folosind în acest scop un alt formular tip, care va fi aprobat prin ordin al ministrului justiției. În cazul în care reclamantul nu completează sau nu rectifică formularul de cerere în termenul stabilit de instanță, cererea se va anula.

Formularul textului este o reproducere aproape fidelă a dispozițiilor art. 4 paragraful 4 din Regulamentul European nr. 861/2007, prin care se prevede soluția *respingerii cererii* în cazul nerespectării de către reclamant a termenului în care acesta este invitat să completeze lipsurile formularului cu care a sesizat instanța. Spre deosebire de soluția propusă de regulament, care instituie sancțiunea *respingerii cererii* de către instanța competentă, în cazul neconformării reclamantului la solicitările instanței, legiuitorul român s-a oprit asupra soluției de *anulare a cererii* acestuia, realizând astfel o corelare cu dispozițiile art. 195 alin. (3) din noul Cod de procedură civilă ce prevede aceeași sancțiune pentru neîndeplinirea obligațiilor privind completarea sau modificarea cererii de chemare în judecată de drept comun.

Nu există însă o corelare între procedura contencioasă obișnuită și procedura de simplificată analizată, sub aspectul termenului în care neregularitățile actului de sesizare trebuie înlăturate. Dacă dispozițiile art. 195 alin. (2) noul Cod de pr. civ. conferă reclamantului un termen de maxim 10 zile pentru a complini lipsurile cererii de chemare în judecată întocmită potrivit art. 189 din Cod, în cazul procedurii simplificate a cererilor cu valoare redusă, legiuitorul a lăsat acest termen la aprecierea instanței, printr-o transpunere fidelă a prevederilor cuprinse în art. 4 din Regulamentul European nr. 861/2007. În cazul acestei din urmă reglementări, reticența legiuitorului european își poate găsi justificarea pe împrejurarea că ea vine în întâmpinarea unor litigii transfrontaliere, astfel că timpul necesar complinirii lipsurilor formularului cu care instanța a fost sesizată poate fi cel mai adecvat apreciat de instanță, care va ține seama desigur și de depărtarea la care se află domiciliul sau sediul reclamantului. În ce privește însă reglementarea națională, câtă vreme procedura cererilor cu valoare redusă se dorește a fi o formă simplificată și rapidă de soluționare a cererilor în justiție, nu pare a exista o explicație pentru care legiuitorul a omis să stabilească un termen legal de complinire a lipsurilor actului de sesizare al instanței, câtă vreme a legiferat un astfel de termen în cadrul procedurii obișnuite.

Lipsa de corelare transpare mult mai clar atunci când ne raportăm la termenul acordat pârâtului pentru a depune formularul de răspuns. Astfel, conform art. 1015 alin. (4) din viitorul Cod, în termen de 30 de zile de la comunicarea formularului de cerere completat corect de reclamant, însoțit de o copie a formularului de răspuns și de copiile înscrisurilor anexate, pârâtul va depune sau va trimite formularul de răspuns completat corespunzător precum și copii de pe înscrisurile de care înțelege să se folosească.

De ce era nevoie de un termen de 30 de zile pentru ca pârâtul să furnizeze un răspuns, în condițiile în care procedura se dorește a fi una simplificată și urgentă? Întrebarea este cu atât mai retorică cu cât, potrivit legii, acestuia i se și comunică un formular de răspuns, aprobat desigur, tot prin ordin al ministrului justiției, fără să mai amintim că potrivit art. 1015 alin. (4) teza finală din viitorul Cod, pârâtului i se permite să răspundă prin orice alt mijloc adecvat, chiar fără utilizarea formularului de răspuns. Și aici constatăm o transpunere a dispozițiilor art. 5 alin. (3) din Regulamentul european, fără însă a exista o corelare cu procedura contencioasă obișnuită națională ce reglementează în favoarea pârâtului un termen de numai 20 de zile de la comunicarea cererii de chemare în judecată pentru a depune întâmpinare [art. 196 alin. (1) din Legea nr. 134/2010].

De remarcat totuși că ori de câte ori este vorba despre obligații ale instanței de judecată, legiuitorul român devine dintr-o dată extrem de exigent și pretentios. Astfel, spre deosebire de prevederile art. 5 din Regulamentul European nr. 861/2007 care instituie un termen de 14 zile înăuntrul căruia instanța trebuie să comunice pârâtului cererea corect completată de reclamant și, după caz, trebuie să comunice reclamantului formularul de răspuns depus de pârât împreună cu copie de pe documentele justificative relevante, legiuitorul român fixează în sarcina instanței un termen relativ determinat în privința acestor obligații, sub formularea „de îndată”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Din acest punct de vedere dispozițiile procedurale sunt corelate, câtă vreme și în cazul dispozițiilor art. 196 din viitorul Cod, incidente în cadrul derulării procedurii contencioase de drept comun, obligațiile

O abordare diferită de regulamentul european propune viitorul Cod în ceea ce privește regimul juridic al cererii reconvenționale. Potrivit art. 5 alin. (7) din Regulament, în cazul în care cererea reconvențională depășește valoarea de 2000 euro, cererea principală și cea reconvențională nu sunt examinate în cadrul procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusă, ci în conformitate cu normele procedurale din statul membru în care se desfășoară procedura. Legiuitorul român s-a oprit, dimpotrivă la o altă soluție, expres cuprinsă în art. 1.015 alin. (7) din Legea nr. 134/2010, conform căruia cererea reconvențională care nu poate fi soluționată în cadrul procedurii simplificate a cererilor cu valoare redusă (pentru că nu se încadrează în sfera de aplicare a acestei proceduri - *s.n.*), va fi disjunctă și judecată separat, potrivit dreptului comun.

În doctrină, soluția legiuitorului român a fost apreciată ca fiind mai rațională<sup>19</sup> deoarece permite continuarea soluționării cererii principale în cadrul procedurii simplificate și nu deschide posibilitatea pârâtului ca printr-o pretenție formulată cu rea-credință, pe calea cererii reconvenționale, să provoace convertirea procedurii simplificate într-o procedură de drept comun, așa cum se poate întâmpla în raport de prevederile cuprinse în Regulamentul european.

În aprecierea noastră, soluția legiuitorului român este oarecum discutabilă, câtă vreme obligă instanța la disjungere și proclamă imperativ obligativitatea soluționării separate a celor două cereri indiferent de legătura de conexitate existentă între ele.

Conținutul sintagmei „cerere reconvențională” în accepțiunea regulamentului o regăsim în paragraful 16 din expunerea de motive la Regulamentul nr. 861/2007, conform căruia prin „cerere reconvențională” ar trebui înțeleasă, în sensul art. 6 alin. (3) din Regulamentul (CE nr. 44/2001), respectiv ca fiind o cerere rezultată în urma *aceluiași contract sau fapt* care a generat și cererea principală. Or, pornind de la acest conținut al noțiunii „cerere reconvențională”, fiind vorba despre pretenții izvorâte din același raport juridic, generat de același act sau fapt juridic, imperativul soluționării unitare de către una și aceeași instanță primează în fața urgenței.

Din perspectiva viitorului Cod de procedură civilă, înțelesul sintagmei de „cerere reconvențională” este dat de art. 204 alin. (1), conform căruia cererea reconvențională poate fi formulată „dacă pârâtul are, în legătură cu cererea reclamantului, pretenții derivând din același raport juridic sau strâns legate de aceasta”. Pornind de la această ipoteză, soluția legiuitorului român de a disjunge întotdeauna cererea reconvențională de cererea principală nu pare a fi la adăpost de critică deoarece așează în prim plan

---

judecătorului ori ale instanței de judecată privind comunicarea către părți a cererii de chemare în judecată ori a întâmpinării, trebuie îndeplinite tot „de îndată”:

„ART. 196 - Fixarea primului termen de judecată

(1)- Judecătorul, **de îndată** ce constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru cererea de chemare în judecată, dispune, prin rezoluție, comunicarea acesteia către pârât. Pârâtul este obligat să depună întâmpinarea în termen de 20 de zile de la comunicarea cererii de chemare în judecată, în condițiile art. 160.

(2)- Întâmpinarea se comunică **de îndată** reclamantului, care este obligat să depună răspuns la întâmpinare în termen de 10 zile de la comunicare.”

<sup>19</sup> A se vedea Ioan Leș, *op.cit.*, în RRDP nr. 1/2010, p. 125.

celeritatea actului de justiție în detrimentul calității sau cel puțin al necesității asigurării premiselor unei soluții unitare asupra întregului litigiul declanșat de unul și același raport juridic. Fără a nega utilitatea de principiu a procedurii simplificate, trebuie totuși să observăm că potrivit art. 1.015 alin. (9) din Legea nr. 134/2010, aceasta cunoaște un regim probator derogator de la dreptul comun, în sensul că instanța *nu va încuviința acele probe* a căror administrare necesită cheltuieli disproporționate față de valoarea cererii de chemare în judecată sau a cererii reconvenționale. Așa fiind, se poate constata că, printr-o asemenea procedură, situația raportului juridic dintre părțile din cererea reconvențională ar putea fi deja tranșată partial prin efectul finalizării procedurii simplificate, starea de drept astfel stabilită urmând a se impune cu obligativitate, în virtutea puterii de lucru judecat, în fața instanței investită cu cererea reconvențională aflată, prin ipoteză, în curs de soluționare.

Nu putem nega posibilitatea pârâtului de a acționa cu rea-credință prin promovarea unor pretenții fictive sau vădit neîntemeiate pe calea cererii reconvenționale. Considerăm însă că este necesar să prezumăm conduita și atitudinea procesuală a părților ca fiind de bună-credință, eventualele abateri de la principiul exercitării cu bună-credință a drepturilor sau obligațiilor procesuale urmând a fi sancționate potrivit legii.

În ceea ce privește cheltuielile de judecată, art. 1017 din viitorul Cod menține principiul general consacrat deja în procedura civilă conform căruia partea care cade în pretenții va fi obligată, la cererea celeilalte părți, la plata cheltuielilor de judecată avansate de aceasta. Aspectul pretins derogator este cuprins în art. 1.017 alin. (2), conform căruia instanța nu va acorda părții care a câștigat procesul cheltuielile care nu au fost necesare sau care au avut o valoare disproporționată în raport de valoarea obiectului cererii<sup>20</sup>. Oricât de general ar fi acest text de lege, din perspectivă practică, de cele mai multe ori, va avea consecințe directe numai asupra cheltuielilor de judecată solicitate cu titlu de onorariu de avocat. Procedura fiind scrisă, părțile nu vor avea, de regulă cheltuieli de transport, decât în măsura în care vor fi citate de instanță conform art. 1.015 alin. (2) și (10) din Legea nr. 134/2010. În ce privește probele a căror administrare este solicitată, atâta vreme cât potrivit art. 1.015 alin. (9) din viitorul Cod instanța este obligată să cenzureze cu strictețe cererile de probațiune și să nu încuviințeze administrarea probelor prea costisitoare în raport de valoarea cererii de chemare în judecată, se poate prezuma că admiterea cererii de probațiune de către instanță dă dreptul la finele procesului la recuperarea cheltuielilor rezonabile avansate pentru administrarea probelor încuviințate. Quantumul rezonabil al taxelor judiciare de timbru nu intră în discuție câtă vreme acestea se calculează potrivit algoritmului legii, iar partea (reclamantul ori reclamantul reconvențional) nu are alegerea între a avansa aceste cheltuieli ori a refuza să le plătească. În principiu, dintre cheltuielile de

---

<sup>20</sup> Această prevedere derogatorie reprezintă tot o transpunere în planul legislației naționale a dispoziției comunitare inserată în art. 16 din Regulamentul nr. 861/2007, conform căruia „Partea care cade în pretenții suportă cheltuielile de judecată. Cu toate acestea, instanța nu acordă părții care a câștigat procesul cheltuielile care nu au fost necesare sau cele având o valoare disproporționată în raport de valoarea obiectului cererii”.

judecată ce se avansează în mod obișnuit în procesele din țara noastră, va rămâne în discuție doar cuantumul onorariului de avocat care va putea fi acordat de instanță doar parțial în condițiile în care s-ar ajunge la concluzia că este disproporționat de mare în raport de valoarea procesului. Observăm însă că nu există o diferență majoră între aceste prevederi legale speciale cuprinse în art. 1017 alin. (2) din Cod și dispozițiile generale privind condițiile acordării cheltuielilor de judecată<sup>21</sup> ce se regăsesc în art. 445 din Legea nr. 134/2010. În aceste condiții, câmpul de aplicare exclusivă a prevederilor art. 1.017 alin. (2) C. pr. civ. va fi destul de restrâns, deoarece în aproape toate situațiile problema cheltuielilor de judecată ar putea primi rezolvare și doar prin aplicarea principiilor generale cuprinse în art. 445 din noul Cod de procedură civilă.

Legiuitorul român a optat pentru posibilitatea atacării cu calea de atac a apelului a hotărârii care finalizează procedura simplificată de soluționare a cererilor cu valoare redusă și care va reprezenta titlu executoriu<sup>22</sup> de la data pronunțării ei.

Regulamentul (CE nr. 861/2007) nu prevede în mod obligatoriu existența unei căi de atac ordinare împotriva hotărârii primei instanțe cu care se finalizează procedura simplificată a cererilor cu valoare redusă. Acest aspect este lăsat în seama statelor membre care, potrivit art. 17 din Regulament trebuie să informeze Comisia dacă normele lor de procedură prevăd o cale de atac împotriva unei astfel de hotărâri judecătorești, precum și termenul în care aceasta trebuie exercitată, această informație fiind făcută publică de către Comisie. Regulamentul impune doar un standard minim pentru controlul judiciar al hotărârii, conferind pârâtului dreptul de a ataca hotărârea pronunțată în procedura simplificată înaintea instanței judecătorești competente din statul unde hotărârea a fost pronunțată, doar pentru anumite motive de procedură respectiv:

- formularul de cerere sau citația la dezbaterea orală i-au fost comunicate prin metodă fără dovada primirii de către el personal, conform art. 14 din Regulamentul (CE nr. 80/2004);
- comunicarea sau notificarea nu au fost efectuate în timp util pentru a permite pârâtului să își pregătească apărarea;
- pârâtul nu a putut să conteste cererea din motive de forță majoră sau ca urmare a unor circumstanțe extraordinare survenite independent de voința sa.

Aceste prevederi sunt aplicabile numai în cazul litigiilor cu elemente de extraneitate și numai în măsura în care statul național în care s-a pronunțat hotărârea atacată nu prevede o cale de atac ordinară sau extraordinară, în cadrul căreia, pe lângă aceste motive să poată fi invocate și alte apărări ori excepții.

---

<sup>21</sup> Conform art. 445 din viitorul Cod „instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său”.

<sup>22</sup> Concluzia se desprinde din coroborarea art. 1.016 alin.(3) din Cod conform căruia hotărârea primei instanței este executorie din momentul pronunțării ei, cu prevederile art. 442, art. 624 alin. (4) și art. 627 din noul Cod de procedură civilă, în forma sa inițială.

În ce privește procedura simplificată adoptată de legiuitorul român pentru litigiile de la noi din țară, opțiunea a fost aceea de a conferi părții perdante posibilitatea de a exercita numai calea de atac ordinară a apelului, fără a avea ulterior dreptul de a exercita și recurs.

Sunt pe deplin coroborate dispozițiile speciale referitoare la cuantumul cauțiunii, cu cele de drept comun cuprinse în art. 708 alin. (2) și (3) din viitorul Cod. Astfel, potrivit art. 1.018 alin. (2) din viitorul Cod, pentru motive temeinice, instanța de apel va putea suspenda executarea silită, însă numai dacă se consemnează o cauciune de 10% din valoarea contestată. În același sens, conform art. 708 alin. (2) din Legea nr. 134/2010, pentru a se dispune suspendarea, cel care o solicită trebuie să dea în prealabil o cauciune, calculată la valoarea obiectului contestației și care trebuie să fie de 10%, dacă această valoare este până la 10.000 lei.

Există totuși o necorelare, între textul Regulamentului european și norma națională echivalentă pe care o regăsim în procedura simplificată a cererilor cu valoare redusă și care poate fi consecința unei inadvertențe de redactare, sau chiar rodul voinței legiuitorului. O regăsim în privința suspendării pe care o poate dispune instanța de apel sesizată, în condițiile art. 1.018 din viitorul Cod de procedură civilă.

De la bun început apreciem necesar a realiza o distincție. Atât în cuprinsul actualului Cod de procedură civilă, cât și în Legea nr. 134/2010 privind noul Cod de procedură civilă, în afara cererii de suspendare a *executării silite*, ce reprezintă o cerere incidentă care poate fi formulată în cadrul unei contestații la executarea silită, ambele acte normative reglementează posibilitatea formulării unor cereri de suspendare a *executării hotărârii atacate* cu o cale ordinară ori extraordinară de atac.

Așadar vom regăsi în cuprinsul Codului de procedură civilă sintagma *suspendarea executării hotărârii atacate* și respectiv *suspendarea executării silite*. Cele două sintagme nu sunt sinonime, neavând același conținut. Suspendarea executării silite presupune, prin ipoteză, o executare silită declanșată și aflată în curs de desfășurare și se întâlnește, de regulă, în cadrul contestațiilor la executarea silită formulată de partea interesată. Suspendarea executării unei hotărâri judecătorești, urmare a atacării ei cu o cale ordinară ori extraordinară de atac, se produce fie din oficiu, în temeiul legii, fie la cererea părții interesate, din dispoziția instanței cuprinsă într-o încheiere<sup>23</sup>. În toate aceste din urmă situații, nu se suspendă o executare silită aflată în curs de desfășurare ci dispoziția de suspendare a instanței se răsfrânge asupra efectului executoriu sau, altfel spus, asupra executorialității hotărârii atacate<sup>24</sup>, indiferent dacă în temeiul acesteia creditorul a demarat sau nu executarea silită.

<sup>23</sup> Noul Cod de procedură civilă cuprinde astfel de prevederi, permițând părții interesate:

- să solicite suspendarea executării provizorii a hotărârii primei instanțe, fie prin cererea de apel, fie în tot cursul judecării apelului (art. 444 din Legea nr. 134/2010);

- să solicite suspendarea hotărârii atacate cu recurs, în acele situații în care recursul nu suspendă de drept executarea [art. 478 alin. (2) din Legea nr. 134/2010], dispoziții similare fiind cuprinse și în privința contestației în anulare (art. 501), sau a revizuirii (art. 506).

<sup>24</sup> A se vedea în acest sens Ștefan Ioan Lucaciuc, Sorin Fildan, *Aspecte privind suspendarea executării silite în raport de reglementarea propusă de Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă*, în Studii și Cercetări Juridice Europene, Volumul Conferinței Internaționale a doctoranzilor în Drept Timișoara 2011, Ed. Wolters Kluwer București 2011.



Conform art. 444 din noul Cod de procedură civilă, în cazul hotărârilor executorii provizorii, suspendarea executării provizorii va putea fi solicitată fie prin cererea de apel, fie distinct în tot cursul judecății în apel. În această privință, noul Cod nu aduce nicio modificare în raport de prevederile în vigoare astăzi, cuprinse în art. 280 C. pr. civ. Hotărârea pronunțată în primă instanță în cadrul procedurii simplificate a cererilor cu valoare redusă este tot o hotărâre executorie cu executare vremelnică, potrivit art. 442 alin. (1) pct. 10 din Legea nr. 134/2010. Cu toate acestea, dispozițiile art. 1018 alin. (2) din viitorul Cod par a institui o derogare de la regula instituită pentru toate hotărârile cu executare vremelnică, în sensul că, potrivit alin. (2) al acestui text de lege, instanța de apel, pentru motive temeinice, poate să suspende *executarea silită*, însă numai dacă se consemnează o cautiune de 10% din valoarea contestată. Observăm că exprimarea legiuitorului diferă și pare a trimite interpretul, precum și judecătorul chemat să aplice legea, la ideea obligativității începerii executării silite a hotărârii primei instanțe pentru ca o astfel de cerere de suspendare să fie admisibilă. Or, dispozițiile art. 444 din același cod, ce reglementează procedura generală de suspendare a tuturor celorlalte hotărâri cu executare vremelnică, se referă doar la suspendarea executării hotărârii iar nu a executării silite.

Aceasta este deosebirea de nuanță dintre reglementarea generală și cea specială cuprinsă în art. 1018 alin. (2) din noul Cod, iar întrebarea firească este aceea dacă o astfel de soluție este consecința unei imperfecțiuni de redactare a textului legal sau este consecința voinței legiuitorului. În favoarea acestei din urmă soluții ar pleda argumentul de text, în sensul că o astfel de prevedere nu era obligatorie, în raport de reglementarea generală cuprinsă la art. 444 C. pr. civ., decât în măsura în care legiuitorul ar fi dorit să deroge de la regimul juridic general al suspendării executării hotărârilor provizorii. În favoarea primei concluzii ar putea pleda lipsa oricărei justificări practice de a institui un regim juridic derogator în cazul hotărârilor executorii pronunțate în cadrul procedurii simplificate a cererilor cu valoare redusă. Nu putem însă trece cu vederea că Regulamentul european prevede în art. 23 că numai partea împotriva căreia *se solicită executarea* poate, în condiții excepționale să obțină o soluție de *suspendare a procedurii de executare* din partea instanței. Așadar, în accepțiunea Regulamentului european, suspendarea executării hotărârii, pronunțată în procedura cererilor cu valoare redusă, se poate obține după emiterea somației de executare, adică după solicitarea executării.

În aceste condiții, considerăm că legea de punere în aplicare a noului Cod de procedură civilă ar putea aduce cu sine și un conținut mai clar și mai puțin echivoc al art. 1.108 alin. (2) din Legea nr. 134/2010, pentru a pune în evidență la modul cel mai clar posibil voința legiuitorului și a înlătura posibilitatea unor interpretări diferite și totodată a unor practici judiciare neunitare la nivel național.

O altă chestiune nerezolvată de către dispozițiile cuprinse în art. 1.011- 1.017 din noul Cod de procedură civilă este cea legată de regimul probelor în fața instanței de apel.

În ce privește judecata în primă instanță, s-a putut constata că legea reglementează un regim probator restrictiv, deoarece, conform art. 1015 alin. (9) din viitorul Cod, nu vor fi încuviințate acele probe a căror administrare necesită cheltuieli

disproporționate față de valoarea cererii de chemare în judecată sau a cererii reconvenționale. În tăcerea legii, întrebarea firească ce se naște este cea legată de regimul probator din apel. Altfel spus, restricția probatorie impusă de art. 1015 alin. (9) din Legea nr. 134/2010 va fi operantă și în ce privește judecata apelului.

În ce ne privește apreciem că sunt pe deplin aplicabile dispozițiile art. 473 alin. (2) din noul Cod de procedură civilă, conform căroră „instanța de apel va putea dispune refacerea sau completarea probelor administrate la prima instanță, în cazul în care consideră că sunt necesare pentru soluționarea cauzei, precum și administrarea probelor noi propuse în condițiile art. 472 alin. (2)”<sup>25</sup>.

Există mai multe argumente care să susțină incidența principiului libertății probelor în apel. În primul rând, nu există vreo dispoziție specială derogatorie pentru judecarea apelului, similară celei pentru judecata în primă instanță, ceea ce prezumă voința legiuitorului de a se aplica regulile generale privind judecata apelului cuprinse în art. 460 și următoarele din viitorul Cod. Așa fiind, va fi incident nu numai principiul libertății probelor, ci și celelalte principii de judecată a apelului, cum ar fi și principiul publicității ședințelor de judecată și al oralității, principii care, prin derogare de la dreptul comun sunt înlăturate în ce privește judecata în primă instanță a cererilor cu valoare redusă.

O altă soluție ar fi de natură a încălca egalitatea părților în procesul civil consacrată de art. 8 din viitorul cod, deoarece sentința instanței de fond se sprijină exclusiv pe probele mai puțin costisitoare îngăduite a fi administrate în faza primei instanțe, de procedura aleasă exclusiv de reclamant. Imperativul aflării adevărului, consacrat la rang de principiu fundamental al procesului civil de art. 22 din viitorul Cod, ar fi abandonat dacă, nici măcar în instanța de apel, părților nu le-ar fi îngăduit a administra orice probă s-ar putea dovedi a fi utilă pentru corecta stabilire a situației de fapt și de drept în cadrul raporturilor juridice dintre ele. Dacă reclamantul a avut un drept exclusiv de opțiune între procedura obișnuită și procedura simplificată cu regim probator restrictiv, și dacă totuși hotărârea pronunțată în procedura simplificată este supusă apelului, principiul egalității părților în procesul civil și principiul aflării adevărului converg spre soluția libertății probelor în apel pentru a putea garanta în acest fel și dreptul la apărare al pârâtului aflat în imposibilitatea de a-și dovedi temeinica apărărilor în fața primei instanțe ca efect al regimului probator restrictiv aplicabil, grație alegerii făcută de reclamant.

O astfel de interpretare poate pleda și în favoarea reclamantului căruia instanța de fond ar putea să îi respingă cererea ca nefondată, urmare a analizei probatoriului sumar și necostisitor admis a fi administrat de către prima instanță. Nu există nicio dispoziție legală specială care să permită reclamantului să pornească un nou proces civil, având același obiect, fundamentat pe aceeași cauză și în contradictoriu cu aceleași părți, dar utilizând procedura obișnuită de drept comun. Prin urmare, hotărârea

---

<sup>25</sup> Conform art. 472 alin. (2) din viitorul Cod „Părțile nu se vor putea folosi înaintea instanței de apel de alte motive, mijloace de apărare și dovezi decât cele invocate la prima instanță sau arătate în motivarea apelului ori în întâmpinare. Instanța de apel poate încuviința și administrarea probelor a căror necesitate rezultă din dezbateri”.

pronunțată în cadrul procedurii simplificate va avea autoritatea de lucru judecat specifică unei hotărâri judecătorești cu care se finalizează procedura contencioasă obișnuită. Plecând de la această premisă, acceptarea principiului libertății probelor în fața instanței de apel, va permite reclamantului să își dovedească în pretențiile și prin administrarea unui probatoriu mai vast și mai costisitor, dacă din probațiunea sumară încuviințată de prima instanță temeinicia dreptului său nu a fost suficient de evidentă pentru a conduce la recunoașterea lui.

În concluzie, constatăm că sub aspectul efectelor regimului probator, procedura de soluționare a cererilor cu valoare redusă, pune pe primul plan celeritatea și accesibilitatea din perspectiva costurilor, a procedurii în fața primei instanțe. Scopul urmărit este acela de a asigura reclamantului, a cărui drept de o valoare redusă rezultă cu evidență din mijloace probatorii simple și necostisitoare posibilitatea recunoașterii cât mai urgente a dreptului său. În același timp însă, procedura simplificată a cererilor cu valoare redusă transferă instanței de apel, dacă aceasta va fi sesizată, eventuala sarcină de a administra probatoriului complex și costisitor, cu toate consecințele ce decurg din acest efect, inclusiv sub aspectul duratei de soluționare a apelului. Dacă însă dreptul reclamantului transpare evident din probatoriul restrâns încuviințat de prima instanță, efectul urmărit de procedură se produce tocmai prin hotărârea primei instanțe de admitere a cererii care, fiind executorie, conferă de îndată reclamantului și dreptul de a pune în executare titlul său și de a obține cu celeritate satisfacerea efectivă și concretă a dreptului său subiectiv.

În concluzie, date fiind aspectele semnalate, fără a combate oportunitatea existenței unei asemenea reglementări în peisajul legislativ procedural românesc, în raport de sfera de aplicare a procedurii și dată fiind conjunctura legislativă actuală în care regăsim proceduri cu efecte aproape similare (de ex. procedura somației de plată), viitoarea procedură a ordonanței de plată, exprimăm rezerve în ceea ce privește utilizarea de către justițiabili în mod concret a procedurii alternative a soluționării cererilor cu valoare redusă. Majorarea plafonului valoric, scurtarea termenelor procedurale de completare a formularelor speciale utilizate în cadrul procedurii, precum și stabilirea unei taxe judiciare de timbru într-un quantum fix și relativ redus la prima instanță, corelativ cu reglementarea unui quantum mai mare a taxei în fața instanței de apel, ar putea reprezenta măsuri care să încurajeze utilizarea acestei proceduri simplificate ce prezintă avantajul celerității, ca efect al derulării în formă scrisă, în cameră de consiliu, precum și avantajul obținerii rapide a titlului executor, câtă vreme hotărârea cu care se finalizează judecata în primă instanță este executorie vremelnic.

# Tradiția romano-bizantină a vechiului drept românesc receptată în unele inovații ale Noului Cod civil

*Prof. univ. dr. Teodor SÂMBRIAN*



## Roman-byzantine tradition of the former romanian law reflected in some innovations of the New civil Code

**Abstract:** The introduction is an overview of Romanian encodings in the European context of the mid-seventeenth century until the middle of the nineteenth century: Romanian educational books (1646), Correction of Law (1652), The draft codes of Mihail Fotino of 1765, 1775/1777, The Law Log (1780), The draft civil code of Toma Carra (1804), The Calimach Code (1817), The Caragea Rule (1818), The Romanian Civil Code (1864).

Sections two, three and four are dedicated to the presentation of three innovations of the Civil Code of 2009 compared with of 1864 the Civil Code, namely the action for denial, possessory actions and actions taken to preserve the asset possessed. The Roman-Byzantine origins are shown, as well as regulation thereof in the former Romanian law.

In Conclusions, the author highlights the particular value of the former Romanian law of Roman-Byzantine origin which can serve as inspiration for future lawmaking or a better understanding of current regulations.

**Keywords:** reflecting the Roman law, the new Romanian Civil Code, action for denial, possessory actions, taking actions to preserve the asset possessed.

### 1. Introducere

#### *1.1. Scurtă privire istorică asupra codificărilor românești în context european*

Începuturile codificării legislației românești se încadrează în curentul european, afirmat cu precădere în sec. al XVII-lea, de înlocuire treptată a dreptului cutumiar cu legi edictate de șeful statului (regele sau principele), după caz și aplicabile, spre deosebire de normele cutumiare, pe tot teritoriul statului. „*Carte românească de învățătură*” (Iași, 1646) și „*Îndreptarea legii*” (Târgoviște, 1652) sunt primele codificări laice românești care conțin norme de drept public și privat.

Aproximativ în aceeași perioadă, în Franța, sub Ludovic al XIV-lea, la inițiativa lui Colbert, sunt adoptate marile ordonanțe, fiecare codificând o anumită materie: Ordonanța civilă pentru reformarea justiției (1667), Ordonanța criminală (1670), Ordonanța asupra comerțului (1673). Menționăm, de asemenea, pentru Țările de Jos, *Codex Belgicus* (1649, un repertoriu sistematic al legislației locale în vigoare<sup>1</sup>.

Secolul al XVIII-lea, al Luminilor, consacră o nouă semnificație a termenului de „Cod”. În dreptul roman termenul „Cod” (*codex*) însemna o uniune materială de elemente dispersate, codurile romane constituindu-se într-o selecție de texte legislative emise de diverși împărați). Potrivit noilor concepții, codurile din sec. al XVIII-lea grupează după un plan rațional dispozițiile relative la o materie determinată, în loc să grupeze texte de drept pozitiv după natura izvoarelor. În acest sens, au fost promulgate în Bavaria un Cod penal în 1752 (*Codex iuris bavarici criminalis*), un Cod de procedură civilă în 1753 și un Cod civil în 1756, iar în Prusia, după câteva proiecte de codificare (proiectul ministrului Samuel von Cocceji din 1746 și proiectul „*Corpus iuris Fridericiani*” din 1749, în 1794 este promulgat „*Preussische Allgemeine Landrecht*” ce conține dispoziții de drept penal, civil, comercial și ecleziastic. Concomitent, în Tara Românească, paharnicul Mihail Fotino întocmea proiectele de Coduri urbane în 1765, 1766 și 1775, iar în 1780 Alexandru Ipsilanti promulga „*Pravilniceasca Condică*”, un Cod civil și de procedură în același timp.

Secolul al XIX-lea debutează în Franța cu marile proiecte de codificare modernă finalizate prin *Codul civil* (1804), *Codul de procedură civilă* (1806), *Codul de comerț* (1807), *Codul de procedură penală* (1808) și *Codul penal* (1808). Dintre toate, reține în mod special atenția Codul civil, ce a reprezentat un compromis bine echilibrat între dreptul roman și dreptul cutumiar, servind ca model altor zeci de coduri civile de pe toate continentele, inclusiv *Codului civil român* din 1864. În acest context trebuie să remarcăm promulgarea în 1817 a *Codului Calimach* sau *Codica țivilă a Moldovei*, primul Cod civil românesc și al treilea în Europa, precum și adoptarea în 1818, în Tara Românească, a *Legiurii Caragea*.

Codificările românești menționate prezintă două trăsături comune. În primul rând, ele au fost realizate în momente ce pot fi considerate cardinale în procesul modernizării statului, proces ce s-a desfășurat în concordanță cu tendințele manifestate în același timp în Europa Occidentală. În al doilea rând, eforturile de modernizare a statului întreprinse sub aspect legislativ au presupus de fiecare dată receptarea masivă, în mod direct sau indirect, a dreptului roman și a celui romano-bizantin.

Noul Cod civil al României, adoptat în 2009 și pus în aplicare la 1 octombrie 2011, marchează, la rândul său, după cum se arată în mod expres în expunerea de motive, un alt moment crucial în istoria statului român, respectiv, noul său statut de membru al Uniunii Europene, ceea ce a presupus, printre altele, și armonizarea legislației civile românești reglementărilor europene. De aceea, la elaborarea soluțiilor legislative ale noului Cod civil s-au avut în vedere, pe lângă Codul civil din 1864, Codul familiei din 1954, proiectele codurilor civile din 1940, respectiv 1974, un

---

<sup>1</sup> A. Wiffels, *Histoire du Droit*, Université Catholique de Louvain, 1990-1991, p. 143 și p. 152.

număr de 81 de legi interne considerate relevante adoptate între iulie 1934 - iulie 2007 și Codurile civile quebecoaz (1991), francez, italian, spaniol, elvețian, german și brazilian, 15 directive ale U.E., precum și alte 17 documente internaționale (convenții, pacte, protocoale). Prezența ca sursă de documentare a Codului civil din Québec nu afectează însă, după cum afirmă unul dintre membri Comisiei de redactare a proiectului legislativ „puritatea” sistemului nostru de drept continental în cadrul spațiului juridic european întrucât respectivul Cod se bazează „în mod covârșitor pe tradiția juridică franceză”<sup>2</sup>.

1.2. *Obiective.* Ne propunem să relevăm că o parte din noutățile prezente în Codul civil din 2009 (noutăți în comparație cu dispozițiile Codului civil din 1864) sunt de sorginte romano-bizantină și se regăseau în vechiul drept românesc. Avem în vedere acțiunea negatorie, acțiunile posesorii și luarea măsurilor pentru conservarea bunului posedat. Rămân în afara preocupărilor noastre în cadrul prezentului studiu alte inovații ale Codului civil din 2009 care își au originea în dreptul romano-bizantin și care au făcut obiectul reglementării codurilor românești până în 1918, precum desemnarea tutorelui de către părinte, definirea căsătoriei prin precizarea expresă că este vorba de o uniune între bărbat și femeie, restituirea cheltuielilor necesare și utile ca efect al admiterii acțiunii în revendicare, unele dispoziții referitoare la proprietatea comună, fideicomisul, dezmoștenirea, răspunderea pentru prejudiciile provocate prin căderea sau aruncarea unui lucru dintr-un imobil, dreptul de superficie, dreptul de preemțiune, generalizarea leziunii ca viciu de consimțământ etc.

## 2. Acțiunea negatorie

Codul civil român din 1864 nu a reglementat acțiunea negatorie, existența sa fiind însă admisă de doctrină, „*mai degrabă datorită faptului că (dreptul civil român) face parte din familia sistemelor europene romaniste de drept, decât pe baza unor reglementări precise*”<sup>3</sup>.

Într-adevăr, dreptul roman, dar și vechiul drept românesc prin Codul Calimach, au reglementat acțiunea negatorie prin care proprietarul unui lucru cere să se constate că lucrul său nu este grevat de servitute sau alte dezmembrăminte ale dreptului de proprietate. Astfel, în Digestele lui Iustinian (8, 5, 2), prin care este reprodus un text din cartea a XVII-a *ad Edictum* a lui Ulpian, în care jurisconsultul roman scrie: *De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, tam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.* (În privința servituților, ne corespund acțiuni reale, precum cele care se referă la uzufruct, de exemplu, atât acțiunea confesorie, cât și acțiunea negatorie; acțiunea confesorie caută să obțină o servitute, în timp ce în acțiunea negatorie, proprietarul este cel care neagă existența unei servituți).

<sup>2</sup> F. Baias, în *Prefață la Codul civil (Legea nr. 287/2009)*, București, Ed. C. H. Beck, 2009, p. VII.

<sup>3</sup> C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, București, Ed. All Beck, 2001, p. 234.

Despre acțiunea negatorie Codul Calimach arată că este acțiunea prin care „proprietariul jeluște că altul cu nedreptate își însușește dritul șerbirii<sup>4</sup> asupra lucrului său”<sup>5</sup>.

Noul Cod civil a prevăzut acțiunea negatorie în art. 564, stabilind în primul alineat că: „Proprietarul poate intenta acțiunea negatorie contra oricărei persoane care pretinde că este titularul vreunui drept real, altul decât cel de proprietate, asupra bunului său”.

## 2. Acțiunile posesorii

Codul civil din 1864 nu vorbește nimic despre acțiunile posesorii<sup>6</sup>, ele fiind rezultatul, mai întâi, al jurisprudenței, inspirată de tradiția romano-bizantină, apoi reglementate în același spirit, de Legea judecătoriilor de ocoale din 1907 (art. 31) și mai târziu de Codul de procedură civilă care, cu ocazia modificării și republicării în februarie 1948, le-a reglementat ca o procedură specială denumită „cereri privitoare la posesiune” sau „cereri posesorii”<sup>7</sup> în trei articole (art. 674-676 C. pr. civ.).

Originea acțiunilor posesorii din dreptul modern se află, incontestabil, în interdictele posesorii din dreptul roman, mijloace create de pretor pentru ocrotirea posesiei și având ca scop fie redobândirea posesiei pierdute (*interdicta recuperandae possessionis causa*), fie menținerea posesiei în cazul unor tentative de tulburare a posesiei (*interdicta retinendae possessionis causa*)<sup>8</sup>.

Dreptul iustinian a sistematizat interdictele posesorii, reducând numărul lor de la șase la două, respectiv unul care viza tulburarea sau uzurparea posesiei prin mijloace neviolente cu o vechime mai mică de un an (*interdictum uti possidetis*), și altul care consta în tulburarea sau deposedarea prin violență dacă actele de violență nu erau mai vechi de un an (*interdictum unde vi*). Cunoscute mai târziu sub denumirea de acțiunea în complângere și respectiv acțiunea în reintegrare (*reintegranda*), reglementările iustinianiene au constituit modelul acțiunilor posesorii din dreptul modern.

Codul Calimach conține o dispoziție generală de reglementare a acțiunilor posesorii în art. 442 care a prevăzut că: *Nimărui<sup>9</sup> nu este ertat<sup>10</sup> a supăra<sup>11</sup> de sineși pe altul cineva pentru orice feliu de stăpânire<sup>12</sup>. Volnic<sup>13</sup> este cel supărat<sup>14</sup> să*

---

<sup>4</sup> Dreptul de servitute.

<sup>5</sup> Codul Calimach, art. 678 *in fine*.

<sup>6</sup> I. Rosetti-Bălănescu, O. Sachelarie, N. G. Nedelcu, *Principiile dreptului civil român*, București, Ed. de Stat, 1947, p. 176.

<sup>7</sup> G. Porumb, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, vol. II, București, Ed. Științifică, 1962, pp. 453 și 454.

<sup>8</sup> T. Sâmbrian, *Instituii de drept roman*, Craiova, Ed. Sitech, 2009, p. 179.

<sup>9</sup> Nimănui.

<sup>10</sup> Permis.

<sup>11</sup> A tulbura.

<sup>12</sup> Posesie.

<sup>13</sup> Îndreptătit.

<sup>14</sup> Victima tulburării posesiei.

ceară agiutorul judecătoriei împotriva supărătorului<sup>15</sup> său și întoarcerea toatei dovedite pagube.

Deși autorii noului Cod civil nu par să fi cunoscut dispozițiile Codului Calimach, conținutul primului alineat al art. 949 din noul Cod civil sunt izbitor de asemănătoare cu cele ale art. 442 din Codul moldovenesc citate mai sus: *Cel care a posedat un bun cel puțin un an poate solicita instanței de judecată prevenirea ori înlăturarea oricărei tulburări a posesiei sale sau, după caz, restituirea bunului. De asemenea, posesorul este îndreptățit să pretindă despăgubiri pentru prejudiciile cauzate.*

#### 4. Luarea măsurilor pentru conservarea bunului posedat

##### 4.1. Reglementarea în dreptul roman.

Deși este o acțiune extrem de utilă, în ciuda faptului că în dreptul românesc era reglementată începând de la mijlocul sec. al XVIII-lea prin receptarea dreptului roman, prin intermediul Basilicalelor<sup>16</sup>, după exemplul Codului Napoleonian, nu a mai fost prevăzută de Codul civil din 1864.

Cunoscută în dreptul roman sub denumirea de *operis novi nuntiatio* (somația privitoare la o nouă lucrare), acțiunea de luarea măsurilor pentru conservarea bunului posedat este o instituție juridică romană cu origini arhaice, reglementată sumar, mai întâi, de Legea celor XII Table<sup>17</sup> și, ulterior, în detaliu, în dreptul lui Iustinian, în primul rând prin Digeste care în cartea a XXXIX-a, titlul 1 *De operis novi nuntiatione*, îi rezervă 23 de fragmente din operele jurisconsultilor Ulpian, Iulian, Paul, Gaius, Africanus, Marcellus și Iavolenus, la care se adaugă o constituție emisă de împăratul Iustinian în anul 532 și inclusă în *Codex repetitae praelectionis*, Cartea a VIII-a, titlul al XI-lea *De novi opris nuntiatione*.

Somația avea ca scop să preîntâmpine provocarea unei pagube posesorului unui imobil ca urmare a începerii unor lucrări pe un teren vecin. Era un act solemn extrajudiciar, deci, inițial fără participarea magistratului<sup>18</sup>, ce presupunea rostirea unor cuvinte însoțite de un gest ritual constând în aruncarea unei pietre (*iactus lapilli*)<sup>19</sup>. Pentru declanșarea procedurii era necesară întrunirea cumulativă a două condiții<sup>20</sup>:

- a. schimbarea statu-quoului prin efectuarea unor lucrări având ca scop ridicarea, modificarea sau demolarea unor construcții aderente cu solul;
- b. riscul ca prin această schimbare să se provoace o vătămare sau pagubă imobilului ocrotit.

---

<sup>15</sup> Uzurpatorului.

<sup>16</sup> V.A. Georgescu, E. Popescu, *Legislatia urbană a Țării Românești (1765-1782)*, București, Ed. Academiei R.S.R., 1975, pp. 34 și 35, 38-39.

<sup>17</sup> F. del Giudice, S. Beltrani, *Dizionario giuridico romano*, secunda edizione, Nappoli, Edizione Simone, s.a., p. 390.

<sup>18</sup> J. Iglesias, *Derecho romano*, decimoquinta edición, Barcelona, Ariel, 2004, p. 190.

<sup>19</sup> V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, quattordicesima edizione riveduta, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenia Jovene, 2006, p. 223.

<sup>20</sup> S.G. Longinescu, *Elemente de drept roman*, vol. II, București, 1929, p. 422.



Titularul acțiunii (*nuntians*) putea să fie proprietarul imobilului amenințat, posesorul de bună-credință, titularul unui dezmembrământ al dreptului de proprietate implicând posesia asupra imobilului amenințat, precum și orice cetățean dacă exista riscul ca noua lucrare să lezeze un interes public.

Acțiunea avea un caracter *in rem* (Ulpian, lib. 45 ad Sabinum): „*Operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam*”<sup>21</sup>, drept urmare putea fi îndreptată împotriva celui care efectua lucrarea, cât și împotriva lucrătorilor. Dacă existau mai mulți coproprietari ai noii lucrări, somația adresată unuia avea efect și față de ceilalți<sup>22</sup>.

După adresarea somației lucrările trebuiau întrerupte. Dacă nu erau întrerupte, *nuntians* putea cere magistratului restabilirea situației anterioare printr-un *interdictum demolitorium* pe cheltuiala persoanei care efectua lucrările (*nuntiatius*). Aceste efecte nu se produceau în următoarele patru cazuri<sup>23</sup>:

a când constructorul (*nuntiatius*) cerea și obținea din partea pretorului un decret de îngăduință (*remissio*) prin care era autorizat să continue lucrarea și când se realiza o înțelegere între *nuntians* și *nuntiatius*;

b când *nuntiatius* da o *cautio de opere restituendo* că va demola ceea ce a construit și va restabili starea anterioară; garanția putea să fie una personală, prin fideiusori, sau una reală (*satisdatio*);

c în cazul în care *nuntians* a înstrăinat imobilul amenințat sau a decedat;

d când somația nu a fost soluționată timp de un an, caz desființat de Iustinian care printr-o Constituție din anul 532 a stabilit pentru judecător obligativitatea soluționării procesului în maxim trei luni, altfel *nuntiatius* putând continua lucrările dacă da *cautio de opere restituendo*.

*Operis novi nuntiatio* putea fi introdusă numai atâta timp cât lucrarea nu a fost finalizată. Dacă lucrarea fusese finalizată, posesorul imobilului amenințat avea la dispoziție alte mijloace de protecție, precum *interdictum quod vi aut clam*, sau *actio negatoria*, ori *actio confessoria*<sup>24</sup>.

**4.2. Vechiul drept românesc din secolul al XVIII-lea.** În dreptul românesc principiile fundamentale ale unei *operis novi nuntiatio* sunt pentru prima dată expuse în cinci paragrafe din titlul II, 24 al Codului urban din proiectul de Cod general (*Nomikon Procheiron*) întocmit în 1766 în Țara Românească de Mihail Fotino. Sursa acestor dispoziții o constituie cartea a 58-a, titlul 10 din Basilicale<sup>25</sup> care, la rândul său, este inspirată de titlul 1 din cartea a 39-a din Digestele lui Iustinian.

Codul lui Mihail Fotino a prevăzut, ca și dreptul roman, că titularul somației de întrerupere a lucrărilor este îndreptățit să acționeze când se face o nouă construcție care ar putea să pericliteze starea propriului imobil (paragraful 1), că acțiunea are un caracter *in rem* fiind făcută *nu persoanei, ci lucrului* (paragraful 5), astfel că „*Cel*

<sup>21</sup> D., 39, 1, 10.

<sup>22</sup> Ulpian, *lib. 52 ad Edictum*, D. 39, 1, 5, 5.

<sup>23</sup> S.G. Longinescu, *op. cit.*, p. 424.

<sup>24</sup> S.G. Longinescu, *op. cit.*, p. 425.

<sup>25</sup> V.A. Georgescu, Emanuela Popescu, *op. cit.*, p. 34.

ce face o somație pentru a se împiedica o construcție ... nu este nevoie să-l găsească pe stăpân și să-i facă somație, ci este de ajuns să facă somația numai meșterilor care lucrează la acea construcție” (paragraful 4), efectul somației pentru cel ce efectuează lucrarea fiind că „dacă nu se supune și nu părăsește construcția, atunci această construcție este pierdută și se dărâmă” (paragraful 3).

O aplicare a unei *operis novi nuntiatio* se întâlnește și în practica judecătorească de la mijlocul sec. al XVIII-lea din Țara Românească. Astfel, într-o anafora adresată principelui Alexandru Scarlat Ghica la 1 mai 1768 de boierii judecători care aveau de soluționat pricina dintre spătarul Dumitrache Ghica și fostul mare ban Toma Crețulescu, invocându-se „pravila”, adică dreptul romano-bizantin, se arată că „și pentru vecinătate, zice, că acel ce supără cu vre o zidire nouă ce să va face, iaste volnic însuși acela ce să supără a-l zăticni<sup>26</sup>, iară de va face, să păgubește<sup>27</sup>, adică i se demolează construcția.

La scurt timp de la redactarea acestei anaforale, principele Alexandru Scarlat Ghica, emite hrisovul din 12 mai 1768 pentru reglementarea unor construcții urbane în care, printre altele, admite, ca și dreptul roman, caracterul popular al somației, care poate fi făcută de orice cetățean dacă se apreciază că noua lucrare ar leza un interes public și care se impune a fi ocrotit inclusiv pe această cale (*publici iuris tuendi gratia*)<sup>28</sup>: *fieșicare lăcuioriu când va vedea pe cinevași să zidească acest fel de zidire noao la loc de obște, are voe să poruncească, și să oprească zidirea aceea măcar și să nu aibă nicio împărțășire, nici pag <u>bă de la aceea*<sup>29</sup>.

Principiile privitoare la *operis novi nuntiatio* din proiectul de Cod general întocmit în 1766 sunt dezvoltate în detaliu în Codul urban inclus de Mihail Fotino în proiectul său de Cod general (1775-1777) de la începutul domniei în Țara Românească a lui Alexandru Ipsilanti. Primul titlu, din cartea a V-a cuprindea 21 de paragrafe preluate din cartea 58, titlul 10 al Basilicalelor<sup>30</sup> și tratează despre renovarea clădirilor. Receptarea indirectă a dreptului roman din Digestele lui Iustinian este masivă, aproape tot conținutul celor 21 de paragrafe fiind practic, dispoziții romane. Astfel, potrivit paragrafului 5, referitor la schimbarea statu-quoului ca o condiție esențială pentru a opera o *operis novi nuntiatio*, „Cineva face o lucrare nouă, dacă fie construind, fie dărâmând ceva, schimbă înfățișarea de mai înainte (a unei clădiri)”. Textul este o traducere fidelă din Digeste, 39, 1, 1, 11: „*Opus novum facere videtur, qui aut aedificando, aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat*”.

A doua condiție, potrivit căreia schimbarea trebuie să fie de natură să provoace o vătămare imobilului care trebuie ocrotit, o regăsim în finalul paragrafului 12: „dacă cineva aflându-se pe proprietățile sale, pricinuieste vreo vătămare (altuia), (atunci) este necesară somația”. Ea corespunde textelor romane din Digeste 39, 1, 1, 16 și 17; 39, 1, 2; 39, 1, 5, 6 și 39, 1, 8.

<sup>26</sup> A i se împotrivi.

<sup>27</sup> G. Potra, *Documente privitoare la istoria orașului București (1594-1821)*, București, 1961, pp. 474 și 475, nr. 384.

<sup>28</sup> Ulpian, lib. 52 *ad Edictum*, D. 39, 1, 1, 16.

<sup>29</sup> V.A. Georgescu, Emanuela Popescu, *op. cit.*, p. 137.

<sup>30</sup> V.A. Georgescu, Emanuela Popescu, *op. cit.*, p. 41.

Paragraful 3 stabilește că somația poate fi introdusă de orice persoană interesată „atât în numele său, cât și al unui străin” (conform Digeste 39, 1, 1, 3): „*Item nuntiationem et nostro et alieno nomine, facere possumus*”, iar paragraful 6 prevede că „*Dacă se face vreo îmbunătățire pe un loc public, oricăruia dintre cetățeni îi este permis să facă somație ...*”. Sursa tutelară a celor două paragrafe citate o constituie Digeste, 39, 1, 1, 16: „*Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut publici iuris tuendi gratia*” (Se face somație fie pentru amenințarea dreptului nostru, fie pentru evitarea unei daune, fie pentru protejarea unui drept public).

Potrivit paragrafului 12 *ab initio*, împiedicarea celui care intenționează să construiască ceva pe proprietatea reclamantului se face: *fie cu ajutorul pretorului (?), fie prin aruncarea pietrei ...*. Recunoaștem aici străvechiul ritual roman al lui *iactus lapilli*.

Somația trebuie „*să se facă la locul unde se efectuează lucrarea*” (paragraful 8) adică „*să se facă la fața locului, pentru ca cel somat să înceteze imediat lucrul*” (paragraful 10), respectiv, după cum se spune în Digeste 39, 1, 5, 3 „*in re praesenti*”.

De asemenea, nu este necesar ca somația să fie adresată personal celui care este proprietarul noii construcții (paragraful 8) *in fine*, deoarece potrivit paragrafului 9, „*Oricine dintre cei prezenți acolo unde se face o lucrare poate fi somat în mod legal, fie că se află acolo pentru lucru, fie în numele stăpânului ...*”. Textele sunt în concordanță cu Digeste, 39, 1, 1, 5; 39, 1, 10 și 39, 1, 11.

Paragraful 11 prevede că „*Dacă bunul în legătură cu care se face o lucrare aparține mai multor stăpâni, chiar dacă numai unuia dintre ei i s-a făcut somație, aceasta este legală și se consideră că a fost făcută tuturor (stăpânilor); dar dacă unul dintre stăpâni construiește ceva după somație, nu răspund și ceilalți, căci cele făcute de unul nu trebuie să-i vatăme pe cei care nu le-au făcut*”. Textul lui Fotino este o traducere cvasifidelă a textului lui Ulpian din Digeste, 39, 1, 5, 5: „*Si plurium res sit, in qua opus novum fiat, et uni nuntiat, recte facta nuntiatio est, omnibusque dominis videtur denuntiatum. Sed si unus aedificaverit post operis novi nuntiationem, alii, qui non aedificaverit, non tenebuntur; neque enim debet nocere factum alterius ei, qui nihil facit*”.

Primul paragraf precizează că după adresarea somației, indiferent dacă pe drept sau pe nedrept se efectuează noile lucrări, ele trebuie întrerupte. În același sens în Digeste, 39, 1, 1 pr. se spune: „*Hoc edictum promittitur, ut, sive iure, sive iniuria opus fieret, per nuntiationem inhiaberetur ...*” (În acest edict se promite că fie că lucrarea s-a făcut pe drept, fie că s-a făcut pe nedrept, se oprește prin somație).

După adresarea somației, dacă se continuă lucrarea, prin ordinul dat de magistrat va fi demolată (paragraful 4), inclusiv în cazul în care cel somat ar fi avut dreptul să construiască (paragraful 17). Soluția este în conformitate cu Digeste, 39, 1, 1, 7; 39, 1, 20 pr. și 1-8 și 39, 1, 22.

Lucrarea nu era demolată când, potrivit paragrafului 1 *in fine* constructorul obținea din partea magistratului promisiunea de a se respinge somația (respectiv, ceea ce însemna în dreptul roman *remissio* prin care pretorul recunoștea netemeinicia somației), și când, potrivit paragrafului 15, da o garanție și obținea din partea

magistratului permisiunea de a construi (tot așa cum se prevedea în Digeste, 39, 1, 5, 17; 39, 1, 8, 2-4; 39, 1, 20, 1-9 și 39, 1, 21, 1) și când, potrivit paragrafului 19, cel somat, în urma unui proces care a durat trei luni, oferă garanții că va dărâma pe propria-i cheltuială lucrările dacă le-a construit pe nedrept, adică soluția preconizată de împăratul Iustinian în constituția din anul 532 (conform C., 8, 11, 1).

Paragraful 18, la fel ca și dreptul roman care a atribuit somației un caracter real (*Operis novi nuntiatio in rem fit non in personam*), a prevăzut că „*Dacă cel somat vinde casa, iar cumpărătorul continuă să construiască, acesta este tras la răspundere, căci somația nu se referă la persoană, ci la lucru; de aceea dacă există o somație este tras la răspundere (actualul posesor)*”.

În sfârșit, paragraful 2 menționează că somația aceasta „*se aplică lucrărilor care urmează să se facă; dacă însă construcția s-a și încheiat, atunci se aplică somația privitoare la lucrurile săvârșite prin silnicie sau pe ascuns, sau cea privitoare la un loc sfânt sau la un râu public sau la un mal public*”. Acest text reproduce în parte, destul de fidel paragraful 1 din primul fragment<sup>31</sup>, titlul I al cărții a 39-a a Digestelor.

4.3. *Proiectul de Cod civil al lui Toma Carra*. O mare parte dintre dispozițiile privitoare la *operis novi nuntiatio* din cartea a V-a, titlul I, din proiectul de Cod general al lui Mihail Fotino din 1775/1777 se regăsesc și în traducerea românească a titlului 4 din cartea a 2-a a Hexabilului lui Constantin Armenopol făcută la Iași în 1804 de Toma Carra din porunca principelui Moldovei, Alexandru Moruzi.

4.4. *Codul Calimach*. Codul civil al Moldovei din 1817 (Codul Calimach) se ocupă în patru articole (art. 443-446) de somația referitoare la noile lucrări. Schimbarea situației statu-quoului se poate produce potrivit Codului moldovean, „*prin o nouă zidire, prin vreun lucru meșteșugit, cu aducerea sau tragerea apei sau prin vreo altă lucrare ...*” (art. 443), dar și prin „*stricarea unei zidiri vechi sau altui lucru*” (art. 446). Această schimbare, poate justifica luarea măsurilor de ocrotire a posesiei dacă există riscul lezării drepturilor proprietarului sau posesorului unui imobil ori titularului altui drept real, potrivit art. 443 *ab initio* (“*stăpânul unui lucru nemışcătoriu sau a unui drit real*”).

Sesizarea judecătorei are ca efect oprirea lucrărilor până la soluționarea pricinii (art. 444): „*Judecătoria nu trebuie să sloboadă lucrarea zidirei sau a lucrului, până a nu cerceta și hotărî pricina*”.

Potrivit art. 445, instanța de judecată putea să permită continuarea lucrărilor înainte de a pronunța o hotărâre numai dacă sistarea lor ar fi fost prin ea însăși periculoasă, sau dacă pârâtul da reclamantului o garanție, „*cum că va aduce lucrul în starea cea mai denainte și va plăti păgubirea jeluitorului întâmplată din pricina lucrului*”<sup>32</sup>.

Din cele arătate mai sus se poate constata că prevederile Codului Calimach în această materie, fără a atinge detaliile din proiectul lui Mihail Fotino sau din traducerea lui Toma Carra, sunt, totuși, de inspirație romană.

<sup>31</sup> Ulpian, lib. 52 *ad Edictum*.

<sup>32</sup> Codul Calimach, art. 445.

#### 4.5. Legiuirea Caragea

Tot de inspirație romană sunt, în Țara Românească, și cele patru articole ale Legiurii Caragea din 1818 (II, 3, 18-21). Codul muntean a prevăzut că somația putea fi făcută de persoana care consideră că ar putea fi lezată de noua construcție și îndreptată, fie direct împotriva proprietarului lucrării, fie împotriva reprezentantului său (“*purătorului de grijă*”), fie împotriva muncitorilor care efectuau lucrarea (II, 3, 18). Somația avea ca efect sistarea lucrărilor, în caz contrar, proprietarul lucrărilor urmând să fie acționat în judecată (II, 3, 19). Rezultă din interpretarea sistematică a dispozițiilor legiurii că sesizarea instanței avea ca efect întreruperea lucrărilor. Procesul trebuia, ca și în dreptul lui Iustinian, să fie soluționat în termen de cel mult trei luni, depășirea acestui termen antrenând pentru reclamant obligația de a-i acorda pârâului o garanție (II, 3, 20): „... iar de va prelungi mai mult judecata, să dea pârâului încredințare ...”. În finalul dispozițiilor referitoare la această instituție, Legiuirea Caragea, stabilea că „*De să va dovedi că fără dreptate zidește pârâțul, este dator cu cheltuiala sa să-și strice zidirea, iar împotriva dovedindu-să că cu drept cuvânt zidește, atunci pârâșul să-i plătească, câtă pagubă i s-au pricinuit din zăticnire și din judecată*” (II, 3, 21).

#### 4.6. Noul Cod civil

După întreruperea de mai bine de o sută patruzeci și cinci de ani instituția somației referitoare la o nouă lucrare este reglementată din nou în dreptul românesc sub denumirea de „luarea măsurilor pentru conservarea bunului posedat”. Cadrul juridic îl constituie art. 952 noul Cod civil.

Titularul acțiunii este posesorul unui bun care consideră că există riscul iminent ca bunul pe care îl posedă să fie distrus sau deteriorat din cauza unui „*lucru aflat în posesia altei persoane sau ca urmare a unor lucrări, precum ridicarea unei construcții, tăierea unor arbori ori efectuarea unor săpături pe fondul învecinat ...*”. Se poate constata că enumerarea este cu titlu de exemplu, interpretarea dată textului de lege trebuind să fie una extensivă.

Acțiunea posesorului reclamant are ca scop luarea măsurilor ce se impun pentru încetarea stării de pericol în care se află bunul pe care-l posedă, inclusiv, dacă este cazul, ca o ultimă soluție, sistarea lucrărilor [art. 952 alin. (1)].

Până la soluționarea definitivă a cererii reclamantului, instanța poate să stabilească plata unei cauțiuni în sarcina posesorului-reclamant dacă se dispune în mod provizoriu, deplasarea lucrului care amenință cu distrugerea sau deteriorarea bunului reclamantului, ori după caz, sistarea lucrărilor, ori plata unei cauțiuni în sarcina pârâului, dacă instanța încuviințează menținerea lucrului în starea actuală ori continuarea lucrărilor.

Cuantumul cauțiunii trebuie să fie stabilit astfel încât, după caz, să se poată repara prejudiciul ce s-ar cauza pârâului, respectiv, astfel încât să se asigure reclamantului sumele necesare pentru restabilirea situației anterioare.

Dispozițiile prevăzute de noul Cod civil în legătură cu luarea măsurilor pentru conservarea bunului posedat sunt în mod evident fondate pe principiile romane ale somației privitoare la o nouă lucrare (*operis novi nuntiatio*). Considerată în doctrina franceză ca o varietate specială a acțiunii posesorii în complângere având ca obiect

prevenirea unei tulburări viitoare<sup>33</sup>, noua instituție juridică, pentru a fi mai bine înțeleasă, ar putea, din cauza reglementării sale destul de eliptice în cele două alineate ale art. 952, să fie completată cu informațiile detaliate furnizate de dreptul roman, respectiv, de vechiul drept românesc prin Mihail Fotino și Toma Carra.

## 5. Concluzii

5.1. Inovațiile din noul Cod civil la care am făcut referire au fost receptate din dreptul romano-bizantin în mod indirect, și anume, prin intermediul legislației străine ce a servit ca sursă de documentare colectivului de redactare a Codului român.

5.2. Așa cum rezultă din expunerea de motive a Legii privind Codul civil, printre sursele documentare avute în vedere la elaborarea proiectului de lege nu există niciuna din vechiul drept românesc. În consecință, regăsirea în noul Cod civil a unor dispoziții din vechiul drept românesc este întâmplătoare.

5.3. Vechiul drept românesc de sorginte romano-bizantină, din păcate prea puțin cunoscut, este un drept extrem de valoros și, în multe privințe actual, putând servi ca sursă de inspirație fie pentru legiferări viitoare, fie pentru o mai bună înțelegere, inclusiv a multora dintre „inovațiile” noului Cod civil.

---

<sup>33</sup> C. Larroumet, *Droit civil. Tome 2. Les biens. Droit réels principaux*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Economica, 1997, pp. 82 și 83.

# Contractul de transport de bunuri în reglementarea Noului Cod civil

*Prof univ. dr. Ștefan SCURTU*



## Goods contract of carriage under the New civil Code

**Abstract:** For a country's economy and for international trade, the importance of transport is vital. Therefore, there are numerous regulations governed by public or private law in this field belonging to the domestic law of the international community States or to international law.

These regulations refer to either the subject of transport (distinguish between transport of people and transport of goods or the modes of transport (under this aspect, transport can be by road, rail, air, sea, river, etc. or the itinerary covered within or beyond the borders of one state (transport in internal traffic and transport in international traffic. Some of the rules are general, but most have special character.

The new Romanian Civil Code which entered into force on 1 October 2011 made a general regulation for the contract of carriage, the Romanian legislator having as landmark the international agreements related to transport and special regulations for different types of contracts of carriage in the Romanian law. Not every solution the legislator has chosen are infallible, but the good intentions cannot be disputed.

**Keywords:** The New Civil Code, contract of carriage, Transport Documents, receipt, hindering the carriage

Contractul de transport este unul dintre contractele reglementate în mod generos de legiuitorul român în noul Cod civil, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011. Întreg capitolul VIII („Contractul de transport”) din titlul IX („Diferite contracte speciale”) al cărții a V-a („Despre obligații”) a fost destinat reglementării contractului de transport de bunuri, de persoane și bagaje.

Capitolul VIII (art. 1955-2008) este împărțit în trei secțiuni: secțiunea 1, care cuprinde dispoziții generale pentru toate categoriile de contracte de transport; secțiunea 2, referitoare la contractul de transport de bunuri; secțiunea 3, referitoare la contractul

de transport de persoane și bagaje. Dispozițiile cu caracter general privind contractul de transport și cele referitoare la contractul de transport de bunuri au o importanță mai mare în activitatea jurisdicțională datorită numărului mai mare de litigii din domeniul transportului de bunuri.

### A. Dispozițiile cu caracter general privind contractul de transport

*Noțiunea de contract de transport.* În prima secțiune este definit contractul de transport, precizându-se denumirea părților (expeditor și transportator) și a terțului beneficiar al transportului (destinatar și obligațiile principale ale părților), respectiv obligația transportatorului de a transporta o persoană sau un bun dintr-un loc în altul și obligația pasagerului, expeditorului sau destinatarului de a plăti prețul prestației transportatorului. Specificul raporturilor juridice în cazul fiecărei categorii de contracte de transport (de persoane și de bunuri) și imperativele normei juridice (caracterul general și impersonal) au făcut imposibilă o definiție legală mai cuprinzătoare a contractului de transport.

Art. 1957 C. civ., cu titlul marginal „modalități de transport”, definește transportul succesiv („cel efectuat de doi sau mai mulți transportatori succesivi, care utilizează același mod de transport”) și transportul combinat („cel în care același transportator sau aceiași transportatori succesivi utilizează moduri de transport diferite”). În cazul ambelor modalități de transport transportatorii care se succedă își predau unul altuia bunul ce face obiectul transportului până la destinație, fără intervenția celeilalte părți contractante (expeditorul sau călătorul).

*Dovada contractului de transport.* Codul civil prevede că dovada contractului de transport se face cu înscrisuri, denumirea documentului de transport fiind diferită, în funcție de tipul de contract pentru care se întocmește înscrisul constatator (scrisoare de trăsură, recipisă de bagaje, foaie de parcurs, conosamente, tichet ori legitimație de călătorie etc.). Dar forma scrisă a contractului de transport este cerută doar *ad probationem*. Prin urmare, pierderea documentului, lipsa unora dintre mențiunile cerute de legea specială sau inexistența documentului de transport nu afectează existența sau valabilitatea contractului. De altfel, nici legile speciale care reglementează diferitele categorii de contracte de transport (clasificate în funcție de căile de transport pe care se realizează deplasarea mărfii la destinație) și nici convențiile internaționale în materie nu cer forma scrisă pentru valabilitatea contractului, ci doar pentru dovedirea lui.

*Domeniul de aplicare.* Cu privire la domeniul de aplicare al dispozițiilor din Codul civil ce reglementează contractul de transport, legiuitorul precizează, în art. 1958, că acestea au caracterul de drept comun, în sensul că își găsesc aplicare pentru toate „modurile de transport”, în măsura în care nu se dispune altfel prin legi speciale sau dacă „nu sunt aplicabile practici statornicite între părți ori uzanțe”.

Dispozițiile din capitolul referitor la contractul de transport nu se aplică transportului cu titlu gratuit, în cazul căruia transportatorul este ținut numai de o obligație de diligență și prudență. Totuși, transportul cu titlu gratuit este supus acestor dispoziții din Codul civil dacă este efectuat de un transportator care își oferă serviciile



publicului în cadrul activității sale profesionale. Plecându-se de la ideea că transportatorul profesionist se află în stare de ofertă permanentă de servicii adresată publicului, se instituie în sarcina acestuia obligația de a accepta orice cerere de transport, cu excepția cazului în care are un motiv întemeiat de refuz. Totodată, se prevede obligația pasagerului, expeditorului și a destinatarului de a respecta instrucțiunile transportatorului.

## **B. Reglementarea contractului de transport de bunuri.**

*Documentul de transport.* Preluând ideea din dispozițiile art. 414 din Codul comercial din 1887, Cod abrogat parțial de Legea nr. 71/2011, art. 1961 C. civ. prevede că expeditorul este obligat să predea transportatorului, odată cu bunurile de transportat un document de transport semnat de el, care să cuprindă diverse mențiuni necesare pentru identificarea părților, a obiectului contractului, pentru determinarea drepturilor și obligațiilor părților (mențiuni privind identificarea expeditorului, a transportatorului și a destinatarului și, după caz, a persoanei care trebuie să plătească transportul, locul și data luării în primire a bunului, punctul de plecare și cel de destinație, prețul și termenul transportului, natura, cantitatea, volumul sau masa și starea aparentă a bunului la predarea spre transport, caracterul periculos al bunului, dacă este cazul). Dacă expeditorul predă pentru transport mai multe colete, transportatorul are dreptul să-i ceară acestuia câte un document de transport pentru fiecare colet în parte. De asemenea, expeditorul trebuie să predea transportatorului toate documentele suplimentare: vamale, sanitare, fiscale și altele asemenea, necesare efectuării transportului, potrivit legii. Despre predarea acestor documente expeditorul trebuie să facă mențiune în documentul de transport pe care-l predă transportatorului. Expeditorul răspunde față de transportator pentru toate prejudiciile cauzate de orice omisiune, ineficiență ori inexactitate a mențiunilor din documentul de transport sau din documentele suplimentare.

Documentul de transport se întocmește în cel puțin trei exemplare, câte unul pentru expeditor și transportator și altul care însoțește bunul transportat până la destinație, unde va fi predat destinatarului, odată cu bunurile ce au făcut obiectul transportului. Documentul de transport are rolul de a dovedi, până la proba contrară, luarea în primire a bunului spre transport, natura, cantitatea și starea aparentă a acestuia.

*Recipisa de primire.* Dacă odată cu remiterea bunurilor pentru transport expeditorul nu a predat transportatorului și un document de transport, acesta din urmă are obligația (în cazul tuturor categoriilor de transport, cu excepția celui rutier) să elibereze expeditorului, la cererea acestuia, o recipisă de primire a bunului spre transport, recipisă care trebuie să cuprindă toate mențiunile prevăzute de lege pentru documentul de transport. De altfel, legea identifică recipisa de primire cu documentul propriu-zis de transport în ce privește rolul de a dovedi luarea în primire a bunului spre transport.

Recipisa de primire reprezintă o inovație a legiuitorului noului Cod civil și are scopul să nu lase pe expeditor la dispoziția cărăușului, așa cum a procedat Codul

comercial din 1887, fiind conformă cu uzanțele care s-au stabilit în acest domeniu pentru a completa lacunele Codului comercial (potrivit art. 417 din Codul comercial din 1887), „Cărașul va da expeditorului, când acesta i-ar cere, un exemplar al scrisorii de cărat subscris de dânsul”. În noua reglementare, eliberarea recipisei de primire nu mai depinde de solicitarea expeditorului, ci este o obligație prevăzută de lege în sarcina transportatorului.

*Documente de transport negociabile.* Ca și Codul comercial din 1887, noul Cod civil prevede posibilitatea ca documentul de transport să fie nu doar nominativ, ci și la ordin sau la purtător. Documentul de transport nominativ nu este negociabil, cu excepția cazului în care legea specială sau părțile dispun altfel. Dacă este negociabil, documentul de transport la ordin se transmite prin gir, iar cel la purtător prin remitere. Legiuitorul reglementează forma și efectele girurilor în cazul documentului de transport la ordin prin trimitere la dispozițiile legale referitoare la cambie și bilet la ordin. Este considerat proprietar al bunului ce se transportă ultimul giratar al unui șir neîntrerupt de giruri care este posesor al titlului. Debitorul care își îndeplinește obligația rezultând din titlu este eliberat, exceptând cazul în care a existat fraudă sau culpă gravă din partea sa.

*Drepturi și obligații ale expeditorului.* a Expeditorul are obligația de a preda transportatorului bunurile potrivit prevederilor contractului sau, în lipsa acestora, potrivit practicilor statornicite între părți sau uzanțelor. De asemenea, expeditorul are obligația să completeze și să predea la timp documentul de transport, în caz de întârziere trebuind să plătească prejudiciul produs din acest motiv. b Potrivit art. 1970, expeditorul are dreptul de a modifica contractul de transport, adică de a suspenda transportul printr-un contraordin și de a cere restituirea bunurilor sau predarea lor altei persoane decât aceleia menționate în documentul de transport sau să dispună cum va crede de cuviință, dar are obligația să plătească cărașului cheltuielile și daunele care sunt consecința imediată a contraordinului său. Dreptul expeditorului de a modifica contractul de transport prin contraordin încetează în momentul în care destinatarul a cerut predarea bunului, potrivit dispozițiilor legale.

Pentru a-și putea exercita dreptul de a da contraordin expeditorul are obligația de a prezenta transportatorului documentul de transport (sau recipisa de primire), după caz, pentru ca modificările ce decurg din contraordin să fie înscrise în documentul de transport sau pe recipisă sub o nouă semnătură a transportatorului.

*Împiedicarea la transport. Drepturi și obligații ale părților.* a În caz de împiedicare la transport, transportatorul are dreptul să îi ceară instrucțiuni expeditorului. Numai în lipsa unui răspuns din partea expeditorului, transportatorul are dreptul să transporte bunul la destinație, modificând itinerarul. În acest caz, transportatorul are dreptul la prețul transportului, la taxele accesorii și la cheltuieli, pe ruta efectiv parcursă și la modificarea, în mod corespunzător a termenului de executare a transportului, cu excepția cazului în care modificarea itinerarului s-a datorat unei fapte imputabile transportatorului. b Dacă nu există o altă rută de transport sau dacă, din alte motive, transportul nu poate fi continuat, transportatorul trebuie să se conformeze instrucțiunilor date de expeditor prin contractul de transport, iar în lipsa acestora sau dacă nu pot fi executate, trebuie cerute instrucțiuni expeditorului.

Expeditorul luând cunoștință de cauza împiedicării transportului are dreptul să denunțe contractul, dar trebuie să plătească transportatorului cheltuielile făcute de acesta și prețul transportului proporțional cu parcursul efectuat.

Dacă expeditorul (în termen de 5 zile de la primirea notificării privind imposibilitatea continuării transportului) nu dă instrucțiuni care pot fi executate și nici nu denunță contractul, transportatorul poate să păstreze bunul în depozitele sale sau ale unui tert, dar are obligația să valorifice bunul, potrivit legii, în următoarele situații: dacă bunul nu poate fi depozitat de transportator; dacă bunul se poate altera sau deteriora; dacă valoarea acestuia nu poate acoperi prețul transportului, taxele accesorii și cheltuielile.

În ipoteza în care bunul a fost vândut, din prețul obținut se plătesc drepturile bănești ale cărașului, iar restul de preț este pus la dispoziția expeditorului. Dacă prețul obținut din vânzarea bunului este mai mic decât drepturile bănești ale transportatorului, expeditorul trebuie să plătească diferența.

În cazul în care împiedicarea la transport a încetat înainte de sosirea instrucțiunilor expeditorului, bunul se transportă la destinație, fără a se mai aștepta instrucțiunile respective, transportatorul având obligația să-l înștiințeze despre aceasta fără întârziere.

Reglementarea împiedicării la transport (art. 1971 și art. 1972 C. civ.) este în concordanță cu convențiile internaționale în materie de transport la care România este parte contractantă.

*Dreptul expeditorului de a modifica contractul de transport.* Expeditorul are dreptul de a modifica în mod unilateral contractul de transport, în sensul că poate prin dispoziție ulterioară încheierii contractului, să ia următoarele măsuri: să retragă înainte de plecare bunul ce urma să fie transportat; să îl oprească în cursul transportului; să amâne predarea lui către destinatar; să dispună înapoierea lui la locul de plecare; să schimbe persoana destinatarului; să schimbe locul de destinație; să dispună o altă modificare a condițiilor de executare a transportului (art. 1973). Dispoziția ulterioară a expeditorului nu poate să aibă ca efect divizarea transportului, cu excepția cazului în care legea dispune altfel.

Obligațiile expeditorului care a dat o dispoziție ulterioară sunt următoarele: să plătească transportatorului, după caz, prețul părții efectuate din transport, taxele datorate și cheltuielile pricinuite prin executarea dispoziției ulterioare, să-l despăgubească pe transportator de orice pagubă suferită.

Dreptul destinatarului de a modifica contractul de transport prin dispoziție ulterioară (art. 1974) ia naștere din momentul în care acesta și-a manifestat voința de a-și valorifica drepturile ce rezultă pentru el din contractul de transport potrivit legii (prin acceptarea contractului de transport sau a bunurilor transportate sau de îndată ce expeditorul a predat destinatarului duplicatul de pe documentul de transport). Din momentul nașterii dreptului destinatarului de a da dispoziții cărașului pentru modificarea contractului de transport se stinge dreptul expeditorului.

*Executarea dispozițiilor ulterioare de către transportator (art. 1975).* Transportatorul poate refuza executarea dispozițiilor ulterioare ale expeditorului sau destinatarului, dacă executarea acestora ar fi de natură să tulbure în mod grav bunul mers al exploatării sau dacă, în cazul schimbării locului de destinație, sporul de taxe și

cheltuieli nu ar fi garantat de valoarea bunului sau în alt fel. În aceste cazuri transportatorul are obligația să-l înștiințeze fără întârziere pe cel de la care emană dispoziția ulterioară, atât în cazul în care refuză, în condițiile legii, executarea acesteia, cât și în cazul în care, la primirea dispoziției, nu mai este posibilă executarea acesteia.

*Obligația transportatorului de a preda bunul destinatarului (art. 1976).* Transportatorul trebuie să pună bunurile transportate la dispoziția destinatarului sau posesorului documentului de transport la ordin sau la purtător în locul și termenele arătate de contract sau, în lipsa prevederilor contractuale, potrivit practicilor statornicite între părți ori uzanțelor.

Predarea bunurilor transportate se face la domiciliul sau sediul destinatarului, exceptând cazul în care din contract, din uzanțele părților sau din uzanțe rezultă că bunul trebuie predat în alt loc. În cazul în care predarea trebuie să se facă în alt loc decât domiciliul sau sediul destinatarului transportatorul are obligația să-l înștiințeze pe destinatar cu privire la sosirea bunurilor și la termenul pentru preluarea acestora.

*Constatarea stării bunului (art. 1979).* La primirea bunurilor transportate, destinatarul are dreptul să ceară să se constate identitatea, cantitatea și starea bunurilor. Dacă se stabilește existența unor vicii ale bunurilor, cheltuielile de verificare sunt în sarcina transportatorului, iar în caz contrar în sarcina expeditorului. În cazul în care părțile nu se înțeleg asupra calității sau stării bunului, oricare dintre părți poate solicita instanței să dispună, cu procedura prevăzută de lege pentru ordonanță președințială, constatarea stării acestuia prin expertiză tehnică.

Dacă partea interesată să se adreseze instanței pentru constatarea stării bunului transportat nu s-a prevalat de dispozițiile legii, în caz de litigiu va avea obligația să dovedească atât identitatea mărfii, cât și viciile ei.

*Imposibilitatea predării bunului (art. 1981).* Dacă transportatorul, fără a avea vreo culpă, nu poate preda bunurile transportate, din orice motiv (de exemplu: destinatarul nu este găsit, refuză sau neglijează preluarea bunurilor, există neînțelegeri privind preluarea bunurilor între mai mulți destinatari), trebuie să solicite imediat instrucțiuni expeditorului. Dacă expeditorul, în termen de 15 zile, nu trimite instrucțiunile solicitate de transportator, acesta are două opțiuni: fie să returneze bunurile către expeditor, pe cheltuiala acestuia, fie să le vândă în condițiile prevăzute de lege. Totuși, dacă există urgență sau bunurile sunt perisabile, transportatorul nu mai are obligația de a solicita instrucțiuni expeditorului, ci va returna expeditorului bunurile pe cheltuiala acestuia sau le va vinde cu respectarea cerințelor legii.

Transportatorul va fi despăgubit de destinatar sau expeditor, după caz, pentru prejudiciul suportat din cauza întârzierii destinatarului în preluarea bunurilor transportate.

La sfârșitul perioadei de depozitare sau la expirarea termenului pentru primirea instrucțiunilor expeditorului, obligațiile transportatorului sunt cele de la depozitul gratuit. Expeditorul are obligația de a-i rambursa integral cheltuielile de conservare și depozitare a bunurilor.

*Prețul transportului și alte cheltuieli (art. 1978).* Regula este că prețul transportului și al serviciilor accesorii prestate de transportator sunt datorate de expeditor și se plătesc la predarea bunurilor la transport. Legea specială sau contractul părților poate să prevadă altfel.

Dacă prețul se plătește la destinație, transportatorul are un drept de retenție asupra bunului transportat până la plata de către destinatar a tuturor sumelor datorate potrivit contractului și a eventualelor rambursuri cu care transportul a fost grevat.

În caz de neînțelegere asupra sumei datorate, destinatarul poate prelua bunurile transportate dacă plătește transportatorului suma pe care el acceptă că o datorează și consemnează diferența reclamată de transportator la o instituție de credit.

Pentru garantarea creanțelor sale, izvorâtă din contractul de transport, transportatorul are drepturile unui creditor gajist cât timp deține bunul transportat și timp de 24 de ore după predarea bunului către destinatar, dacă destinatarul mai deține bunul.

*Predarea bunurilor fără încasarea sumelor datorate (art. 1983).* Transportatorul care predă bunurile transportate fără a încasa de la destinatar sumele ce i se datorează lui, transportatorilor anteriori sau expeditorului pierde dreptul de regres și răspunde față de expeditor și transportatorii anteriori pentru toate sumele ce li se cuveneau, dar va avea acțiune împotriva destinatarului, chiar dacă acesta a ridicat bunurile transportate.

*Răspunderea transportatorului (art. 1984).* Transportatorul răspunde pentru prejudiciul cauzat prin pierderea ori alterarea sau deteriorarea bunurilor, precum și prin întârzierea livrării bunurilor.

*Întinderea răspunderii transportatorului (art. 1985).* Despăgubirea pentru pierdere trebuie să acopere valoarea reală a bunurilor pierdute sau a părților pierdute din bunurile transportate. În caz de alterare sau deteriorare a bunurilor, despăgubirea trebuie să acopere scăderea lor de valoare.

Pentru stabilirea despăgubirii se are în vedere valoarea bunurilor la locul și în momentul predării. Dacă valoarea bunului a fost declarată la predare, despăgubirea se calculează în raport cu acea valoare, exceptând cazul în care valoarea reală a bunului de la locul și momentul predării este mai mică, situație în care despăgubirea se calculează în raport de această valoare. În caz de pierdere sau avariere a bunurilor predate spre transport, transportatorul trebuie să restituie prețul transportului, al serviciilor accesorii și cheltuielile transportului, proporțional cu valoarea bunurilor pierdute sau cu diminuarea valorii cauzate de alterarea sau deteriorarea acestora.

*Limitarea răspunderii (art. 1989).* În toate cazurile, despăgubirea nu poate depăși cuantumul stabilit prin lege specială.

*Agravarea răspunderii (art. 1990).* În cazul în care transportatorul a acționat cu intenție sau culpă gravă, despăgubirile pentru pierderea sau avarierea bunurilor nu vor mai fi limitate la valoarea reală a acestora.

*Înlăturarea răspunderii cărașului (art. 1991).* Cărașul este apărat de răspundere dacă pierderea totală ori parțială sau alterarea ori deteriorarea bunurilor s-a produs datorită uneia dintre următoarele împrejurări:

- a. unor fapte în legătură cu încărcarea sau descărcarea bunului, dacă această operațiune s-a efectuat de către expeditor sau destinatar;
- b. lipsei ori defectuoșității ambalajului, dacă după aspectul exterior nu putea fi observată la primirea bunului pentru transport;
- c. expedierii sub o denumire necorespunzătoare, inexactă ori incompletă a unor bunuri excluse de la transport sau admise la transport numai sub anumite condiții,

precum și a nerespectării de către expeditor a măsurilor de siguranță prevăzute pentru acestea din urmă;

d. unor evenimente naturale inerente transportului în vehicule deschise, dacă, potrivit dispozițiilor legii speciale sau contractului, bunul trebuie transportat astfel;

e. naturii bunului transportat, dacă aceasta îl expune pierderii sau stricăciunii prin sfârâmăre, spargere, ruginire, alterare interioară spontană și altele asemenea;

f. pierderii de greutate, oricare ar fi distanța parcursă, dacă și în măsura în care bunul transportat este dintre acelea care prin natura lor suferă, obișnuit, prin simplul fapt al transportului, o asemenea pierdere;

g. pericolului inerent al transportului de animale vii;

h. faptului că prepusul expeditorului, care însoțește bunul în cursul transportului, nu a luat măsurile necesare pentru a asigura conservarea bunului;

i. oricărei alte împrejurări prevăzute prin lege specială;

e. unei alte fapte decât cele menționate mai sus săvârșite cu intenție sau culpă de către expeditor sau destinatar, ori a instrucțiunilor date de unii dintre aceștia;

f. forței majore sau faptei unui terț pentru care transportatorul nu este ținut să răspundă.

*Răspunderea transportatorului pentru întârziere (art. 1992).* Transportatorul răspunde și pentru paguba cauzată prin neefectuarea transportului sau prin depășirea termenului de transport.

*Cazuri de decăderi (art. 1994).* Dacă cel îndreptățit primește bunurile fără a face rezerve, nu se mai pot formula împotriva transportatorului pretenții întemeiate pe pierderea sau avarierea bunurilor transportate ori pe întârzierea transportului. Excepție de la această regulă este cazul în care pierderea ori avarierea nu putea fi descoperită la primirea bunului. În această ipoteză daunele - interese pot fi cerute numai dacă cel îndreptățit a adus la cunoștința transportatorului pierderea sau avarierea de îndată ce a descoperit-o, dar nu mai puțin de 5 zile de la primirea bunului, iar pentru bunurile perisabile și animalele vii nu mai târziu de 6 ore de la primirea acestora.

*Clauze contractuale privind răspunderea.* Transportatorul nu poate exclude sau limita răspunderea sa decât în cazurile prevăzute de lege (art. 1959). Clauza prin care se înlătură sau se restrânge răspunderea stabilită prin lege în sarcina transportatorului se consideră nescrisă. Totuși, expeditorul își poate asuma riscul transportului în cazul pagubelor cauzate de ambalaj sau în cazul transporturilor speciale care măresc riscul pierderii sau avarierii bunurilor.

*Răspunderea în cazul transportului succesiv sau combinat (art. 1999).* În aceste cazuri acțiunea în răspundere se poate exercita împotriva transportatorului care a încheiat contractul de transport sau împotriva ultimului transportator. În raporturile dintre ei, fiecare transportator succesiv contribuie la despăgubiri proporțional cu partea ce i se cuvine din prețul transportului, exceptând cazul în care paguba este produsă cu intenție sau din culpă gravă de unul dintre transportatori, caz în care întreaga despăgubire incumbă acestuia. Dacă unul dintre transportatorii succesivi dovedește că faptul păgubitor nu s-a produs pe durata transportului său, acesta nu este ținut să contribuie la despăgubire. Dacă transportatorul succesiv nu solicită menționarea în documentul de transport a stării în care au fost preluate bunurile se prezumă că acestea au fost preluate în stare bună de la un transportator la altul (art. 2000).

## **Dinamica metodelor de identificare criminalistică utilizate în țările membre U.E.**

*Conf. univ. dr. Gabriel NAGHI*



### **Dynamics of forensic identification methods used in the EU countries**

**Abstract:** In this article, the author describes some of the latest methods used in analyzing crime throughout the European Union. Investments in the field of forensics and the contribution of high standards in terms of procedure for the Member States have led to a decline in the crime rate last year. Scientific development allows some complex examinations: DNA identification, analysis of chemicals and explosives, and organic fluid testing. Specialists can identify criminals using „ear biometrics” (the theory says that each individual has unique ear geometry). The „three-dimensional” study allows precise reconstruction of the crime events and moreover, it helps establishing the bullet trajectory. Modern chemistry allows the isolation, recovery and analysis of the smallest traces left by explosive materials. The „Eurodetector Project” provides a security system that allows finding counterfeit money. The „Nite-crimes” promotes complex chemistry techniques which can identify even the source of the smallest particles.

The European Union is committed to fighting organized crime in all its forms. However, a great challenge some countries are still facing with is the lack of the necessary resources to implement the latest technology in the field.

**Keywords:** European Union, forensics, ear biometrics, three-dimensional study, the Eurodetector project, the Nite-crime project.

Criminalitatea reprezintă una dintre problemele fundamentale ale mondialității contemporane, dăunând societății în multe feluri – fizic, psihologic sau economic. Ea afectează persoanele, întreprinderile și statele, dar adevărata ei victimă rămâne societatea. Criminalitatea îi privează pe cetățenii europeni de o viață sigură, fapt ce creează un sentiment de insecuritate generalizat, cu influențe uriașe asupra neîncrederii cetățeanului în sistemul de conducere.

Contrar unei opinii foarte răspândite, nivelul global al criminalității a scăzut în întreaga Uniune Europeană în ultimii ani. Potrivit ultimelor statistici ale Organizației internaționale de poliție criminală (INTERPOL), majoritatea statelor membre au semnalat o reducere a numărului de cazuri raportate autorităților polițienești. Aici pot apărea câteva semne de întrebare privind evoluția cifrei negre a criminalității, ca urmare a unei reduceri a numărului evenimentelor înregistrate, speculativ direcționate către posibilitatea unei creșteri a toleranței cetățenilor europeni față de comportamentul celor veniți din Europa de Est.

Ameliorările aduse în detectarea criminalității și în cooperarea internațională au contribuit considerabil la reducerea criminalității în Europa.

Proiectele subvenționate de Uniunea Europeană precum CTOSE (cyber-instrumente) online pentru cercetarea indiciilor furnizează un cadru de bune practici pentru strângerea, analizarea, stocarea și prezentarea de dovezi electronice.

**Criminalistica într-o continuă dinamică.** Știința, aparținând domeniului justiției, care desemnează detectarea criminalității, apelând la diverse tehnici științifice și în special la tehnicile biochimice în cadrul unui act procesual prin care se efectuează o cercetare științifică a probelor materiale cu scopul identificării persoanelor, obiectelor, substanțelor, fenomenelor sau evenimentelor, stabilirii anumitor proprietăți, modificări de formă, aspect, conținut ori structură, precum și a mecanismului producerii acestora, este cunoscută sub denumirea de *criminalistică*.<sup>1</sup> Ideea pe care toți și-o fac despre criminalistică este puternic influențată de televiziune care arată detectivi parcurgând scenele crimei în căutarea unor indicii infime, care ar putea fi folosite apoi ca probe în instanță. Totuși, camera omite uneori să arate analizele științifice realizate în culise, adică în laboratoare și centre de cercetare. Este vorba despre identificarea ADN-ului, analiza urmelor de substanțe chimice și explozive și despre testele realizate pe lichide organice.

În plus, „științele forensice” fac apel la tehnologiile informației și ale comunicării (TIC) pentru a pune capăt problemei crescânde reprezentate de cyber-criminalitate. Pirații informatici, hackerii și difuzarea deliberată de viruși care atacă rețelele și sistemele informatice reprezintă pentru companii și guvernele europene un cost care ajunge anual la miliarde de euro. Dată fiind folosirea crescândă a calculatoarelor și a internetului, fiecare individ este o victimă potențială a cyber-criminalității.

Criminalistica zilelor noastre este mult evoluată față de ceea ce reprezenta ea acum câteva zeci de ani. Explozia tehnologică și informatică au imprimat acesteia o dinamică ascendentă care o propulsează în fruntea domeniilor ce promovează cercetarea științifică.

**Cercetarea – o condiție existențială. La prima vedere, niciun obstacol nu mai poate sta la ora actuală în calea criminaliștilor:** în microscopie mărirea chiar nu mai contează, analizei chimice nu-i mai scapă nicio moleculă, genetica poate reproduce

---

<sup>1</sup> H.G. nr. 458/2009, Expertiza criminalistică.



ființe vii dintr-un singur fragment, medicina reușește să urmărească traseul gândurilor în creier.

Proiectele de cercetare sunt piatra de temelie a dezvoltării politicii strategice extinse de luptă împotriva fraudei și a criminalității. Uniunea Europeană consideră că sprijinul financiar pe care ea îl acordă proiectelor în domeniul științelor forensice este o investiție în calitatea vieții tuturor cetățenilor. O acțiune specifică este consimțită pentru a armoniza procedurile și normele tehnice între diferite institute de criminalistică din cadrul Uniunii și din afara acesteia.

Progresele realizate în criminalistică în scopul de a consolida capacitatea Europei de a detecta și de a urmări diferite tipuri de criminalitate sunt de-a dreptul impresionante.

Libera circulație, ca o consecință a globalizării, a produs un fenomen de coagulare a diferitelor tipuri de criminalitate și de perfecționare, în pas cu dezvoltarea științifică, a metodelor acestora. Consecința o reprezintă dinamizarea relațiilor între structurile judiciare și standardizarea la un nivel cât mai înalt a tehnicilor de identificare a făptuitorilor și a procedurilor și mijloacelor folosite de aceștia, precum și accesul la baze de date comune.

**Profilurile ADN.** Expertizele legale cuprind: expertiza medico-legală, expertiza grafică, expertiza tehnică a documentelor, expertiza înregistrărilor audio și video, expertiza ADN și multe altele.

La ora actuală, realizarea profilurilor ADN este o procedură curentă în anchetele criminale. Oamenii de știință pot extrage echivalentul unei cărți de identitate biologice pornind de la un eșantion infim de materie, cum ar fi fire de păr sau sânge. De-a lungul anilor, în întreaga Europă, laboratoarele au elaborat diferite tehnici, adesea incompatibile, pentru profilul criminalistic al ADN. Proiectul susținut de Uniunea Europeană intitulat „Stadnap”<sup>2</sup> s-a bucurat de o atenție deosebită din partea specialiștilor din acest domeniu, utilitatea lui urmând a fi demonstrată în timp.

**FEARID – biometrie auriculară și criminalistică.** Specialiștii pot identifica criminalii prin intermediul tehnicilor de extragere a unor lichide organice pentru a obține o analiză ADN, dar fiabilitatea datelor și costul recoltării lor variază de la o țară la alta.

Strângerea de informații despre ureche sau „amprenta auriculară” este o alternativă atrăgătoare pentru că ea nu poate fi nici falsificată, nici introdusă accidental pe scena crimei.

Conform teoriei lui Bertillon, știm că, după amprente digitale, urechile sunt cel mai bun mijloc de identificare a indivizilor. Abia în anii 1950 s-a întreprins un studiu serios de către un american, membru al Asociației internaționale de identificare. Acest studiu se va prelunghi timp de mulți ani și va demonstra:

- că forma și configurația urechii externe rămân constante până la moarte;

---

<sup>2</sup> Standardisation of DNA profiling techniques in the EU/ Normalisation des techniques de profile de AND.

- că urechea fiecărui individ are o geometrie și caracteristici morfologice unice (helix, lob, pavilion, tragus, antitragus...);
- că un clasament al urechii este necesar în scopul de a determina identitatea unui individ când avem un fișier de comparație stabilit fotografiind urechea dreaptă cu un aparat de fotografiat standardizat.

Apoi, această tehnică a căzut în uitare. Abia în 1978 ea a fost reluată. Doi membri de la *Identitatea judiciară* canadiană au fost chemați să constate un furt comis într-un club din Corner Brook. Sosiți la fața locului, ei au constatat că un geam fusese spart pentru a se pătrunde în imobil și că avusese loc o tentativă de deschidere a seifului.

Politiștii au procedat la o prelevare a amprentelor digitale și, spre marea lor surpriză, au descoperit amprenta unei urechi pe ușa seifului în locul unde hoțul pusese capul pentru a auzi declicul combinației. La ceva vreme după aceea, un suspect a fost arestat și anchetatorii au luat amprenta urechii sale pentru a o compara cu cea de pe ușa seifului. Suprapunerea era totală, persoana a sfârșit prin a recunoaște furtul. De multă vreme, poliția germană și elvețiană folosesc urechea ca mijloc de identificare.

De altfel, geometria urechii este studiată de specialiștii în biometrie ca mijloc de autentificare. Încercările în curs sunt foarte promițătoare mai ales în ceea ce privește fiabilitatea sistemului, adică o rată de respingere sub 5%.

Un consorțiu de cercetători proveniți din universități, din laboratoare criminalistice și centre de formare a forțelor de poliție au primit sprijin din partea Uniunii Europene pentru a adapta tehnologiile existente și pentru a găsi noi metode de folosire a biometriei auriculare. FEARID reprezintă și o etapă importantă către armonizarea normelor în materie de strângere și de interpretare a informațiilor obținute via biometrie auriculară. Aceste informații vor permite constituirea băncilor de date și de noi instrumente de sprijin pentru identificarea persoanelor.

**Scena crimei în 3 D.** Ultima noutate în investigarea scenei crimei o reprezintă studiul tridimensional (sol, perete, tavan), prin fotografia numerică. Această tehnică, în jargonul polițiștilor, se numește cadraj. Din 1999, se încercase o abordare informatizată cu privire la gestiune, în special pe plan cronologic. Actualmente, cooperarea unui medic legist al serviciului de sănătate al armatei cu cercetători de la Universitatea din Marne-la-Valée, a dezvoltat un logicial care permite poziționarea actorilor și a protagoniștilor cu o mare precizie pornind de la dispunerea petelor și a urmelor de sânge prelevate în momentul fixării stării locurilor. Această tehnică nouă interesează și domeniul balisticii pentru a preciza direcțiile și traiectoriile gloanțelor.

**ETA – analiza urmelor de explozibil.** Deflagrația unei bombe, fie că este de origine criminală sau teroristă, lasă urme. Anchetatorii parcurg zona din jurul locului deflagrației în căutarea urmelor de explozibil, dar urmele cele mai infime, spre exemplu o nanogramă, pot fi recuperate, izolate și identificate grație tehnicilor chimiei moderne. Odată identificat, explozibilul poate fi comparat cu urmele descoperite pe obiectele aparținând suspectului și folosit ca probă în timpul unui proces.

Uniunea Europeană a sprijinit activ dezbaterile despre metodele de analiză a urmelor de explozibil servind la documentarea domeniilor care vor face obiectul programelor sale de cercetare.

În 1994, un cocktail periculos de oxizi de plutoniu și de uraniu a fost descoperit într-o valiză pe aeroportul din München. Oamenii de știință din Comisia Europeană au analizat amestecul în cauză cu ajutorul microscopiei electronice și au stabilit că era vorba despre un amestec format din trei componente distincte. Aceste materii au fost analizate pentru a arăta diferențele structurale din modul lor de preparare. Folosirea unor tehnici criminalistice elaborate de Centrul Comun de Cercetare le-a permis anchetatorilor să determine cu exactitate fabricantul materiilor-sursă.

**EURODETECTOR – un detector de bancnote false.** În perioada care a precedat introducerea monedei euro în 2000, Europol<sup>3</sup> a anticipat valul de contrafaceri de bancnote și de monede euro. Noile tehnologii informatice și de imprimare care sunt acum pe larg disponibile vin să se adauge amenințării crescânde a contrafacerii. Din fericire, numeroase elemente de securitate au fost incorporate în monede și în bancnotele euro, inclusiv un filigran, o hologramă, proprietăți tactile speciale și caracteristici lizibile mașinii.

Cu sprijinul Uniunii Europene, proiectul Eurodetector furnizează persoanelor care manipulează banii un sistem securizat permițând nu doar detectarea bancnotelor false ci și numărarea și autentificarea speciilor. Detectorul de bancnote false este dotat cu un senzor magneto-rezistent și posedă caracteristici care îi impun utilitatea.

**Izotopi naturali și oligo-elemente în criminalistică.** Pe măsură ce criminalii se perfecționează în arta camuflării urmelor, experții în criminalistică trebuie să-și dubleze vigilența. Identificarea precisă a originilor substanțelor, cum ar fi un ciob de sticlă, un glonte sau un fragment de vopsea este foarte prețioasă în științele forensice. Laboratoarele care realizează analizele chimice ale acestor materii non-organice dispun, totuși, de norme și abordări diferite. Lucrările lor sunt adesea compromise deoarece cantitatea de eșantioane disponibile este prea mică. Asta înseamnă că ele pot fi suficiente pentru o analiză dar nu și pentru coroborarea rezultatelor.

În caz de omor, atunci când poliția bănuiește că un corp a fost deplasat, ea face apel la criminalistică pentru a analiza fragmentele de minerale găsite pe corp sau pe hainele victimei. Comparând compoziția minerală a fragmentelor prezente în cele două locuri, ea poate dovedi că acel corp a fost prezent în cele două locuri. Noile tehnici de spectrometrie de masă care combină ablațiunea cu laser cu diferite metode de separație au fost promovate prin proiectul „Nite-crime” care a beneficiat de sprijinul Uniunii Europene. Aceste tehnici le permit experților în criminalistică să furnizeze dovezi indiscutabile pe baza unor eșantioane infime.

O rețea formată din 12 membri conținând institute de criminalistică, laboratoare chimice și alte organisme de cercetare europene a fost stabilită cu titlu de program de

---

<sup>3</sup> Oficiul European de Poliție.

cercetare al Uniunii Europene. Acest proiect vizează să dezvolte tehnici de analiză chimică sofisticată (spectrometrie de masă pentru a identifica sursa unor fragmente infime de materie inertă). Lucrările lor vor permite să se demonstreze într-o manieră indiscutabilă dacă există sau nu o legătură între o persoană și o crimă.

**Întărirea luptei împotriva criminalității.** Criminalitatea influențează puternic structura socială. Creșterea pretului asigurărilor, măsurile de securitate vizând prevenirea criminalității, precum și costul anchetelor și al urmărilor în caz de criminalitate gravă, reprezintă o povară semnificativă pentru economia statelor membre. Aceste cheltuieli pot fi reduse grație criminalisticii.

Uniunea Europeană s-a angajat să combată toate formele de criminalitate gravă, organizată și transnațională. În 1999, ea a adoptat o decizie vizând crearea unei rețele de autorități naționale responsabile cu prevenirea criminalității care s-a soldat în 2001 cu crearea rețelei europene de prevenție a criminalității.

În Tratatul de la Amsterdam din 1999, Uniunea a reamintit, printre altele, importanța libertății, a securității și a justiției în Europa. Tratatul de la Nisa, adoptat în anul următor, subliniază faptul că trebuie adoptată o abordare echilibrată în vederea protejării libertății și a drepturilor indivizilor, fără discriminare, cetățeni din Uniunea Europeană sau din afara acesteia.

**Criminalistica fără frontiere.** Lucrările de criminalistică reprezintă o parte importantă a muncii de informații efectuate de Europol și de organizațiile polițienești naționale din Europa. Extinderea mandatului Europol în ianuarie 2002 vizând combaterea tuturor formelor de criminalitate gravă pe eșalonul internațional este expresia tangibilă a dorinței Uniunii Europene de a rezolva într-o manieră cât mai bine integrată problema criminalității. Lucrând cu autoritățile statelor membre, Europol vizează să imprime un nou elan în special reprimării organizațiilor criminale internaționale.

În plus, de la începutul anilor 1990, Uniunea Europeană a susținut activitățile de cercetare consacrate luptei împotriva fraudei și a criminalității, interesându-se în principal de criminalistică, cyber-criminalitate, contrafacere, lupta antidopaj în mediile sportive, mergând până la securitatea și protecția alimentară.

Centrul Comun de Cercetare al Comisiei care aduce un sprijin științific și tehnologic independent procesului de elaborare a politicii europene adoptă o abordare proactivă în cercetarea pentru protecția cetățenilor împotriva cyber-criminalității și a fraudei.

Realitatea este că **în multe țări din lume lipsesc structurile adecvate, cele capabile să utilizeze noile metode sofisticate, cu un ridicat nivel științific**, impuse de tehnologiile de ultimă oră, care par destinate mai curând unor rafinate laboratoare universitare decât celor polițienesti. Și ceea ce este cel mai grav: lipsesc structurile independente care să elimine suspiciunea că experții lor depun eforturi doar pentru a le confirma teoriile polițiștilor și nu pentru a descoperi adevărul.

Securitatea – la domiciliu, la locul de muncă și online - a devenit o sursă de preocupare majoră în Europa. Factorii de decizie politici din Uniunea Europeană au

recunoscut că le este greu să ofere un mediu sigur pentru toți cetățenii europeni. Este vorba totuși despre o provocare considerabilă dat fiind faptul că tehnologiile de informare și de comunicare (TIC) sunt tot mai prezente în activitățile cotidiene, de la locul de muncă până la domiciliu. Folosirea accentuată a TIC expune și mai mult cetățenii la activități criminale.

Noile politici europene vizând creșterea securității informației ar trebui să țină cont de legislația existentă în procesele de adaptare la tehnologiile și la normele care evoluează rapid.

Absența coerenței între statele membre frânează acțiunea serviciilor represive ale Uniunii Europene în lupta lor împotriva criminalității vizând în special sistemele de informații. Natura transfrontalieră a criminalității concretizată în special de fraudă online, pirateria informatică și difuzarea de viruși precum „Love Bug” necesită soluții transfrontaliere.

În aprilie 2002, Comisia Europeană a adoptat decizia-cadru a Consiliului asupra atacurilor împotriva sistemelor de informații pentru a umple vidul existent între diferite state membre ale Uniunii și promovând o securitate transfrontalieră accentuată a informațiilor.

Criminalistica ar trebui să beneficieze de o cooperare mai amplă la nivel european. Efectiv, partajul informațiilor între statele membre este un element vital în lupta împotriva criminalității organizate la nivel internațional. Validitatea acestor informații se vede întărită - pe plan științific și juridic - în diferite state membre ale Uniunii Europene, dacă anchetatorii folosesc metode de testare uniforme. Uniunea a susținut diferite proiecte de cercetare în materie de măsură și de teste, inclusiv cercetarea în domeniul normelor în materie de profil ADN și a testelor uniforme împotriva dopajului în mediile sportive. Cercetări semnificative au fost realizate în lupta împotriva fraudei, inclusiv fraudă alimentară și escrocheriile pe web, pentru a proteja interesele economice europene precum și sănătatea și securitatea cetățenilor europeni.

## BIBLIOGRAFIE

- Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția* – 2002.
- Convenția civilă europeană privind combaterea corupției* – 2002.
- Legea nr. 364/2004.*
- Manual de criminalistică modernă și de poliție științifică*, Alain Buquet, Ed. Presses Universitaires De France PUF, 2006.
- Internationales Handbuch der Kriminologie*, Gruyter Recht, Ed. Schneider, Hans-Joachim, Berlin, 2009.

# Aplicarea dreptului uniunii europene de către judecătorul național

*Lector univ. dr. Anamaria GROZA*



## Application of eu law by the national court

**Abstract:** This paper has two main goals, corresponding to the two parties it is to be divided in. In the first part („The effectiveness of EU law”) we are concerned with the interaction of three of the principles concerning the application of EU law in the Member States (effectiveness), on the one hand, and the procedural autonomy and the equivalence on the other hand and with the result of this interaction, specifically with the impact of European law principle of effectiveness on the national procedural autonomy. Based on lessons learned from the first part of the research, in the second part („The powers of the national court”) we will try to establish a working method that can be used by the Romanian court when settling disputes that should enforce the European Union law.

**Keywords:** Community law, effectiveness principle, equivalence principle, national court, CJEU, consistent interpretation.

### § I. Efectul util al dreptului Uniunii Europene

Dreptul Uniunii Europene se prezintă ca un ansamblu structurat și coerent, grație izvoarelor autonome, existenței unor instituții și proceduri proprii de edictare a normelor, de interpretare și de sancționare a încălcării lor. În timp ce edictarea dreptului Uniunii se realizează de către instituțiile europene, punerea sa în aplicare trebuie asigurată, ca regulă generală, de autoritățile naționale, în exercițiul competențelor lor și cu respectarea principiului cooperării loiale, „astfel încât putem afirma că sistemul unional centralizat pe plan legislativ, este dispersat pe plan executiv”<sup>1</sup>. Caracteristicile esențiale ale ordinii juridice europene astfel constituite sunt *prioritatea* sa în raport cu normele naționale contrare și *efectul direct* al dispozițiilor care determină în mod

---

<sup>1</sup> G. Isaac, M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Ed. Sirey, 2006, p. 313.

necon condiționat drepturi și obligații în patrimoniul juridic al persoanelor. Aceste principii care guvernează aplicarea dreptului european (comunitar) sunt determinate de imperativul integrării europene, care „implică în mod necesar «aplicarea imediată, simultană, integrală și efectivă a dreptului comunitar în ansamblul Uniunii» (Simon, 2001, p. 385”<sup>2</sup>).

Cele două principii au fost și sunt puternic promovate în mediile juridice, însă un alt principiu, extrem de important, *eficacitatea dreptului comunitar*, este mai puțin discutat deși din punctul nostru de vedere, acesta determină prioritatea și efectul direct. Principiul însăși a fost enunțat de CJCE după celebrele hotărâri *Costa c. ENEL* și *Van Gend en Loos*, iar consecințele respectării sale de către judecătorul național sunt dintre cele mai complexe și problematice. Principiul efectivității dreptului unional reprezintă o creație a Curții de Justiție, potrivit căruia *autoritățile jurisdicționale din statele membre sunt obligate să adopte toate măsurile necesare pentru a da efectul corespunzător, deplin dreptului unional și prin urmare, să asigure valorificarea drepturilor individuale care rezultă din acesta*<sup>3</sup>.

Întrucât aplicarea principiului revine instanțelor de judecată<sup>4</sup>, Curtea de Justiție a accentuat importanța accesului la judecător și a controlului jurisdicțional efectiv, sprijinindu-se pe articolele 6 și 13 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și pe jurisprudența Curții de la Strasbourg cu privire la acestea. Consecința a fost includerea accesului efectiv la judecător în categoria principiilor generale de drept comunitar. Consacrarea acestui principiu general de drept comunitar reprezintă un remediu pentru persoanele private, care nu pot să cheme în fața CJCE statele membre pentru a le obliga la repararea prejudiciilor suferite ca urmare a nerespectării unor drepturi individuale conferite de dreptul unional. Principiul vizează însă și încălcări ale dreptului unional săvârșite de către persoane private. Protecția jurisdicțională în privința litigiilor de drept unional trebuie să fie „directă, imediată și efectivă”<sup>5</sup>. Statele membre trebuie să asigure posibilitatea persoanelor de a se putea adresa judecătorului, pentru a-i solicita să analizeze dispoziții naționale care le-ar încălca un drept rezultat din dreptul unional. Autoritățile legislative și în ultimă instanță, judecătorul, trebuie să elimine dispozițiile de drept intern care ar duce la inadmisibilitatea unei acțiuni care tinde la această finalitate. Tratatul privind Uniunea Europeană stabilește în sarcina statelor membre obligația de a asigura căile necesare unei protecții jurisdicționale efective în domeniile reglementate de dreptul Uniunii [art. 19 pct. 1 alin. (2) TUE].

---

<sup>2</sup> R. Mehdi, *Institutions européennes, Hachette supérieur*, coll. HU Droit, 2007, p. 188. A se vedea și P. Pescatore, *Le droit de l'intégration, émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

<sup>3</sup> CJCE, Simmenthal, 9 martie 1978, cauza 106/77, ECR 1978, p. 629.

<sup>4</sup> „Conform jurisprudenței Curții, instanțele naționale sunt cele cărora le incumbă, în aplicarea principiului cooperării enunțat de articolul 5 din Tratat, obligația de a asigura protecția juridică ce decurge pentru justițiabili din efectul direct al dispozițiilor de drept comunitar (...)” (CJCE, *The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd și alții*, 19 iunie 1990, C-213/89, ECR 1990, p. I-2433, *parag. 19*).

<sup>5</sup> CJCE, *Bozzeti*, 9 iulie 1985, cauza 179/84, ECR 1985, p. 2301.

Principiul efectivității se realizează prin intermediul organelor și procedurilor naționale. Autonomia instituțională și procedurală națională reprezintă un alt principiu al aplicării dreptului unional, care presupune că „organele competente și procedurile care vor fi utilizate pentru aplicarea dreptului unional sunt determinate de normele constituționale interne”<sup>6</sup>. Statele membre determină instituțiile legislative, administrative sau/și jurisdicționale competente să aplice dreptul unional, precum și normele procedurale și parțial materiale care urmează să fie utilizate în scopul valorificării drepturilor care rezultă în beneficiul justițiabililor din dreptul unional<sup>7</sup>. Suntem în prezența unei obligații complexe, de rezultat, în sarcina statelor membre, care derivă din obligația generală de cooperare loială și a cărei nerespectare poate determina angajarea răspunderii juridice a statului în temeiul articolului 258 din Tratatul privind Funcționarea UE. **„Statele membre au obligația de a pune în serviciul normelor europene ansamblul arsenalului lor de instanțe și proceduri destinate să asigure în mod efectiv”<sup>8</sup> aplicarea dreptului unional.** Componenta instituțională a acestui principiu este completă<sup>9</sup>, pe când autonomia procedurală este condiționată de principiul efectului util al dreptului unional (comunitar).

Principiul efectivității dreptului unional obligă statele membre să adopte sancțiuni adecvate în cazul încălcării sale. Aceste sancțiuni trebuie să reflecte importanța normei care a fost încălcată și să prezinte un efect descurajator pentru încercări viitoare de eludare a ei. Principiul echivalenței impune o simetrie între natura sancțiunilor aplicate în ordinea juridică internă pentru un anumit tip de fapte și cele stabilite pentru fapte similare de încălcare a dreptului unional. Aplicarea unor sancțiuni „efective, proporționale și disuasive”<sup>10</sup> în cazurile de nerespectare a dreptului unional de către persoanele fizice și juridice rezidente constituie o cerință a principiului efectivității (și, într-un mod mai general, al cooperării loiale<sup>11</sup>. *Prin urmare, principiul efectivității*

---

<sup>6</sup> J. Rideau, citat în R. Mehdi, *cit supra*, p. 220.

<sup>7</sup> „(...) În absența normelor europene în materie, sistemul de drept al fiecărui stat membru este competent să desemneze instanțele competente și să determine condițiile procedurale care guvernează acțiunile în justiție menite să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor ca urmare a efectului direct al dreptului european (...).” CJCE, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland*, 16 decembrie 1976, cauza C 33/76, ECR 1976; p. 1989, paragraf. 5.

<sup>8</sup> G. Isaac, M. Blanquet, *cit supra*, p. 335.

<sup>9</sup> „Atunci când dispozițiile tratatului sau ale regulamentelor recunosc competențe statelor membre sau le impun obligații în scopul aplicării dreptului comunitar, problema de a ști în ce mod exercițiul acestor competențe și executarea acestor obligații poate fi încredințat de statele membre anumitor organe determinate ține doar de sistemul constituțional al fiecărui stat membru” (CJCE, *International Fruit Company*, 15 decembrie 1971, cauzele 51-54/71, ECR 1971, p. 1.116).

<sup>10</sup> CJCE, *Von Colson*, 10 aprilie 1984, cauza 14/83, ECR 1984, p. 1891.

<sup>11</sup> În temeiul principiului cooperării loiale, statele membre trebuie să adopte toate măsurile necesare pentru a-și îndeplini obligațiile care rezultă în sarcina lor din apartenența la Uniunea Europeană și să se abțină de la acțiuni care ar putea să vatăme buna sa funcționare. CJCE a extins foarte mult acest principiu, dându-i vocația de a se aplica la ansamblul relațiilor unionale. Principiul generează în sarcina statelor trei categorii de obligații: să adopte orice măsură generală sau individuală pentru a asigura executarea obligațiilor care rezultă din tratate (obligație pozitivă de rezultat), să faciliteze Uniunii îndeplinirea misiunilor sale (obligație pozitivă de diligență), să nu-și încalce obligațiile unionale (obligație



determină în mod indirect o adaptare a dreptului intern. „(...) De fiecare dată când condițiile de exercitare a funcțiunilor statale de executare a dreptului unional pot să prejudicieze integritatea, efectul direct, prioritatea și în cele din urmă efectivitatea, Curtea nu ezită să repună în discuție autonomia instituțională a statelor”<sup>12</sup>.

Principiul efectivității dreptului unional nu a avut ca scop obligarea statelor membre să creeze noi căi legale. Cu toate acestea, principiul, obligând statele membre să asigure posibilitatea juridică privind valorificarea dreptului unional în plan intern, a produs modificări importante în sistemele juridice naționale. Un exemplu elocvent în acest sens îl reprezintă sarcina statelor de a crea un remediu de drept intern care să permită valorificarea principiului răspunderii lor pentru încălcarea dreptului unional în fața instanțelor naționale (Francovich<sup>13</sup>, Brasserie du Pêcheur și Factortame III<sup>14</sup>).

Statele membre sunt obligate să se asigure că este posibil ca „oricare tip de acțiune prevăzută de dreptul național să poată fi utilizată în scopul asigurării respectării prevederilor unionale care au efect direct, în aceleași condiții referitoare la admisibilitate și procedură care s-ar aplica în cazul în care ar fi vorba despre respectarea dreptului național”<sup>15</sup>. Curtea a enunțat astfel un al treilea principiu care completează acțiunea dreptului comunitar – principiul echivalenței. Potrivit principiului *echivalenței*, normele interne de procedură trebuie să se aplice în același mod litigiilor interne și litigiilor care urmăresc valorificarea drepturilor și intereselor legitime care rezultă din dreptul Uniunii. „Principiul tratamentului național (sau al echivalenței) semnifică ... că exercitarea unui drept unional prin intermediul sistemului juridic național nu este supusă unor condiții mai riguroase ... decât exercitarea unui drept corespunzător izvorât doar din sistemul juridic intern”<sup>16</sup>.

Principiul echivalenței este condiționat de principiul efectivității, întrucât normele de procedură naționale nu trebuie să facă *imposibilă* sau *extrem de dificilă* exercitarea în practică a drepturilor care rezultă din dreptul unional. În hotărârea citată anterior, *Rewe Zentralfinanz*, Curtea a precizat, după enunțarea principiului autonomiei instituționale și procedurale, că acesta nu se aplică dacă „condițiile și termenul ar face imposibilă în practică exercitarea drepturilor pe care instanțele naționale sunt obligate să le protejeze”<sup>17</sup>. În acest punct, principiile efectivității și autonomiei instituționale și procedurale naționale, apar ca „două principii antagoniste, dar

---

negativă). Acesta exprimă la nivel axiologic complementaritatea între cei doi actori principali, Uniune și state, în realizarea integrării europene, a obiectivelor și valorilor comune.

<sup>12</sup> R. Mehdî, *L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au coeur des rapports de systèmes*, in *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Ed. Presses de l'Université de Sciences Sociales, 2004, p. 627.

<sup>13</sup> CJCE, Francovich și Bonifaci, 19.11.1991, cauzele conexate C-6/90 și C-9/90, ECR I-05357.

<sup>14</sup> CJCE, Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland și The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd și alții, 5 martie 1996, cauza conexate C-46/93 și C-48/93, ECR 1996, p. I-1029.

<sup>15</sup> CJCE, Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH și Rewe-Markt Steffen v Hauptzollamt Kiel, 7 iulie 1981, cauza 158/80, ECR 1981, p. 1805.

<sup>16</sup> G. Isaac, M. Blanquet, *cit. supra*, p. 337.

<sup>17</sup> CJCE, Rewe-Zentralfinanz, *cit. supra*.

complementare”<sup>18</sup>. Totodată, corelând principiile efectivității și echivalenței, reiese că sensul echivalenței ar fi cel potrivit căruia condițiile care se aplică acțiunilor vizând dreptul unional „nu pot fi mai puțin avantajoase decât cele referitoare la pretenții similare de natură internă (...)”<sup>19</sup>.

„O sinteză a jurisprudenței arată că, în vreme ce principiul autonomiei și competenței naționale în materia căilor procedurale și reparatorii rămâne important, cerințele echivalenței și efectivității reprezintă instrumente principale puternice, care determină instanțele naționale să întreprindă o evaluare de la caz la caz a regulilor naționale”<sup>20</sup>.

Cum va proceda judecătorul național în acest context? „Instanțele au ca misiune apărarea drepturilor individuale care pot fi degajate din tratatul CE. Dar jurisdicțiile naționale sunt supuse dreptului național. *Întrebarea care se pune este deci aceea de a ști ceea ce ele pot face, atunci când, din cauza caracteristicilor sistemului juridic național, nu pot da dreptului unional «deplină sa eficacitate»*”<sup>21</sup>.

## § II. Competențele judecătorului național

*În primul rând*, instanțele naționale investite cu soluționarea unui litigiu grevat pe dreptul comunitar, trebuie să cunoască normele materiale comunitare și să verifice dacă dreptul unional furnizează și norme de procedură. În cazul în care procedura de soluționare este lăsată la latitudinea statelor membre, în temeiul principiului autonomiei procedurale, judecătorul trebuie să individualizeze normele de procedură în funcție de care va soluționa litigiul. *În acest scop, el va face aplicarea principiului echivalenței, utilizând o tehnică de comparație cu instituțiile juridice interne similare.* „Pentru a verifica dacă principiul echivalenței este respectat în speță, instanța națională, singura care deține cunoștințe nemijlocite cu privire la căile procedurale în domeniul dreptului muncii, trebuie să examineze atât obiectul, cât și elementele esențiale ale acțiunilor din dreptul intern despre care se afirmă că sunt similare”<sup>22</sup>. Judecătorului național i se cere deci o analiză comparativă și *in concreto*.

*În al doilea rând*, judecătorul utilizează toate resursele sistemului juridic național pentru a da deplină eficacitate dreptului unional. El va trebui să tragă concluziile care se impun din caracterul incompatibil al dispozițiilor de drept intern care ar putea avea ca efect refuzarea beneficiului unei puteri „de a face tot ceea ce este necesar pentru a înlătura prevederile legislative naționale care ar putea constitui, fie chiar și temporar, un obstacol în calea deplinei eficacități a normelor comunitare”<sup>23</sup>. Judecătorul trebuie

---

<sup>18</sup> L. Dubois, *La responsabilite de l'Etat pour les dommages causes aux particuliers par la violation du droit communautaire*, R.F.D.A., 1992, p. 9.

<sup>19</sup> CJCE, San Giorgio, 9 noiembrie 1983, cauza 199/82, ECR 1983 p. 3595, par. 12.

<sup>20</sup> P. Craig, G. de Búrca, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ed. a IV-a, Ed. Hamagiu, București, 2009, p. 382.

<sup>21</sup> P. Manin, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Ed. A. Pedone, 2004, p. 489.

<sup>22</sup> CJCE, Levez, 1 decembrie 1998, cauza C-326/96, ECR 1998, p. I-7835, par. 43.

<sup>23</sup> CJCE, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd și alții*, cit. supra, par. 20.

să fie cu atât mai atent la principiul efectivității, cu cât norma europeană este mai importantă sub aspectul realizării principiilor integrării sau protejării valorilor comune. Deci, judecătorul național trebuie să înlăture din dreptul intern norme care s-ar putea constitui în obstacole în calea efectului deplin al dreptului unional, inclusiv norme cu caracter constituțional<sup>24</sup>. Procedând astfel, el suplinește o carență a autorităților legislative și executive care nu și-au îndeplinit obligația de a asigura respectarea dreptului unional. *De exemplu, judecătorul ar trebui să declare admisibilă o acțiune care tinde la valorificarea unui drept unional, chiar dacă aceeași acțiune privind valorificarea unui drept intern similar, ar fi inadmisibilă*<sup>25</sup>. Înlăturarea aceasta se face prin neaplicarea normei naționale care obstrucționează realizarea dreptului unional, iar nu prin aplicarea unei reguli interne mai favorabile<sup>26</sup>, indiferent dacă norma unională are sau nu efect direct. Dacă norma europeană are efect direct, se produce o substituție a normei naționale cu aceasta din urmă, în funcție de care se va soluționa litigiul. Dacă norma comunitară nu prezintă efect direct (sau tipul de efect direct specific speței), judecătorul nu o va putea aplica. Judecătorul poate apela la principiul interpretării conforme sau poate dispune măsurile pe care protecția jurisdicțională efectivă le justifică. Norma națională continuă să existe în ordinea juridică internă, putând fi aplicată „la alte situații de fapt în care nu există riscul interferenței cu competența Comunității și în legătură cu care atribuțiile suverane ale statului vor continua să se manifeste”<sup>27</sup>.

*În prealabil, judecătorul trebuie să decidă și să motiveze că aplicând norma internă, dreptul comunitar devine imposibil sau extrem de dificil de exercitat, pentru a justifica neaplicarea unor norme pe care este obligat să le aplice prin statutul și funcția sa.* „Fiecare prevedere națională care guvernează aplicarea unui drept de origine comunitară în fața instanțelor naționale nu trebuie examinată și cântărită *in abstracto*, ci în lumina circumstanțelor specifice ale fiecărui caz, pentru a vedea dacă, ținând seama de scopul său, aceasta face exercitarea aceluși drept excesiv de dificilă”<sup>28</sup>. *Cerându-i judecătorului național să procedeze în această manieră, Curtea de Justiție își exprimă preocuparea esențială pentru eficacitatea dreptului unional și trece în plan secundar autonomia instituțională și procedurală națională.*

Prin hotărârile sale, Curtea a încercat să indice instanțelor naționale tipologia normelor interne în privința cărora ar trebui să manifeste o atenție deosebită, deoarece prezintă un *risc ridicat* de îngreunare a exercitării drepturilor rezultate din dreptul unional, chiar dacă acestea se aplică și în litigiile de drept intern similare<sup>29</sup>. Jurisprudența Curții a vizat normele cu caracter restrictiv, pe care judecătorul român este oricum

---

<sup>24</sup> A se vedea și S. van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Ed. De Boeck Universite, 1998, pp. 376 și 377. În privința normelor cu caracter constituțional, a se vedea Simmenthal, *cit. supra*.

<sup>25</sup> CJCE, *Oleificio Borelli SpA v. Comisia*, 3 decembrie 1992, cauza C-97/91, ECR 1992, p. I-6313.

<sup>26</sup> CJCE, Edis, 15 septembrie 1998, C-231/96, ECR 1998, p. I-4951.

<sup>27</sup> C – M Nicolescu, *Jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene cu privire la prioritatea de aplicare a dreptului comunitar asupra dreptului intern al statelor membre*, RRDC, nr. 4/2008, p. 78.

<sup>28</sup> P. Craig, G. de Búrca, *cit. supra*, p. 402.

<sup>29</sup> CJCE, *Comisia c. Italiei*, 24 martie 1988, cauza 104/86, ECR 1988, p. 1799.

chemat să le atenueze prin aplicarea, dacă este posibil, a altor norme în temeiul rolului activ<sup>30</sup>. Curtea a insistat în privința *termenelor de prescripție și sarcinii probei*. Referitor la termenele de prescripție, judecătorul național trebuie să analizeze caracterul *rezonabil* al acestora. Sarcina probei, care în mod tradițional revine reclamantului, poate fi limitată în măsura în care ar face dificilă exercitarea dreptului, solicitându-i-se părâtului sau unui terț să depună anumite înscrisuri sau chiar judecătorul fiind invitat să o suplinească prin cercetarea judecătorească<sup>31</sup>. Este incompatibilă cu dreptul unional orice modalitate de probă al cărei efect este de a face practic imposibil sau excesiv de dificilă obținerea rambursării unei taxe prelevate cu încălcarea dreptului unional. „Aceasta este situația îndeosebi a prezumțiilor sau a regulilor de probă care atribuie în sarcina contribuabilului să stabilească că taxele incorect plătite nu au fost repercutate asupra altor subiecte sau limitări în ceea ce privește forma probei admisibile constând în excluderea înscrisurilor”<sup>32</sup>. Curtea a decis că acordarea unei puteri de apreciere discreționare în beneficiul unei autorități administrative contravine principiului efectivității<sup>33</sup>. Același principiu obligă autoritățile administrative (judecătorul național) ar trebui să le oblige în numele acestui principiu, chiar dacă nu are o normă internă să-i comunice justițiabilului motivele unei decizii pe care el o contestă pentru a-i da posibilitatea unei apărări cât mai eficiente în instanță<sup>34</sup>, iar judecătorului posibilitatea unui control complet. Cu atât mai mult judecătorul național poate obliga autoritatea administrativă să-i prezinte motivele adoptării unei decizii<sup>35</sup>.

În al treilea rând, dacă dreptul intern este lacunar și nu îi permite judecătorului național să îndeplinească o funcție care îi incumbă potrivit jurisprudenței CJCE, judecătorul trebuie să îndeplinească această funcție sprijinindu-se direct pe dreptul unional. Problema este că această regulă a stabilit-o CJCE, în baza unei legitimități care este pusă adesea sub semnul întrebării.

În al patrulea rând, trebuie subliniat că judecătorul național nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru a asigura eficacitatea dreptului unional și nici să efectueze un control mai riguros decât cel efectuat de Curtea de Justiție în împrejurări similare<sup>36</sup>. Suntem în prezența unui echilibru nu tocmai ușor de găsit și pentru care s-ar putea apela (atunci când este necesar) la mecanismul trimerilor preliminare.

Îi revine judecătorului național, obligația de a invoca din oficiu norme de drept unional, desigur în condițiile în care părțile nu le-au invocat? Răspunsul Curții la această întrebare este nuanțat. În hotărârea *Van Schijndel*, s-a arătat că „dreptul comunitar nu impune instanțelor naționale să invoce din oficiu un motiv referitor la încălcarea prevederilor comunitare, atunci când examinarea acestui motiv le-ar obliga

<sup>30</sup> CJCE, *Lucchini*, 18 iulie 2007, cauza C-119/05, Repertoriu 2007, p. I-6199.

<sup>31</sup> CJCE, *Boiron*, 7 septembrie 2006, C-526/04, ECR 2006, p. I-7529.

<sup>32</sup> CJCE, *SA Les Fils de Jules Bianco și J. Girard Fils SA v Directeur Général des douanes et droits indirects*, 25 februarie 1988, cauzele 331/85, 376/85, 378/85, 218/95, ECR 1988, p. 1099.

<sup>33</sup> CJCE, *Johnston*, 15 mai 1986, cauza 222/84, ECR 1986, p. 1651.

<sup>34</sup> CJCE, *Procedure penale c. Jean-Claude Bellon*, 13 decembrie 1990, cauza C-42/90, ECR 1990, p. I-4863.

<sup>35</sup> CJCE, *Heylens*, 15 octombrie 1987, cauza C 222-86, ECR 1987, p. 4097.

<sup>36</sup> CJCE, *Upjohn Ltd*, 21 ianuarie 1999, cauza C-120/97, ECR 1999, p. I-223.

să renunțe la rolul pasiv care le revine, depășind limitele cadrului procesual, astfel cum au fost ele trasate de părți și bazându-se pe alte fapte și circumstanțe decât cele pe care partea interesată de aplicarea respectivelor prevederi și-a întemeiat cererea”<sup>37</sup>.

Curtea de Justiție a considerat că o legislație națională care îi interzice judecătorului să invoce motive de drept comunitar după trecerea unei perioade de 60 de zile (de la data trimiterii de către instituția publică persoanei interesate a deciziei administrative interne și a documentelor justificative) este contrară dreptului unional. Curtea a subliniat că o asemenea apreciere era legată și de circumstanțele specifice ale cauzei, în cadrul căreia niciuna dintre instanțele care interveniseră nu fusese în termen să invoce motive de drept comunitar și eventual să trimită Curții o întrebare preliminară<sup>38</sup>. Este important de remarcat că legislația națională a fost considerată contrară dreptului unional, iar nu atitudinea concretă a judecătorului care nu a ridicat problema aplicării dreptului comunitar în speță (îl putea invoca bazându-se pe principiul efectivității. Modul în care Curtea a motivat această hotărâre denotă importanța pe care o acordă unei aprecieri *in concreto* a prevederilor legislative naționale.

În virtutea regulii degajate în *Kraaijeveld*<sup>39</sup> (și a principiului echivalenței), judecătorul român este obligat să invoce din oficiu dreptul unional deoarece este obligat să invoce din oficiu și încălcarea normelor de drept intern cu caracter public. Înalta Curte de Casație și Justiție a apreciat că „în raport cu dreptul național, regulile dreptului comunitar au caracter de ordine publică, așa încât în cercetarea și judecarea unei cauze, judecătorul național este ținut să examineze din oficiu incidența lor”<sup>40</sup>. De asemenea, acesta trebuie să aducă la cunoștința părților drepturile și obligațiile care le revin și să urmărească voința reală a părților, iar nu sensul literal sau juridic al termenilor folosiți. Prin urmare, judecătorul român se poate afla des în situația de a invoca din oficiu dreptul comunitar. Regula care rezultă din *Kraaijeveld* este deosebit de vastă: instanțele naționale, dacă au *obligatia* sau *posibilitatea* de a invoca din oficiu motive de drept național trebuie să invoce în același mod și motive de drept unional. Un rol important îl joacă natura, importanța normei europene.

CJCE a mai arătat că judecătorul național poate invoca din oficiu conformitatea unei reglementări naționale cu dispozițiile precise și necondiționate ale unei directive al cărei termen de transpunere s-a încheiat<sup>41</sup>. Trecând de modul în care sistemul național de drept procesual reglementează rolul activ sau pasiv al judecătorului, în *Océano*<sup>42</sup>, Curtea a statuat că instanțele trebuie să se bucure de competența de a invoca din oficiu un motiv de drept comunitar în materia clauzelor contractuale abuzive. Deși nu a precizat expres că instanțele trebuie să și invoce un asemenea motiv din oficiu, intenția Curții a fost în acest sens.

---

<sup>37</sup> CJCE, *Van Schijndel* 14 dec. 1995, cauzele conexe C-430/93 and C-431/93, ECR 1995, p. I-4705, parag. 22.

<sup>38</sup> CJCE, *Peterbroek*, 14 decembrie 1985, cauza C-312/93, ECR 1995, p. I-4599.

<sup>39</sup> CJCE, *Kraaijeveld*, 24 octombrie 1996, C-72/95, ECR 1996, p. I-5403.

<sup>40</sup> Decizia nr. 2620 din 23 martie 2007.

<sup>41</sup> CJCE, *Verholen și alții*, 11 iulie 1991, cauza C-87-89/90, ECR 1991, p. I-3757.

<sup>42</sup> CJCE, *Océano*, 27 iunie 2000, cauzele conexe C-240-244/98, ECR 2000, p. I-4941.

Alte probleme sunt ridicate de *interpretarea conformă* pe care instanțele sunt chemate să o efectueze. În cazurile în care dreptul intern se află în contradicție cu dreptul unional, judecătorul are obligația de a elimina această contradicție prin interpretarea pe care o face, mai precis el trebuie să interpreteze dreptul intern în lumina dreptului european, chiar cu „prețul unor contorsiuni intelectuale sau juridice”<sup>43</sup>. Instanța națională urmărește aplicarea dispozițiilor naționale în conformitate cu cele comunitare, independent de efectul direct al acestora din urmă. Obligația de interpretare judiciară conformă a vizat inițial situațiile în care în dreptul intern exista o lacună sau o carență în transpunerea unei directive<sup>44</sup>, precum și interpretarea care trebuie dată dreptului intern în perioada de transpunere a directivelor, astfel încât scopul acestora să nu fie compromis după epuizarea termenului de transpunere<sup>45</sup>. Ulterior, obligația interpretării conforme a dobândit un caracter general, fundamentându-se pe obligația de cooperare loială<sup>46</sup>.

Interpretarea conformă reprezintă un instrument util judecătorului în cazurile în care o directivă nu a fost transpusă sau a fost incorect transpusă, întrucât îi permite să soluționeze litigiul prin interpretarea dreptului intern în lumina directivei. *Judecătorul ar trebui din oficiu să analizeze de fiecare dată când aplică o normă de transpunere, conținutul directivei.* „Aplicând dreptul național, judecătorul național trebuie să aibă în minte dreptul comunitar în măsura în care cel din urmă condiționează validitatea celui dintâi. Aplicând dreptul comunitar, judecătorul nu ar trebui să uite fundamentul național al acestei competențe (...)”<sup>47</sup>.

Însă, interpretarea conformă ridică o serie de probleme, din cauza generalizării sale la ansamblul dreptului unional. Pentru a ajunge la concluzia că se impune să interpreteze norma națională în lumina dreptului unional, judecătorul efectuează o primă interpretare a normei naționale pertinente, observând că nu este conformă dreptului unional. Judecătorul ar trebui să confere un alt sens acestei norme în acord cu dreptul comunitar, ceea ce apare ca forțat, dat fiind că a stabilit deja că este în dezacord cu acesta. Determinarea contradicției reprezintă o altă chestiune dificilă, instanțele naționale putând apela la întrebările preliminare pentru a invita chiar Curtea de Justiție să aprecieze caracterul neconform al normei naționale.

Această formă de aplicare a dreptului comunitar cunoaște mai multe limite. În primul rând, judecătorul nu o poate folosi atunci când ar determina atragerea sau agravarea unei răspunderi penale<sup>48</sup>. O limită implicită rezultă din faptul că judecătorul nu poate fi pus în situația de a face o interpretare *contra legem*, prin urmare dreptul

<sup>43</sup> R. Mehdi, *Institutions...*, cit. supra, p. 211.

<sup>44</sup> CJCE, *Von Colson*, cit. supra; Dorsch Consult, 17 septembrie 1997, cauza C-54/96, ECR 1997, p I-4961.

<sup>45</sup> CJCE, *Adeneler/ELOG*, 4 iulie 2006, cauza C-212/2005.

<sup>46</sup> CJCE, *Wagnet Miret*, 16 decembrie 1993, cauza C-334/92, ECR 1993, p I-06911; CJCE, *Mary Murphy*, 4 februarie 1988, cauza 157/86, ECR 1988, p. 673; *Procedura penală c. X*, 7 ianuarie 2004, C-60/02; *Maria Pupino*, 16 iunie 2005, C-105/03, ECR 2005.

<sup>47</sup> F. Chaltiel, *L'application du droit communautaire par le juge national français*, *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Economica, 2004, T II, p. 865.

<sup>48</sup> CJCE, *Pretore di Salò*, 11 iunie 1987, cauza 14/86, ECR 1987, p. 2.545.

intern aplicabil trebuie să fie „suficient de suplu”<sup>49</sup> pentru a-i permite judecătorului să recurgă la o asemenea interpretare. „Această soluție nu poate fi avută în vedere decât în măsura în care litera actului intern nu se opune în mod radical”<sup>50</sup>. În acest caz, judecătorul va face aplicarea principiului priorității dreptului comunitar.

Principiile efectivității și protecției jurisdicționale impun ca judecătorul național să poată adopta *măsuri provizorii*, în cazurile în care apreciază că aplicarea normei naționale sau a unei norme europene este de natură să prejudicieze iremediabil drepturile individuale rezultate din dreptul unional. Dacă în sistemul său național, nu dispune de o asemenea prerogativă, judecătorul va proceda astfel sprijinindu-se pe dreptul unional, iar dacă i se interzice să dispună astfel de măsuri, va înlătura norma internă care îl oprește, în același temei<sup>51</sup>. Din jurisprudența CJCE, pot fi deduse două situații în care s-ar impune măsuri provizorii. O primă situație privește aplicarea unei norme interne în litigiul dedus judecătii, despre care judecătorul are dubii serioase că ar fi în acord cu dreptul unional. În opinia noastră, judecătorul poate suspenda procedura, aplica măsuri provizorii constând *cel mai adesea în suspendarea aplicării normei* (generale sau individuale) în acel caz și poate trimite o întrebare preliminară CJCE cu privire la compatibilitatea normei interne cu dreptul unional. A doua situație, mai rar întâlnită, privește aplicarea unei norme europene de drept derivat, în privința căreia judecătorul consideră că nu este în concordanță cu dreptul primar. În acest caz, judecătorul va suspenda procedura internă, va dispune suspendarea aplicării actului normativ european și va trimite în mod obligatoriu CJCE o cerere de apreciere a validității, în temeiul art. 268 TFUE<sup>52</sup>. De asemenea, el poate dispune măsuri provizorii pozitive prin care justițiabilul să fie protejat în cursul aprecierii validității normei comunitare<sup>53</sup> sau până la soluționarea litigiului pe fond. În ambele cazuri, judecătorul are îndoieli serioase privind regularitatea normei pe care trebuie să o aplice. Totodată, din împrejurările concrete ale speței trebuie să rezulte urgența, exprimată în caracterul iminent al unui prejudiciu grav și ireparabil pe care l-ar suporta persoana, dacă norma s-ar aplica imediat.

Ce se întâmplă dacă judecătorul național, investit cu soluționarea unui litigiu în cadrul căruia în baza principiului priorității și efectului direct, trebuie să aplice o normă de drept european, însă apreciază că aceasta este contrară Constituției? În temeiul mandatului stabilit de Curtea de Justiție în sarcina instanțelor naționale, judecătorul trebuie să facă aplicarea normei europene, întrucât principiul priorității are caracter absolut, iar principiul eficacității impune neaplicarea inclusiv a normelor constituționale.

---

<sup>49</sup> R. Mehdi, *cit. supra*, p. 212.

<sup>50</sup> R. Mehdi, *cit. supra*, p. 211.

<sup>51</sup> CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, cauza 222/84, ECR 1986, p. 1651; CJCE, 15 octombrie 1987, *Heylens*, cauza 222/86, ECR 1987, p. 4097; CJCE, 25 iulie 1991, *Emmott*, cauza C-208/90, ECR 1991, p. I 4269.

<sup>52</sup> CJCE, *Zuckerfabrik*, 21 februarie 1991, cauzele conexe C-143/88 și C-92/89, ECR 1991, p. I-415.

<sup>53</sup> R. Mehdi, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence*, RTDE, 1996, nr. 2, p. 77.

Pe de altă parte, în temeiul jurisprudenței Curții Constituționale a României, acesta ar trebui să rețină că tratatele constitutive ale Uniunii Europene și dreptul comunitar derivat au valoare supralegislativă, dar infraconstituțională<sup>54</sup>. Nefiind investit cu competența unui judecător constituțional, acesta ar putea să suspende procedura de judecată și să adreseze problema Curții Constituționale. În același timp, ar putea să trimită o întrebare preliminară Curții de Justiție a Uniunii Europene, cum de altfel aceasta a și sugerat. Acest tip de împrejurări „sunt datorate în mare măsură caracterului încă imperfect al integrării europene și întâlnirii a două ordini juridice parțial contopite și parțial autonome. Judecătorul național ocupă prin urmare un loc singular și privilegiat, la confluența a două ordini juridice care, articulându-se una cu cealaltă fără a se confunda, aspiră fiecare la o aplicare cu prioritate”<sup>55</sup>. Situațiile de acest gen ar trebui să fie rare, în principal normele europene ar putea să intre în conflict cu norme constituționale privind drepturile fundamentale. Acest conflict poate apare și între dreptul unional și Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

O altă problemă cu care se poate confrunta judecătorul național privește cazurile în care potrivit aceluiași principii, prioritatea și efectul direct, trebuie să aplice norma unională, dar ajunge la concluzia că prin aceasta încalcă standardul minim de protecție prevăzut de Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Această ipoteză de cercetare va deveni inoperantă în cazul aderării Uniunii la Convenție, întrucât una dintre condițiile de validitate ale actelor normative europene va fi conformitatea cu standardul de protecție existent la nivelul său. Și în prezent, riscurile ca judecătorul național să se afle într-o asemenea situație sunt reduse, întrucât Uniunea beneficiază de un standard corespunzător de protecție a drepturilor fundamentale. Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene cuprinde o mențiune explicită potrivit căreia dispozițiile sale nu pot fi interpretate ca restrângând sau aducând atingere drepturilor omului și libertăților fundamentale recunoscute, în domeniile de aplicare corespunzătoare, de dreptul Uniunii și dreptul internațional, precum și de convențiile internaționale la care Uniunea sau toate statele membre sunt părți, și în special Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și prin constituțiile statelor membre (art. 53). Includerea Cartei în dreptul primar al Uniunii nu înlătură însă integral posibilitatea unui „conflict” între dreptul unional și Convenție, însă o reduce foarte mult, transformând-o într-o posibilitate mai curând teoretică.

Potrivit art. 148 alin. (2) din Constituția României, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne. Statutul CEDO, potrivit art. 20 alin. (1) din Legea fundamentală, este al unei surse de drept cu caracter supralegislativ și valoare constituțională. Prin urmare, judecătorul național va respecta Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

---

<sup>54</sup> Decizia nr. 148 din 2003 publicată în M. Of. nr. 317 din 12 mai 2003.

<sup>55</sup> F. Chaltiel, *cit. supra*, p. 865.



Referitor la ultimele două situații discutate, CJCE însăși a recunoscut că prioritatea dreptului comunitar este discutabilă în condițiile în care norma constituțională contrară protejează drepturi fundamentale. Curtea de justiție a decis ca în cazul în care judecătorul intern este confruntat cu astfel de situații, să suspende pe moment aplicarea normei comunitare și să o sesizeze cu o trimitere preliminară în aprecierea validității. Putem aplica această regulă și în cazul riscului de încălcare a Convenției Europene a Drepturilor Omului.

# Studiu asupra formării progresive a contractului în contextul reglementărilor din Noul Cod civil

*Lect. univ. dr. Cristina STANCIU*



## Study on the contract's progressive development under the New civil Code

**Abstract:** Contract development through immediate and simultaneous consent is the prerogative of the classical theory of contract development involving its instant development. Currently, in the literature, the theory of contracts' progressive development is rapidly growing in relation to the classical theory of contract development and it involves finding a gap between traditional explanation of the instant genesis of agreements and the practical situations where legal will „gradually matures” by following an evolution comprising two or more stages: pre-contractual negotiations, offer to contract, promise to contract, acceptance.

**Keywords:** consent, negotiation, offer, promise to contract, option pact, contract, capacity, object, cause.

### **Reglementarea consimțământului în vechiul Cod civil român și în noul Cod civil.**

La o primă analiză comparativă a reglementărilor juridice privind consimțământul necesar la încheierea unei convenții, observăm o tratare mai amplă a aspectelor legate de problemele juridice pe care le poate genera acesta în noul Cod civil, față de abordarea generală și mai redusă în privința numărului de articole din vechiul Cod civil. Se observă nu numai un număr de articole mult mai mare rezervat problemei consimțământului, cât mai ales faptul că reglementarea nouă acoperă o sferă cât mai amplă de situații juridice ce se pot înscrie în procesul de formare a consimțământului și de manifestare a acestuia. Astfel, dacă în vechile reglementări erau abordate mai mult aspecte juridice legate de viciile de consimțământ și de soarta actelor juridice încheiate cu un consimțământ afectat de aceste vicii<sup>1</sup>; noile reglementări abordează

---

<sup>1</sup> Vechiul Cod civil, Cartea III, Despre diferitele moduri prin care se dobândește proprietatea, Titlul III, Despre contracte sau convenții, Capitolul II – Despre condițiile esențiale pentru validitatea convențiilor, Secțiunea II – Despre consimțământ, art. 953-961.

exhaustiv consimțământul. Astfel, noul Cod civil se ocupă de o serie de aspecte juridice legate de formarea progresivă, etapizată de consimțământ<sup>2</sup> și, în acest sens, sunt abordate: negocierile - ca primul pas în realizarea consimțământului cu aspecte legate de buna-credință în negocieri, obligația de confidențialitate în negocierile precontractuale; elementele de care depinde încheierea unui contract; momentul și locul încheierii contractului, oferta; precum și aspecte legate de condițiile de valabilitate ale consimțământului, problema discernământului și, ca și în vechiul Cod civil, viciile de consimțământ cu o abordare mai detaliată decât în reglementările anterioare.

**Noile abordări privind formarea contractului.** Intitularea unui subtitlu din dispozițiile legale rezervate consimțământului „Formarea contractului” indică preocuparea legiuitorului român pentru această etapă distinctă, preocupare „dictată” de realitatea actuală: schimbarea din ce în ce mai evidentă din materia formării, realizării unui contract, datorată situației economice actuale ce „impune” realizarea etapizată, „progresivă”<sup>3</sup> a contractului. Așadar, izvorul material al reglementărilor actuale constă în dezvoltarea relațiilor civile și comerciale și deplasarea lor din zona „locală” în zona „globală”, precum și de importanța economică a tranzacțiilor care devin din ce în ce mai însemnate din punct de vedere valoric și care impun precauții suplimentare în vederea încheierii contractului final. Totodată, epoca actuală, caracterizată în mare parte de pragmatism favorizează declinul formalismului și face ca schema tradițională a formării instantanee de consimțământ prin întâlnirea ofertei cu acceptarea să nu mai fie valabilă în toate situațiile de naștere a unui contract. Actualmente, viitoarele părțile ale unei convenții, în loc să treacă direct la încheierea unui contract cu efecte definitive, preferă să întreprindă negocieri ample, laborioase, pe parcursul unor săptămâni, luni sau chiar ani, discutând în detaliu elementele viitorului contract. Acest proces le oferă premisele unui timp de analiză suficient de amplu a avantajelor și dezavantajelor unei potențiale relații contractuale definitive cu celălalt. Consimțământul astfel format „se maturizează progresiv”, de-a lungul întregii etape precontractuale<sup>4</sup>.

Formarea contractului prin consimțământ imediat și simultan este apanajul teoriei clasice a formării contractului ce presupune formarea instantanee a acestuia. Actualmente, în doctrină, teoria formării progresive a contractelor ia amploare în raport cu teoria clasică a formării contractului și ea presupune constatarea unui decalaj între explicația tradițională a genezei instantanee a convențiilor și situațiile practice în care voința juridică „se maturizează progresiv”, prin parcurgerea unei evoluții cuprinzând două sau mai multe etape: negocierile precontractuale, oferta de a contracta, promisiunea de a contracta, acceptarea<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Noul Cod civil, Cartea a V-a – Despre obligații, Titlul II, Izvoarele obligațiilor, Capitolul I – Contractul, Secțiunea a 3-a – Încheierea contractului; 3. Consimțământul, art. 1182-1224.

<sup>3</sup> J. Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 7-12.

<sup>4</sup> S. Golub, *Obligațiile precontractuale în cadrul contractului de vânzare-cumpărare*, în *Revista Curentul Juridic*, anul X, NR. 1-2 (28-29), 2007, ISSN 1224-9173.

<sup>5</sup> C. Stanciu, *Analiză asupra etapei precontractuale și a efectelor sale juridice*, Universitatea „Lucian Blaga”, Sibiu, Facultatea de Drept, Școala Postdoctorală, Sesiunea Științifică a Postdoctoranzilor din domeniul Științelor Juridice, Sibiu, România, 5 mai 2011.

Bineînțeles, nu vorbim de o abandonare a teoriei clasice a formării instantanee de consimțământ, dar cele două modalități de realizare a unei convenții, instantanee și etapizată coexistă în realitatea juridică actuală și erau necesare lămuriri cu privire la cea de-a doua modalitate care nu a beneficiat, până la apariția noului Cod civil, de reglementări speciale.

Reglementarea problemei negocierilor, tratarea amplă a aspectelor juridice referitoare la oferta de a contracta, asigurarea de bază legală pentru promisiunea unilaterală și pentru promisiunea sinalagmatică de contract, precum și pentru pactul de opțiune erau, de asemenea, necesare și în planul practic al dreptului pentru că o multitudine de litigii născute din aceste instituții juridice primeau în practica judiciară rezolvări uneori diferite pentru aspecte similare ori asemănătoare, iar în doctrină teoretizarea lor conducea la abordări neconcordante de la un autor la altul.

Tratarea acestora în noile reglementări civile este menită să aducă clarificări și să creeze premise de analiză concordantă în doctrină și de aplicare uniformă în practica judiciară și reprezintă, totodată, un ecou la o realitate nereductibilă la o singură formulă considerată „simplistă”, cea a formării simultane de consimțământ; reprezintă o schimbare de viziune asupra formării consimțământului ca efect al practicii, al izvorului material, schimbare numită în doctrină „viziunea globală a formării convențiilor”<sup>6</sup>.

Situația economică mondială actuală dominată de o perioadă apreciată de specialiști ca fiind una de „criză” va face ca instabilitatea economică să conducă la o și mai largă utilizare a unor convenții premergătoare contractului, a unor perioade de negocieri din ce în ce mai laborioase și îndelungate și, în acest context, apreciem că utilitatea existenței unor reglementări este cu atât mai evidentă. Dacă, însă, ne referim strict la planul juridic, acest fenomen de formare mai „greoaie” a consimțământului era sesizat de doctrină<sup>7</sup> de mai mult timp și era „reclamată” nevoia de normă juridică care să asigure „haină juridică” etapei precontractuale și obligațiilor juridice născute în cadrul ei: „Formarea progresivă a convențiilor este spațiul predilect al *instabilității juridice*, însă este vorba despre o nesiguranță acceptată de părți sau cel puțin cunoscută de acestea”.

**Introducerea și reglementarea problematicii negocierilor în noul Cod civil român.**  
În mod uzual, prin „a negocia” se înțelege: 1. a duce tratative pentru încheierea unei

---

<sup>6</sup> J. Goicovici, *op. cit.*, pp. 17-19. Tot același autor: „literatura juridică civilistă partajează cu beletristica de bună calitate gustul pentru *dragostea la prima vedere*. În mintea cititorului, formarea unui contract este asociată cu uniunea spontană și instantanee dintre două voințe, cea a ofertantului și cea a acceptantului; o ipoteză a cărei frecvență practică înclină probabil balanța în favoarea celor care cred că varianta explicativă tradițională ar fi și singura posibilă. Abandonând concepția instantaneistă a formării contractelor, potrivit căreia perfectarea actului juridic bilateral rezultă spontan, din simplul schimb de consimțăminte, teoria pe care o propunem ... arată că există situații în care primul contact juridic dintre părțile viitorului contract marchează nașterea unui consimțământ parțial, a cărui completare se va face progresiv, în intervalul de reflexie autoprocurat de părți ori alocat *părții slabe* de către legiuitor”.

<sup>7</sup> J. Goicovici, *op. cit.*, pp. 17-19.

convenții economice, politice, culturale, etc.; 2. a mijloci (o afacere); a încheia tranzacții comerciale; a vinde și a cumpăra efecte publice.

Din perspectivă juridică, negocierea reprezintă o acțiune juridică plasată în sfera precontractuală și care creează obligații precontractuale legate de încheierea viitoare a unei convenții.

Așa cum am mai arătat, neexistând norme juridice speciale destinate perioadei precontractuale până la intrarea în vigoare a noului Cod civil român, doctrinei i-a revenit misiunea de a exprima puncte de vedere și de a face analize asupra definirii acesteia. Astfel, s-a spus că „tot ce ține” de domeniul pregătirii unei convenții până la momentul încheierii ei reprezintă etapă precontractuală și s-a încercat o clasificare a obligațiilor născute în această perioadă<sup>8</sup> și realizarea unei tipologii complete a obligațiilor precontractuale. Sunt autori<sup>9</sup> care au clasificat aceste obligații precontractuale după mai multe criterii. Astfel, după natura lor s-a distins între: obligații precontractuale legale și obligații precontractuale convenționale; după modul cum sunt prevăzute: exprese sau virtuale; după efectele ce se produc în cazul neîndeplinirii lor: obligațiile precontractuale a căror neîndeplinire are ca efect imediat împiedicarea formării contractului și obligațiile precontractuale a căror neîndeplinire nu împiedică formarea contractului.

Analizele făcute supra acestei perioade, ipotezele referitoare la comportamentul viitoarelor părți nu au făcut, însă, altceva decât să ridice mai multe întrebări: ce efecte produce, după o perioadă de tatonări și negocieri, refuzul de a contracta a unei părți dacă se naște și o asemenea ipostază; ce este refuzul de a contracta, cum afectează angajamentele asumate în perioada precontractuală principiul libertății contractuale, ce limitări sau restrângeri ale libertății de a contracta pot intervine în această perioadă, etc.?

Încercând să răspundă la asemenea întrebări, reglementarea juridică din noul Cod civil stabilește prin art. 1182 alin. (1), în mod neîndoielnic, că un contract se poate încheia prin două modalități: prin negociere sau prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta. Această reglementare are un caracter de regulă generală, iar excepția de la ea este prevăzută în alin. (2) și (3) ale aceluiași articol care precizează că este suficient ca părțile să cadă de acord asupra elementelor esențiale ale contractului și în cazul în care ele nu ajung la un acord asupra elementelor secundare sau persoana desemnată ca responsabilă nu ia o decizie, instanța va putea, la solicitarea oricăreia dintre ele să dispună completarea contractului, ținând seama de natura acestuia și de intenția părților și în funcție de împrejurări. Referitor la acest articol, sunt de precizat două lucruri: dispozițiile lui sunt completate de dispozițiile art. 1.185 NCC<sup>10</sup>, care vine să întărească ideea caracterului subiectiv al elementelor esențiale ale contractelor<sup>11</sup> și faptul că, potrivit art. 105 din Legea nr. 71/2011, dispozițiile art. 1.182 alin. (2)

<sup>8</sup> S. Golub, *op. cit.*, 2007.

<sup>9</sup> S. Golub, *op. cit.*, 2007.

<sup>10</sup> Noul Cod civil.

<sup>11</sup> Art. 1185 NCC: „Elementele de care depinde încheierea contractului. Atunci când, în timpul negocierilor, o parte insistă să se ajungă la un acord asupra unui anumit element sau asupra unei anumite forme, contractul nu se încheie până nu se ajunge la un acord cu privire la acestea”.

și (3) NCC nu sunt aplicabile contractelor a căror negociere a început înainte de intrarea în vigoare a acestora<sup>12</sup>.

În privința negocierilor, noul Cod civil, prin dispozițiile sale, prevede următoarele obligații: obligația la bună-credință în negocieri și obligația de confidențialitate. Dacă analizăm norma privind buna-credință în negocieri, observăm că ea are caracterul unei norme speciale în raport cu norma generală consacrată tot de noile reglementări civile. Este vorba de dispozițiile art. 14 NCC, potrivit cărora există obligativitatea (generală) pentru orice persoană fizică sau juridică de a-și exercita drepturile și de a-și executa obligațiile civile cu bună-credință și în acord cu ordinea publică și bunele moravuri.

Tot referitor la negocieri, potrivit noilor reglementări este sancționată conduita părții care inițiază sau continuă negocierea unui contract fără a avea intenția de a-l încheia. Această atitudine este considerată „contrară exigențelor bunei-credințe” și se va angaja răspunderea celui vinovat, răspundere ce constă în acoperirea prejudiciului produs, prejudiciu ce se va calcula având în vedere cheltuielile ocazionate de negocieri, pierderile produse de renunțarea la alte oferte și „orice împrejurări asemănătoare”.

Un alt element de noutate introdus de NCC se referă la obligația de confidențialitate în negocierile precontractuale, obligație de care este ținută partea căreia i-a fost dezvăluită, indiferent dacă se încheie sau nu contractul cu aceasta. Încălcarea ei va da dreptul, de asemenea, la despăgubiri pentru partea care a fost afectată.

**Reglementările din noul Codul civil român privind oferta.** Dacă analizăm reglementările privind consimțământul necesar pentru „formarea contractului” (noile reglementări abordează *formarea* contractului și nu numai *încheierea* lui dovedind, încă o dată, trecerea de la formula *încheierea contractului*, apanajul formării instantanee a unui contract, la formula *formarea contractului*, apanajul teoriei progresive a formării acestuia) observăm folosirea în noile norme a trei noțiuni: *negociere*, *propunere* și *ofertă*, a căror înțelesuri asemănătoare în limbajul uzual primesc, în lumina noilor reglementări, lămuriri în privința sensului pe care îl au ele în limbajul juridic.

Prin *propunere*, în limbajul uzual, se înțelege ceea ce supune cineva unei discuții ori recomandă în vederea unei alegeri sau unei aprobări (negociere înseamnă tratative); iar *oferta* este, potrivit înțelesului comun, propunerea făcută pentru vânzarea-cumpărarea unor mărfuri, pentru prestarea unor servicii, etc.; categorie economică exprimând relațiile ce se formează pe piață prin prezența bunurilor materiale și a serviciilor destinate schimbului prin vânzare-cumpărare sau totalitatea mărfurilor oferite la un moment dat pe piață.

Potrivit art. 1.189 NCC, însă, propunerea adresată unor persoane nedeterminate, chiar dacă este precisă, nu valorează ofertă, ci, după împrejurări, solicitare de ofertă sau intenție de negociere. Propunerea va reprezenta ofertă doar dacă aceasta rezultă

---

<sup>12</sup> A.G. Atanasiu, A.P. Dimitriu, A. F. Dobre etc, *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 451-461.

din lege, din uzanțe ori, în mod neîndoielnic, din împrejurări. În aceste cazuri, revocarea ofertei adresate unor persoane nedeterminate produce efecte numai dacă este făcută în aceeași formă cu oferta însăși sau într-o modalitate care permite să fie cunoscută în aceeași măsură cu aceasta. Totodată, solicitarea de a formula oferta, adresată uneia sau mai multor persoane determinate, nu constituie, prin ea însăși, ofertă de a contracta<sup>13</sup>.

*Scurte considerații ale abordărilor teoretice privind oferta.* Oferta sau policitatiunea a fost definită, potrivit literaturii de specialitate, ca fiind „o declarație unilaterală de voință, adresată de către o persoană alteia și prin care cel dintâi își manifestă intenția de a se considera legat, dacă cealaltă parte acceptă.”<sup>14</sup> Altfel spus, prin ofertă se înțelege o propunere fermă de a încheia un contract, în condiții determinate, așa încât acceptarea acesteia este suficientă pentru a lua naștere contractul<sup>15</sup>.

Cu privire la valoarea juridică a acestor declarații, doctrina și jurisprudența n-au avut întotdeauna același punct de vedere. În practică această problemă nu s-a pus atunci când acceptarea a urmat imediat ofertei: în cazul în care ele nu au fost despărțite prin niciun interval de timp, contractul s-a format imediat și, deci, oferta nu a existat singură niciun moment.

Discuții referitoare la aceasta au existat în cazul când oferta era despărțită de acceptare printr-un interval de timp, pentru că, în toate aceste situații, oferta exista singură și se punea problema: care va fi valoarea ei?

Doctrina clasică a susținut că o ofertă, dacă nu a fost imediat acceptată, nu mai are un caracter obligatoriu, putând fi oricând retractată de ofertant, fără ca prin aceasta să se datoreze vreo despăgubire. Unii autori<sup>16</sup> au mers și mai departe și au afirmat că oferta nici măcar nu trebuie retrasă, pentru că ea încetează de a trăi de îndată ce voința a fost manifestată.<sup>17</sup> Din această analiză rezultă: ofertantul poate

---

<sup>13</sup> Art. 1.190 NCC.

<sup>14</sup> E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Ed. Sirey, Paris, 1937, p. 34.

<sup>15</sup> D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Volumul I. Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 129.

<sup>16</sup> Această teorie a fost formulată și de către Pothier în *Traité des obligations*, Ed. Bugnet, vol. II, p. 5: „acela care a făcut oferta poate să se dezică atât timp cât ea nu a fost acceptată de acela căruia i-a fost făcută, căci nu poate exista vreo obligație fără de un drept pe care îl dobândește persoana față de care a fost contractată obligația, împotriva persoanei obligate. Or, întocmai după cum nu pot după simpla mea voință să transfer cuiva un drept asupra unuia din bunurile mele, dacă voința sa nu concură pentru a-l dobândi, tot astfel, prin promisiunea mea, nu pot acorda cuiva un drept împotriva persoanei mele până ce nu concură și voința sa spre a-l dobândi prin acceptarea ce o face promisiunii mele.”

<sup>17</sup> R. Defave, *Les promesses unilaterale de vente*, Paris, 1907, p. 53, „oferta neacceptată este un act steril, care nu leagă câtuși de puțin pe autorul ei. Nici măcar nu este nevoie să fie retrasă pentru că încetează a trăi de îndată ce a fost manifestată întocmai ca bobul de grâu de care vorbește Evanghelia, care căzând pe stâncă se usucă neproductiv, din lipsă de a fi găsit un teren convenabil.” Nu putem subscrie la această părere pentru că o manifestare de voință nu poate fi considerată ca născută moartă, fiindcă în acest chip încheierea contractelor ar deveni imposibilă, nicicum să mai vorbim de contracte între absenți. Manifestarea de voință este element viu, care trăiește atâta timp cât nu a fost revocată de către autorul ei printr-o nouă manifestare de voință expresă sau tacită. În tot acest timp, dacă intervine acceptarea celeilalte părți, contractul se formează.

să-și retragă oferta atâta timp cât ea nu a fost acceptată, oferta devine caducă prin moartea sau prin incapacitatea aceluia care a făcut-o, survenite înainte de acceptare.

Rigurozitatea acestui sistem a fost mult atenuată atât de doctrină, cât și de jurisprudență, făcându-se distincție dacă ofertantul a fixat sau nu un termen în care se obligă să mențină oferta.

În perioada interbelică, reglementările Codului civil german par a fi fost opuse doctrinei clasice admisă în țările care își întemeiază dreptul civil pe principiile Codului Napoleon. Din textele Codului civil german, rezulta că solicitantul era obligat să-și mențină oferta timpul prevăzut într-însa sau timpul necesar pentru ca cealaltă parte să poată lua o atitudine față de această ofertă. De asemenea, dacă autorul ofertei murea sau devenea incapabil, ea nu înceta a-și păstra întreaga valoare<sup>18</sup>. Așadar, din modul în care dreptul german a conceput teoria ofertei, interesează următoarele două aspecte: oferta, de îndată ce a ajuns la cunoștința beneficiarului ei, trăiește ca o entitate de sine stătătoare, fără ca pentru aceasta să fie nevoie de intervenția voinței acceptantului; în tot acest timp ea are efectul de a crea în sarcina ofertantului obligația de a o menține până ce beneficiarul se va pronunța sau termenul pentru care a fost făcută va expira. Dacă solicitantul, concomitent cu oferta, fixează destinatarului un termen în care să o poată accepta, în tot acest timp oferta nu poate fi retrasă, iar la sfârșitul acestui termen oferta se consideră de plin drept ca nemaiavând ființă.

Deosebirea dintre dreptul german și cel neolatin a fost una mai mult aparentă, necesitățile vieții practice constrângând la adoptarea aceleiași soluții, anume aceea de a recunoaște din ce în ce mai mult ofertei o valoare juridică de sine stătătoare.

În sistemul român de drept de până la noul Cod civil, pentru ca o ofertă să aibă valoarea era necesar ca ea să îndeplinească anumite condiții<sup>19</sup>: să fie o manifestare de voință reală și conștientă, serioasă și fermă, adică să conțină un angajament juridic neîndoielnic; oferta trebuie să fie neechivocă; oferta trebuie să fie precisă și completă, adică să cuprindă toate elementele necesare pentru încheierea contractului; oferta trebuie să fie materializată într-un act pozitiv<sup>20</sup> din care să rezulte fie expres (scrisoare, telegramă, fax, etc.), fie tacit intenția de a contracta. Când pentru un act legea prevede expres o anumită formă, atunci și oferta trebuie să fie făcută în acea formă. Totodată, oferta trebuie să exprime un consimțământ neviciat și oferta trebuie să ajungă la persoana cu care ofertantul dorește să contracteze.

În ceea ce privește oferta cu termen, termenul de acceptare a ofertei poate fi stabilit de ofertant sau chiar de lege. Codul comercial nu prevedea modul de calcul al termenului stabilit într-o ofertă. Dacă ofertantul prevedea un termen pentru acceptare, însă nu stabilea și modul de calcul, acest termen se calcula în ceea ce privește momentul de la care el începe să curgă în funcție de mijlocul de comunicare; astfel, dacă era

---

<sup>18</sup> Aceste soluții sunt consecințele concepției adoptate de dreptul german cu privire la natura și valoarea ofertei. În dreptul german oferta este considerată ca o declarație unilaterală de voință.

<sup>19</sup> I. Dogaru, L. Săuleanu, *Teoria generală a obligațiilor comerciale*, E.D.P., București, 2006, pp. 104-110.

<sup>20</sup> D.D. Gerota, *Teoria generală a obligațiilor comerciale în raport cu tehnica obligațiilor civile*, Monitorul Oficial și Imprimeria Statului, București, 1932, p. 63.



vorba de scrisoare sau telegramă momentul este cel indicat de data de expediere a poștei, respectiv momentul predării telegramei; dacă se folosea un fax sau telex momentul este cel în care destinatarul primea oferta<sup>21</sup>.

Problema revocării ofertei se pune în cazul contractelor care se încheiau prin corespondență, deoarece în această situație între momentul notificării ofertei și momentul în care acceptarea ajunge la ofertant trece o anumită perioadă de timp. Art. 37 Cod comercial<sup>22</sup> prevedea că până în momentul încheierii contractului, oferta și acceptarea erau revocabile. Din dispozițiile art. 37 Cod comercial rezulta că atât ofertantul, cât și acceptantul, în cazul contractelor sinalagmatice<sup>23</sup>, putea să-și revoce oferta, respectiv acceptarea, până în momentul în care ajungea la cunoștința celeilalte părți, moment ce marca încheierea contractului; soluția era valabilă și în cazul în care una dintre părți s-ar fi obligat să respecte un termen.

Oferta devenea lipsită de efecte de drept la expirarea termenului expres sau tacit pentru care a fost asumată. Totodată, oferta devenea caducă înainte de expirarea termenului de acceptare în cazul în care beneficiarul declară că nu o acceptă sau face o contrapropunere.

În privința condițiilor acceptării ofertei, acestea putea fi sintetizate astfel: să fie îndeplinite condițiile generale de fond privind consimțământul; acceptarea să fie o declarație de voință neîndoielnică, serioasă, adică dată cu intenția de a obliga<sup>24</sup>; să concorde cu oferta, adică să fie pură și simplă.

*Oferta în reglementarea noului Cod civil.* Potrivit art. 1.188 NCC o propunere reprezintă o ofertă de a contracta în cazul în care ea conține suficiente elemente pentru formarea contractului și exprimă intenția ofertantului de a se obliga în cazul acceptării ei de către destinatar. Oferta poate să vină de la persoana care are inițiativa încheierii contractului, care îi determină conținutul sau, după caz, care propune ultimul element esențial al contractului.

Totodată, în privința formei ofertei și a acceptării acestea trebuie emise în forma cerută de lege pentru încheierea valabilă a viitorului contract<sup>25</sup>.

Noul Cod civil, prin art. 1.191, definește oferta irevocabilă. Astfel, oferta este irevocabilă de îndată ce autorul ei se obligă să o mențină un anumit termen. Oferta este, de asemenea, irevocabilă atunci când poate fi considerată astfel în temeiul acordului părților, al practicilor statornicite între acestea, al negocierilor, al conținutului ofertei ori al uzanțelor. În alin. (2) al aceluiași articol se precizează că declarația de revocare a unei oferte irevocabile nu produce niciun efect.

---

<sup>21</sup> I. Dogaru, E. Olteanu, L. Săuleanu, *Bazele dreptului civil. Volumul IV. Contracte speciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 209-240.

<sup>22</sup> Articolul 37 Cod comercial: „până ce contractul nu este perfect, propunerea și acceptarea sunt revocabile. Cu toate acestea, deși revocarea împiedică contractul să devină perfect, dacă ea însăși ajunge la cunoștința celeilalte părți, după ce acesta întreprinsese executarea lui, atunci cel ce revocă contractul răspunde de daune interese”.

<sup>23</sup> În contractele unilaterale oferta e obligatorie îndată ce ajunge la cunoștința părții căreia îi este făcută potrivit art. 38 C. com.

<sup>24</sup> *Animo contrahendi negotii*.

<sup>25</sup> Art. 1.187 NCC.

Termenul de acceptare pentru o ofertă curge din momentul în care oferta ajunge la destinatar.

Noile reglementări civile privesc și alte două situații referitoare la ofertă: oferta fără termen adresată unei persoane absente (art. 1193 NCC) și oferta fără termen adresată unei persoane prezente (art. 1194 NCC). Astfel, oferta fără termen de acceptare, adresată unei persoane care nu este prezentă, trebuie menținută un termen rezonabil, după împrejurări, pentru ca destinatarul să o primească, să o analizeze și să expedieze acceptarea; iar revocarea ofertei nu împiedică încheierea contractului decât dacă ajunge la destinatar înainte ca ofertantul să primească acceptarea sau, după caz, înaintea săvârșirii actului ori faptului care determină încheierea contractului. Totodată, ofertantul răspunde pentru prejudiciul cauzat prin revocarea ofertei înaintea expirării termenului. Pe de altă parte în cazul ofertei fără termen de acceptare, adresată unei persoane prezente ea va rămâne fără efecte dacă nu este acceptată imediat<sup>26</sup>.

Oferta va deveni caducă în situația în care: acceptarea nu a ajuns la ofertant în termenul stabilit sau, în lipsă, în termenul considerat rezonabil pentru ca destinatarul să primească, să analizeze oferta și să expedieze acceptarea sau în cazul în care destinatarul refuză oferta. Totodată, decesul sau incapacitatea ofertantului atrag caducitatea ofertei irevocabile, dar numai în cazul în care natura afacerii sau împrejurările o impun.

În privința acceptării ofertei, dispozițiile noului Cod civil sunt clare: orice act sau fapt al destinatarului constituie acceptare dacă din el rezultă, în mod neîndoielnic, acordul său cu privire la ofertă, așa cum ea a fost formulată, și dacă ajunge în termen la autorul ofertei, iar tăcerea sau inacțiunea destinatarului nu valorează acceptare decât atunci când aceasta rezultă din lege, din acordul părților, din practicile statornicite între acestea, din uzanțe sau din alte împrejurări.

Potrivit art. 1.197 NCC, răspunsul destinatarului nu constituie acceptare în următoarele cazuri: când acesta cuprinde modificări sau completări care nu corespund ofertei primite, când nu respectă forma cerută anume de ofertant și când ajunge la ofertant după ce oferta a devenit caducă. Răspunsul destinatarului care cuprinde diverse modificări poate fi considerat eventual o contraofertă. Noile reglementări abordează și cazul acceptării tardive, considerată ca producând efecte numai dacă autorul ofertei îl înștiințează imediat pe acceptant despre încheierea contractului, iar acceptarea făcută în termen, dar ajunsă la ofertant după expirarea termenului, din motive neimputabile acceptantului, va produce efecte numai dacă ofertantul nu îl înștiințează imediat despre această situație pe acceptant.

Oferta sau acceptarea pot fi retrase dacă retragerea ajunge la destinatar anterior ori simultan cu oferta. Oferta, acceptarea, precum și revocarea acestora vor produce efecte numai din momentul în care ajung la destinatar, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ele din motive care nu îi sunt imputabile, iar comunicarea acceptării trebuie făcută prin mijloace cel puțin la fel de rapide ca cele folosite de ofertant, dacă din lege, din

---

<sup>26</sup> Aceste dispoziții legale sunt valabile și pentru oferta transmisă prin telefon sau prin alte mijloace de comunicare la distanță.

acordul părților, din practicile statornicite între acestea sau din alte asemenea împrejurări nu rezultă contrariul.

**Promisiunea de contract și pactul de opțiune – efecte ale formării progresive de consimțământ.** Noul Cod civil răspunde unor necesități practice și în Cartea a V-a, Titlul II – Izvoarele obligațiilor, în Capitolul I, referitoare la contract, reglementează pactul de opțiune (art. 1.278 NCC)<sup>27</sup> și promisiunea de a contracta (art. 1.279). De asemenea, în Titlul IX – Diferite contracte speciale, în Capitolul I - Contractul de vânzare, reglementează pactul de opțiune privind contractul de vânzare (art. 1668 NCC) și promisiunea de vânzare și promisiunea de cumpărare (art. 1669 NCC).

Art. 1.278 NCC definește pactul de opțiune ca fiind situația „când părțile convin ca una dintre ele să rămână legată de propria declarație de voință, iar cealaltă să o poată accepta sau refuza”, declarația fiind considerată o ofertă irevocabilă, așa cum este ea definită și prevăzută de noul Cod civil<sup>28</sup>.

Așadar, pactul de opțiune este definit de noul Cod civil care precizează că acesta trebuie să conțină toate elementele contractului pe care părțile doresc să-l încheie în viitor. Pactul de opțiune și declarația de acceptare se vor încheia, potrivit noilor reglementări, în forma cerută de lege pentru contractul pe care părțile doresc să-l încheie. Totodată, în cazul în care părțile nu au stabilit un anumit termen pentru acceptare, el poate fi stabilit de instanță prin ordonanță președințială, cu citarea părților.

Art. 1.279 NCC nu dă o definiție legală promisiunii de a contracta, ci mai degrabă precizează ce nu constituie promisiune de a contracta și anume: „convenția prin care părțile se obligă să negocieze în vederea încheierii sau modificării unui contract nu constituie promisiune de a contracta”. Totodată, reglementările noului Cod civil stabilesc faptul că, în cazul în care promitentul refuză să încheie contractul promis, partea care și-a îndeplinit obligațiile poate solicita instanței să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, dacă natura contractului permite acest lucru și dacă cerințele legii pentru valabilitatea acestuia sunt îndeplinite. Promisiunea de a contracta trebuie să conțină, potrivit reglementărilor civile, toate clauzele contractului viitor promis, pentru ca părțile să poată executa promisiunea și neexecutarea promisiunii va da dreptul beneficiarului promisiunii la daune-interese.

La o primă analiză a noilor reglementări observăm o delimitare clară a celor două noțiuni, delimitare care înlătură orice interpretare care ar conduce la ideea că sunt operațiuni juridice similare, ținând cont de faptul că în doctrină<sup>29</sup> au existat opinii că promisiunea unilaterală de a contracta și pactul de opțiune sunt operațiuni

---

<sup>27</sup> Noul Cod civil.

<sup>28</sup> Art. 1.191 NCC: (1) Oferta este irevocabilă de îndată ce autorul ei se obligă să o mențină un anumit termen. Oferta este, de asemenea, irevocabilă atunci când poate fi considerată astfel în temeiul acordului părților, al practicilor statornicite între acestea, al negocierilor, al conținutului ofertei ori al uzanțelor. (2) Declarația de revocare a unei oferte irevocabile nu produce niciun efect.

<sup>29</sup> [www.srdo.ro/pactul-de-optiune-si-promisiunea-de-a-contracta-in-noul-cod-civil](http://www.srdo.ro/pactul-de-optiune-si-promisiunea-de-a-contracta-in-noul-cod-civil), F. Ciutacu, A. Sarchizian, Pactul de opțiune și promisiunea de a contracta în noul Cod civil.

juridice identice<sup>30</sup>. Deosebirile sunt evidente, iar elementele ce le particularizează vizează natura juridică a fiecăreia, cât și mecanismul prin care, în caz de opțiune pozitivă, se va încheia contractul final.

Promisiunea unilaterală de a contracta creează în sarcina promitentului obligația de a încheia în viitor contractul, iar în cazul în care beneficiarul promisiunii se va hotărî a încheia contractul, promitentul va fi ținut să-și manifeste consimțământul la încheierea contractului viitor. În caz de refuz, obligația acestuia este susceptibilă de executare silită, instanța putând suplini consimțământul prin pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract. În această situație, obligația ce revine în sarcina promitentului în cazul încheierii unui astfel de contract este cea de *a face*, corelativă dreptului de creanță al beneficiarului, de opțiune, în sensul de a decide și pretinde încheierea contractului.

În cazul pactului de opțiune, promitentul nu se mai angajează a încheia în viitor contractul (adică, *a face*) ci, deja, în mod anticipat, își manifestă consimțământul la încheierea contractului final, astfel încât, la data la care și beneficiarul va opta pentru încheierea acestuia, o dată cu manifestarea propriei voințe se realizează acordul de voință și contractul va fi considerat încheiat. Din punct de vedere al naturii juridice, declarația de voință a părții care se obligă reprezintă o ofertă irevocabilă ce produce efectele prevăzute de art. 1.191 NCC.

O altă deosebire stabilită de legiuitor în privința celor două contracte vizează forma pe care trebuie să o îmbrace aceste operațiuni juridice: în cazul pactului de preferință, legiuitorul a reglementat faptul că el trebuie încheiat în forma actului pe care legea o solicită pentru contractul pe care părțile urmăresc să îl încheie<sup>31</sup>, iar în cazul promisiunii de a contracta o astfel de reglementare lipsește, ceea ce înseamnă că actul este supus regulii generale, cea a consensualismului<sup>32</sup>, indiferent dacă contractul ce se urmărește a se încheia este unul pentru care legea cere încheierea în forma solemnă<sup>33</sup>. Se cere, totuși, ca promisiunea să conțină toate clauzele contractului viitor promis, pentru ca părțile să o poată executa.

Reglementările pe care le-am analizat pot fi considerate norma generală în materie de promisiune de contractat și pact de opțiune pentru că legiuitorul reglementează și cazul particular – norma specială - pactul de opțiune privind contractul de vânzare și promisiunea de vânzare și promisiunea de cumpărare. Astfel, art. 1668 NCC prevede

---

<sup>30</sup> D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Volumul I. Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 159: „Originalitatea și, totodată, specificul promisiunii unilaterale constă, așadar, tocmai în faptul că, în principiu, pentru a se forma vânzarea, este suficientă doar manifestarea de voință a beneficiarului în sensul ridicării opțiunii, vointa promitentului de a vinde fiind deja exprimată și pusă la dispoziția celui dintâi. De aceea, promisiunea unilaterală de a vinde mai este cunoscută și sub denumirea de pact de opțiune.”

<sup>31</sup> Art. 1.278 alin. (5) NCC: “Atât pactul de opțiune, cât și declarația de acceptare trebuie încheiate în forma prevăzută de lege pentru contractul pe care părțile urmăresc să îl încheie.”

<sup>32</sup> Art. 1.178 NCC, despre libertatea formei: “contractul se încheie prin simplul acord de voințe al părților dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă.”

<sup>33</sup> [www.srdo.ro/pactul-de-opțiune-si-promisiunea-de-a-contracta-in-noul-cod-civil](http://www.srdo.ro/pactul-de-opțiune-si-promisiunea-de-a-contracta-in-noul-cod-civil), F. Ciutacu, A. Sarchizian, *Pactul de opțiune și promisiunea de a contracta în noul Cod civil*.

că, în cazul pactului de opțiune referitor la un contract de vânzare asupra unui bun individual determinat, între data încheierii pactului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune nu se poate dispune de bunul care constituie obiectul pactului. Totodată alin. (2) și (3) precizează că atunci când pactul are ca obiect drepturi tabulare, dreptul de opțiune se notează în cartea funciară și faptul că dreptul de opțiune se radiază din oficiu dacă până la expirarea termenului de opțiune nu s-a înscris o declarație de exercitare a opțiunii, însoțită de dovada comunicării sale către partea cealaltă.

Art. 1669 NCC, ce vizează promisiunea de vânzare și promisiunea de cumpărare, precizează că atunci când una dintre părțile care au încheiate promisiune bilaterală de vânzare refuză, nejustificat, să încheie contractul promis, cealaltă parte poate solicita pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite. De asemenea, precizează faptul că, în cazul promisiunii unilaterale de cumpărare a unui bun individual determinat, dacă, înainte ca promisiunea să fi fost executată, creditorul său înstrăinează bunul ori constituie un drept real asupra acestuia, obligația promitentului se consideră stinsă<sup>34</sup>.

**Reglementările juridice ale noului Cod civil în privința celorlalte condiții de valabilitate necesare formării contractului.** Noul Cod civil definește contractul prin art. 1.166 ca fiind acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic. Deosebirea față de noțiunea de contract reglementată în art. 942 C din vechiul Cod civil vizează două aspecte: pe de o parte, faptul că este introdusă între efectele contractului modificarea unui raport juridic, pe lângă constituirea și stingerea unui raport așa cum era prevăzut în vechea reglementare și, pe de altă parte, diferența vizează insistarea pe formula „acord de voințe” spre deosebire de „acord” sau „acord de voință” cum era în vechile prevederi legale, cu scopul de a evidenția faptul că un contract înglobează cel puțin două voințe<sup>35</sup>.

Totodată, noul Cod civil consacră principiul libertății de a contracta prin art. 1.169 reglementând faptul că părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri; iar prin art. 1.178 consacră principiul libertății formei: un contract se încheie prin simplul acord de voințe al părților, dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă.

În privința condițiilor esențiale pentru validitatea unui contract, noile reglementări reiau aproape în întregime prevederile art. 948 din Codul civil de la 1864. Astfel, potrivit art. 1.179 NCC, condițiile esențiale pentru validitatea unui contract sunt: capacitatea de a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit și o cauză licită și morală. În măsura în care legea prevede o anumită formă a contractului, aceasta trebuie respectată.

---

<sup>34</sup> C. Stanciu, *Evoluția reglementărilor juridice privind promisiunile de contract în cadrul sistemului român de drept*, International Journal of Arts and Sciences, Rome conference, octombrie, 2011.

<sup>35</sup> A.G. Atanasiu, A.P. Dimitriu, A.F. Dobre etc., *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 450-471.

În privința capacității, dacă în Codul civil de la 1864 capacitatea părților era reglementată în art. 949, noul Cod civil prin art. 1180 prevede că poate contracta orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege și nici oprită să încheie anumite contracte. Capacitatea persoanei fizice, în noile reglementări, este prevăzută de art. 34-48 NCC, iar capacitatea persoanei juridice în art. 209.

Referitor la obiectul contractului, noul Cod civil prin art. 1.225 și art. 1.226 prevede faptul că obiect al contractului îl reprezintă operațiunea juridică, precum vânzarea, locațiunea, împrumutul și altele asemenea, convenită de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale. Totodată, potrivit noilor reglementări legale, obiectul contractului trebuie să fie determinat și licit, sub sancțiunea nulității absolute și obiectul este ilicit atunci când este prohibit de lege sau contravine ordinii publice ori bunelor moravuri.

Obiectul obligației este prestația la care se angajează debitorul. Sub sancțiunea nulității absolute, el trebuie să fie determinat sau cel puțin determinabil și licit.

Mai mult decât atât, contractul este valabil chiar dacă, la momentul încheierii sale, una dintre părți se află în imposibilitate de a-și executa obligația, cu excepția cazului în care prin lege se prevede altfel.

În situația în care obiectul prestației este un bun, acesta poate fi și un bun viitor. Numai bunurile care sunt în circuitul civil pot face obiectul unei prestații contractuale. Dacă prin lege nu se prevede altfel, bunurile unui terț pot face obiectul unei prestații, debitorul fiind obligat să le procure și să le transmită creditorului sau, după caz, să obțină acordul tertului. În cazul neexecutării obligației, debitorul va răspunde pentru prejudiciile cauzate.

Prin art. 1.235 NCC este definită cauza ca fiind motivul care determină fiecare parte să încheie contractul. Potrivit art. 1.236 condițiile pentru valabilitatea cauzei sunt: (1) cauza trebuie să existe, să fie licită și morală; (2) cauza este ilicită când este contrară legii și ordinii publice și (3) cauza este imorală când este contrară bunelor moravuri. Se observă că nu se mai regăsește una dintre condițiile pentru valabilitatea cauzei enumerate de art. 966 vechiul Cod civil și anume cea referitoare la cerința cauzei de a fi reală.

Noua reglementare privește și fraudă la lege. Astfel, cauza este ilicită și atunci când contractul este doar mijlocul pentru a eluda aplicarea unei norme legale imperative.

În privința sancțiunilor, art. 1.238 NCC, prevede că lipsa cauzei atrage anulabilitatea contractului, cu excepția cazului în care contractul a fost greșit calificat și poate produce alte efecte juridice; iar cauza ilicită sau imorală atrage nulitatea absolută a contractului dacă este comună ori, în caz contrar, dacă cealaltă parte a cunoscut-o sau, după împrejurări, trebuia s-o cunoască.

**În loc de concluzii.** Noutatea noilor reglementări civile nu vizează exclusiv domeniul formării consimțământului, ci și alte aspecte ce privesc *lato sensu* această noțiune. Astfel, referitor la condițiile de valabilitate ale consimțământului remarcăm faptul că în noile reglementări, pe lângă cerința legată de faptul că un consimțământ pentru a fi valabil trebuie să nu fie afectat de vicii, cerință pe care o regăseam și în vechiul Cod

civil în art. 953<sup>36</sup>, consimțământul trebuie să fie serios, liber și exprimat în cunoștință de cauză<sup>37</sup>. Discernământul este o condiție de valabilitate a consimțământului și lipsa acestuia atrage nulitatea relativă a contractului.

Elemente de noutate în noile reglementări găsim și atunci când ne referim la tratarea viciilor de consimțământ: viciilor de consimțământ, eroarea, dolul și violență din reglementarea vechiului Cod civil (art. 953) li se alătură leziunea la capitolul rezervat consimțământului și nu la cel privitor la capacitate, cum era tratată în vechiul Cod civil. Mai mult, eroarea, ca viciu de consimțământ, cunoștea, potrivit vechii reglementări, două modalități care conduceau la desființarea contractului: eroarea obstacol și eroarea gravă. Actualmente, eroarea obstacol și eroarea gravă sunt cuprinse în noțiunea de eroare esențială<sup>38</sup>. Totodată, noutatea rezidă și abordarea mai detaliată, mai aproape de „particular”, de împrejurare a reglementărilor referitoare la viciile de consimțământ.

Dacă analizăm reglementările referitoare la consimțământ în ansamblul lor, remarcăm și alte aspecte care nu beneficiau de tratare în vechile reglementări, cum sunt aspectele referitoare la: clauzele externe și clauzele standard ale unei convenții, precum și problema clauzelor neuzuale. Toate acestea sunt legate de ideea de formare de consimțământ la încheierea unui contract și răspund unor cerințe practice, concrete.

Practica va fi cea care va „verifica” utilitatea acestor reglementări și schimbări, care sunt generate tocmai de nevoile ei și tot ea va fi cea care va „sesiza” eventualele neconcordanțe sau necesitatea unor altor reglementări pentru aspecte juridice posibil neacoperitoare de actualele reglementări.

**Acknowledgement:** „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013.”

---

<sup>36</sup> „Consimțământul nu este valabil, când este dat prin eroare, smuls prin violență, sau surprins prin dol”.

<sup>37</sup> Art. 1.204 NCC.

<sup>38</sup> A.G. Atanasiu, A.P. Dimitriu, A.F. Dobre etc., *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 458-461.

# Publicitatea ședinței de judecată și citarea părților în Noul Cod de procedură penală în raport cu normele procedurale în vigoare

*Lect. univ. dr. Gabriel TĂNĂSESCU*



## Hearing publicity and summoning parties in the New Code of criminal procedure in relation to the current procedural rules

**Abstract:** Criminal proceedings, as legal action imposing sanctions or exonerating the innocent of breaking the law from criminal liability, takes place in the hearing that is **discussing** the case before the court.

Hearing is usually public in the sense that the discussion consisting of producing evidence, presentations of the prosecution or defense parties involved in the trial, takes place in front of people who are in the courtroom. Presence of others next to the parties to the trial while the discussion of the case takes place indicates and ensures the fair and impartial nature of work performed by the court at this stage of the proceedings.

To ensure participation in the trial the court, through an official document (**summons**), shall invite the persons involved in the criminal case, with various capacities to pursue the proceedings, to appear at the headquarters of the court legally vested or at another specifically indicated place on the date and time set, to be informed of their procedural rights and obligations, to support their interests, as provided by law.

**Keywords:** The new Code of Criminal Procedure, summons, right to be informed, publicity of the hearing, evidence.

**Art. 351. Publicitatea ședinței de judecată.** (1) Ședința de judecată este publică, cu excepția cazurilor prevăzute de lege. Ședința desfășurată în Camera de consiliu nu este publică. (2) Nu pot asista la ședința de judecată minorii sub 18 ani, cu excepția situației în care aceștia au calitatea de părți sau martori, precum și persoanele înarmate, cu excepția personalului care asigură paza și ordinea. (3) Dacă judecarea în ședință publică ar putea aduce atingere unor interese de stat, moralei, demnității sau vieții intime a unei persoane, intereselor minorilor sau ale justiției, instanța, la cererea procurorului, a părților ori din oficiu, poate declara ședință nepublică pentru tot



cursul sau pentru o anumită parte a judecării cauzei. (4) Instanța poate, de asemenea, să declare ședința nepublică la cererea unui martor, dacă prin ascultarea sa în ședință publică s-ar aduce atingere siguranței sau vieții intime a acestuia sau a membrilor familiei sale ori la cererea procurorului, a persoanei vătămate sau a părților, în cazul în care o audiere în public ar pune în pericol confidențialitatea unor informații. (5) Declararea ședinței nepublice se face în ședință publică, după ascultarea părților prezente, a persoanei vătămate și a procurorului. Dispoziția instanței este executorie. (6) În timpul cât ședința este nepublică, nu sunt admiși în sala de ședință decât părțile, persoana vătămată, reprezentanții acestora, avocații și celelalte persoane a căror prezență este autorizată de instanță. (7) În tot timpul cât judecata se desfășoară în ședință reprezentanții acestora, avocații și experții desemnați în cauză au dreptul de a lua cunoștință de actele dosarului. (8) Președintele completului are îndatorirea de a aduce la cunoștință persoanelor ce participă la judecata desfășurată în ședința nepublică obligația de a păstra confidențialitatea informațiilor obținute pe parcursul procesului. (9) Pe durata judecării, instanța poate interzice publicarea și difuzarea, prin mijloace scrise sau audio-vizuale, de texte, desene, fotografii sau imagini de natură a dezvălui identitatea persoanei vătămate, a părții civile, a părții responsabile civilmente sau a martorilor, în condițiile prevăzute în alin. (3) sau în alin. (4). (10) Toate actele dosarului sunt publice.

## Comentariu

**(1)** Ședința de judecată este publică.

**(2)** Procesul penal, ca acțiune în justiție prin care se sancționează sau se exonerează de răspundere penală, persoana nevinovată de încălcarea legii, se desfășoară în ședință de judecată, reprezentată de dezbaterea cauzei în fața instanței de judecată.

Ședința de judecată este publică, în sensul că, dezbaterea, constând în administrarea probelor, în prezentarea acuzării sau a apărării părților, implicate în proces, se realizează în fața persoanelor care se află în sala de judecată. Prezența și a altor persoane, lângă părțile din proces, în timp ce are loc dezbaterea cauzei, indică și asigură caracterul nepărtinitor, imparțial al activității prestate de instanță, în această fază procesuală. Deși, prin lege, publicului asistent nu i se conferă drepturi speciale, dimpotrivă, în sarcina persoanelor care asistă la proces există obligația de a păstra ordinea, solemnitatea și disciplina ședinței. Ședințele de judecată nepublice se desfășoară numai în cazurile și în condițiile prevăzute de lege.

**(1)** Excepțiile în care ședința de judecată este nepublică.

Excepțiile în care ședința de judecată nu este publică sunt limitativ prevăzute de lege:

1. Ședința de judecată este nepublică dacă judecarea cauzei în ședință publică ar aduce atingere unor interese de stat, moralei, demnității sau vieții intime a unei persoane, intereselor minorilor sau ale justiției.

Aprecierea privind necesitatea judecării unei cauze în ședință nepublică se face de către completul de judecată, din oficiu, la cererea procurorului, sau a părților din proces.

Instanța de judecată, după verificarea temeiniciei motivelor invocate, va hotărî și dacă ședința va fi nepublică pentru tot cursul sau pentru o anumită parte a judecării cauzei.

2. Instanța de judecată poate declara ședința nepublică, dacă, prin desfășurarea judecării în ședință publică, s-ar aduce atingere siguranței sau vieții intime a unui martor sau a membrilor familiei acestuia, cererea urmând să fie făcută de procuror, de părți ori din oficiu.

3. Instanța de judecată poate declara ședința nepublică dacă prin audierea unui martor în public, s-ar pune în pericol confidențialitatea unor informații, cererea urmând să fie făcută de procuror, de persoana vătămată sau de părți.

Pentru declararea ședinței nepublice, instanța de judecată, în ședință publică, va proceda la ascultarea părților prezente, în ședință publică, a persoanei vătămate și a procurorului, dispoziția instanței fiind executorie și irevocabilă.

În cazul ședinței nepublice, în sala de ședință participă doar părțile, persoana vătămată, reprezentanții acestora (persoanele mandatate prin procură judiciară, avocații, experții și persoanele autorizate de instanță, care, în tot timpul ședinței au dreptul de a lua cunoștință de actele dosarului.

4. Ședința nepublică, fiind motivată de interese importante, își atinge scopul numai în măsura în care informațiile, știrile, elementele noi apărute în cadrul discuțiilor realizate și a informațiilor dobândite pe parcursul procesului, nu vor fi comunicate, de către persoanele care participă la judecată, altor persoane. Pentru realizarea acestui obiectiv, președintele completului are îndatorirea să aducă la cunoștința persoanelor care participă la judecată această obligație.

5. Deși toate actele dosarului sunt publice, totuși, la cererea motivată a părților interesate și în condițiile prevăzute în art. 77<sup>1</sup> alin. (3) C. pr. pen., sau în alin. (4) instanța de judecată, pe durata desfășurării procesului, poate interzice publicarea și difuzarea prin mijloace scrise sau audio-vizuale, de texte, desene, fotografii sau imagini. Această interdicție vizează păstrarea datelor și informațiilor despre identitatea persoanei vătămate, a părții civile, a părții responsabile civilmente sau a martorilor.

## **(2). Ședința desfășurată în camera de consiliu nu este publică**

Camera de consiliu, ca încăpere cu destinație specială este folosită pentru desfășurarea unor ședințe de judecată la care publicul nu are acces.

În baza dispozițiilor procedurale, completul de judecată își desfășoară activitatea de judecată în camera de consiliu, interzicându-se prezența publicului asistent sau a altor persoane, în afara celor implicate în rezolvarea unor chestiuni procedurale, autorizate de instanță. Ședințele din Camera de consiliu, au caracter de urgență și se desfășoară potrivit procedurii de judecată obișnuite, care este simplificată, sub aspectul administrării probatoriilor. Judecata în camera de consiliu, deși respectă principiile și regulile de bază ale procesului penal se diferențiază de ședința publică, desfășurată în sala de judecată, prin caracterul de urgență, în adoptarea unor măsuri, prin limitarea administrării probelor și absența publicului. Urgența judecării este reprezentată de necesitatea adoptării unor măsuri pentru conservarea indiciilor sau probelor, din care rezultă pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni, dintre cele prevăzute limitativ de

lege, pentru stabilirea situației de fapt sau pentru identificarea sau localizarea participanților.

**(3) Minorii nu pot asista la ședința de judecată**

1. Prezența minorilor în sala de judecată este interzisă de lege. Ansamblul de măsuri, dispoziții și reglementări pe care le analizează sau adoptă completul de judecată au rolul de a ordona activitatea de judecată, într-un mod specific, care permite și se asigură înțelegerea și respectarea legii. Întrucât minorul nu are capacitatea psihofizică pe deplin formată și nu-și poate exercita toate drepturile, legea interzice prezența acestuia în sala de judecată, pentru a nu fi influențat în mod negativ și pentru a se evita tulburările comportamentale.

2. Prezența minorilor în sala de judecată este permisă doar în cazurile în care aceștia au calitatea de părți sau martori

Calitatea de martor, după împlinirea vârstei de 14 ani sau parte într-un proces, oferă posibilitatea pentru minori de a rămâne în sala de judecată și a participa la proces numai pe durata soluționării cauzei în care minorul are aceste calități.

Până la împlinirea vârstei de 14 ani, deoarece minorul nu are calitatea de martor, ci de informator, ascultarea se face doar în prezența unuia dintre părinți, a tutorelui sau a persoanei căreia minorul îi este încredințat spre creștere și educare, pentru a se asigura și garanta că minorul va declara tot ce știe cu privire la faptele și împrejurările care formează obiectul judecării.

Persoana vătămată, chiar dacă nu s-a constituit parte civilă, poate să fie prezentă în sala de judecată, doar pe durata judecării propriei cauze, iar în situația în care nu a îndeplinit vârsta de 14 ani, va trebui să fie însoțită, de unul dintre părinți, de tutore sau de persoana căreia îi este încredințată pentru creștere și educare.

**3. Prezența persoanelor înarmate în sala de judecată este interzisă.**

Ordinea, solemnitatea și disciplina ședinței de judecată este asigurată de președintele completului de judecată, care adoptă măsurile corespunzătoare. Legea interzice ca părțile sau persoanele care asistă la judecată să poarte asupra lor arme, reprezentate de instrumente, piese, dispozitive sau obiecte asimilate acestora, care prin natura lor prezintă pericol, fiind apte utilizării pentru atac.

4. În sala de judecată este permisă prezența personalului înarmat care asigură paza și ordinea.

Paza și ordinea privind persoanele arestate preventiv, a condamnaților care solicită rezolvarea unor acțiuni penale a martorilor sau altor persoane pentru care s-au emis mandate de aducere, se realizează de personalul înarmat din cadrul Direcției penitenciarelor, unităților de jandarmi și polițiștilor, care au obligația de a identifica, la cererea instanței, martorii sau alte persoane și de a le însoți la sediul instanței de judecată.

**Art. 352. Citarea părților la judecată** (1) Judecata poate avea loc numai dacă părțile sunt legal citate și procedura este îndeplinită. Inculpatul, partea civilă, partea responsabilă civilmente, avocații și, după caz, reprezentanții legali ai acestora, precum și interpreții se citează din oficiu, de către instanță. (2) Pentru primul termen de

judecată, persoana vătămată se citează cu mențiunea că se poate constitui parte civilă până la începerea cercetării judecătorești. (3) Neprezentarea părților citate nu împiedică judecarea cauzei. Când instanța consideră că este necesară prezența uneia dintre părțile lipsă, poate lua măsuri pentru prezentarea acesteia, amânând în acest scop judecata. (4) Partea prezentă la un termen nu mai este citată pentru termenele ulterioare, chiar dacă ar lipsi la vreunul dintre aceste termene. Militarii și deținuții sunt citați din oficiu la fiecare termen. (5) Pe tot parcursul judecării, părțile pot solicita, oral sau în scris, ca judecata să se desfășoare în lipsă, în acest caz, nemaifiind citate pentru termenele următoare. (6) Martorii și experții se citează de instanța de judecată, potrivit dispozițiilor legale. (7) Când judecata se amână, părțile și celelalte persoane care participă la proces iau la cunoștință noul termen de judecată. Părțile care au solicitat ca judecata să se desfășoare în lipsă, precum și părțile care au primit personal citația și au lipsit de la judecată în mod nejustificat nu se mai citează pentru termenele următoare. (8) La cererea persoanelor care iau termenul în cunoștință, instanța le înmânează citații, spre a le servi drept justificare la locul de muncă, în vederea prezentării la noul termen.

### Sumar

**(1)** 1. Judecata are loc numai dacă părțile sunt legal citate și procedura este îndeplinită.

2. Instanța citează din oficiu pe inculpat, partea civilă, partea responsabilă civilmente, avocații, reprezentanții legali și interpreții.

**(2)** Persoana vătămată se citează, pentru primul termen de judecată cu mențiunea că se poate constitui parte civilă până la începerea cercetării judecătorești.

**(3)** 1. Neprezentarea părților citate nu împiedică judecarea cauzei.

2. Instanța poate lua măsuri pentru prezentarea uneia dintre părțile lipsă, dacă apreciază că este necesar, amânând în acest scop judecata.

**(4)** 1. Partea prezentă la un termen nu mai este citată pentru termenele ulterioare, chiar dacă ar lipsi la vreunul dintre aceste termene.

2. Militarii și deținuții sunt citați din oficiu la fiecare termen.

**(5)** 1. Părțile nu mai sunt citate, dacă solicită oral sau în scris, ca judecata să se desfășoare în lipsă.

2. Dacă părțile au solicitat ca judecata să se desfășoare în lipsă, acestea nu vor mai fi citate pentru termenele următoare.

**(6)** Martorii și experții se citează de instanța de judecată, potrivit dispozițiilor legale.

**(7)** 1. Părțile și celelalte persoane care participă la proces iau la cunoștință noul termen, când judecata se amână.

2. Părțile care au solicitat ca judecata să se desfășoare în lipsă și au lipsit de la judecată în mod nejustificat, nu se mai citează pentru termenele următoare.

3. Părțile care au primit personal citația și au lipsit de la judecată în mod nejustificat nu se mai citează pentru termenele următoare.

(8) La cererea persoanelor care iau termenul în cunoștință, instanța le înmânează citații, spre a le servi drept justificare la locul de muncă, în vederea prezentării la noul termen.

## **Comentarii**

(1) Judecata are loc numai dacă părțile sunt legal citate și procedura este legal îndeplinită cu părțile citate

1. Judecata are loc numai dacă părțile sunt legal citate, în sensul că, pentru garantarea participării la judecată, instanța are obligația să invite, printr-un document oficial (citație) persoanele implicate în cauza penală, având diferite calități procesuale, să se înfățișeze la sediul instanței investite în mod legal sau la un alt loc, indicat în mod concret, la data și orele stabilite, pentru a i se aduce la cunoștință drepturile și obligațiile procesuale, pentru a-și susține interesele, în condițiile prevăzute de dispozițiile legale.

Citația, ca act oficial cuprinde două părți, dintre care, prima parte cuprinde două părți, dintre care, parte rubricile care trebuie completate de agentul procedural (poștaşul sau reprezentantul autorității eminente), de persoana citată sau reprezentantul acesteia, după completare, urmând să fie returnată autorității eminente, ca dovadă a îndeplinirii procedurii, iar partea a doua se lasă persoanei citate, ca dovadă a înștiințării acesteia.

În situația în care nu există dovada citării uneia dintre părțile cauzei penale, judecata va fi amânată, pentru îndeplinirea procedurii legale de citare, cu partea lipsă.

2. Judecata are loc numai dacă procedura de citare este legal îndeplinită cu părțile citate, în sensul că, deși părțile sunt înștiințate este posibil ca, din diferite cauze, citația să nu ajungă la adresa corectă a părții citate sau rubricile procesului verbal de înmânare a dovezii de citare să conțină omisiuni sau să fie completate, în mod necorespunzător, astfel că partea nu este considerată că are termenul în cunoștință<sup>1</sup>.

În situația în care procedura de citare, cu una dintre părțile cauzei penale nu este legal îndeplinită, pentru termenul de judecată fixat, judecata va fi amânată, pentru îndeplinirea procedurii legale de citare, cu partea lipsă.

**(2) Persoana vătămată se citează, pentru primul termen de judecată cu mențiunea că se poate constitui parte civilă până la începerea cercetării judecătorești**

Persoana vătămată, a cărei sănătate, integritate corporală, demnitate sau avere a suferit prejudicii sau daune este obligată ca până la începerea cercetării judecătorești să se constituie parte civilă, în sensul de a indica felul despăgubirilor solicitate, limitele acestora și probele pe care înțelege să le folosească în apărarea intereselor sale.

Omisiunea sau refuzul constituirii ca parte civilă până la începerea cercetării judecătorești atrage decăderea din dreptul de a mai pretinde daune sau despăgubiri

---

<sup>1</sup> În situația în care o parte a fost prezentă la unul dintre termene, iar ulterior se internează în spital și nu este reprezentată de avocat, înseamnă că procedura de citare nu este legal îndeplinită.

civile de la persoana vinovată și de la persoana responsabilă civilmente, fiind exclusă posibilitatea solicitării eventualelor drepturi prin folosirea acțiunii civile.

După constituirea ca parte civilă și judecarea cauzei penale, partea civilă își păstrează dreptul și are posibilitatea ca, prin acțiune civilă (care nu se timbrează deoarece derivă dintr-un fapt penal, să solicite obligarea persoanei vinovate și a părții responsabile civilmente, la achitarea tuturor pretențiilor și despăgubirilor care derivă din fapta penală păgubitoare).

**(3) 1.** Neprezentarea părților citate nu împiedică judecarea cauzei

2. Instanța, poate lua măsuri pentru prezentarea uneia dintre părțile lipsă, dacă apreciază că este necesar, amânând în acest scop judecata

1) Citarea părților asigură și garantează dreptul la apărarea intereselor acestora. Lipsa părților legal citate nu împiedică judecarea cauzei, deoarece se prezumă că instanța de judecată va administra probele în conformitate cu dispozițiile procedurale și va pronunța o hotărâre bazată pe conținutul concludent și util al acestor probe, precum și pe indiciile temeinice și presupunerea rezonabilă că o persoană a săvârșit sau nu, anumite fapte.

Părțile care nu s-au prezentat la proces, deși au fost legal citate, au posibilitatea să formuleze căile de atac, în termenul legal, împotriva hotărârilor care nu au respectat dispozițiile legale.

2) Instanța are posibilitatea legală să amâne cauza, dacă una dintre părți nu se prezintă la judecată fiind necesară audierea acesteia pentru lămurirea unor împrejurări, stări, situații, precum și pentru stabilirea raporturilor juridice dintre participanții la proces.

**(4) 1.** Partea prezentă la un termen nu mai este citată pentru termenele ulterioare, chiar dacă ar lipsi la vreunul dintre aceste termene

Partea prezentă la un termen de judecată va lua termenul de judecată în cunoștință și are obligația să înștiințeze instanța despre orice incidente apărute, până la termenul ulterior, astfel că, neprezentarea la vreunul dintre termenele ulterioare nu necesită citarea acesteia, judecata urmând să se desfășoare și în lipsa acesteia, în condițiile legii.

2. Militarii și deținuții sunt citați din oficiu la fiecare termen

De la regula potrivit căreia, partea prezentă la un termen de judecată nu mai este citată pentru termenele ulterioare, fac excepție militarii și deținuții, care nu dispun, după propria lor voință de modul în care își organizează timpul, fiind obligați să respecte anumite reguli, astfel că, pentru a se asigura înștiințarea acestora despre termenele de judecată, sunt citați, din oficiu la fiecare termen.

**(5) 1.** Părțile pot solicita, pe tot parcursul judecății, oral sau în scris, ca judecata să se desfășoare în lipsă

Alături de posibilitatea necitării părții care a fost prezentă la un termen, există și posibilitatea legală ca părțile să nu mai fie citate, dacă au solicitat oral, în fața instanței sau în scris, ca judecata să se desfășoare în lipsa acestora.

Dacă părțile nu se prezintă la judecată, iar instanța nu a luat măsuri pentru prezentarea uneia dintre părțile lipsă, inculpatul, partea vătămată, partea civilă au

posibilitatea să introducă, căile de atac, în termenul legal, dacă interesele legitime ale acestora au fost vătămate prin măsurile sau soluția instanței.

2. Dacă părțile au solicitat ca judecata să se desfășoare în lipsă, acestea nu vor mai fi citate pentru termenele următoare.

Părțile nemulțumite de soluțiile instanței au dreptul să introducă, în termenul legal, căile de atac corespunzătoare și să pretindă înlăturarea efectelor prin care li s-au încălcat drepturile legale, în situația în care nu s-a mai prezentat la judecată.

**(6)** Martorii și experții se citează de instanța de judecată, potrivit dispozițiilor legale

Martorii și experții, neavând calitatea de părți în proces, ci de persoane care au cunoștință despre fapte sau împrejurări de natură să servească la aflarea adevărului și au competența să lămurească aceste fapte sau împrejurări, sunt citați, de instanță, potrivit dispozițiilor legale, pentru a participa la judecată.

**(7)** 1. Părțile și celelalte persoane care participă la proces iau în cunoștință noul termen, când judecata se amână

Prezența părții sau a celeilalte persoane, la un termen de judecată impune luarea în cunoștință a termenului viitor, instanța fiind scutită de obligația citării acesteia, pentru termenele de judecată care vor urma.

2. Părțile care au solicitat ca judecata să se desfășoare în lipsă și au lipsit de la judecată în mod nejustificat<sup>2</sup>, nu se mai citează pentru termenele următoare.

3. Părțile care au primit personal citația și au lipsit de la judecată în mod nejustificat<sup>3</sup> nu se mai citează pentru termenele următoare.

**(8)** La cererea persoanelor care iau termenul în cunoștință, instanța le înmânează citații, spre a le servi drept justificare la locul de muncă, în vederea prezentării la noul termen

Pentru evitarea unor conflicte de muncă, generate de absența periodică de la locul de muncă, a persoanelor implicate în procesele penale, când este cazul, instanța înmânează acestora citații pentru justificarea absenței la locul de muncă, în vederea prezentării la termenele de judecată indicate de instanță.

**Art. 353. Compunerea instanței** (1) Instanța judecă în complet de judecată, a cărui compunere este cea prevăzută de lege. (2) Completul de judecată trebuie să rămână același în tot cursul judecării cauzei. Când acest lucru nu este posibil, completul se poate schimba până la începerea dezbaterilor. (3) După începerea dezbaterilor, orice schimbare intervenită în compunerea completului atrage reluarea dezbaterilor.

## Sumar

1. Legea stabilește compunerea completelor în care instanțele judecă infracțiunile;
2. Membrii completului de judecată nu se pot schimba decât până în faza începerii dezbaterilor;

<sup>2</sup> Precizarea privind „lipsa de la judecată în mod nejustificat” este inutilă.

<sup>3</sup> Precizarea privind „lipsa de la judecată în mod nejustificat” este inutilă.

3. Sancțiunea în cazul schimbării intervenită în compunerea completului, după începerea dezbaterilor constă în reluarea dezbaterilor.

### **Comentarii**

1. Modalitățile și criteriile specifice de formare și compunere a completelor de judecată sunt prevăzute prin legea de organizare judecătorească;

2. Regula de bază a judecării constă în împrejurarea că, membrii care formează completul nu trebuie să se schimbe în tot cursul judecării.

În cazuri excepționale, membrii completului de judecată se pot schimba doar până la începerea dezbaterilor în cauza supusă judecării.

3. În situația în care, intervine o cauză obiectivă sau subiectivă care atrage schimbarea completului de judecată, după începerea dezbaterilor, acestea vor fi anulate, urmând să fie reluate și susținute în condițiile compunerii legale a completului de judecată.

### **Art. 354. Judecata de urgență în cauzele cu arestați preventiv sau aflați în arest la domiciliu**

Dacă în cauză sunt inculpați arestați preventiv sau aflați în arest la domiciliu, judecata se face de urgență și cu precădere.

### **Sumar**

1. Inculpații arestați preventiv sunt judecați de urgență și cu precădere;
2. Inculpații aflați în arest la domiciliu sunt judecați de urgență și cu precădere.

### **Comentarii**

1. Cazurile în care inculpații sunt arestați preventiv necesită o rezolvare imediată, fără întârziere, pentru a se asigura, în condiții corespunzătoare activitatea de a păzi cu autoritate aceste persoane și a le avea sub control.

Din această perspectivă, legea impune obligația pentru instanța de judecată de a proceda la judecarea cauzelor cu arestați, cu precădere, în sensul judecării acestora mai înainte de orice, altă cauză.

**Art. 355. Asigurarea apărării** (1) Persoana vătămată, inculpatul, celelalte părți și avocații acestora au dreptul să ia la cunoștință de actele dosarului în tot cursul judecării. (2) Când vreuna dintre părți se află în stare de deținere, președintele completului ia măsuri ca aceasta să-și poată exercita dreptul prevăzut în alin. (1) și să poată lua contact cu avocatul său. (3) În cursul judecării, părțile au dreptul la un singur termen pentru angajarea unui avocat și pentru pregătirea apărării. (4) În mod excepțional, în situația în care una dintre părți arată că înțelege să renunțe la asistența juridică acordată de avocatul său ales, instanța va acorda un alt termen pentru angajarea unui alt avocat și pregătirea apărării. (5) În situațiile prevăzute în alin. (1) – (4), acordarea



înlesnirilor necesare pregătirii apărării efective trebuie să fie conformă respectării termenului rezonabil al procesului penal.

### Sumar

**(1)** 1. Persoana vătămată are dreptul să ia la cunoștință de actele dosarului în tot cursul judecății;

2. Inculpatul are dreptul să ia cunoștință de actele dosarului în tot cursul judecății;

3. Celelalte părți au dreptul să ia cunoștință de actele dosarului în tot cursul judecății;

4. Avocații persoanei vătămate, inculpatului și celorlalte părți au dreptul să ia cunoștință de actele dosarului în tot cursul judecății;

**(2)** Partea aflată în stare de deținere își exercită dreptul prevăzut în alin. (1) și are dreptul să ia contact cu avocatul său;

**(3)** 1. În cursul judecății părțile au dreptul la un singur termen pentru angajarea unui avocat;

2. În cursul judecății părțile au dreptul la un singur termen pentru pregătirea apărării;

**(4)** 1. În situația în care una dintre părți renunță la asistența juridică acordată de avocatul ales, instanța acordă, în mod excepțional, un alt termen pentru angajarea unui alt avocat;

2. În mod excepțional, când partea renunță la asistența juridică a avocatului ales, instanța acordă un alt termen pentru pregătirea apărării;

**(5)** Acordarea înlesnirilor necesare pregătirii apărării efective, prevăzute în alin. (1) – (2) trebuie să respecte termenul rezonabil al procesului penal.

### Comentarii

(1) Persoana vătămată, inculpatul, celelalte părți și avocații acestora au dreptul să ia cunoștință de actele dosarului în tot cursul judecății, însă în limitele procedurilor prevăzute de legea de organizare și de regulamentul de ordine interioară al instanțelor.

(2) Persoanele arestate preventiv sau aflate în stare de deținere, ca urmare a condamnării au dreptul să ia cunoștință de actele dosarului în tot cursul judecății, iar pentru pregătirea corespunzătoare a apărării are dreptul să ia contact cu avocatul său, atât la instanța de judecată, cât și la locul de deținere.

(3) În cazul judecății părțile au dreptul să amâne judecarea cauzei la un singur termen pentru angajarea unui avocat, iar după angajarea avocatului au dreptul la un singur termen pentru pregătirea apărării.

(4) În mod excepțional, instanța acordă un alt termen de judecată dacă una dintre părți renunță la avocatul ales, pentru angajarea unui alt avocat și pe cale de consecință instanța va acorda un alt termen pentru ca avocatul nou ales să-și pregătească apărarea.

(5) Legea impune obligația ca toate înlesnirile indicate, pentru pregătirea efectivă a apărării să respecte termenul rezonabil al procesului penal.

**Art. 356. Atribuțiile președintelui completului** (1) Președintele completului conduce ședința, îndeplinind toate îndatoririle prevăzute de lege și decide asupra cererilor formulate de procuror, persoana vătămată și de părți, dacă rezolvarea acestora nu

este dată în căderea completului. (2) În cursul judecării, președintele, după consultarea celorlalți membri ai completului, poate respinge întrebările formulate de părți, persoana vătămată și de procuror, dacă acestea nu sunt concludente și utile judecării cauzei. (3) Dispozițiile președintelui completului sunt obligatorii pentru toate persoanele prezente în sala de ședință.

### Sumar

(1) 1. Președintele completului conduce ședința, îndeplinind toate îndatoririle prevăzute de lege;

2. Președintele completului decide asupra cererilor formulate de procuror, persoana vătămată și de părți, dacă rezolvarea acestora nu este dată în căderea completului;

(2) 1. Președintele, după consultarea celorlalți membri ai completului, poate respinge întrebările formulate de părți, persoana vătămată și de procuror, dacă acestea nu sunt concludente și utile judecării cauzei;

(3) Dispozițiile președintelui completului sunt obligatorii pentru toate persoanele prezente în sala de ședință.

### Comentarii

1. Dezbaterile cauzelor în fața instanței sunt conduse și coordonate de președintele completului de judecată, care decide asupra cererilor formulate de procuror și celelalte părți.

2. În cadrul activității de conducere a ședinței de judecată, președintele, în urma consultării membrilor completului respinge întrebările părților și procurorului dacă nu sunt convingătoare, dacă sunt contradictorii, dacă nu pot servi la rezolvarea cauzei.

3. Președintele completului de judecată conduce ședința, se consultă cu ceilalți judecători sau persoane care iau parte la soluționarea cauzei și dă dispoziții care sunt obligatorii pentru ceilalți membri ai completului, pentru procuror și pentru persoanele prezente în sala de judecată.

**Art. 357. Strigarea cauzei și apelul celor citați** (1) Președintele completului anunță, potrivit ordinii de pe lista de ședință, cauza a cărei judecare este la rând, dispune a se face apelul părților și al celorlalte persoane citate și constată care dintre ele s-au prezentat. În cazul participanților care lipsesc verifică dacă le-a fost înmănată citația în condițiile art. 261 și dacă și-au justificat în vreun fel absența. (2) Părțile și persoana vătămată se pot prezenta și participa la judecată chiar dacă nu au fost citate sau nu au primit citația, președintele având îndatorirea să stabilească identitatea acestora.

### Comentariu

(1) 1. Președintele completului anunță, potrivit ordinii de pe lista de ședință, cauza a cărei judecare este la rând, dispune a se face apelul părților și al celorlalte persoane citate și constată care dintre ele s-au prezentat.

2. Președintele verifică dacă participanților care lipsesc le-a fost înmănată citația în condițiile art. 261 și dacă și-au justificat în vreun fel absența.

(2) 1. Părțile și persoana vătămată se pot prezenta și participa la judecată chiar dacă nu au fost citate;

2. Părțile și persoana vătămată se pot prezenta și participa la judecată chiar dacă nu au primit citația;

3. Președintele are îndatorirea să stabilească identitatea părților și a persoanei vătămate.

**Art. 358. Asigurarea ordinii și solemnității ședinței** (1) Președintele veghează asupra menținerii ordinii și solemnității ședinței, putând lua măsurile necesare în acest scop. (2) Președintele poate limita accesul publicului la ședința de judecată, ținând seama de mărimea sălii de ședință. (3) Părțile și persoanele care asistă la ședință la ședința de judecată sunt obligate să păstreze disciplina ședinței. (4) Când o parte sau oricare altă persoană tulbură ședința ori nesocotește măsurile luate, președintele îi atrage atenția să respecte disciplina, iar în caz de repetare ori de abateri grave, dispune îndepărtarea ei din sală. (5) Partea îndepărtată este chemată în sală înainte de începerea dezbaterilor. Președintele îi aduce la cunoștință actele esențiale efectuate în lipsă și îi citește declarațiile celor ascultați. Dacă partea continuă să tulbure ședința, președintele poate dispune din nou îndepărtarea ei din sală, dezbaterile urmând a avea loc în lipsa acesteia. (6) Dacă partea continuă să tulbure ședința și cu ocazia pronunțării hotărârii, președintele completului poate dispune îndepărtarea ei din sală, în acest caz hotărârea urmând a-i fi comunicată. (7) Completul de judecată poate interzice avocatului dreptul de a asigura apărarea unei părți în proces sau a persoanei vătămate dacă, după ce a fost avertizat să respecte disciplina și sancționat potrivit prevederilor art. 283, alin. (4), lit. g), continuă să tulbure ședința. În acest caz, părții în cauză i se cere să angajeze un alt avocat, judecata fiind amânată în acest scop. Președintele completului informează baroul de avocați asupra acestei măsuri. (8) Dacă inculpatul, persoana vătămată, partea civilă sau partea responsabilă civilmente refuză să angajeze alt avocat și asistența juridică este obligatorie, completul procedează la desemnarea unui avocat din oficiu, căruia îi acordă înlesnirile și timpul necesar pregătirii apărării. În cazul în care asistența juridică nu este obligatorie judecata se va desfășura în continuare.

### **Comentariu**

(1) Președintele ia măsurile necesare în scopul menținerii ordinii și solemnității ședinței;

(2) Președintele poate limita accesul publicului la ședința de judecată;

(3) Părțile și persoanele care asistă la ședința de judecată sunt obligate să păstreze disciplina ședinței;

(4) Președintele atrage atenția părții sau persoanei care tulbură ședința să respecte disciplina, iar în caz de repetare sau de abateri grave, dispune îndepărtarea ei din sală;

(5) 1. Partea îndepărtată este chemată în sală înainte de începerea dezbaterilor;  
2. Președintele aduce la cunoștința părții îndepărtate din sală o perioadă de actele esențiale efectuate în lipsă și îi citește declarațiile celor ascultați.

3. Dacă partea continuă să tulbure ședința, președintele poate dispune din nou îndepărtarea ei din sală, dezbaterile urmând a avea loc în lipsa acesteia;

(6) 1. Dacă partea continuă să tulbure ședința și cu ocazia pronunțării hotărârii, președintele completului poate dispune îndepărtarea ei din sală;

2. Dacă partea a fost îndepărtată din sală, cu ocazia pronunțării hotărârii, hotărârea urmează a i se comunica;

(7) 1. Dacă după ce a fost avertizat să respecte disciplina și sancționat în baza art. 283 alin. (4) lit. g), avocatul continuă să tulbure ședința, completul de judecată poate interzice avocatului dreptul de a asigura apărarea unei părți în proces sau a persoanei vătămate.

2. În acest caz, părții în cauză i se cere să angajeze un alt avocat, amânându-se judecata în acest scop.

3. Președintele completului informează baroul de avocați despre această măsură;

(8) 1. Dacă inculpatul, persoana, persoana vătămată, partea civilă sau partea responsabilă civilmente refuză să angajeze alt avocat și asistența juridică este obligatorie, completul procedează la desemnarea unui avocat din oficiu, căruia îi acordă înlesnirile și timpul necesar pregătirii apărării.

2. În cazul în care asistența juridică nu este obligatorie judecata se va desfășura în continuare.

**Art. 359. Constatarea infracțiunilor de audiență** (1) Dacă în cursul ședinței se săvârșește o faptă prevăzută de legea penală, procurorul de ședință constată acea faptă și îl identifică pe făptuitor. Procesul-verbal întocmit se trimite procurorului competent. (2) Procurorul care participă la judecată poate declara că pune în mișcare acțiunea penală, îl poate reține pe inculpat și poate solicita completului de judecată arestarea preventivă a acestuia. Soluționarea propunerii de arestare preventivă se face de către instanță cu respectarea dispozițiilor art. 239 și 240. (3) Dacă propunerea este admisă, președintele completului emite un mandat de arestare a inculpatului. Despre luarea acestei măsuri se face mențiune în încheierea de ședință. Inculpatul este trimis de îndată procurorului competent împreună cu procesul-verbal și cu mandatul de arestare.

### **Comentariu**

(1) 1. Dacă în cursul ședinței se săvârșește o faptă prevăzută de legea penală, procurorul de ședință constată acea faptă și îl identifică pe făptuitor;

2. Procesul-verbal întocmit se trimite procurorului competent;

(2) 1. Procurorul care participă la judecată poate declara că pune în mișcare acțiunea penală;

2. Procurorul care participă la judecată îl poate reține pe inculpat;

3. Procurorul care participă la judecată poate solicita completului de judecată arestarea preventivă a acestuia;

4. Soluționarea propunerii de arestare preventivă se face de către instanță cu respectarea dispozițiilor art. 239 și 240.

**(3)** 1. Dacă propunerea este admisă, președintele completului emite un mandat de arestare a inculpatului;

2. Despre luarea măsurii arestării se face mențiunea în încheierea de ședință;

3. Inculpatul este trimis de îndată procurorului competent împreună cu procesul-verbal și cu mandatul de arestare.

## BIBLIOGRAFIE GENERALĂ

### A. *Autori români*

(în ordine alfabetică)

• George Antoniu și colaboratorii: Constantin Mittrache, Rodica Mihaela Stănoiu, Ioan Molnar, Viorel Pașca, Avram Filipaș, Iosif Ionescu, Nicoleta Iliescu, Matei Basarab, *Noul Cod penal, comentat*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pp. 1-3.

• Ionel Cloșcă, Ion Suceavă, *Tratat de drepturile omului*, Ed. Europa Nova, 1995, pp. 134 - 144.

• Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea Specială*, vol. II, Ed. Academiei, București, 1976, p. 119.

• Ion Neagu, *Tratat de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 172-269.

• Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. IV, Tipografia Națională, Cluj, 1946, p. 182.

• Emil Derșidan, Pavel Abraham, *Dicționar de termeni juridici*, Ed. Național, 1999, p. 529.

### A. *Autori străini*

• E. Altavilla, *Manuale de procedura penale*, A. Morano Editore, Parte I, Napoli.

• M. Pisani, A. Molari, V. Perchinuno, P. Corso, *Manuale di Procedura penale*, Monduzzi Editore, 1994.

• V. Manzini, *Tratato di diritto penale*, Unione Tip. Ed. Torinese, 1931, vol. I.

# **Cuantumul rezervei descendenților atunci când la moștenire vin descendenți renunțatori sau nevrednici. Modificările aduse de Noul Cod civil în privința instituțiilor nedemnității și a renunțării la moștenire**

*Asist. univ. dr. Adela Elena PATRAȘCU*



## **Descendants' reserve amount when releasors or unworthy descendants claim an inheritance. amendments to the New civil Code regarding the institutions of indignity and renunciation of succession**

**Abstract:** Institution of unworthy succession and that of the renunciation of succession feature several changes in the new Civil Code, so, similar to releasors, the unworthy and their descendants to inheritance may claim the succession only through representatives.

The new Civil Code was inspired by the French Civil Code and has increased the number of unworthiness cases that can occur during upon succession; the latter is of two types: legal and judicial (in the French Civil Code unworthiness may be by law or optional).

**Keywords:** The new Civil Code, releasors, unworthiness, succession

Noul Cod civil aduce o modificare majoră în privința modului de stabilire a cuantumului rezervei succesoriale, prevăzând în art. 1088 că „rezerva succesorală a fiecărui moștenitor rezervatar este de jumătate din cota succesorală care, în absența liberalităților sau dezmoștenirilor, i s-ar fi cuvenit ca moștenitor legal”. Codul civil de la 1864 stabilea întinderea rezervei descendenților în funcție de numărul copiilor defunctului.

Codul civil de la 1864. Art. 841 din Codul civil de la 1864 prevedea faptul că rezerva descendenților se stabilește în funcție de „copiii lăsați” de defunct, motiv pentru care, în literatura de specialitate s-a pus problema dacă la determinarea

cuantumului rezervei se vor avea în vedere numai descendenții defunctului care vin efectiv la moștenire sau și cei care sunt nevrednici sau renunțători. Problema a suscitată numeroase controverse care au dus la soluții diverse aplicate în practică diferit în funcție de modul în care doctrina și practica judiciară au răspuns la această întrebare.

Potrivit unei opinii<sup>1</sup>, la determinarea cuantumului rezervei urma să se țină cont și de descendenții renunțători sau nevrednici. În acest sens se argumentează că art. 841 din Codul civil de la 1864, vorbind de „copiii lăsați” nu face nicio distincție după cum ei vin efectiv la moștenire sau sunt renunțători sau nevrednici. Pe de altă parte, se consideră că rezerva este o parte a moștenirii a cărei întindere este stabilită definitiv în funcție de starea de fapt existentă în momentul deschiderii succesiunii, iar aceasta nu poate fi influențată de nevrednicia sau renunțarea ulterioară a descendenților; descendenții renunțători sau nevrednici vor fi socotiți ca nefiind niciodată moștenitori, iar datorită caracterului colectiv al rezervei, partea de rezervă cuvenită acestora va spori, în puterea dreptului de acrescământ, drepturile celorlalți moștenitori rezervatari (art. 697 C. civ.).

Opinia dominantă<sup>2</sup>, pe care am împărtășit-o, este în sensul că determinarea cuantumului rezervei succesoriale se va face ținându-se seama numai de descendenții care vin efectiv la moștenire. Având în vedere faptul că renunțarea, ca și nedemnitarea, operează cu caracter retroactiv (art. 696 C. civ. de la 1864), respectiv, art. 655 și 657 C. civ. de la 1864, descendenții renunțători sau nevrednici vor fi considerați că nu au avut niciodată calitatea de moștenitori, fiind străini de moștenire și prin urmare, nu au niciun drept nici asupra rezervei (care este o parte a moștenirii), deci nu vor fi socotiți la stabilirea cuantumului ei.

Justificarea acestei instituții este de a ocroti interesele descendenților împotriva liberalităților excesive pe care defunctul le-ar putea face (*inter vivos* sau *mortis causa*), de aceea, partea de rezervă a fiecărui copil nu ar trebui să fie mai mare în cazul în care unii descendenți renunță la moștenire sau sunt nedemni, decât în cazul când toți descendenții pot și vor să vină la moștenire. Așa cum s-a arătat în literatura de specialitate<sup>3</sup>, rezerva „nu poate fi calculată pentru trei când se transmite pentru doi”.

---

<sup>1</sup> M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.*, Ed. Academiei, București, 1966, pp. 329-332.

<sup>2</sup> D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol.IV, partea I, București, 1913, pp. 531-533; M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, București, Ed. Cartea Românească, 1921, p. 282, nr. 842; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. III, Ed. ALL, București, 1998, p. 426, nr. 1019; D. Bîrlădeanu, *Dreptul de acrescământ în moștenirea legală și stabilirea întinderii rezervei*, în RRD nr. 6/1977, pp. 21-24; C. Stătescu, *Drept civil. Contractul de transport. Drepturile de creație intelectuală. Succesiunile*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1967, p. 198; S. Cârpenaru, *Drept civil. Drepturile de creație intelectuală. Succesiunile*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1971 p. 467; D. Macovei, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1993, p.117 și 118; D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p.156; E. Safta-Romano, *Dreptul de moștenire. Doctrină și jurisprudență*, vol I, Ed. Grafic, Iași, 1995, p. 309; Not. de stat al rai. N.Bălcescu, București, încheierea nr. 243/1958, cu Notă de O. Căpățână, în LP nr. 12/1958, p.109; T.S., s.civ., dec. nr. 613/1988, în RRD nr. 3/1989, p. 66-67; Cas.I, dec. nr. 136/1891, în C. civ.adnotat, vol.II, 257, nr. 4.

<sup>3</sup> M. B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 282, nr. 842.

În ceea ce privește caracterul colectiv al rezervei, acesta există numai în raporturile dintre cei care o moștenesc, nu și în raporturile cu persoane străine de moștenire. Astfel, art. 841 are în vedere, prin formularea „copii lăsați”, pe acei descendenți lăsați de defunct ca moștenitori.

Aplicând această teorie, se observa că, în cazul în care defunctul avea doi copii, iar unul era renunțator sau nevrednic, rezerva era de  $\frac{1}{2}$  din moștenire, adică partea convenită singurului copil care putea și dorea să vină la moștenire.

În ceea ce privește prevederile noului Cod civil acestea s-au schimbat în privința instituției reprezentării și a nedemnității succesorală.

Nedemnitățile succesorală. Cazurile de nedemnitate prezentate în Codul civil de la 1864 în art. 655 sunt:

- a. atentatul la viața celui care lasă moștenirea;
- b. acuzația capitală calomnioasă împotriva celui care lasă moștenirea;
- c. nedeunțarea omorului a cărui victimă a căzut cel care lasă moștenirea.

Potrivit prevederilor noului Cod civil, nedemnitățile succesorală este de două feluri: nedemnitate de drept și nedemnitate judiciară.

Articolul 958 din noul Cod civil prezintă două cazuri de nedemnitate succesorală de drept. Astfel este nedemnă de drept de a moșteni:

a. persoana condamnată penal pentru săvârșirea unei infracțiuni cu intenția de a-l ucide pe cel care lasă moștenirea;

b. persoana condamnată penal pentru săvârșirea înainte de deschiderea moștenirii, a unei infracțiuni cu intenția de a-l ucide pe un alt succesibil care, dacă moștenirea ar fi fost deschisă la data săvârșirii faptei, ar fi înlăturat sau ar fi restrâns vocația la moștenire a făptuitorului.

Pe de altă parte nedemnitățile poate fi declarată și pe cale judiciară pentru persoanele care se află în următoarele situații:

a. persoana condamnată penal pentru săvârșirea, cu intenție, împotriva celui care lasă moștenirea a unor fapte grave de violență, fizică sau morală, ori, după caz, a unor fapte care au avut ca urmare moartea victimei;

b. persoana care, cu rea-credință a ascuns, a alterat, a distrus sau a falsificat testamentul defunctului;

c. persoana care, prin dol sau violență, l-a împiedicat pe cel care lasă moștenirea să întocmească, să modifice sau să revoce testamentul.

În Codul civil de la 1864, cazurile de nedemnitate sunt trei și acestea operează numai de drept. În privința acestora însă, doctrina și jurisprudența au considerat ca doar primul caz de nedemnitate mai este de actualitate, pe celelalte două fiind căzute în desuetudine<sup>4</sup>.

În cazul nedemnității de drept, instanța este chemată doar să constate existența sau inexistența cazului de nedemnitate succesorală, iar notarul public va constata nedemnitățile succesorală pe baza hotărârii judecătorești din care rezultă nedemnitățile [art. 958 alin. (3) din Noul Cod civil].

---

<sup>4</sup> Textele de lege privind ultimele două cazuri de nedemnitate sunt căzute în desuetudine întrucât pedeapsa cu moartea a fost abolită prin Decretul-lege nr.6/1990.



În cazul nedemnității judiciare, instanța de judecată se pronunță asupra existenței sau inexistenței cazului de nedemnitate.

Acțiunea în constatarea nedemnității de drept este imprescriptibilă iar acțiunea pentru declararea nedemnității judiciare se poate introduce în termen de un an de la data deschiderii succesiunii [cu excepția prevăzută în art. 959 alin. (3)].

Astfel, au fost formulate propuneri de lege ferenda pentru reglementarea instituției nedemnității în sensul următor: „Este înlăturat de drept de la moștenire cel care a fost condamnat, potrivit legii penale pentru că a săvârșit, cu intenție, o faptă împotriva vieții persoanei care lasă moștenirea sau împotriva vieții celui care înlătură sau restrânge vocația la moștenire a făptuitorului”<sup>5</sup>.

În literatura de specialitate<sup>6</sup> *nedemnitatea* a fost definită ca fiind decăderea din dreptul de a moșteni a acelor succesibili care se fac vinovați de săvârșirea unor fapte grave, strict determinate de legiuitor, împotriva defunctului sau a memoriei acestuia.

Se observă că și noul Cod civil a considerat ca fiind căzute în desuetudine cazurile de nedemnitate prevăzute de Codul civil în vigoare cu excepția primului caz de nedemnitate (atentatul la viața celui care lasă moștenirea), pe care îl reține ca fiind un caz de nedemnitate de drept. La acesta noul Cod civil mai adaugă un caz de nedemnitate de drept și anume cel care privește persoana condamnată penal pentru săvârșirea, înainte de deschiderea succesiunii, a unei infracțiuni cu intenția de a-l ucide pe un alt succesibil care, dacă moștenirea ar fi fost deschisă la data săvârșirii faptei, ar fi înlăturat sau ar fi restrâns vocația la moștenire a făptuitorului.

În vechiul drept francez, cauzele de nedemnitate erau lăsate la aprecierea judecătorului, astfel că, în literatura franceză de specialitate<sup>7</sup> s-a arătat că aceste cauze care pot conduce la nedemnitatea succesoriului, sunt nedefinite, astfel încât judecătorul va fi și cel care va aprecia, în lumina circumstanțelor de fapt în care s-au produs evenimentele, dacă succesibilul este sau nu demn de a-l succede pe defunct. De aceea, în dreptul francez, nedemnitatea nu își producea efectele de plin drept, ci ea trebuia să fie declarată și pronunțată de justiție<sup>8</sup>.

Prin reforma adusă Codului civil francez în privința materiei succesiunilor, reformă realizată prin legea din 3 decembrie 2001 instituția nedemnității a fost modificată,

---

<sup>5</sup> I. Adam, A. Rusu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 65; I. Genoiu, *Drept succesoral*, Ed. C.H. Bech, București, 2008, p.42; N. Grofu, *Nedemnitatea succesorală. Propuneri de lege ferenda* în Dreptul nr. 8/2004, p.90 și urm.; D. Macovei, M.S. Striblea, *Drept Civil.Contracte.Succesiuni*, Ed. Junimea, Iași, 2000, p. 327.

<sup>6</sup> M.B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 22; I. Rosetti-Bălănescu, O. Sechelarie, N. Nedelcu, *Principiile dreptului civil român*, 1947, p.532, M. Eliescu, *op.cit.*, p. 76, F. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Actami, București, 1999, p. 66, Al. Bacaci, G. Comăniță, *Drept civil. Succesiunile*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 20, D. Macovei, I.E. Cadariu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Junimea, Iași, 2005, p.38.

<sup>7</sup> M. Planiol, G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, tome troisième, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937, p. 392.

<sup>8</sup> C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, quatrième édition, tome sixième, Paris, 1873, p. 287; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome IV, deuxième volume *Succesions-Libéralités*, cinquième édition par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, p. 59.

Codul Civil francez actual stipulând faptul că există două feluri de nedemnitate: de drept și facultativă.

Cazurile de nedemnitate de drept sunt tot două și ele sunt cele prevăzute și de noul Cod civil român, iar în privința nedemnității facultative sunt prevăzute cinci cazuri<sup>9</sup>.

Doar primul caz dintre cele trei reținute de noul Cod civil român pentru nedemnitatea judiciară se regăsește și în Codul civil francez actual, celelalte două fiind creația legiuitorului român. Menționăm faptul că proiectul noului Cod civil român din 2004 reținea în art. 721 ca fiind cauze de nedemnitate judiciară, tot în număr de cinci, următoarele:

- a. cel condamnat penal pentru mărturie mincinoasă făcută împotriva defunctului într-un proces penal;
- b. cel condamnat penal pentru calomnierea defunctului;
- c. cel care a exercitat acte de violență fizică sau morală asupra defunctului ori a desfășurat un alt comportament reprobabil față de acesta;
- d. cel care a ascuns, alterat sau falsificat testamentul defunctului;
- e. cel condamnat penal pentru o infracțiune împotriva integrității corporale, săvârșită asupra victimelor arătate la art. 720.

Dintre acestea primele trei și ultima se regăsesc și în Codul civil francez actual.

Apreciem că și aceste cauze de nedemnitate succesorală ar putea să-și găsească reglementarea în noul Cod civil român și facem în acest sens o propunere *de lege ferenda*.

În ceea ce privește efectele nedemnității, noul Cod civil român prevede, la art. 960, alin. (1) faptul că nedemnul este înlăturat atât de la moștenirea legală cât și de la cea testamentară. În ceea ce privește aceste efecte, ele pot fi înlăturate expres prin testament sau printr-un act autentic notarial de către cel care lasă moștenirea (iertarea nedemnului).

În vechiul Cod civil, nedemnul nu putea fi iertat de către cel de la moștenirea căruia era îndepărtat ca moștenitor legal, însă nedemnul putea fi gratificat prin liberalități în limita cotităților disponibile. Fără o declarație expresă, nu constituie înlăturare a efectelor nedemnității legatul lăsat nedemnului după săvârșirea faptei care atrage nedemnitatea [art. 961 alin. (1)].

Articolul 961 alin. (2) din noul Cod civil român prevede că efectele nedemnității nu pot fi înlăturate prin reabilitarea nedemnului, amnistia intervenită după condamnare, grațiere sau prin prescripția executării pedepsei penale.

În art. 958 alin. (2) se prevede că în cazul în care condamnarea pentru faptele menționate în art. 958 alin. (1) este împiedicată prin decesul autorului faptei, prin amnistie sau prin prescripția răspunderii penale, nedemnitatea operează dacă acele fapte au fost constatate printr-o hotărâre judecătorească civilă definitivă.

Menționăm faptul că nedemnitatea de drept și cea judiciară se vor aplica doar faptelor săvârșite după intrarea în vigoare a noului Cod civil.

---

<sup>9</sup> A.M. Leroyer, *Droit des successions*, Éditions Dalloz, Paris, 2009, p. 32.

Reprezentarea succesorală. În ceea ce privește instituția reprezentării succesoriale și aceasta a fost modificată în reglementarea noului Cod civil român. Astfel acesta prevede faptul că nu numai defunctul poate fi reprezentat ci și nedemnul sau cel care renunță la moștenire (art. 965 și 967 din noul Cod civil român). Legiuitorul a dorit astfel ca efectele nedemnității să se răsfrângă doar asupra nedemnului, nu și asupra moștenitorilor legali ai acestuia.

Soluția a fost preluată din Codul civil francez actual, așa cum a fost el modificat prin reformele aduse în materia succesiunilor de Legile din 3 decembrie 2001 și 23 iunie 2006. Astfel, Legea din 3 decembrie 2001 a admis reprezentarea nedemnului, iar cea din 23 iunie 2006 a prevăzut că și cel care renunță la moștenire poate fi reprezentat<sup>10</sup>. Schimbarea intervenită este că, din moment ce intervine reprezentarea cei ce vin la moștenire în locul nedemnului sau renunțătorului nu vor veni în nume propriu, așa că împărțirea moștenirii se face pe tulpini, nu pe capete.

De asemenea, noul Cod civil român preia soluția Codului civil francez actual<sup>11</sup>, prevăzând în art. 969 alin. (1), obligația care revine copiilor nedemnului, concepuți înainte de deschiderea moștenirii de la care nedemnul a fost exclus de a raporta la moștenirea acestuia din urma bunurile pe care le-au moștenit prin neprezentarea nedemnului, dacă vine la moștenirea lui în concurs cu alți copii ai săi, concepuți după deschiderea moștenirii de la care a fost înlăturat nedemnul.

Raportul se face numai în cazul și în măsura în care valoarea bunurilor primite prin reprezentarea nedemnului a depășit valoarea pasivului succesoral pe care reprezentantul a trebuit să îl suporte ca urmare a reprezentării.

---

<sup>10</sup> A.M. Leroyer, *op. cit.*, p. 53.

<sup>11</sup> Art. 754 alin. (2) din Codul civil francez actual.

## Necesitatea codificării - percepută sau nu la nivel social?

*Drd. Roxana Gabriela ALBĂSTROIU\**

*Drd. Ramona Dumitru DUMINICĂ\*\**



## The need for encodings - socially perceived or not?

**Abstract:** Law is a creation of the social body. However, the norm, once established, it tends to create patterns the individual must match. Depending on the compatibility of social consciousness with the normal reality, the latter is or is not observed. If the law's function is to express society values it regulates, the more this role is amplified within a Code. Codes, expression of the systematization and rationalization of law, have continued to evolve both substantially and formally with the changes occurred at the level of collective consciousness; in terms of their composition, are often felt the lines the politics, economics or religiosity have drawn so that legal reality the Code „describes” to be the transposition, as accurate as possible, of the social reality.

Today, the purpose of the enactment is not always achieved as there are „laws that are stillborn” since reality is not found in the rule or the individuals do not consider the rules as ordering in respect of a real state of affairs and therefore they do not observe the rules and do not consider the norms as part of the legal system.

**Keywords:** encoding, law, family law, general will, society.

### § 1. Considerații introductive

O teorie specifică dreptului, pozitivismul sociologic, este fondată pe convingerea că adoptarea normei juridice pozitive este precedată de „o idee de drept”, așa cum spunea de altfel, G. Burdeau, este vorba de o reprezentare difuză, în interiorul corpului social, a „ordinii sociale dorite”<sup>1</sup>. La rândul său, Leon Duguit, influențat de sociologul

---

\* Doctorand buget al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/88/1.5/S/49516 „Cresterea calității și a competitivității cercetării doctorale prin acordarea de burse”.

\*\* Doctorand al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative.

<sup>1</sup> J. Bouineau, J. Roux, *200 ans de Code civil*, Éd. L'imprimerie de la République, Paris, 2004, p. 161.

Émil Durkheim, afirmă că norma juridică nu este altceva decât norma socială constatată de dreptul obiectiv, și, mai mult „legea își păstrează forța sa obligatorie nu în voința guvernanților ci în conformitatea sa față de cerințele sociale”, ori, cu alte cuvinte, față de aspirațiile corpului social<sup>2</sup>.

Dacă legea are ca funcție exprimarea valorilor societății pe care o normează, cu atât mai mult, acest rol este amplificat într-un cod. Astfel, ideologia ce i-a stat la bază, poate transcende în fiecare literă a sa, în titlu, în anumite dispoziții preliminare sau în plan, și, în mod special în conținut. Dincolo de ideologie, de implantul politic, ori de influența religioasă regăsim întipărită adânc în legislație, amprenta conștiinței sociale. Tradiția, morala, istoria și cultura unui popor sunt relevante în acțiunea de codificare fiind elementele determinante în atingerea scopului propus, dar de asemenea determinând la rândul lor efectele, acceptând sau negând conformitatea unei norme juridice cu realitatea socială.

Sistemul juridic nu evoluează prin acțiunea mediului, ci grație lui. Mediul social este doar generator de perturbații pe care sistemul le absoarbe grație auto-organizării sale. El compensează șocurile externe, păstrându-și astfel identitatea, fiind dotat astfel cu un fel de „conștiință de sine” *sui generis*<sup>3</sup>.

Dreptul este, desigur, o creație a corpului social, dar odată creat, el recrează acest corp și scopul acestuia.

În acest sens, trebuie atinsă, în sfârșit finalitatea dreptului, ce trebuie percepută dual: o finalitate internă a sistemului, redată de asigurarea propriei existențe prin adâncirea unității sale și, o finalitate externă, reprezentată de binele comun.

Codificarea are, astfel, o dimensiune socială: ea urmează adesea unei crize sociale la finalul căreia pare necesară fixarea unor noi reguli și restabilirea ordinii inițiale în baza unui nou contract social<sup>4</sup>.

Din punct de vedere istoric, din cele mai vechi timpuri, codificarea a reprezentat scopul luptelor celor mai slabi, sau claselor de mijloc pentru obținerea unor condiții mai bune de viață (abolirea datoriilor, reîmproprietărirea etc. Dar, mai presus, Codul civil de la 1865 care, după perioada tumultoasă a mișcărilor în urma cărora s-a realizat Marea Unire a Principatelor, a înțeles să promoveze o nouă ordine socială, în spiritul conciliant al tradițiilor cu noile aspirații de libertate și egalitate; putem spune astfel că, la acea epocă, Codul civil a reprezentat un element cheie al fundamentării relațiilor sociale; „Codul civil a fixat, mai mult de un secol, valorile raporturilor juridice esențiale în cadrul cărora societatea s-a predefinit”<sup>5</sup>.

Însă, un astfel de proces de codificare implică, în mod evident, un cumul de circumstanțe rar întâlnite în istoria unei națiuni; un popor nu este determinat, în fiecare moment al istoriei sale să susțină în conștiința sa procedura complexă pe care

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> I. Dogaru, D.C. Dănișor, G. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 48.

<sup>4</sup> B. Oppetit, *De la codification*, in *La codification, sous la direction de Bernard Beignier*, Éd. Dalloz, Toulouse, 1996, p. 10.

<sup>5</sup> J. Gaudemet, *La codification, ses formes et ses fins*, Rev. juridique et politique independance et cooperation, Paris, 1986, p. 239.

o presupune codificarea. Considerațiile tehnice resimțite la nivelul sistemului juridic, (criza procesului legislativ, decăderea legii, inflația normativă) sunt adesea elemente ce conduc spre o restructurare a dreptului, însă, preluarea unui sistem juridic și încercarea de adaptare la realitatea socială, nu determină implicit și un implant la nivel de conștiință socială al normei juridice impuse.

## § 2. Reorganizarea ansamblului de norme în materia dreptului familiei

În timp, dreptul a evoluat permanent sub presiunea schimbărilor produse în realitatea socială și politică, având ca izvor, dar și ca limite tradițiile și spiritul caracteristic diferitelor popoare, moravurile și practicile sociale, precum și determinarea istorică specifică.

Având o evoluție sinuoasă, dreptul familiei, ca ramură independentă sau de sine stătătoare, a cunoscut de-a lungul timpului schimbări majore, influențat fiind și influențând societăți, politici, mase de oameni și idei, alcătuind și echilibrând concepte.

Deși instituția familiei și-a afirmat existența și perenitatea din toate timpurile și peste tot, evoluția reglementărilor sale juridice nu s-a putut sustrage datelor ideale<sup>6</sup>, cuprinzând filosofii, ideologiile, care concurează la modelarea dreptului pozitiv și care, deși uneori pot contribui la unificarea dreptului, cel mai adesea îi explică diversitatea.

Ca toate celelalte instituții ale dreptului, familia s-a transformat în decursul timpului atât în ceea ce privește funcțiile, cât și structura. Datele reale, corespunzătoare condițiilor de fapt în care se găsește umanitatea au schimbat optica asupra familiei, de aici rezultând și reformele legislative ce au vizat această materie.

Astfel, frecvența unui sau altui tip de relații umane va crea o anumită reglementare juridică, sau periodicitatea unui anumit eveniment natural va atrage necesitatea considerării sale din punct de vedere juridic. Savanții din secolul trecut se întrebau de unde vine familia, cei de astăzi se întrebă, mai degrabă, încotro se îndreaptă ea.<sup>7</sup>

Influențat de evoluția economică, precum și de recenta aderare la Uniunea Europeană, dreptul familiei, tinde spre o clară disociere a patrimonialului de nepatrimonial, de aici, așa-zisa contractualizare a dreptului familiei și încercare de introducere și în țara noastră a regimurilor matrimoniale.

În fapt, toate aceste reforme pot avea loc numai prin adaptarea dreptului la faptele concrete pe care este chemat să le reglementeze.

În noul Cod civil sunt aduse noutăți cu privire la regimurile matrimoniale, conferindu-se posibilitatea soților de a alege regimul convenabil necesităților lor, de a încheia o convenție matrimonială stabilind de comun acord drepturile și responsabilitățile care le revin, având ca singure limite ordinea publică, bunele moravuri și regimul primar imperativ. De asemenea, sunt aduse modificări în ceea ce privește încercarea de protecție a familiei, introducându-se noțiunea de „interes suprem al familiei” apărându-se în cadrul ei locuința familiei, respectarea obligațiilor de menaj și interesul copiilor. Sunt reclasificate bunurile proprii. Este introdusă logodna ca

<sup>6</sup> E. Agostini, *Droit compare*, PUF, Paris, 1989, p. 16.

<sup>7</sup> C.M. Crăciunescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 3.

formă de uniune premaritală. De altfel, resimțim și o oarecare dejudiciarizare a raporturilor familiale, acest fapt fiind redat prin posibilitatea de desfacere a căsătoriei, în condițiile impuse de lege, la notar sau la ofițerul de stare civilă.

Analiza succintă și lapidară a noului Cod civil, în comparație cu reglementările actuale în materia dreptului familiei și având ca model dreptul francez, ne conferă certitudinea schimbărilor oferite de noua legislație ce așteaptă intrarea în vigoare, însă, nu dezvăluie surpriza efectului creat la nivel social.

### 2.1. Imprecizia obiectivului de consacrare a unei noi ordini sociale

În afara oricăror perturbări resimțite la nivel social, efectul de cristalizare pe care îl implică uneori codificarea, nu poate decât să incite un grup social dominant în acel moment, să-și impună prin intermediul normei, acele relații ce îi sunt favorabile. Georges Ripert a evidențiat faptul că „norma juridică este, indiferent de epocă, produsul luptelor ce străbat societatea”.<sup>8</sup> Dar, codificarea se înscrie adesea în limitele unei crize sociale, permițând, în consecință, fixarea unor noi reguli juridice născute din schimbările survenite la nivelul raporturilor sociale; acestea se traduc adesea prin recunoașterea pretențiilor celor care au declanșat respectiva criză. Ea asigură astfel, consacrarea simbolică a unui succes, facilitează reîntoarcerea la o situație de calm după o perioadă de instabilitate și reiterează securitatea juridică perturbată. „Codul este pecetea unui armistițiu social, consolidând pentru viitor valorile ce fundamentează o nouă ordine socială, o calmează și o revitalizează în același timp.”<sup>9</sup>

În tot acest proces de codificare determinarea obiectivului este destul de dificilă. Pe de o parte, recunoaștem *The law as it ought to be* – elaborarea unui Cod ce permite crearea unei noi ordini sociale, și, pe de altă parte, *The law as it is* – acea codificare ce constituie numai o redactare ordonată a normelor în vigoare, fără a prescrie un comportament întipărit la nivelul realității sociale.<sup>10</sup> Diferența este dată tocmai de imprecizia obiectivului de consacrare a unei noi ordini sociale, imprecizie ce poate fi eliminată prin determinarea la nivelul conștiinței colective a voinței generale.

Introducerea unor noi instituții juridice, prin intrarea în vigoare a noului Cod civil, trebuie să-și găsească legitimitatea în sistemul valoric al individului, pentru ca norma de drept să poată produce la nivel social efectul dorit. Imposibilitatea individului de a percepe și de a asimila liber noile concepte va conduce la nerespectarea normelor implantate, reguli ce nu și-au găsit fundament în realitatea societății căreia i se aplică.

### 2.2. Dorința individului de a asimila noile concepte

Așa cum spuneam, legea încearcă să surprindă necesitățile pe care le înfățișează viața socială, ea căpătând formă juridică și realizându-se apoi în procesul conviețuirii umane. Legiuitorul transpune în forme juridice realitatea juridică existentă deja în societate, dar care nu este încă decât o stare difuză a conștiinței colective. Oamenii

<sup>8</sup> R. Cabrillac, *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, société, Paris, 2002, p. 150.

<sup>9</sup> J.L. Halpérin, *L'impossible Code Civil*, PUF, Paris, 1992, p. 84.

<sup>10</sup> Philippe Malaurie, *Rapport de synthèse*, în *La codification, sous la direction de Bernard Beignier*, Éd. Dalloz, Toulouse, 1996, p. 201.

nu se supun orbește necesităților sociale, ci încearcă să le depășească, ei nu se mulțumesc să trăiască ceea ce este, ci ceea ce trebuie să fie.<sup>11</sup>

Dreptul reglementează doar conduita exterioară a indivizilor, căci doar raporturile intersubiective interesează viața socială și deci, ordinea juridică. Dreptul poate constrânge la o anumită acțiune sau abstențiune dar nu poate constrânge opinia intimă, voința internă care se materializează în comportamentul exterior. Legea poate încerca să orienteze prin educație viața intimă a subiecților, dar nu poate forța sentimentele însele.

Trebuie să amintim că ideea care garantează că democrația rezultă din libertate este aceea că „cei supuși ordinii juridice participă la crearea ei”<sup>12</sup>. Libertatea-autonomie trebuie astfel însoțită, pentru a fi reală, de o libertate de participare.

La rândul său, pentru ca această participare să fie reală trebuie să fie îndeplinite câteva condiții minimale: în primul rând, să existe dorința de participare resimțită la nivel de conștiință individuală și, în al doilea rând, individul să fie capabil să participe, ceea ce implică faptul de a fi informat.

Se pune deci problema dacă „justificarea principiilor de acțiune corectă sau justă” are rezonanță în „capacitatea agenților de a-i utiliza în viața și acțiunea lor”.<sup>13</sup>

Educația trebuie să joace un rol major în reorientarea individului spre normă, spre just. Este nevoie ca indivizii să înțeleagă că în societate nu există doar drepturi, ci și obligații.<sup>14</sup>

Educarea individului în perceperea noilor concepte reglementate în noul Cod civil va determina posibilitatea aplicării mai ușoare a normei, ea fiind plasată, prin cunoaștere la nivelul conștiinței individului ce o va percepe într-un final ca făcând parte din sistemul său de organizare a relațiilor cu el și cu ceilalți.

Instituțiile introduse la nivelul noului Cod civil își vor găsi aplicabilitate în măsura în care individul educat să înțeleagă aceste reglementări, le va accepta și le va integra în sistemul propriu de sistematizare a acțiunilor la nivelul societății.

### § 3. Perspectiva edificării unui sistem juridic de orientare prescriptivă

În edificarea unui sistem juridic este necesar să înțelegem ideile directoare care determină orientarea dreptului în procesul elaborării, dezvoltării și aplicării sale. Apoi, pe lângă necesitățile și principiile normării, trebuie să determinăm modelul de societate pe care puterea publică și-l propune ca scop și nu în ultimul rând, trebuie să detectăm tehnicile și metodele cele mai potrivite pentru atingerea finalității sistemului juridic. Cu alte cuvinte, trebuie să avem capacitatea de a concepe și formula ideile directoare care determină această orientare a dreptului, or acest lucru se poate face numai prin ceea ce numim politică juridică.

---

<sup>11</sup> I. Dogaru, D.C. Dănișor, Gheorghe Dănișor, *op. cit.*, p. 227.

<sup>12</sup> D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I. *Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 85.

<sup>13</sup> A. Duhamel, *Une éthique sans point de vue moral. La pensée éthique de Bernard Williams*, PUF, Paris, 2003, p. 6.

<sup>14</sup> G. Dănișor, *Filosofia drepturilor omului*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 124.



Pentru ca obiectivul, odată stabilit, să fie trecut prin etapele necesare pentru a se ajunge la o finalitate, este necesară asigurarea unui echilibru între dinamica și statica dreptului.<sup>15</sup>

Dat fiind dinamismul social, legiuitorul este supus unei presiuni accentuate a faptelor sociale, de natură economică, socială, ideologică, culturală. Dreptul, al cărui rol este de a ordona, în vederea binelui existențial, raporturile sociale, tinde să fie dominat de fapte.<sup>16</sup> Există tentația de a modifica prea rapid legislația, creându-se astfel o inflație juridică ale cărei consecințe sunt devastatoare pentru statul de drept și pentru garantarea libertăților fundamentale.<sup>17</sup> De aceea, o bună politică legislativă, trebuie să evite bulversarea prea rapidă a reglementărilor, să ofere o stabilitate normativă care să constituie baza siguranței juridice și deci a încrederii în regula de drept, o previzibilitate cât mai accentuată a constrângerii. Din acest punct de vedere aducem în discuție edificarea unui sistem juridic de orientare prescriptivă, în care legiuitorul prevede pe cât posibil situația de fapt și o transpune la nivel de normă juridică, rămânând la intima convingere a celui ce aplică legea să valorifice în modul cel mai bun cu putință spre definirea obiectivului și atingerea finalităților dreptului, binele existențial, acel agathon ce pune în valoare individul aflat în relație.

Dreptul nu trebuie să intervină decât dacă binele comun cere intervenția sa. Cu alte cuvinte, normarea nu trebuie să intervină decât indivizii își conformează spontan conduitele finalității regulilor proiectate. „Legile inutile slăbesc legile necesare”.<sup>18</sup> Trebuie deci evitat ca legiferarea să devină un spectacol politic. Legile trebuie să fie cerute de societate și nu edictate pentru gloria legiuitorilor. O lege indiferentă binelui public este o lege care distruge încrederea în legiferare în genere.<sup>19</sup>

Activitatea de legiferare trebuie să fie fundamentată științific, în sensul că, mai întâi de toate, trebuie determinate necesitatea și finalitățile normării. Legea trebuie să reflecte o necesitate socială, ceea ce înseamnă că o bună politică legislativă trebuie să pornească de la cercetarea atentă a realității sociale și o proiectare atentă a consecințelor unor eventuale reglementări, de la admisibilitatea ei din punct de vedere psihologic și de la posibilitatea realizării ei efective în practică.<sup>20</sup>

„Este, de aceea, o cerință majoră a unei activități de legiferare tinzând spre eficiență ca să facă din latura cognitivă un moment esențial al operei de construire a reglementărilor juridice, organizând contactul cu realitatea, multiplicând canalele de informare și cunoaștere, transformând știința într-un moment hotărâtor al operei de legiferare”.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 142.

<sup>16</sup> I. Dogaru, D.C. Dănișor, G. Dănișor, *op. cit.*, p. 223.

<sup>17</sup> D.C. Dănișor, *op. cit.*, p. 106.

<sup>18</sup> Montesquieu, *De l'esprit de lois*, cartea XXIX, cap. XVI.

<sup>19</sup> I. Dogaru, D.C. Dănișor, G. Dănișor, *op. cit.*, p. 222.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> A. Naschitz, *Teorie și tehnică în procesul de creare a dreptului în lumina filosofiei marxiste a dreptului și a practicii legislative a statului socialist român*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1969, pp. 122 și 123.

### 3.1. Dreptul pentru sine sau dreptul pentru individ

Una dintre modalitățile de a concepe scopul social presupune centrarea acestuia pe individ: în relația individ-societate, individul este primordial din punct de vedere valoric, el are o valoare în sine, iar societatea și statul nu sunt decât instrumente pentru realizarea libertății lui, care devine astfel scopul oricărei structuri colective, inclusiv al societății globale, politice și al statului, iar această primordialitate și libertate, pentru a nu fi o simplă iluzie, trebuie protejate juridic, prin intermediul statului constituțional, a libertății politice și a libertății individuale.<sup>22</sup>

Extremismul la care tinde individualismul în cadrul evoluției ireversibile – de-a lungul timpului – a democrației este constatat chiar de Alexis de Tocqueville, iar riscurile pe care acest fenomen le implică îi converg și devin îngrijorări pe care ni le împărtășește: „oare toate secolele s-au asemănat cu al nostru? Omul să fi avut el întotdeauna înaintea ochilor, ca în zilele noastre, o lume în care nimic nu se leagă, în care virtutea nu are geniu, și geniuul nu are onoare, în care dragostea de ordine se confundă cu atracția pentru tirani, iar cultul sacru al libertății cu disprețul pentru legi, o lume în care conștiința nu aruncă decât o lumină incertă asupra acțiunilor omenești, în care nimic nu mai poate să fie nici interzis, nici permis, nici cinstit, nici rușinos, nici adevărat, nici fals?”<sup>23</sup>

Atomizarea societății, prin alunecarea individului din starea sa autonomă spre independența absolută, nu poate fi benefică nici pentru el și nici pentru colectivitate, pentru că fără aceasta din urmă, individul riscă să dispară.<sup>24</sup> Care ar fi atunci soluția? Poate exista un termen intermediar între colectivitate (umanism și individ (individualism)? Cu alte cuvinte, poate un astfel de termen mediu să pună de acord individul cu colectivitatea în deplină libertate? Poate fi compatibilă ordinea cu libertatea individuală?<sup>25</sup>

Dacă independența individuală este ruptă de autonomie, ea nu poate să instituie intersubiectivitatea și, în felul acesta, individual este *a-social*. În schimb, în ceea ce privește autonomia, modernitatea are în prim plan, „perspectiva relației individ-individ”, și astfel, are în vedere intersubiectivitatea, în așa fel încât omul este considerat ființă socială. Mergând pe această logică, urmează că luând în considerație principiul autonomiei, modernitatea nu vizează în primul rând relația dintre om și lucruri, ci relația omului cu oamenii. Dacă individualismul susține că modernitatea vizează nu numai independența în raport cu natura, ci și în raport cu ceilalți oameni, înseamnă că după această viziune societatea nu se poate constitui. Dacă independența în raport cu lucrurile este fundamentată pe autonomia individuală, adică pe acea capacitate a ființei umane de a se sustrage cauzalității naturale și a fi chiar el începutul unei serii cauzale, atunci independența poate fi acceptată. Solul pe care înflorește însă, este autonomia, adică acea libertate a omului de a-și da sieși legea.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> D.C. Dănișor, *op. cit.*, p. 55.

<sup>23</sup> A. de Tocqueville, *Despre democrație la americani*, Ed. Humanitas, București, 1992, pp. 51 și 52.

<sup>24</sup> G. Dănișor, *op. cit.*, p. 28.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 30.

Într-o astfel de concepție interioritatea morală, pur individuală, este în acord, în mod proporțional cu exterioritatea supusă legii. Dacă există o astfel de armonizare, se poate spune că omul este capabil să-și dea sieși legea pe care apoi să o respecte.

Individualismul exacerbat își pune amprenta și pe normele juridice. Cel mai adesea, sunt edictate acte normative care să satisfacă anumite interese personale ori interesele unor elite, grupuri influente etc. Efectele dezastruoase ale individualismului se încearcă a fi contracarate prin măsuri care să întărească spiritul comunitar, dar ele cad de multe ori spre extreme, conturând abuzuri ce se percep tot mai mult în afara cadrului legislativ. Orientarea spre un individualism extremist și relativist este, în ultimă instanță, o problemă de mentalitate adânc încrustată în structura psihologică a omului din societatea actuală. Modificarea mentalităților este o problemă de durată și nu poate fi combătută prin măsuri coercitive, ci, în primul rând, prin educație, prin redescoperirea spiritului comunitar.

Se poate accepta ușor că baza comunității cu caracter de universalitate cu rezonanță individuală puternică nu este, în primul rând, rațiunea, ci *Binele ontologic*, adică acel *a-fi-împreună* (zoon politikon care este comun, dat și al fiecăruia în parte). Acceptând sau, mai degrabă, descoperind Binele, se revine la dreptul natural care, așa cum vom vedea, constă în acele reguli, care nu sunt instituite de voința umană și care sunt liber consimțite de către toți. Nu este vorba în acest caz de *drepturi*, ci de *drept*.<sup>27</sup>

### 3.2. Transpunerea voinței generale la nivel de realitate juridică

Din analiza realizată mai sus se conturează ideea unei contradicții care domină modernitatea până în zilele noastre. Este vorba de contradicția dintre voința generală și voințele particulare. Legea, ca rezultat al voinței generale, cu caracterul său general și abstract, tinde în permanență să suprimă deciziile voințelor individuale. Este știut că legea nu poate să se refere decât la o anumită zonă de interes pe care încearcă să-l impună particularilor.

Pentru a determina limitele libertății voinței, trebuie văzut în ce măsură aceasta poate greși sau în ce măsură poate fi înșelată. Atunci ne punem întrebarea „*este voința generală liberă?*” sau „*voința generală poate fi coruptă?*”.

Trebuie să ne amintim că voința generală era definită ca rezultată a voințelor individuale, dar ce se întâmplă când vorbim despre o voință generală ca sumă a voințelor individuale?

Tocmai în acest sens este necesar să distingem între voința generală și voința tuturor, deoarece prima are în vedere numai interesul comun, în timp ce cea de-a doua este suma unor interese particulare. Or, „când interesele particulare încep să se facă simțite, și societățile mici s-o influențeze pe cea mare, interesul comun se schimbă în rău și găsește opozanți”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>28</sup> J.-J. Rousseau, *Contractul social*, Cartea II, cap. VI, Ed. Științifică, București, 1957, p. 234.

Pentru a vedea în ce măsură voința generală este liberă, trebuie analizate raporturile care se stabilesc și determină, la un moment dat, prevalența unui anumit tip de interes, urmat mai apoi de un comportament adecvat măsurilor ce sunt necesare în vederea îndeplinirii scopului propus.

Astfel, atât în relația individ-individ cât și în relația individ-stat, cetățeanul corect informat și dornic să se exprime, determinat de crezul în interesul comun, va delibera, iar „din marele număr al micilor diferențe ar rezulta întotdeauna voința generală, iar hotărârea ar fi întotdeauna bună”<sup>29</sup>. În schimb, individul, aflat în oricare din aceste relații, când este călăuzit de un interes particular, conștient sau rezultat al unei imagini mediatice, va delibera doar aparent în sensul interesului general.

Implantarea discursului politic la nivelul conștiinței individului îi creează acestuia sentimentul de apartenență la un grup predeterminat, un grup ce are prestabilite anumite elemente de coeziune și care imprimă persoanei dorința de a păstra neatinse aceste elemente, voința individului transformându-se în țelul existențial al acestei *factiuni* ce are interesul de a „vietui”, indiferent dacă acest lucru se întâmplă în conformitate cu voința generală sau, din contră, reprezintă o disociere față de aceasta. Problema nu se mai pune la nivelul exprimării opiniei, ci la nivelul formării ei, unde ne lovim de un fenomen care nu este nici pe departe natural, deoarece lupta se duce pentru imagine și este purtată în scopul impregnării la nivel inconștient a informației ce va avea ca scop asocierea individului la masa aderenților la structură, iar acest deziderat este atins de grupul ce va reuși îndochinarea adecvată a simpatizanților săi, utilizând canalul informațional cel mai des accesat și cu impactul cel mai mare.

Ceea ce ne interesează în mod special în acest proces de normare este finalitatea, care trebuie să fie o realitate juridică ce se pliază cât mai bine pe realitatea socială. Or, în zilele noastre această finalitate nu este atinsă de fiecare dată, existând legi ce se nasc „desuete”, întrucât realitatea nu se regăsește la nivelul normei sau deoarece individul nu consideră norma ca dispunând cu privire la o stare de fapt reală și, în consecință, nu o respectă, nu o consideră ca făcând parte din sistemul juridic.

Acest lucru se întâmplă deoarece nu există niciun demers preliminar acțiunii de legiferare, realitatea normată nereflectând baza socială cu care ar trebui de fapt să fie compatibilă. Fărămițarea normativă, specializarea excesivă a legilor și lipsa interpretării au provocat ceea ce în prezent numim „inflație legislativă”, acest fenomen având ca efecte superficialitatea și imaturitatea legilor, care, fiind „constrânse să se modifice prea rapid, nu au timpul unei reale elaborări”<sup>30</sup>.

„Dar când întreg poporul hotărăște cu privire la întreg poporul, atunci el nu se ia în considerare decât pe sine însuși; iar dacă se formează atunci un raport, este doar raportul între obiectul întreg luat dintr-un anumit punct de vedere și obiectul întreg luat din alt punct de vedere, fără niciun fel de împărțire a întregului. În cazul acesta, materia asupra căreia se hotărăște este generală, întocmai ca și voința care hotărăște. Acesta este actul pe care îl numesc eu lege”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 121.

<sup>30</sup> I. Dogaru, D.C. Dănișor, G. Dănișor, *op .cit.*, p. 375.

<sup>31</sup> J.-J. Rousseau, *op.cit.*, p. 135.

Definind legea ca expresie a voinței generale, Rousseau distinge la nivel ideatic un dublu sens al acestei manifestări, înțelegând legea ca operă a întregului popor asupra și pentru întregul popor. Este vorba, mai întâi, de credința în necesitatea forței legii, o lege dotată cu capacitatea de a fi coercitivă pentru salvagardarea grupului. Legea este necesară pentru că tinde să elimine teama de celălalt, prin instaurarea unei ordini și prin asigurarea unei protecții. Pentru ca mai apoi să fie vorba de credința că beneficiarii constrângerii sunt cei cărora aceasta li se aplică.

De asemenea, actele normative nu au valoare în mod izolat, ci doar încadrându-se într-un sistem legislativ, subordonându-se finalității acestuia. Codificarea reprezintă o astfel de operă legislativă. Codificarea devine expresia unui drept rațional bazat pe o metodă logică și sistematică ce trebuie să permită stabilirea unor principii generale și să prevadă consecințe concrete și comprehensibile individului<sup>32</sup>. Cum spunea Portalis, „Codul este spiritual metodei aplicate legilor”. Codificarea reprezintă mai mult decât un cumul de legi, ea deține spiritul unui sistem în totalitatea sa.<sup>33</sup>

## § Concluzii

Cu toate că au existat păreri<sup>34</sup> în doctrină care au susținut ineficiența existenței codurilor, acestea fiind considerate mult prea rigide și ca reprezentând o încorsetare a dreptului, se ajunge totuși la concluzia că sistematizarea actelor normative răspunde unei duble eficiențe: cunoașterea mai facilă a reglementărilor și eliminarea sau preîntâmpinarea contradicțiilor între diversele acte normative.

## BIBLIOGRAFIE:

- Agostini Eric, *Droit compare*, PUF, Paris, 1989.
- Bouineau Jacques, Roux Jérôme, *200 ans de Code civil*, Éd. L'imprimerie de la République, Paris, 2004.
- Cabrillac Rémy, *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, société, Paris, 2002.
- Colin Ambrois, Capitant Henry, *Precis de droit civil*, édition revue par Julliot de la Morandiere, Paris, Éd. Dalloz, 1957.
- Crăciunescu Cristiana Mihaela, *Regimuri matrimoniale*, Ed. All Beck, București, 2000.
- Dănișor Dan Claudiu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I. Teoria generală, Ed. C. H. Beck, București, 2007.

---

<sup>32</sup> S. Nadaud, *Codifier le droit civil européen*, Éd. Lancier, Belgique, 2008, p. 255.

<sup>33</sup> Cité par C. Jauffret-Spinosi, *Perennité, évolution ou désuétude des codes: aspect de droit comparé*, R.R.J, 2004, no special Cahier de méthodologie juridique no. 19, p. 2743.

<sup>34</sup> A. Colin, H. Capitant, *Precis de droit civil*, édition revue par Julliot de la Morandiere, Paris, Éd. Dalloz, 1957, p. 204.

- Dănișor Gheorghe, *Filosofia drepturilor omului*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.
- Dogaru Ion, Dănișor Dan Claudiu, Dănișor Gheorghe, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006.
- Duhamel André, *Une éthique sans point de vue moral. La pensée éthique de Bernard Williams*, PUF, Paris, 2003.
- Gaudemet J., *La codification, ses formes et ses fins*, Rev. juridique et politique independance et cooperation, Paris, 1986.
- Ghiță Oana, *Despre necesitatea reglementării relațiilor de familie în Proiectul Codului Civil*, Revista de Științe Juridice, nr. 2/2006, Ed. Themis, Craiova.
- Halpérin Jean Louis, *L'impossible Code Civil*, PUF, Paris, 1992.
- Jauffret-Spinoși C., *Perennité, évolution ou désuétude des codes: aspect de droit comparé*, R.R.J, 2004, no. special Cahier de méthodologie juridique no. 19.
- Malaurie Philippe, *Rapport de synthèse*, in La codification, sous la direction de Bernard Beignier, Éd. Dalloz, Toulouse, 1996.
- Nadaud Séverine, *Codifier le droit civil européen*, Éd. Lancier, Belgique, 2008.
- Naschitz A., *Teorie și tehnică în procesul de creare a dreptului în lumina filosofiei marxiste a dreptului și a practicii legislative a statului socialist român*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1969.
- Oppetit Bruno, *De la codification*, in La codification, sous la direction de Bernard Beignier, Éd. Dalloz, Toulouse, 1996.
- Popa Nicolae, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996.
- Rousseau Jean-Jacques, *Contractul social*, Cartea II, cap. VI, Ed. Științifică, București, 1957.
- Tocqueville Alexis de, *Despre democrație la americani*, Ed. Humanitas, București, 1992.

## Unele aspecte privind dreptul la apărare în cadrul procedurilor administrative și fiscale

*Drd. Adriana-Florina BĂLĂȘOIU*



### Some aspects of the right to defense under administrative and fiscal procedures

**Abstract:** This approach is based on the classification, under the doctrine<sup>1</sup>, of administrative and fiscal sanctions as criminal penalties from the criminal side point of view stipulated by art. 6 (ECHR). The European Court jurisprudence also supports the expansion of the scope of this article.

„Fair trial” derives from two types of guarantees: the judge, on the one hand, and the procedure itself, on the other hand.<sup>2</sup> Article 6 of the European Convention of Human Rights indicates that the fairness of the procedure consists of three complementary guarantees, namely: the reasonable period of the procedure, the right to be heard fairly and the publicity of the proceedings.

**Keywords:** the European Court of Human Rights, contentious administrative and fiscal matters, fair trial, presumption of innocence, the Fiscal Procedure Code, celerity, reasonable nature.

În contextul modificărilor legislative actuale în domeniul contenciosului administrativ și fiscal, garantarea dreptului la apărare al persoanelor implicate reprezintă un deziderat dificil de atins. Pentru o analiză adecvată a dreptului la apărare în aceste domenii trebuie avute în vedere atât procedurile care se desfășoară în fața organelor administrativ-jurisdicționale cât și procedurile judiciare propriu-zise. Este evident că în fiecare dintre cele două cazuri condițiile de exercitare a acestui drept sunt diferite, fiind impuse de specificul fiecărei proceduri în parte. Totuși, indiferent de condițiile respective, dreptul la apărare ca o componentă esențială a dreptului la un proces echitabil trebuie respectat.

---

<sup>1</sup> F. Sudre, „Droit européen et international des droits de l’homme”, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, pp. 392-294.

<sup>2</sup> L. Sermet, „Convention Européenne des Droits de l’Homme et Contentieux Administratif Français”, Economica Publishing House, Paris, 1996, pp. 207-208.

Prezentul studiu își propune să analizeze cum este respectat în concret acest drept în cadrul diferitelor fațete ale contenciosului administrativ și fiscal român.

„Procesul echitabil” decurge din două categorii de garanții privind pe de o parte judecătorul, iar pe de altă parte procedura în sine.<sup>3</sup> Art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, relevă faptul că echitatea procedurii este compusă din trei garanții complementare și anume: termenul rezonabil al procedurii, dreptul de a fi ascultat în mod echitabil și publicitatea procedurii.

Dreptul la apărare în materia contenciosului administrativ și fiscal, ca o componentă a dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 din Convenție, va fi analizat în cele ce urmează din perspectiva garanțiilor specifice în cadrul procedurilor judiciare: prezumția de nevinovăție, celeritatea și publicitatea dezbaterilor judiciare; coroborate cu o posibilă limitare în fața organelor administrativ-jurisdicționale.

Astfel, ne vom orienta spre semnalarea acestor aspecte cu implicații practice deosebite impuse de forța juridică a Convenției. Aceasta din urmă nu trebuie să fie doar invocată ci trebuie aplicată în mod direct în fața judecătorului național.

Prin urmare, indiferent de calificarea faptei în dreptului intern, persoana acuzată de un delict penal (după criteriile dezvoltate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului trebuie să beneficieze de garanțiile procedurale, datorită imperativului aplicării cu prioritate a prevederilor Convenției față de dispozițiile din dreptul intern.

Prezentul demers se bazează pe calificarea în doctrină<sup>4</sup> a sancțiunilor administrative și fiscale ca fiind sancțiuni penale, din perspectiva laturii penale a art. 6. Extinderea câmpului de aplicare al acestui articol este susținută și de jurisprudența Curții Europene. Cu titlu de exemplu vom aminti raționamentul acesteia în cazul retragerii punctelor permisului de conducere când consideră această măsură o „pedeapsă accesorie” din cauza caracterului său punitiv și disuasiv<sup>5</sup>. O logică asemănătoare se observă și în materie fiscală, respectiv, sancțiunea prevăzută de norma fiscală de aplicabilitate generală referitoare la anumite nerespectări ale Codului general al impozitelor cu penalități (în Franța, prezintă un caracter vădit punitiv și preventiv. Aceasta deoarece cuantumul ridicat permite o eventuală priveră de libertate a persoanei în caz de neplată, deși prejudiciul posibil era considerat reparat prin impunerea de dobânzi.<sup>6</sup>

## § 1. Prezumția de nevinovăție. Sarcina probei

Un prim aspect al problematicii abordate se referă la prezumția de nevinovăție. Se pune problema ei atunci când se discută despre o „acuzăție în materie penală”,

---

<sup>3</sup> L. Sermet, *Convention Européenne des Droits de l'Homme et Contentieux Administratif Français*, Ed. Economica, Paris, 1996, pp. 207 și 208.

<sup>4</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, pp. 392-394.

<sup>5</sup> Hotărârea din 23 septembrie 1998 pronunțată în *cauza Maligne c. Franța* în materie administrativă.

<sup>6</sup> Hotărârea din 24 februarie 1994 pronunțată în *cauza Bendenoun c. Franța* în materia majorării impozitelor.



una dintre cele două laturi ale art. 6. Terminologia folosită nu este una precisă, dar având în vedere jurisprudența dezvoltată de Curtea Europeană precum și obiectul și scopul textului convențional în discuție, reiese cu evidentă că asigurarea dreptului la apărare este necesară atât în faza prealabilă a procesului propriu-zis cât și în faza de judecată. Prin urmare, prezumția de nevinovăție privește toate aceste faze ale procedurii penale și nu numai organele judiciare, ci și alte autorități publice.

Se cuvine să precizăm că sintagma de „acuzăție în materie penală” reprezintă o noțiune autonomă specifică Convenției. Acest lucru permite ca o faptă calificată în dreptul intern ca fiind de natură administrativă, să fie considerată, din perspectiva Convenției ca fiind de natură penală. O astfel de operațiune împiedică autoritățile interne să evite aplicarea laturii penale a art. 6 din Convenție. Calificarea acesteia ca fiind de natură penală se realizează cu ajutorul a două criterii: 1. dacă este îndreptată îndeosebi împotriva unui obiect ce ține de societate, în ansamblu, și de drepturile unei singure persoane; 2. dacă sancțiunea aplicată are rol preventiv iar nu reparator.<sup>7</sup>

Prezumția de nevinovăție implică și faptul că sarcina probei revine acuzării, adică aceasta din urmă trebuie să indice persoanei acuzate faptele ce i se impută și să probeze aceste acuzații. În același timp, de orice situație îndoielnică beneficiază cel acuzat, conform principiului *in dubio pro reo*. După cum am amintit, această garanție privitoare la nevinovăție este aplicabilă și unei proceduri în materie de fraudă fiscală sau de sancțiuni administrative, în cazul în care este vorba despre fapte imputabile ce au o conotație penală. Totodată, pentru a da efectivitate prezumției de nevinovăție este interzisă orice declarație sub formă interogativă sau dubitativă cu privire la vinovăția unei persoane într-unul dintre aceste cazuri.<sup>8</sup>

După aceste precizări de ordin general, vom prezenta modul în care se face aplicarea art. 6 în anumite ipoteze particulare care nu sunt penale în dreptul intern român, dar pot fi calificate astfel potrivit criteriilor subsidiare stabilite de către instanța europeană. Este cazul contravențiilor rutiere și fiscale, precum și al unor delictive disciplinare. Ne limităm doar la aceste aspecte întrucât din perspectiva prezentei secțiuni nu putem extinde discuția și asupra litigiilor fiscale în ansamblu, ele putând fi analizate pe tărâmul dreptului la un proces echitabil în materie civilă. Deși uneori s-a observat o schimbare a opticii judecătorilor europeni se poate desprinde concluzia că în privința contravențiilor fiscale se poate determina un caracter penal în sensul art. 6. Din prisma aplicabilității sau inaplicabilității acestuia în materia procedurilor contravenționale rutiere se constată stadiul neclar al jurisprudenței Curții. Fără o analiză exhaustivă, în acest context, a soluțiilor instanței de la Strasbourg vom insista asupra aplicabilității din cel puțin două motive. Primul ar fi că în majoritatea statelor europene o mare parte din delictivele rutiere sunt infracțiuni, rațiunea unei astfel de încadrări fiind evidentă (e.g. condusul în stare de ebrietate). Cel de-al doilea motiv își găsește suportul în art. 21 din Constituție de unde reiese aplicabilitatea dreptului la

---

<sup>7</sup> R. Chiriță, *Dreptul la un proces echitabil. Tomul I.*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, pp. 15 și 16.

<sup>8</sup> C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și Libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 543-546.

un proces echitabil în orice ramură de drept, fiind înlăturată astfel orice portită legală permisă de Curte de care ar putea abuza statul, negând drepturile procedurale în această materie. În același timp se poate marșa și pe evidențierea strânsei legături între domeniul fiscal și cel contravențional prin aceea că sumele provenite din amenzi se fac venit la bugetul de stat, iar acesta din urmă face parte din bugetul general consolidat (reglementat în Codul de Procedură Fiscală).

În sprijinul celor afirmate trebuie reamintită hotărârea Anghel c. România<sup>9</sup> cunoscută deja pentru efectele importante pe care le-a avut asupra sistemului de procedură contravențională român. Din prisma prezumției de nevinovăție a contravenientului, ce a fost încălcată în speța respectivă, s-a constatat răsturnarea sarcinii probei datorită prezumției de legalitate a procesului-verbal de constatare a contravenției. În mod normal revine acuzării să indice persoanei interesate acuzațiile ce i se aduc, precum și probe suficiente pentru a întemeia o susținere de vinovăție și să îi ofere ocazia de a-și pregăti și susține apărarea (cauzele Barbera, Messegue și Jabardo c. Spaniei<sup>10</sup> și Bernard c. Franței<sup>11</sup>). La momentul respectiv au existat două probleme din această perspectivă: dacă agentul constator a fost sau nu de față la momentul producerii acțiunilor sancționate contravențional (ceea ce nu s-a întâmplat și, așa cum se arată în doctrina administrativă, în special, există o prezumție de veridicitate (actul reflectă în mod real ceea ce a stabilit autoritatea emitentă<sup>12</sup> de care se bucură procesul-verbal). Corelativ acestui aspect este faptul că simpla decizie a celui sancționat de a nu contesta procesul-verbal echivalează cu recunoașterea vinovăției acestuia, constatată și bazată pe puterea de decizie a organului constator, care nu prezintă garanțiile de independență și imparțialitate.

Este evident că raporturile juridice între administrație și cel administrat sunt caracterizate de inegalitate, în general prin aceea că cel care cere să i se rezolve o problemă și în sarcina căruia stă să probeze cele susținute, se găsește în situația cea mai defavorizată, întrucât mijloacele de probă de care are nevoie se găsesc la organele administrative. Tocmai pe acest filon de gândire ne întemeiem și următoarea susținere în privința renunțării la parcurgerea unui recurs administrativ ierarhic anterior sesizării instanței de contencios administrativ în vederea obligării autorității administrative-fiscale competente să emită decizia de soluționare a contestației, în cazul neemiterii acesteia în termenul reglementat de lege. Mai precis, este vorba despre procedura administrativă prealabilă prevăzută de art. 7 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 și de dispozițiile art. 205-218 din Codul de procedură fiscală privind soluționarea contestațiilor formulate împotriva actelor administrative fiscale.

În conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ, cel care se consideră vătămat într-un drept sau interes legitim al său prin nesoluționarea în termen sau prin refuzul nejustificat de soluționare a unei cereri se poate adresa instanței de contencios administrativ, în acest caz procedura prealabilă nemaifiind obligatorie.

---

<sup>9</sup> Hotărâre din 4 octombrie 2007.

<sup>10</sup> Hotărârea din 6 decembrie 1988.

<sup>11</sup> Hotărârea din 23 aprilie 1998.

<sup>12</sup> A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, ed. a III-a, vol. II, Ed. All Beck, București, 2002, p. 428.

În pofida acestei prevederi benefice pentru activitatea autorităților administrative de soluționare a petițiilor apare o problemă generată de reglementările distincte din cele două acte normative. Astfel, conform Codului de procedură fiscală – art. 205, 207, 210- contribuabilul ar trebui să urmeze o nouă procedură prealabilă pentru a obține emiterea deciziei de soluționare a contestației, deși el s-ar putea adresa direct instanței de contencios administrativ în baza dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 554/2004. În acest context normativ soluția nu poate fi afirmată răspicat, ci doar sugerată. Ea ar fi una firească, relevantă de art. 31 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ: „Pe aceeași dată se abrogă Legea contenciosului administrativ nr. 29/1990 (...), precum și orice alte dispoziții contrare”. Deci prevederile din procedura fiscală ar fi abrogate implicit, înțelegându-se chiar că până la modificarea în mod expres a legilor speciale, textele acestora, contrare legii generale, se consideră modificate și se aplică în spiritul reglementărilor Legii contenciosului administrativ.<sup>13</sup> O astfel de soluție este îndreptățită cu atât mai mult cu cât contribuabilul este prejudiciat prin trecerea timpului, întrucât contestația nu suspendă executarea actului administrativ fiscal și nici curgerea majorărilor de întârziere.

Observațiile de mai sus au menirea de a arăta că există importante implicații procesuale impregnate de o prezumție de nevinovăție discutabilă, atât timp cât în momentul declanșării acțiunii în contencios administrativ în acord cu dispozițiile legale menționate se pornește de la premisa că actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate. Această ultimă prezumție este acceptabilă, problema însă o reprezintă faptul că deși justiția este singura autoritate abilitată să hotărască asupra legalității și temeiniciei actului administrativ, împotriva căruia se impune exercitarea procedurii prealabile, accesul la ea este îngreunat tocmai din acest motiv. Valorificarea unui drept procesual al contribuabilului trebuie să se realizeze într-o manieră rezonabilă, aspect ce va fi tratat în continuare. Prin urmare, este o problemă că deși se recunoaște o putere discreționară a administrației în exercitarea prerogativelor sale, fiind probabil ca dreptul de apreciere al autorităților publice să fie exercitat prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege, suspendarea actului administrativ apare ca o situație de excepție de la regula executării din oficiu. Suspendarea este instituția prin care legiuitorul a înțeles să asigure protecție persoanelor fizice și juridice, în raport cu autoritățile publice. Or, în analiza de mai sus, în materie fiscală, suspendarea executării actului administrativ fiscal poate fi posibilă numai dacă se depune o cauțiune de până la 20% din suma contestată, iar în cazul cererilor al căror obiect nu este evaluabil în bani, o cauțiune de până la 2.000 de lei. Aceste condiții alăturate procedurii prealabile nu sunt oare o înfrângere a prezumției de nevinovăție, mai ales în contextul raporturilor evidente de inegalitate, obiectivă de altfel, între administrația fiscală și contribuabil?

---

<sup>13</sup> A. Iorgovan, *Noua lege a contenciosului administrativ. Geneză, explicații și jurisprudență*, ed. a II-a, Ed. Kullusys, București, 2006, p. 251; Pentru mai multe detalii privind conflictul de legi determinat de coexistența normei generale și a celei speciale soluționat printr-un recurs în interesul legii a se vedea Gabriela Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, pp. 360 și 361.

## § 2. Celeritatea procedurii și necesitatea protecției dreptului la apărare

După cum am amintit, efectivitatea dreptului la apărare implică și noțiunea de eficiență. Se prea poate să fie respectate toate celelalte cerințe dezvoltate de Curtea Europeană prin jurisprudența sa cu privire la dreptul la un proces echitabil, la liberul acces la justiție, dacă soluția vine la un interval de timp mare, atunci ea este una inequitabilă. Celeritatea procedurilor este strâns legată de garanția din art. 6 § 1 din Convenție care arată: „Orice persoană are dreptul ca și cauza sa să fie judecată (...) într-o durată rezonabilă de timp”. De asemenea în art. 21 din Constituție se prevede dreptul la o judecată realizată cu celeritate. Trebuie subliniat că aceasta nu înseamnă neapărat o judecată într-o durată de timp prea scurtă, ci, trebuie găsit un echilibru între necesitatea unei proceduri realizată cu celeritate și necesitatea unei analize corecte și complete a aspectelor de drept și de fapt deduse judecătii.

Curtea Europeană a sancționat de multe ori statele europene tocmai din această cauză, a nerespectării unei durate rezonabile a procedurilor judiciare. Acest fapt este datorat analizei *in abstracto* a calității unei legi pe care instanțele constituționale din Europa o realizează, ceea ce este de înțeles dat fiind faptul că durata rezonabilă poate fi apreciată doar în situația unei analize *in concreto* a situației particulare a unui litigiu. De aici se deduce că cele care ar trebui să dea valoare acestui articol 6 din Convenție ar fi instanțele ordinare întrucât au posibilitatea evaluării tuturor elementelor unui caz concret.<sup>14</sup>

În aceste condiții, în cadrul contenciosului administrativ se observă o serie de probleme. Fără a face aici o analiză a jurisprudenței Curtii Europene în ceea ce privește caracterul rezonabil al unei proceduri, trebuie punctate două aspecte ce trebuie avute în vedere și în materie administrativă. Primul se referă la conceptul de durată rezonabilă sau calculul termenului, iar cel de-al doilea are în vedere aprecierea rezonabilității acestui termen. Totodată, pentru aprecierea duratei rezonabile trebuie luată în calcul durata întregii proceduri. Un caracter special al acestei dispoziții din Convenție este reflectat de aceea că reclamantului nu îi mai este impusă obligația epuizării căilor de atac recurs interne, deoarece ar fi nevoie să aștepte finalizarea unei proceduri și așa lipsită de celeritatea cerută.<sup>15</sup>

După cum o chestiune administrativă poate fi asimilată laturii civile sau penale a art. 6 din Convenție, este necesar să se cunoască momentele de început și final ale unei proceduri judiciare.

În principiu, în materie civilă punctul inițial pentru analizarea rezonabilității este cel al sesizării instanței competente<sup>16</sup>, iar, în materie penală este unul anterior începerii fazei de judecată a procesului<sup>17</sup> (momentul primului interogatoriu, al primei percheziții, data arestării etc.)

---

<sup>14</sup> R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Volumul I.*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 360 și 361.

<sup>15</sup> R. Chiriță, *op. cit.*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 362.

<sup>16</sup> Hotărârea *Golder c. Marea Britanie* din 21 februarie 1975.

<sup>17</sup> Hotărârea *Eckle c. Germania* din 15 iulie 1982; sau momentul din care bănuielele îndreptate împotriva reclamantului pot produce repercusiuni importante asupra situației acestuia.

Acestea sunt chestiunile de principiu, deoarece, în practică, după cum am menționat mai înainte, trebuie avută în vedere situația concretă, ceea ce conduce la soluția logică de a se lua în calcul și un moment anterior sesizării instanței în domeniul civil. Ne referim aici la cazul unui recurs grațios către organul care a emis decizia contestată sau cel superior acestuia. Bineînțeles că se cunoaște faptul că noțiunea de „tribunal” nu trebuie interpretată în sensul strict al legislațiilor naționale, fiind o noțiune autonomă dezvoltată de Convenție, termenul referindu-se la un organ jurisdicțional independent față de puterea executivă și față de părți și care oferă garanții procedurale precum contradictorialitatea, imparțialitatea, publicitatea etc. Ratiunea acestei interpretări este tocmai scopul Convenției – acela de garantare a unor drepturi concrete și efective, iar nu teoretice și iluzorii. Tot din această optică se ia în considerare ca moment final al duratei unei proceduri, în materie civilă cel al punerii în executare a deciziei judecătorești<sup>18</sup>, iar în materie penală cel al ultimei decizii cu privire la cauza dedusă judecătii, indiferent dacă aparține unei instanțe de fond sau uneia de casare.<sup>19</sup>

Caracterul rezonabil despre care se vorbește trebuie raportat la natura și complexitatea cauzei precum și la comportamentul autorităților.

În acest sens, art. 14 din Legea nr. 554/2004 se referă la suspendarea executării actului și prevede un termen relativ scurt de introducere a recursului împotriva unei hotărâri de suspendare a unui act administrativ. Acest termen este de 5 zile. El suscită diverse dezbateri în doctrină și a fost motivul câtorva excepții de neconstituționalitate deoarece a fost considerat prea scurt și necorelat cu termenul de 10 zile de motivare a hotărârii judecătorești (termen calculat de la pronunțare). Excepțiile au fost respinse de Curtea Constituțională motivând că declararea recursului nu implică și obligația depunerii concomitente a motivelor de recurs, iar această situație este determinată de necesitatea soluționării cu celeritate a cauzelor în domeniul contenciosului administrativ.<sup>20</sup>

În același timp trebuie însă reținut că termenele prea scurte în care justițiabili își pot exercita drepturile lor procesuale, inclusiv cele referitoare la căile de atac împotriva hotărârilor pronunțate de instanța de judecată, pot fi considerate contrare exigențelor de celeritate. Un astfel de motiv a fost invocat alături de modalitatea de citare într-o Decizie a Curții Constituționale nr. 189 din 2 martie 2006<sup>21</sup> prin care a fost admisă excepția de neconstituționalitate, determinând mai apoi schimbarea art. 4 alin. (3) din Legea nr. 554/2004.

De asemenea, instanța europeană acordă o importanță deosebită situațiilor în care sunt percepute dobânzi sau penalități asupra unei sume de bani ce constituie obiectul unui litigiu. Este vorba despre o percepere pe parcursul soluționării procesului, iar întârzierea rezolvării cauzei are un caracter împovăraător pentru reclamant.<sup>22</sup> Un

---

<sup>18</sup> Hotărârea *Silva Pontes c. Portugalia* din 23 martie 1994.

<sup>19</sup> Hotărârea *Engel c. Pays-Bas* din 8 iunie 1976, Hotărârea *Deumeland c. Germania* din 29 mai 1986.

<sup>20</sup> Decizia nr. 108 din 13 februarie 2007 publicată în M. Of. nr. 172 din 12 martie 2007.

<sup>21</sup> Publicată în M. Of. nr. 307 din 5 aprilie 2006.

<sup>22</sup> Hotărârea *Schouten și Meldrum c. Olanda* din 9 decembrie 1994.

exemplu în acest sens este cazul contestației reglementată de Codul de procedură fiscală. Introducerea acesteia pe calea administrativă de atac nu suspendă executarea actului administrative fiscal atacat, prin urmare nici curgerea majorărilor de întârziere.

Semnalarea acestor aspecte arată faptul că există unele dificultăți în aplicarea legii și se impune, pentru a răspunde exigențelor de respectare a principiilor dreptului convențional la apărare, ca legiuitorul să intervină cu dispoziții exprese, pentru a fi efectiv dreptul la apărare. Este într-un fel o obligație de diligență din partea statului, în acest sens, creșterea bugetului justiției este o măsură importantă, dar nu trebuie să fie singura. Obligațiile puterii executive și legislative de a lua măsurile necesare pentru ca un litigiu să fie soluționat într-un termen rezonabil pot fi regăsite și în cauza *Buchholz c. Germania*<sup>23</sup>: statul nu este sancționat dacă acționează cu promptitudine și ia măsurile adecvate pentru a îndrepta situațiile excepționale, dar, Curtea își rezervă dreptul de a controla dacă măsurile luate au fost suficiente<sup>24</sup>. În Franța de exemplu, durata medie pentru judecarea unui dosar în fața judecătorului administrativ este de doi ani. În aceste condiții, o reformă a contenciosului administrativ nu este văzută printr-o mărire a numărului căilor de recurs pentru justițiabil, deoarece acesta ar fi tentat să încerce să obțină o decizie favorabilă lui la instanța superioară. Așadar, se susține teza că ar bineveni o mărire a numărului magistraților sau al persoanelor specializate, dar și crearea de instanțe jurisdicționale unice, dar care să prezinte toate garanțiile procedurale necesare pentru un acces efectiv la judecată, implicit garanția de publicitate.<sup>25</sup>

### § 3. Publicitatea dezbatelor judiciare și necesitatea protecției dreptului la apărare

Publicitatea procedurii organelor judiciare vizată de art. 6 § 1 („Fiecare persoană are dreptul la judecarea în mod public” se referă la protecția acordată justițiabililor, în sensul de a fi evitată eludarea controlului public ce trebuie făcut în ceea ce privește justiția. Totodată, această garanție explicită de desfășurare a procedurii unui proces echitabil este și un mijloc de a prezerva încrederea opiniei publice în tribunalele și curțile de judecată.<sup>26</sup> Deși recunoscut acest principiu referitor la publicitate de către toate statele membre ale Consiliului European, el prezintă o mulțime de diferențe în interiorul acestora, rezultate atât din modul în care este înțeles cât și din pricina punerii în aplicare a sa, fie că este vorba despre dezbaterile propriu-zise ale procesului, fie că acestea se referă la „pronunțarea” deciziilor și hotărârilor.<sup>27</sup> Curtea de la

---

<sup>23</sup> Hotărârea din 6 mai 1981.

<sup>24</sup> Hotărârea din 15 iulie 1982 pronunțată în cauza *Eckle*.

<sup>25</sup> L. Sermet, *op. cit.*, pp. 339 și 340.

<sup>26</sup> Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Michel Levinet,

*Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009, p. 348.

<sup>27</sup> *Idem*.

Strasbourg a dat substanță prevederilor convenționale în materie și a decis că într-o procedură care se derulează în fața primei și singurei instanțe, dreptul fiecărei persoane la un proces public implică dreptul la o ședință publică. Renunțarea la publicitate este posibilă din dorința persoanei interesate și dacă natura unor drepturi garantate de Convenție nu exclud această facultate de renunțare care trebuie să fie totodată neechivocă și să nu pună în discuție un interes public important.<sup>28</sup>

Dezvoltând principiul publicității pe cele două paliere: al organizării dezbaterilor judiciare și al pronunțării hotărârilor, se observă că acesta nu este absolut. În privința primului aspect, imperativul publicității dezbaterilor trebuie corelat cu cealaltă garanție explicită a art. 6 din Convenție, anume termenul rezonabil în care se obține o hotărâre judecătorească. Așadar, după un proces public în primă instanță, având în vedere și necesitatea soluționării rapide a cauzelor înscrise pe rolul instanțelor, se poate justifica absența unor dezbateri publice în apel sau/și recurs. Procedura unei astfel de căi de atac poate îndeplini condițiile art. 6 dacă este consacrată exclusiv unor probleme de drept și nu de fapt, conform sistemului de drept procesual al statului contractant.<sup>29</sup> În ceea ce privește al doilea aspect trebuie subliniat faptul că normarea din art. 6 parag. 1 conform căreia hotărârile trebuie să fie pronunțate public prezintă diferențe în funcție de particularitățile procedurii în raport de gradul de jurisdicție și de sistemul de drept procesual național.

Publicitatea este singura garanție care poate face obiectul unei limitări, art. 6 din Convenție enumerând o serie de ipoteze în care accesul publicului în sala de ședință poate fi interzis: în interesul moralității, al ordinii publice ori al securității naționale sau atunci când interesele minorilor sau protecția vieții private a părților o impun.<sup>30</sup>

În concluzie, adoptarea soluțiilor Curții Europene în materie poate contribui la o mai bună garantare a dreptului la apărare în cadrul procedurilor administrative și fiscale.

---

<sup>28</sup> C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și Libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 530.

<sup>29</sup> Hotărârea din 29 octombrie 1991 pronunțată în cauza *Jan-Ake Andersson c. Suedia*; Hotărârea din 29 octombrie 1991 pronunțată în cauza *Fejde. c. Suedia*, Hotărârea din 27 martie 1998 pronunțată în cauza *K.D.B. c. Pays-Bas*.

<sup>30</sup> F. Sudre, J.-P. Marguénaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Michel Levinet, *op. cit.*, p. 353.

# Restrângerea exercițiului libertății de exprimare în scopul garantării autorității și imparțialității puterii judecătorești

*Drd. Brăcăcescu LAVINIA  
Drd. Buzărnescu MĂDĂLINA*

*„Și lăsată la o parte este judecata, iar dreptatea stă departe;  
adevărul se poticnește în piețe și fapta cinstită nu mai are loc.”  
(Isaia, 59; 14)*



## Limits on the exercise of freedom of expression to ensure the authority and impartiality of the judiciary

**Abstract:** In terms of freedom of speech content, the practice of the European court has a broad approach (towards the domestic practice of states on one of the two interdependent elements forming the freedom of expression - freedom of opinion and freedom of information.

When the object of achieving can be the very general interest of the existence of impartial justice or the particular interest of an act of justice, expression of the procedural fairness guarantee, the preventive nature of regulations § 2 of Article 10 makes this risk to already be acknowledged.

**Keywords:** The European Convention on Human Rights, freedom of opinion, freedom of information, method of weighting the interests, the public interest.

Puterea logosului în „câștigarea convingerii” este o etapă caracteristică Greciei secolului al V-lea și care pare a se permanentiza. Singurul element aparent distinctiv este obiectul „convingerii” sau mai exact, cadrul său de manifestare. De ce? Pentru că auditoriul a rămas același - membrii cetății sau cetățenii unui stat, și nu numai. Numai în privința cadrului de manifestare se cunoaște o evoluție; astfel, poate fi formulat următorul raționament - dacă prin intermediul sofștilor politica devine o



afacere a logosului<sup>1</sup>, prin intermediul presei, buna funcționare a justiției devine o afacere a logosului.

Un lucru este evident - caracterul relativ al gândirii umane ce îmbracă forma cuvântului. Acesta este cu atât mai clar cu cât chiar și reglementările actuale naționale sau internaționale nu admit varianta unui caracter absolut al libertății de exprimare. În consecință, exercitiul acestei libertăți, care este una dintre variantele de exprimare a liberei dezvoltări a personalității umane și a principiului pluralismului ideilor, poate cunoaște anumite ingerințe. O astfel de ingerință, legitimată în considerarea a altor două valori – demnitatea și dreptatea, este cea subsumată imperativului garantării autorității și imparțialității puterii judecătorești.

Caracterul autonom al acestor termeni ce delimitează conținutul libertății de exprimare și scopul legitim al restrângerii instituit în articolul 10 § 2 al Convenției europene a drepturilor omului (din a cărei perspectivă va fi făcută analiza restrângerii exercițiului) impune anumite precizări.

În privința conținutului libertății de exprimare practica de la nivelul instanței europene are o abordare extinsă (față de practica internă a statelor) cu privire la una dintre cele două elemente interdependente care alcătuiesc libertatea de exprimare - libertatea de opinie și cea de informare. Cea din urmă libertate are în vedere dreptul de a primi sau a comunica informații; ce se înțelege prin informație este atât varianta unor fapte, știri brute sau chestiuni de interes general, cât și informațiile produse în mod deliberat, cum sunt programele de radio și televiziune, muzica, mesajele publicitare și discursul comercial, operele de artă, incluzând astfel libertatea artistică ori exprimarea poziției în cadrul unui proces<sup>2</sup>. Așa cum este evident, nu doar elementele de fond, ci și cele de formă ale informației pot antrena riscul unei violări a articolului 10.

Iar când obiectul atingerii îl poate constitui însuși interesul general al existenței unei justiții imparțiale ori cel particular, al unui act de justiție, expresie a garanției echității procesuale, caracterul preventiv al reglementărilor § 2 al articolului 10 face ca acest risc să fie deja conștientizat. Ceea ce ar trebui să imprime atitudinii beneficiarului concret al libertății de exprimare, într-un caz dat, o mai mare acuitate și o „lejeritate” mai controlată.

Fără a uita, desigur, că și actul de informare și cel de justiție implică o misiune fundamentală: aceea de exercitare a democrației.

Cum participă presa la exercițiul democrației o spune însăși Curtea Europeană a Drepturilor Omului în § 42 al hotărârii pronunțate în cauza *Benjamin și alții contra Ministerului Informației și Audiovizualului* în data de 14 februarie 2001. „Democrația este guvernarea de către popor prin intermediul dezbaterii deschise. Însăși forma democratică de guvernare cere cetățenilor o participare activă și inteligentă la treburile comunității. Discuția publică cu participarea oamenilor este o trăsătură fundamentală și un vector firesc pentru democrație, ceea ce o distinge de oricare altă formă de guvernare”.

---

<sup>1</sup> N. Popa, I. Dogaru, G. Dănișor, D.C. Dănișor, *Filosofia dreptului, Marile curente*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 11.

<sup>2</sup> R. Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 152.

Că puterea judiciară atât în sensul aparatului judiciar, cât și al judecătorilor în calitatea lor oficială<sup>3</sup> operează în sfera puterii publice, democratice, preocupate de garantarea și restabilirea jurisdicțională a protecției drepturilor omului, împotriva atingerilor din partea indivizilor ori chiar a statului, este evident.

Dar cum nu fără motivație a fost inserată drept o limită a exercițiului libertății de exprimare garantarea autorității și imparțialității puterii judecătorești, organele europene au avut în vedere și o altă categorie a persoanelor - aceea care nu beneficiază ci se prejudiciază ca urmare a actelor de presă. Uneori această categorie se confundă cu cea a beneficiarilor informațiilor pentru acele situații în care titularul libertății de exprimare nu are o abordare conformă eticii profesionale, iar deși cei ce receptează informațiile au impresia obiectivității, ei sunt de fapt afectați pe termen lung de prezentarea trunchiată sau defectuoasă a unor realități sociale.

Dar tot un efect nociv se poate restrânge și asupra celor ce sunt părți într-un proces ce se dorește a deveni sau se transformă involuntar într-un proces de presă.

Fie *erga omnes*, prin afectarea încrederii legitime în bunul mers al justiției, fie *inter partes*, prin prejudicierea intereselor ori drepturilor ce motivează declanșarea unui proces, efectele exercițiului unei libertăți de exprimare prost înțeleasă ori valorificată se dovedesc a avea un asemenea impact încât schimbă optica unui logos esențialmente constructiv.

Această perspectivă a fost avută în vedere la momentul consacării instituției juridice de sorginte anglo-saxonă *contempt of Court* (ofensă adusă Curții, care de altfel, va constitui originea prevederii art. 10 § 2 referitoare la scopul legitim ce vizează autoritatea judecătorească. Militând în jurul rolului fundamental pe care îl are un judecător - acela de a interpreta și deci de a crea dreptul, această instituție reclamă păstrarea unei „integrități”, fără imbolduri interne sau externe de natură a-i afecta activitatea jurisdicțională.

Greutatea găsirii unui echilibru între cele două interese concurente rezidă și în impactul la un dublu nivel pe care îl are și nerespectarea sau negarantarea libertății de exprimare. Este vorba despre o restricționare a sa cu consecințe asupra titularului libertății de a comunica informații și asupra destinatarului informațiilor. Totuși, nu cantitatea ci calitatea sau, mai corect spus, gravitatea efectelor, impactul lor real, și nu cel potențial, precum și existența sau nu a alternativelor „pașnice” pentru realizarea scopului urmărit sunt de natură a determina CEDO să adopte o anumită poziție. Cu atât mai mult, însă, cu cât ambele categorii de interese se răsfrâng fiecare în parte pe câte două paliere - unul general, vizând fie nevoia de a fi informat cu privire la chestiunile cu caracter general, fie nevoia unei legitimări permanente a puterii judecătorești și unul particular - vizând persoana ce invocă fie beneficiul libertății de exprimare, fie garanțiile unui proces echitabil, în speță imparțialitatea, dreptul la apărare și prezumția de nevinovăție, ce se dovedesc a fi sau se dovedesc transformate în drepturi teoretice și iluzorii.

---

<sup>3</sup> S. Rădulețu, *Libertăți fundamentale*, Ed. Didactică și Pedagogică R.A., București, 2008, p. 229.

Dacă se poate admite ipoteza unor consecințe potențiale asupra unei sfere largi de persoane, neimplicate direct în ancheta de presă sau judiciară, în privința celor ce sunt părți în aceste anchete consecințele sunt clare și imediate.

Dar cum nu servește în sine, la mare lucru, să enumeri originile filosofice ori juridice ale restrângerii exercitiului libertății de exprimare în scopul garantării autorității și imparțialității puterii judecătorești, dacă nu le și folosești ca o poartă de intrare în resortul interior al instanțelor europene, se impune o analiză a raționamentului CEDO

Încă de la început se cuvine a preciza poziția de temelie a Curții cu privire la metoda ponderării intereselor<sup>4</sup>.

### **§ I. Poziția CEDO față de metoda ponderării intereselor- al exercitiului libertății de exprimare și al garantării autorității și imparțialității puterii judiciare**

Privită transcendentă această prevedere a alineatului 2 al articolului 10 este o sinteză de valori pe care Convenția europeană a drepturilor omului nu le formulează direct, dar care transpar din formularea preambulului [(...) Reafirmând atașamentul lor profund față de aceste libertăți fundamentale care constituie temelia însăși a justiției și a păcii în lume și a căror menținere se bazează în mod esențial, pe de o parte, pe un regim politic cu adevărat democratic, iar pe de altă parte, pe o concepție comună și un respect comun al drepturilor omului din care acestea decurg (...)].

Tocmai de aceea nu se poate vorbi despre un drept sau o libertate - cauză a restrângerii altui drept sau a altei libertăți<sup>5</sup> căci ar însemna ca în ultimă măsură, să stabilești o ierarhie între libera dezvoltare a personalității umane și principiul pluralismului pe de o parte, și demnitate și dreptate, pe de altă parte. De aceea abordarea Curții Europene este în sensul de a nu se pronunța explicit asupra alegerii între cele două variante, evitând astfel ipoteza unui conflict între ele, ci analizează compatibilitatea între libertatea pe care statul este acuzat că a încălcat-o și măsura de restrângere din alineatul (2). Este vorba cel mult de o fază de încercare a echilibrării care corespunde etapei premergătoare soluției de preeminență a uneia asupra alteia (soluție ce, am precizat, nu este specifică raționamentului CEDO).

Aceasta trădează lipsa unui caracter absolut și a scopului legitim ori a limitării aduse libertății de exprimare, de vreme ce se încearcă găsirea unui punct de echilibru.

Ori această limită a motivelor limitării exercitiului unei libertăți rezultă din modul în care trebuie să fie înțeleasă libertatea individuală într-o democrație liberală: ca posibilitate de a face tot ceea ce nu afectează drepturile sau libertățile celorlalți. Astfel, invocarea unei cauze de limitare a libertăților (...) trebuie să aibă ca scop general garantarea libertății celorlalți<sup>6</sup>, și evident, un scop particular - protecția libertății de exprimare concret determinată, iar nu *in abstracto*.

<sup>4</sup> F. Rigaux, *La loi des juges*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 225.

<sup>5</sup> D.C. Dănișor, *Considerații privind reglementarea constituțională a restrângerii exercitiului unor drepturi sau al unor libertăți*, în *Noua Revistă de Drepturile Omului* nr. 2/ 2008, Ed. C.H. Beck.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Preocupată de găsirea unei maleabilități între actul de informare sau de opinie și cel de justiție și excluzând varianta unei subordonări CEDO verifică etapizat cerințele unei ingerințe legitimize, iar deși nu face obiectul analizei de față se cade tangențial a menționa criteriul necesității într-o societate democratică și al proporționalității, aflate în legătură indisociabilă cu cel al scopului legitim. Numai în acest fel, acest scop legitim al garantării autorității și imparțialității puterii judecătorești devine „un instrument cu conținut”, în mod cert, doar când este vorba despre litigii concrete deduse instanței europene. Căci doar astfel se admite derogarea de la o neutralitate ideologică<sup>7</sup>, garant al societății democratice pe care statele membre semnatare ale Convenției europene a drepturilor omului și-o propun.

Dar cum toate aceste aspecte reclamă o abordare mai pragmatică, se cuvine o analiză mai în profunzime a interferențelor, cu natura și gravitatea efectelor lor, dintre nevoia informării asupra aspectelor de interes public și nevoia păstrării demnității sistemului judiciar, cu implicațiile sale directe asupra actului de justiție.

Căutarea adevărului, fie el doar din perspectivă morală, fie din perspectivă juridică, trebuie să fie expresia unor instituții și tehnici de garantare a drepturilor și libertăților omului. Pentru a și-l găsi, libertatea căutării trebuie înțeleasă nu doar ca non-intervenție, ci și ca aparent neobservabila non-dominație.

În mod cert, pentru Curtea Europeană nu este relevant caracterul moral<sup>8</sup> al cercetării făcute în exercitiul libertății de exprimare pentru a afla adevărul; poate că nici scopul prim al cercetării nu este totdeauna aflarea adevărului; contează însă, pentru Curte, efectele pe care le implică în mod real actul de informare asupra celui de justiție, când obiectul său îl constituie sau este în strânsă legătură cu obiectul dedus judecătii. Este vorba, deci, de garanția generală a imparțialității tribunalului, înțeles în sens autonom<sup>9</sup> și de cele specifice în materie penală - prezumția de nevinovăție și dreptul la apărare; dar poate fi vorba și de respectarea dreptului la propria imagine a unui judecător, care prin calitatea sa oficială, nu poate fi disociat în totalitate de funcția pe care o exercită (astfel că, tangențial, deși scopul legitim al restrângerii

---

<sup>7</sup> A se avea în vedere distincția dintre neutralitatea ideologică ce nu permite definirea, fără aplicație concretă, a unor concepte și caracterul autonom al unor noțiuni care are în vedere această neutralitate, dar care este preocupat, mai ales, de uniformizarea pe plan european a sensurilor unor termeni ce permit o definiție *a priori*, dar care au înțelesuri diferite în ordinea juridică a diferitelor state ratificante ale Convenției Europene a Drepturilor Omului.

<sup>8</sup> Prin raportare la etica profesională a jurnaliștilor se constată inexistența unei cerințe legate de aprofundarea studiilor juridice; iar dacă alegațiile cu privire la persoana unui judecător pot fi făcute doar în baza unor fapte sau acte acuzatoare, alegațiile privitoare la o hotărâre judecătorească sau la procedura în fața instanței reclamă în mod cert cunoștințe teoretice în drept; asta bineînțeles, atunci când scopul urmărit este prezentarea obiectivă a chestiunilor de interes general.

<sup>9</sup> Termenul de tribunal face referire la autoritatea chemată să statueze în baza unor norme de drept și după o procedură organizată în orice chestiune ce ține de competența sa. Pentru a înțelege că nu este vorba neapărat de o jurisdicție clasică, integrată structurilor judiciare ordinare ale unui stat a se vedea și Julie Meunier, *La notion de procès équitable devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme* în Hélène Ruiz Fabri, *Travaux de l'Atelier de Droit International de l'UMR de Droit Comparé de Paris-Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Ed. Société de Législation Comparée, Paris, p. 188 și urm.

libertății de exprimare poate fi protejarea drepturilor altuia, el - scopul - păstrează strânsă legătură cu nevoia garantării autorității puterii judiciare, putând antrena efecte și asupra ei). De aceea este preferabilă ipoteza, la nivelul existenței și aplicării normelor convenționale, a asigurării, pe de o parte, a unei non-dominații simbolice care să nu prejudicieze imaginea justiției sau jurisdicției și, pe de altă parte, a unei non-dominații a dreptului care în faza de aplicare să nu afecteze liberul exercițiu al libertății de exprimare. Dacă beneficiul unei non-dominații a dreptului își găsește utilitatea prin invocarea principiului securității juridice, beneficiul unei non-dominații simbolice se încadrează în liniile trasate de art. 10 § 2.

Astfel că vom încerca să observăm cum poate o restrângere a libertății de exprimare să fie imperativ necesară pentru a satisface interesul general al încrederii legitime a persoanelor în buna funcționare a justiției, sau interesul particular al celor ce-și văd propria imagine sau propriul proces dezbătut într-o manieră prejudicioasă.

## **§ II. Restrângerea libertății de exprimare în scopul satisfacerii interesului general al încrederii opiniei publice în buna funcționare a justiției**

De vreme ce „respectarea demnității umane este căutată în protecția simultană a pluralității oamenilor și a singularității fiecăruia”<sup>10</sup> nu este oare legitimă afirmația că atribuirea, într-o democrație liberală, a funcției de garantare jurisdicțională a protecției drepturilor și libertăților omului nu poate fi făcută decât unui organ care se bucură de demnitate? Căci numai un organ „demn” își poate asuma, cu eficiență, responsabilitatea de a tranșa litigiile ce poartă asupra persoanelor, titulare de drepturi și libertăți a căror universalitate își găsește fundamentul în demnitatea umană. Înaltul grad de responsabilitate imprimă deci, în cazul judecătorilor, o demnitate a sarcinii. În mod cert, îndatoriri și responsabilități are și titularul libertății de exprimare, dar nicidecum nu poate fi vorba de același impact ca cel al unui act de justiție, cu atât mai mult cu cât în privința judecătorilor este reglementată și obligația de rezervă.

Evident că sfera conținutului demnității pentru persoana fizică, omul, și pentru cea morală, organul de stat cu atribuții jurisdicționale, este diferită. Important este însă că ea poate servi drept instrument de arbitraj între două interese, dar nicidecum ca adversar al unuia dintre ele<sup>11</sup>.

Așa cum precizăm, lipsa unui conținut concret, stereotip al valorii pe care o presupune demnitatea, reclamă o abordare practică, în care ea, demnitatea, să-și dovedească rolul organizatoric al relațiilor conflictuale, în afara cerinței de validitate. Vorbind de abordare practică, vorbim de respectul pe care ea îl generează în concret, respect ce nu poate fi acordat decât în baza unei încrederi legitime a persoanelor într-o putere judiciară ce oferă toate garanțiile necesare legitimării ei. Așadar, imperativul încrederii legitime în continuitatea acțiunilor statale este specific nu numai legiuitorului și activităților sale, ci și puterii judiciare, a cărei acțiune ține de exercițiul

---

<sup>10</sup> X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public- Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Ed. Dalloz, Paris, 2003, p. 418.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 831.

puterii publice. Ceea ce se traduce prin faptul că nu doar un act normativ reclamă un conținut și o procedură previzibilă, ci și un act de justiție, al cărui „emitent” - puterea judiciară - nu se pronunță abuziv ori haotic, în aplicarea legislației competente în materie. Numai în acest caz se poate vorbi despre o încredere nu numai a justițiabililor, ci și a celorlalți participanți la alcătuirea societății civile. Și doar astfel se poate vorbi despre un interes general în a păstra sau a îmbunătăți această încredere, a cărei simplă existență aduce beneficii statului.

### *1. Modelatorii opiniei publice care au impact asupra încrederii legitime în puterea judiciară*

Cine este formatorul principal al opiniei publice și care sunt consecințele acestui statut? Iată ce consideră o instanță regională, care este în asentimentul CEDO: „Jurnalismul este manifestarea principală și fundamentală a libertății de exprimare a gândurilor. Pentru acest motiv, aflându-se în relație cu libertatea de exprimare, care este un drept inerent fiecărui individ, jurnalismul nu poate fi considerat echivalent unei profesii care doar oferă un serviciu publicului prin aplicarea unor cunoștințe sau abilități practice căpătate în cadrul universității sau prin intermediul celor aparținând unui anume «colegiu profesional»” (parag. 71 al hotărârii pronunțate de Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului într-o cauză ce viza obligativitatea afilierii la o asociație instituită de lege pentru practicarea jurnalismului.

Așa cum este lesne de observat numai unul dintre cele două interese democratice cunoaște cel puțin o demarcație clară a conținutului său - „libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere”. Deși noțiunea de informație face obiectul unei jurisprudențe ample, există măcar anumite coordonate trasate încă de la început; în schimb în privința garantării autorității și imparțialității puterii judecătorești lucrurile sunt mult mai conjuncturale căci sunt condiționate de cadrul pe care îl fixează o libertate de exprimare manifestată din exteriorul sau interiorul „afacerii judiciare”. Ceea ce înseamnă că titular al exercitiului libertății de exprimare poate fi un jurnalist, cum la fel de bine poate fi și un avocat al apărării ori chiar un martor ori însuși inculpatul; și tot astfel acțiunile acestui titular pot împiedica buna funcționare a cel puțin unuia dintre garanțiile procesului echitabil - o instanță imparțială și independentă, prezumția de nevinovăție ori dreptul la apărare.

Iată cum se continuă raționamentul Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului: „Libertatea de exprimare reprezintă, pe scurt, mijlocul care permite comunității, prin exprimarea opiniilor sale, să fie suficient de informată. În consecință, se poate spune că o societate care nu este bine informată, nu este o societate cu adevărat liberă”.

De reținut că dacă o societate liberă este una bine informată, iar nu îndoctrinată, rolul celui ce asigură informarea este cu atât mai mare. Iar nevoia unei libertăți din punctul de pornire a informației, spre exterior, spre opinia publică, este imperioasă. Este clar vorba despre o libertate asigurată din exterior, dar asumată și din interior (prin excluderea prejudecăților categoricale. Evident, însă, nu poate fi înțeleasă drept o libertate absolută, care este maleabilă oricărui sistem, numai celui democratic liberal, nu.

Tot evident este și faptul că și în afara sferei jurnalistice ori procesuale se pot găsi titulari ai libertății de exprimare dornici de manifestare. Și o astfel de sferă, în care să poată fi încadrați, este cea politică, cu atât mai mult cu cât apartenența la ea implică anumite beneficii în privința exercițiului libertății de exprimare. Libertatea de exprimare de care se bucură parlamentarii cunoaște o lărgire intenționată tocmai pe acest principiu, că „fiind importantă pentru fiecare, libertatea de exprimare se dovedește a fi în mod special pentru un ales al poporului; el îi reprezintă pe cei care l-au ales, prezintă preocupările lor și le apără interesele”<sup>12</sup>. Astfel, ingerințele în libertatea de exprimare obligă Curtea să procedeze la un control dintre cele mai stricte, cu atât mai mult cu cât intră în cauză raporturile dintre puterea legislativă și cea judecătorească, guvernate de principiul separației puterilor în stat și de beneficiul imunității. În fapt este vorba despre rolul parlamentarilor de a participa constructiv la dezbateri și a susține interesele cetățenilor pe care îi reprezintă, atât timp cât aspectele vizate țin de domeniul interesului public.

Că modul de funcționare a justiției este un subiect de interes public, adică interesează fie o scară largă de public, fie măcar o anumită categorie a publicului, este evident. Căci fie că sunt aduse în prim-plan aspecte ce țin de instituția însăși, fie că se tratează un subiect particular, justiția (înțeleasă în sens de funcția desfășurată) sau jurisdicția (înțeleasă în sens de organe ori sistem de organe) sunt iremediabil vizate. Ceea ce este important este și aspectul proporționalității, însă în mare legătură cu scopul restrângerii pe care îl menționează CEDO în cauza *Skalka c. Poloniei*. Este vorba de forma și impactul afirmațiilor care pot critica sistemul judiciar, sau chiar mai mult, îl pot insulta. Ori când o persoană are ca interes secundar prezentarea realității judiciare și ca scop prim insultarea instanței ori judecătorilor nu numai că vorbim de o restrângere legitimă, dar chiar și de necesitatea aplicării unei sancțiuni.

## *2. Impactul nevoii de putere judiciară autoritară și imparțială asupra exercițiului libertății de exprimare*

Neimplicând prerogative clare, ci mai degrabă antrenând un respect obiectiv<sup>13</sup> demnitatea antrenează nu un drept subiectiv la demnitate, ci un drept la respectarea demnității, ceea ce justifică garanțiile de imparțialitate și de autoritate de care vorbește Curtea Europeană a Drepturilor Omului în jurisprudența sa. Numai în aceste condiții pot fi cerute încrederea opiniei publice și respectul ei față de puterea judiciară. Căci orice putere legal instituită într-un stat democratic (cum este cazul puterii judecătorești) nu poate funcționa decât în baza unei legitimități permanente prezumate; ori din această perspectivă nevoia încrederii într-o asemenea putere se dovedește esențială pentru viabilitatea sa. Ori dezechilibrul la nivelul încrederii ca urmare a alegațiilor unor „puteri” în căutare de permanentă legitimitate să sperăm că este ultimul lucru ce se dorește.

Bineînțeles, adevărul opiniilor, prin definiție, nu este susceptibil de sancțiune ori probațiune. Opiniile pot fi totuși excesive, în special în lipsa unei baze factuale. Munca

---

<sup>12</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în cauza *Castells c. Spaniei*, din 26 martie 1992, & 42, în Sebastian Rădulețu, *Libertăți fundamentale*, Ed. Didactică și Pedagogică R.A., București, 2008, p. 247.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 834.

instanțelor, care sunt garantul justiției și au rol fundamental într-un stat guvernat de domnia legii, trebuie să se bucure de încredere. De aceea, ele trebuie protejate împotriva atacurilor nefondate, mai ales că au obligația confidențialității, care le împiedică să riposteze<sup>14</sup>. Așadar, sarcinile esențiale ale judecătorilor de a tranșa litigiile în vederea echilibrării intereselor concurente, îi corespund și unele subsidiare, resimțite, când se impune „apărarea” judecătorului, și ca piedici ale sale, iar nu doar ca un beneficiu al particularului (căci în fond, obligația de rezervă a fost instituită în vederea protejării intereselor particulare ce au făcut obiectul sau s-au aflat în legătură cu un litigiu).

Importanța manierei de percepere a puterii judiciare de către opinia publică este trădată de impactul care este resimțit în exercitiul libertății de exprimare de titularul său.

Aceasta presupune o triplă relație interdependentă - titularul libertății de exprimare „acționează” față de opinia publică sub forma informațiilor sau opiniilor; ca urmare a modului de formare a opiniei publice, se poate consolida sau distorsiona imaginea unei funcții sau unui organ de justiție care se ghidează după dreptate; ca urmare a gradului de afectare a acestei imagini exercitiul libertății de exprimare devine în mod legitim și rezonabil limitat. Cadrul menționat este varianta cea mai puțin dezirabilă, care survine *a posteriori*, sub formă sancționatoare și ipoteza ce se dorește a fi prevenită. Tocmai de aceea se solicită o bună-credință și o informare corectă, iar ori de câte ori se uzitează judecăți de valoare, cu privire la această chestiune de interes general, se impune o minimă bază factuală. Mai ales că uneori este vizată imaginea instituției fie în mod direct, prin „sentințe” de presă ce incumbă bunei funcționări a sistemului judiciar, fie în mod indirect, prin atacul la adresa judecătorilor. Cunoscut este faptul că restrângerea poate fi legitimată de un singur scop, sau de mai multe, astfel că atunci când ingerința poartă asupra reputației unui judecător, de o manieră mediată, însăși imaginea justiției are de suferit; evident, prezintă relevanță natura acuzelor aduse acestuia din partea presei, calitatea avută de judecător în momentul săvârșirii faptelor invocate etc. Dar chiar și pentru fapte realizate înaintea dobândirii calității de judecător, CEDO naște prezumția unei defăimări la nivelul sistemului. Iar unul dintre raționamente ar putea constitui faptul că una dintre condițiile cerute și verificate pentru dobândirea calității de judecător este integritatea morală. Ori ce fel de verificare a fost aceasta?

Așa cum se observă, există o legătură indisolubilă între dezbaterile unor chestiuni generale și cazurile particulare, atât timp cât sunt legate de instituția publică care împarte dreptatea. Iar de vreme ce nevoia și gradul restrângerii unei libertăți concrete nu poate fi justificată și „cuantificată” decât prin raportare la alt interes concret, cel mai adesea CEDO sancționează încălcarea art. 10 § 2 luând în considerare drepturile procesuale ale părților, care ar fi vătămate prin transformarea procesului aflat pe rolul instanței într-un „proces de presă”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în cauza *Perna c. Italiei*, din data de 25 iulie 2001 în Diana Călinescu, Adriana Dăgăliță, Dan Mihai, *Jurisprudența internațională în materia libertății de exprimare*, vol. al II-lea, 2006, p. 45.

<sup>15</sup> S. Greer, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p.36.



### § III. Restrângerea libertății de exprimare în scopul satisfacerii interesului particular al protecției drepturilor procesuale ale părților

Atunci când analizăm scopul garantării autorității și imparțialității puterii judecătorești din perspectiva ocrotirii interesului personal, observăm o interferență între protecția libertății de exprimare și dreptul la un proces echitabil. Potrivit prevederilor art. 6 § 1, pot exista împrejurări în care statul are obligația de a interveni pentru a limita libertatea de exprimare dacă dreptul unei persoane la un proces echitabil ar fi prejudiciat. În acest sens, vom încerca să descoperim cum sunt afectate drepturile procesuale ale părților prin limitarea sau nelimitarea exercițiului libertății de exprimare făcând referire la trei dintre garantiile unui proces echitabil: dreptul la o instanță independentă și imparțială, prezumția de nevinovăție și dreptul la apărare al acuzatului.

#### *1. Imparțialitatea instanței și presiunile din partea presei*

*Litigiile aflate pe rolul instanțelor* pot fi discutate în revistele de specialitate, în presă sau de public. Funcției mass-media de a comunica asemenea informații și idei îi corespunde dreptul publicului de a le primi. Totuși, trebuie să se țină seama de dreptul fiecărei persoane de a beneficia de un proces echitabil, așa cum este garantat de articolul 6 al Convenției, ceea ce, în materie penală, include dreptul la un tribunal imparțial. Așa cum a subliniat deja Curtea, trebuie să-și amintească de acest lucru ziaristii care redactează articole referitoare la proceduri penale aflate în curs, deoarece este posibil să nu se încadreze în limitele comentariului admisibil declarațiile care ar risca, intenționat sau nu, să reducă șansele unei persoane de a beneficia de un proces echitabil sau să micșoreze încrederea publicului în rolul instanțelor în administrarea echitabilă a justiției penale<sup>16</sup>.

Drepturilor părților într-un proces li se pot aduce atingere prin exercitarea de presiuni de natură mediatică, politică etc., asupra modului de soluționare a unor cauze de către reprezentanții instituțiilor judiciare. Potrivit unui studiu realizat de Transparency International Romania pe tema «Integritatea și Rezistența la Corupție în Sistemele Judiciare», în statele din sud-estul Europei, unul din trei practicieni din sistemul judiciar penal cunoaște situații în care s-a încercat influențarea directă și intenționată a deciziilor luate de el sau de colegii lui. Acest procent este în mare parte influențat de experiențe directe. Studiul este bazat pe un chestionar făcut în rândul practicienilor din sistemul judiciar din nouă țări sud-est europene, inclusiv România. Potrivit acestora, «presa este citată ca fiind utilizată de către politicieni ca un instrument de presiune pentru a influența reprezentanții ai instituțiilor care se ocupă de cazurile mari de corupție<sup>17</sup>. Cel mai adesea, deci, presiunile au fost de natură mediatică, apoi de natură politică, apoi cele exercitate în mod direct și cel mai puțin cele exercitate de conducerea administrativă a instanțelor. Iată așadar că dreptul și obligația presei de a cunoaște și informa opinia publică cu privire la activitatea justiției poate degenera.

<sup>16</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în cauza *Tourancheau și July c. Franței*, din 24 noiembrie 2005.

<sup>17</sup> Sursa: [www.hotnews.ro](http://www.hotnews.ro)

Astfel, în condițiile în care calitatea presei nu este din cea mai ridicată și reprezentanții presei ajung la informații confidențiale din dosare încă din faza de urmărire penală, când reporterii filmează pe ascuns în sălile de judecată și critică în mod nejuridic, dar populist, procedurile urmate de judecător, apoi critică soluția sa de cele mai multe ori discreditând magistratul ca persoană, este aproape de înțeles ca dorința acestuia de a nu apărea pe prima pagină a ziarelor să-l împiedice a pronunța o soluție legală. Însăși populația ar trebui să aibă pretenția la o presă corectă, fiind cunoscut că o campanie de presă dirijată împotriva unui acuzat poate să reducă șansele acestuia de a beneficia de un proces echitabil sau de a surpa încrederea publicului cu privire la rolul instanțelor în administrarea justiției<sup>18</sup>. În sistemul de drept *common law* există, în scopul de a proteja administrarea justiției, infracțiunea de *contempt of Court* care permite tribunalelor să intervină pentru a împiedica sau reprimă un comportament de natură să o împiedice, să-i dăuneze sau să-i zădărnicească un caz dat. Din acest punct de vedere presei îi sunt interzise unele activități, precum publicarea unor acte de procedură sau formularea de verdicte înaintea pronunțării soluției de către instanțe. În alte cazuri, procurorii forțează indirect mâna judecătorilor, utilizând presiunea publică pentru a justifica măsura arestării. În toate aceste situații, judecătorii nu mai pot lua o decizie imparțială întrucât sunt deja sub influența unei pre-judecăți publice. Considerăm că soluția care ar garanta imparțialitatea instanței în fața pre-judecății publice ar fi limitarea accesului la mijloacele de probă dintr-un dosar aflat în curs de judecată sau chiar într-o fază premergătoare. N-am fi nici primii, nici ultimii din Europa care prevăd o asemenea dispoziție în legislația internă. În Germania, de exemplu, Codul penal interzice orice afirmatii publice referitoare la dezbaterile judiciare. Altfel spus, discutarea probelor, evaluarea dacă ele sunt relevante, credibile, publicarea sau comentarea unui rechizitoriu se pedepsește cu închisoare. Legislația portugheză sancționează așa-numita „violare a secretului justiției”, iar în Spania, Italia și în alte țări textul de lege limitează, într-un fel sau altul, accesul la mijloacele de probă. Legea nr. presei din Franța interzice publicarea actului de acuzare înainte să fie citit în ședință publică. La noi, însă, astfel de instrumente de sancționare nu există. Procurorii, polițiștii sau avocații jonglează cu mijloacele de probă prin presă. Nu riscă nimic. Odată ajunse în instanță, dosarele scapă de sub control ceea ce generează o eroare de sistem. A încercat, la un moment dat, Ministerul Justiției să o corecteze propunând modificarea Codului penal astfel încât să fie pedepsiți funcționarii care dau date dintr-un dosar, dar și jurnaliștii. Aceasta a avut drept consecință inflamarea breslei, iar în unele redacții a încolțit temerea că ministrul justiției ar căuta să pună capăt presei de investigații. Până în prezent nu s-a găsit nicio soluție. Totuși, discuția trebuie continuată, altfel România europeană va promova o cultură juridică primitivă.

În condițiile unui acces limitat la mijloacele de probă dintr-un dosar, probabil că unii se vor întreba cum rămâne cu garantarea libertății de exprimare? Considerăm că

---

<sup>18</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în *cauza Worm vs. Austria*, din 29 august 1997, și decizia CEDO pronunțată în *cauza Pullicio vs. Malta*, din 15 iunie 2000, citate de C.-L. Popescu în *Libertatea de exprimare în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (1999-2002)*, București, Ed. All Beck, p. 129.

în primul rând, ar trebui sancționată sursa (funcționarul, polițistul, procurorul, grefierul care aruncă informații din dosar, și nu presa care le obține. Prin urmare, nu s-ar vorbi despre o limitare a exercitiului libertății presei, ci de o corecție necesară într-un sistem. Raportându-ne la Convenția europeană a drepturilor omului, aceasta consacră, la articolul 6, dreptul la un proces echitabil. Ori mai poate fi vorba de proces echitabil în dosarele puternic mediatizate, în care justiția se face și la televizor și prin ziare? Toate deciziile CEDO ne spun că libertatea presei e mai presus de orice, dar tot ele ne arată că ea poate fi limitată când ziariștii fac afirmații care sunt apte să prejudicieze, cu sau fără intenție, șansele unui proces corect sau să submineze încrederea publicului în instanțele judecătorești care administrează justiția penală (CEDO, Hotărârea *Weissman și alții vs. România* din 29 august 1997). Este, prin urmare, datoria statului român să asigure dreptul la o instanță imparțială și, automat, dreptul la un proces echitabil și să realizeze condițiile pentru respectarea acestor drepturi. Statul este obligat să ia în calcul intruziunile unor terți în dosar, fie că vorbim de presă, avocați sau polițiști, și să limiteze drastic accesul la mijloacele de probă, asigurând în paralel libertatea de exprimare. În lipsa unor reglementări stricte, ne întoarcem la Tribunalul Poporului, în prezidiul căruia se află jurnaliști, analiști, politicieni care dau primele verdicte fără să clipească, discută probe, capete de acuzare, dezbate public acte procedurale cu o siguranță de doctori în drept.

## 2. *Prezumția de nevinovăție în pre-judecata publică*

Uneori libertatea de exprimare și dreptul publicului de a fi informat intră în coliziune cu prezumția de nevinovăție și, implicit, cu dreptul la un proces echitabil. Până unde se poate întinde accesul la informații, fără să declanșăm isterii în masă, fără să pronunțăm sentințe publice înaintea judecătorilor?

Prezumția de nevinovăție este adeseori grav afectată ca urmare a două cauze: 1 prin reflectarea în presă a afacerilor judiciare în curs de soluționare; 2 prin declarațiile oficialilor statului.

În primul rând, observăm că dezbateră publică a cauzelor aflate pe rolul instanțelor, în special a celor penale, este o constantă a zilelor noastre și ridică în discuție problema raportului între libertatea de exprimare prin presă și necesitatea garantării prezumției de nevinovăție și a bunei funcționări a justiției. În principiu, Curtea admite că presa are dreptul și obligația de a difuza subiecte necesare informării publicului cu privire la procesele în curs, însă cu respectarea drepturilor procedurale ale persoanelor implicate. Astfel, presei îi revine o obligație de diligență în modul de tratare al subiectului astfel încât să nu aducă atingere prezumției de nevinovăție de care se bucură cei implicați până la pronunțarea unei hotărâri definitive. Analizând spețele soluționate de Curte, constatăm că exemplele în favoarea sau în defavoarea încălcării acestei garanții procesuale sunt multiple.

Astfel, în hotărârea *Tourancheau și July versus Franța*, Curtea a admis că reclamantii aveau dreptul de a publica informații privind anchetele penale în curs, însă acest fapt trebuia realizat de o manieră imparțială față de persoanele implicate.

În 1996, cotidianul „Libération”, al cărui director este al doilea reclamant a publicat un articol, redactat de primul reclamant ce viza circumstanțele uciderii unei tinere cu o lovitură de cuțit în mai 1996. Pentru această faptă fuseseră arestați trei suspecti, doi tineri și prietena unuia dintre ei, care se acuzau între ei de comiterea faptei. Articolul relatează inclusiv relațiile care existau între suspecti, înainte de comiterea faptei, reproducând extrase din declarația făcută de unul dintre suspecti la poliție. Reclamantii au fost condamnați la o amendă de 1.500 de euro cu suspendarea executării pedepsei.

Curtea a constatat că motivele oferite de instanțele franceze pentru a justifica condamnarea reclamantilor au fost suficiente și pertinente, cât timp acestea au subliniat efectele nefaste asupra prezumției de nevinovăție a persoanei arestate, precum și efectul acestui articol asupra imparțialității puterii judecătorești. Curtea a admis că reclamantii aveau dreptul de a publica informații privind anchetele penale în curs, însă acest fapt trebuia realizat de o manieră imparțială față de persoanele implicate<sup>19</sup>.

Într-o altă cauză, Curtea a admis că instanțele naționale au avut în vedere protejarea polițistului împotriva unui „proces în mass-media” și respectarea prezumției de nevinovăție garantată de art. 6 & 2 din Convenție, mai ales prin luarea în considerare a stadiului incipient al anchetei penale în discuție. În speță, o societate ce edita o revistă fusese condamnată pentru a fi publicat un articol despre o procedură penală aflată la începuturile sale, care avea ca obiect brutalitățile comise de polițiști cu prilejul expulzării unui imigrant ilegal, decedat la urcarea într-un avion, pentru faptul că articolul în discuție dezvăluia numele unuia dintre polițiștii anchetați. Curtea a constatat că jurisdicțiile interne au pus „în balanță” interesul publicului de a fi informat despre comportamentul poliției și interesele personale ale polițiștilor anchetați și au considerat că divulgarea identității unuia dintre ei a avut consecințe nefaste asupra drepturilor sale procesuale<sup>20</sup>.

De asemenea, în cazul unei mediatizări a cauzei, elemente precum prezentarea acuzațiilor în fața instanței **în hainele din penitenciar** ori **cu cătușe la mâini** sunt de natură a aduce atingere prezumției de nevinovăție<sup>21</sup>.

În al doilea rând, orice reprezentant al statului trebuie să se abțină să declare public faptul că cel față de care s-a pus în mișcare urmărirea penală sau a fost trimis în judecată este vinovat de săvârșirea infracțiunii ce i se reproșează, înainte ca vinovăția să fie stabilită de către instanță printr-o hotărâre definitivă de condamnare<sup>22</sup>. Atitudinea autorităților nu trebuie să denote că opinia lor este formată altfel decât prin evaluarea probelor administrate în cauză<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în cauza *Tourancheau și July vs. Franța* din 24 noiembrie 2005.

<sup>20</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în cauza *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH vs. Austria* din 14 noiembrie 2002.

<sup>21</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în cauza *Samoilă și Cionca vs. România* din 4 martie 2008.

<sup>22</sup> L.-E. Pettiti, *La Convention Européenne des Droits de L'Homme, Commentaire article par article*, Ed. Economica, p. 270.

<sup>23</sup> D. Bogdan, M. Selegean, *Drepturi și libertăți fundamentale în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ed. Praxis, p. 273.

Subiecții cărora li se aplică direct această interdicție de pronunțare în public cu privire la vinovăția acuzatului, sunt reprezentați în primul rând de magistrați, atât judecători cât și procurori, cât și de orice alt reprezentant al puterii publice, cât timp declarațiile acestora sunt făcute în calitate de reprezentant al statului<sup>24</sup>.

Hotărârea *Allet de Ribemont c. France*<sup>25</sup> este cea dintâi cauză în care s-a constatat o încălcare a prezumției de nevinovăție datorată unor declarații publice făcute de procuror. Există o atingere dacă nu se fac nuanțări sau fără rezerve convenite în declarații publice privitoare la persoana cercetată, incitând publicul, prejudiciind aprecierea faptelor de către judecători. Dreptul autorităților să informeze cu privire la procedurile judiciare aflate în desfășurare, trebuie să se rezume la enunțarea unor elemente obiective din cadrul procedurii, trebuind să fie **lipsite de orice apreciere subiectivă și personală și de orice prejudecată referitoare la vinovăția acuzatului**.

Curtea subliniază importanța alegerii cuvintelor de către agenții statului în declarațiile pe care le formulează înainte ca o persoană să fi fost judecată și recunoscută ca vinovată de o infracțiune. Aceasta reamintește că problema încălcării prezumției de nevinovăție trebuie analizată în contextul circumstanțelor particulare în care au fost formulate afirmațiile litigioase<sup>26</sup>.

Într-o altă hotărâre, procurorul însărcinat cu efectuarea anchetei penale împotriva reclamantului a afirmat, la data de 19 decembrie 2000, **cu ocazia unei conferințe de presă**, că reclamantul era vinovat de trafic de influență, deși vinovăția sa nu a fost stabilită legal decât la data de 15 mai 2002, data la care s-a pronunțat decizia definitivă în speță<sup>27</sup>. De asemenea, acesta **nu și-a nuanțat cuvintele** și nici nu a avut **grijă să le situeze în contextul procedurii aflate pe rol împotriva reclamantului**. În aceste circumstanțe, Curtea apreciază că declarația făcută de procuror a putut să fie percepută **ca o declarație oficială** în sensul că reclamantul era vinovat, deși vinovăția sa nu fusese încă stabilită legal.

Puterea de convingere pe care o are agentul statului, poziția pe care acesta o ocupă în cadrul aparatului de stat, încrederea publică de care beneficiază, sunt elemente care trebuie să imprime o mai mare grijă și prudență în declarațiile publice față de anchetele penale în curs. Inculpatul trebuie să se bucure de prezumția de nevinovăție până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă.

În concluzie, funcționarea efectivă a prezumției de nevinovăție impune statului obligația pozitivă să ia toate măsurile pentru ca simplul fapt al efectuării de acte de cercetare penală/acte premergătoare să nu se transforme într-o prosciere publică.

### 3. Dreptul la o apărare „liber exprimată”

Atunci când își protejează clienții în fața instanțelor naționale, avocații beneficiază de garanțiile libertății de exprimare. O ingerință în libertatea de exprimare a unui

---

<sup>24</sup> M. Udrioiu, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Tratat*, Ed. All Beck, p. 625.

<sup>25</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în 10 februarie 1995, § 36.

<sup>26</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în cauza *Daktaras împotriva Lituaniei* nr. 42.095/98, § 41, § 43.

<sup>27</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în cauza *Minelli vs Elvetia* din 25 martie 1983, seria A nr. 62, pp. 16 și 17, § 32.

avocat în cursul procesului clientului său poate ridica probleme legate de echitabilitatea procedurii. Partea adversă trebuie să tolereze criticile ce îi sunt adresate în calitate de adversar în cadrul unui proces, cu atât mai mult cu cât acestea sunt făcute în sala de judecată și nu conțin injurii.

Curtea a arătat că amenințarea cu un control exercitat *a posteriori* cu privire la criticile exprimate de avocatul apărării la adresa unei alte părți participante la o procedură penală, anume procurorul, este greu de conciliat cu îndatorirea acelui avocat de a apăra cu devotament interesele clientului său. Revine, în primul rând, înșiși avocaților, sub rezerva controlului instanței, să aprecieze relevanța și utilitatea unui argument prezentat în apărare, fără a se lăsa influențat de „efectul disuasiv” pe care l-ar putea avea o sancțiune penală la care eventual s-ar expune, fie ea foarte ușoară, sau obligația de a plăti despăgubiri pentru repararea prejudiciului cauzat sau de a plăti anumite cheltuieli<sup>28</sup>, iar tribunalele și judecătorii care le prezidează trebuie să conducă procedura de judecată în așa fel încât să fie garantată echitatea procesului și libertatea de exprimare a avocatului, nu să examineze, în cadrul unui proces ulterior, caracterul apropiat al declarațiilor formulate de o parte în pretoriu (în fața instanței)<sup>29</sup>, situație ce ar fi incompatibilă cu garantarea libertății de exprimare. De aceea, Curtea consideră că restrângerea libertății de expresie a unui avocat poate fi justificată doar în situații excepționale.

Orice avocat, atunci când își apără clientul în justiție, în special în cadrul unui proces penal, se poate găsi în situația delicată de a trebui să decidă dacă trebuie sau nu să se opună atitudinii unei instanțe sau de a se plânga, ținând seama de interesele clientului său. Este inevitabil ca aplicarea unei pedepse cu închisoarea unui avocat să aibă, prin natura sa, un efect descurajator nu numai cu privire la avocatul respectiv, ci cu privire la profesie în ansamblu. Avocații se pot simți, de exemplu, restrânși în alegerea pledoariilor, a strategiilor procedurale în cursul procedurii în fața instanței, eventual în detrimentul cauzei clientului lor.

În concluzie, aplicarea unei pedepse cu închisoarea unui avocat poate avea implicații nu numai asupra drepturilor avocatului în baza art. 10, ci, de asemenea, și asupra drepturilor clientului său de a beneficia de un proces echitabil în sensul art. 6 din Convenție.

Dar de vreme ce a judeca modul cum se pronunță un judecător nu este rolul doctrinei<sup>30</sup>, se pune întrebarea în ce măsură și în ce condiții o poate face presa sau un orice alt titular al libertății de exprimare? La o parte a întrebării, cea care ține de analiza scopului legitim al garantării unei imagini „impunătoare” a sistemului judiciar, s-au oferit sugestii de răspunsuri; în schimb, cealaltă parte, care implică analize profunde de proporționalitate și adecvare, va face obiectul unei viitoare lucrări de specialitate.

---

<sup>28</sup> Hotărârea CEDO pronunțată în *cauza Nikula vs Finlanda* din 21 martie 2002, Recueil 2002-II, § 54.

<sup>29</sup> *Idem*, § 53.

<sup>30</sup> F. Rigaux, *La loi des juges*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 66.

# Dreptul la demnitate în noul cod civil<sup>1</sup>

*Drd. Izabela BRATILOVEANU*<sup>2</sup>



## The right to dignity at under the new civil code<sup>3</sup>

**Abstract:** Personality rights are the rights inherent to the capacity of human being, meaning they belong to each individual because they are humans. The new Civil Code is the first law that explicitly enshrines, under this terminology, the personality rights in Chapter II, entitled „Respect for human being rights and for its inherent rights”; in Book I, Title II „Natural person” are regulated: the rights to life, health and physical integrity of the individual, the right to free expression, right to privacy, the right to dignity, and the right to their own image. From the broader spectrum of the personality rights we will consider the right to dignity and the legal methods for protection thereof in respect of the adoption of the new civil and criminal codes, noting the innovations made, including by the explicit provision of the solution for compensation of moral damages.

**Keywords:** The new Civil Code, personality rights, human person, the right to dignity.

**1. Drepturile personalității.** În doctrina juridică, drepturile personalității reprezintă o categorie juridică relativ recentă, primele teoretizări ale noțiunii datând de la sfârșitul secolului al XIX-lea.<sup>4</sup> De o manieră generală, drepturile personalității sunt definite ca „drepturile inerente persoanei umane, care aparțin de drept oricărei

---

<sup>1</sup> Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/CPP107/DMI1.5/S/78421, proiect strategic ID78421 (2010), cofinanțat din Fondul Social European – Investește în oameni, prin programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007- 2013.

<sup>2</sup> Autoarea este doctorand la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

<sup>3</sup> This paper was financed under the HRD / CPP107 / KAI 1.5 / S/78421 contract, the strategic project ID78421 (2010), co-financed from the „Invest in people” - the European Social Fund under the Sectoral Operational Program Human Resources Development 2007 – 2013,

<sup>4</sup> A se vedea lucrarea lui E.H. Perreau, *Les droits de la personnalité*, R.T.D.C., 1909.

persoane fizice (înnăscute și inalienabile pentru protejarea intereselor sale primordiale”<sup>5</sup>, sau, într-o altă formulare ca „prerogative native” pentru simplul fapt de a fi o persoană<sup>6</sup>.

Până în prezent, nu s-a ajuns la un consens în ceea ce privește delimitarea în mod exhaustiv a sferei de cuprindere a conceptului, care s-a conturat progresiv, fiind subliniată cu insistență dificultatea de a sistematiza această materie, precum și de a caracteriza, de a inventaria drepturile componente.<sup>7</sup>

Astfel, catalogul drepturilor personalității indicat de art. 3 din C. civ. din Québec are un caracter deschis, incluzându-se în această categorie dreptul la viață, la inviolabilitatea și integritatea persoanei, dreptul la respectul numelui, al reputației și al vieții private. În cadrul art. 35 este prevăzut *dreptul la respectarea reputației*.

În spațiul est european, legiuitorul polonez a optat în 1964 tot pentru o enumerare de tip enunțiativ, de data aceasta a valorilor pe care se construiește conceptul de personalitate umană, dispunând în art. 23 C. civ.: „Bunurile inerente personalității umane, și mai ales sănătatea, libertatea, *onoarea*, libertatea de conștiință, numele și pseudonimul, imaginea, secretul corespondenței, inviolabilitatea domiciliului, creația științifică sau artistică, invenția și raționalizarea rămân sub protecția dreptului civil, independent de protecția prevăzută de alte dispoziții”. Jurisprudența poloneză a respins conceptul de drept general al personalității și s-a pronunțat categoric în favoarea pluralității drepturilor personalității<sup>8</sup>.

Este util să arătăm că în jurisprudența germană s-a admis existența unui astfel de drept „ca drept al unui particular contra altui particular la respectarea demnității și la dezvoltarea personalității sale individuale”.<sup>9</sup> Soluția unui drept general al personalității a fost avansată și în doctrina română, acest drept găsindu-și fundamentul în dispozițiile art. 30 alin. (6) din Legea Fundamentală.<sup>10</sup>

Urmare a analizei doctrinei române și străine, reiese că nu s-a ajuns la un acord deplin privind criteriile propuse pentru clasificarea drepturilor personalității și conținutul fiecărei categorii de astfel de drepturi, ca atare ne vom rezuma să prezentăm doar câteva dintre acestea. În dreptul francez, o primă clasificare fondată pe obiectul drepturilor, face distincție între drepturile reale, drepturile de creanță, drepturile de proprietate intelectuală și drepturile personalității; acestea din urmă se caracterizează

---

<sup>5</sup> Ph. Malaurie, L. Aynes, *Droit civil des personnes. Les incapacités*, Defrénois, 2007, 3 ed, p. 280.

<sup>6</sup> F. Sudre, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 311.

<sup>7</sup> A se vedea și Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 13 ed, 2011, p.303, R. Lindon, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 2 ed, 1983.

<sup>8</sup> A se vedea B. Lewaszkiewicz- Petryknowsa, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, Actes du Séminaire UniDem, Montpellier, France, 1998.

<sup>9</sup> A se vedea I. Tricot-Chamard, *Contribution à l'étude des droits de la personnalité*, P.U.A.M., 2004, p. 247.

<sup>10</sup> Pentru dezvoltări, vezi O. Ungureanu, *Dreptul la onoare și dreptul la demnitate*, P.R., nr. 2/2006, p. 136.



prin faptul că au ca obiect însăși persoana titularului lor și ar trebui limitate la „drepturile care vizează garantarea și dezvoltarea persoanei înseși”<sup>11</sup>. Unii autori rețin o clasificare a drepturilor personalității în două categorii: drepturi referitoare la aspectul fizic al persoanei (dreptul persoanei asupra propriului corp și dreptul persoanei la respectarea corpului său) și drepturi referitoare la aspectul moral al persoanei (dreptul la imagine și la respectarea vieții private), dreptul la respectarea prezumției de nevinovăție, dreptul la inviolabilitatea domiciliului, dreptul la secret, dreptul la onoare, dreptul moral al autorului asupra operei sale<sup>12</sup>. Într-o altă opinie, ele se împart în: drepturile personalității care tind la protecția integrității fizice, drepturile personalității care tind la protecția integrității morale și cele care tind la protecția vieții private.<sup>13</sup> În dreptul elvețian, în general, se face deosebire între drepturile personalității fizice, drepturile personalității afective și drepturile personalității sociale<sup>14</sup>. În doctrina română, în funcție de conținutul drepturilor reglementate de legiuitor, se apreciază că fac parte din drepturile personalității atât drepturile care ocrotesc corpul uman și funcțiile sale biologice (dreptul la viață, dreptul la sănătate, dreptul la integritate fizică și psihică cât și drepturile care ocrotesc valori morale (dreptul la demnitate, dreptul la libera exprimare, dreptul la viață privată, dreptul la imagine, dreptul la respectarea memoriei persoanei decedate.<sup>15</sup> În fine, s-a considerat că ar fi mai exact să se încerce o stabilire a mai multor categorii de drepturi ale personalității, dar nu în funcție de aspectele personalității implicate ci, în funcție de natura lor specifică și de regimul juridic aplicabil<sup>16</sup>.

Pornind de la prevederile art. 54 din Decretul nr. 31/1954 ce enumeră principalele drepturi personale nepatrimoniale și anume: dreptul la nume sau pseudonim, *la onoare*, *la reputație* și dreptul personal nepatrimonial de autor al unei opere științifice, literare sau tehnice, în dreptul român, până la apariția noului Cod civil în care sunt în mod expres consacrate sub această terminologie în art. 58, conceptul de *drepturi ale*

---

<sup>11</sup> J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, L.G.D.J., 1977, p. 164, Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théorétiques et pratiques*, R.T.D.C., 1971, p. 445.

<sup>12</sup> Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 2011, 13 ed, pp. 302-333, a se vedea și M. de Juglart, *Cours de droit civil. Tome 1. Premier Volume. Introduction. Personnes. Famille*, Ed. Monthcrestien, p. 105, care distinge între drepturi care rezultă din aspectul fizic al personalității, categorie din care face parte dreptul la protecția integrității corporale și drepturi care rezultă din aspectul moral al personalității, categorie în care intră dreptul la respectarea imaginii, dreptul la respectarea intimității și dreptul moral de autor și de asemenea Alex Weill, *Droit civil*, tome 1, Dalloz, 1972, vol.2, p. 22.

<sup>13</sup> Fr. Terré, D. Fennoillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6 ad, Dalloz, 1996.

<sup>14</sup> A. Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5 ed, Helbing Lichtenhahn, p. 96.

<sup>15</sup> Conform lui E. Chelaru, *Drepturile personalității în reglementarea Noului Cod Civil*, în *Dreptul nr. 10/2011*, p. 34. A se vedea și C. Jugastru, *Reflecții asupra noțiunii și evoluției drepturilor personalității*, *Analele Inst. de Istorie «G. Barițiu»*, Cluj-Napoca, tom V, 2007, pp. 325-340.

<sup>16</sup> Pentru detalii, vezi S.D. Lindenbergh, *De positie en de handaving van persoonlijkheidsrechten in hen nederlandse privaate recht*, T.P.R., 1999, p. 1673.

*personalității* a apărut mai întâi în literatura de specialitate și au fost incluse în categoria drepturilor personale nepatrimoniale<sup>17</sup>. S-a arătat că această instituție are ca scop asigurarea unui cadru juridic precis și clar delimitat de protejarea entității bio-psiho-sociale a ființei umane<sup>18</sup>.

Într-o opinie care în prezent este majoritară se apreciază că drepturile personalității sunt drepturi subiective absolute, însă în literatura străină nu există un acord total în privința acestui aspect, exprimându-se și alte puncte de vedere. Astfel, conform lui J. Ghestin și G. Goubeaux, drepturile personalității sunt „la limita” noțiunii de drept subiectiv, această calitate fiind recunoscută cel mai adesea unor drepturi ale personalității particulare, cum este dreptul la imagine<sup>19</sup>. Alți autori consideră că este vorba despre libertăți care își găsesc limitele în libertățile concurente ale celorlalți subiecți sau de interese legitime<sup>20</sup>.

Noul Cod civil<sup>21</sup> reglementează ca drepturi ale personalității următoarele drepturi: *dreptul la viață, la sănătate și la integritate, dreptul la demnitate, dreptul la propria imagine, dreptul la respectarea vieții private*, legiuitorul ținând să sublinieze că este vorba despre o enumerare exemplificativă, prin urmare din această categorie mai fac parte „și alte asemenea drepturi menționate de lege”<sup>22</sup>.

**2. Dreptul la demnitate.** În dreptul internațional și în sistemele juridice naționale demnitatea persoanei umane a apărut în urma experiențelor traumatizante ale fascismului, național socialismului și imperialismului nipon.

Aceste evenimente au avut un impact puternic, generalizându-se un sentiment de respingere a tot ceea ce leza ființa umană în esența sa. În acest context, ideea de demnitate a fost preluată în documentele internaționale ca semnificând faptul că ființa umană are o valoare intrinsecă, o măreție ireductibilă pe care fiecare trebuie să o respecte<sup>23</sup>, fiind vorba despre un principiu nederogabil, egalitar, aplicabil în toate circumstanțele și oricărei ființe umane, indiferent de abaterile sale de la normele juridice,

---

<sup>17</sup> Pentru o clasificare a drepturilor personale nepatrimoniale, a se vedea Ghe. Beleiu, O. Calmuschi, *Drept civil român. Persoanele*, București, 1992, p. 23, C. Stătescu, *Drept civil. Persoana fizică. Persoana juridică. Drepturile reale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1970, p. 101, I Dogaru, N. Popa, D.C.Dănișor, S. Cercel, *Bazele dreptului civil. Vol. I. Teoria generală*, Ed. C.H.Beck, pp. 399 și urm.

<sup>18</sup> G. Mihai, G. Popescu, *Introducere în teoria drepturilor personalității*, Ed. Academiei Române, 1992, p. 16.

<sup>19</sup> J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, L.G.D.J., 1977, pp. 164 și 165.

<sup>20</sup> Y.-H. Leleu, G. Genicot, E. Langenaken, *La maîtrise de son corps par la personne*, în J.L. Renchon, *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 99.

<sup>21</sup> Legea nr. 286/2009 publicată în M.Of. nr. 511 din 24 iulie 2009. Noul Cod civil a intrat în vigoare la data de 1 octombrie 2011.

<sup>22</sup> Alin. (1) al art. 58 a fost modificat prin Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Legii nr. 287/2009 publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011. Anterior modificării, textul era formulat astfel: „Orice persoană are dreptul la viață, la sănătate, la integritate fizică și psihică, la onoare și reputație, dreptul la respectarea vieții private precum și dreptul la propria imagine”.

<sup>23</sup> A se vedea K. Grabarzyk, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, P.U.A.M., 2008, p. 212.

sociale, biologice sau mentale.<sup>24</sup> Se mai impune o precizare și anume aceea că demnitatea este o noțiune complexă, care poate avea mai multe dimensiuni (forme, tipuri).

În ceea ce privește definirea juridică a conceptului, în literatura de specialitate se conturează două poziții: o parte din autori apreciază că demnitatea nu se poate defini<sup>25</sup>, în timp ce alții au încercat să găsească o definiție demnității, dând definiții în termeni axiologici și atribuindu-i o pluralitate de sensuri și semnificații<sup>26</sup>. De altfel, nici legiuitorul român nu a încercat să-i dea o definiție, limitându-se la a consacra dreptul oricărei persoane la respectarea demnității în art. 72 din noul Cod civil.

Conținutul demnității este incert, evolutiv, variază de la un spațiu geografic la altul și în raport de etapa istorică, neputând să fie determinat *a priori*. I s-a reproșat cel mai adesea că este un concept prea vag, care lasă loc unei marje de apreciere imensă celui care decide într-un caz concret dacă i s-a adus sau nu atingere<sup>27</sup>.

În absența unei definiții, Curtea Constituțională germană a reținut o delimitare negativă a domeniului de protecție a demnității umane, prin intermediul atingerilor care îi pot fi aduse, astfel: „Nu se poate constata acest lucru în mod definitiv, ci trebuie să avem întotdeauna un caz concret. Expresii generale cum ar fi: „ființa umană nu trebuie să fie redusă la un obiect supus puterii statale” pot doar să schițeze cadrul în care pot fi găsite încălcările demnității umane. Nu este neobișnuit ca omul să fie redus la a fi obiectul relațiilor și al evoluției sociale, dar în egală măsură al dreptului în sensul că el trebuie să i se supună fără ca interesele lui să fie luate în calcul. Nu este suficient pentru a fi vorba despre o încălcare a demnității umane. Este necesar ca tratamentul să pună în discuție calitatea lui de subiect, sau dacă este vorba acolo, în cazul concret, despre o nerespectare arbitrară a acestei demnități<sup>28</sup>.

Consiliul Constituțional francez identifica „un ansamblu de principii printre care figurează primordialitatea ființei umane, integritatea și absența caracterului patrimonial al corpului uman, integritatea speciei umane”<sup>29</sup> ca fiind principii care asigură respectarea principiului constituțional al protecției demnității umane iar, Codul penal

---

<sup>24</sup> M. Delmas-Marty, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne. Vol. I*, Ed. De la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2000, p. 486.

<sup>25</sup> Pentru detalii, vezi V. Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004, p. 183, C. Girard, M. Loiseau, *Le principe de dignité dans la doctrine constitutionnaliste*, p. 43, Ph. Pedrot, *La dignité de la personne humaine: principe consensuel ou valeur incantatoire?*, p. 3.

<sup>26</sup> Pentru dreptul francez, a se vedea M.L. Pavia, *La dignité de la personne humaine, în lucrarea „Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. 129-144, S. Guillen, „La dignité de la personne humaine et police administrative. Essai sur l'ambivalence d'un standard”, în lucrarea „Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze”, coord. Ph. Pedrot, Ed. Economica, 1999, p. 75.

<sup>27</sup> Spre exemplu D. de Béchillon, *Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales*, R.T.D.C., nr. 47/2002, p. 60, C. Neirink, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, în lucrarea *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Ed. Economica, 1999, p. 46.

<sup>28</sup> Teoria obiectului (Objektformel), pentru detalii J. Laure, *Le principe de dignité en droit allemand*, în lucrarea C. Girard, S. Henneville-Vauchez, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, P.U.F., 2005, p. 172.

<sup>29</sup> D. nr. 94-343/344 DC, privind „Legile bioetice”, J. Of. din 27 iulie 1994, p. 1124.

francez incriminează ca infracțiuni contra demnității discriminările, traficul de ființe umane, proxenetismul, recurgerea la prostituția minorilor și a persoanelor vulnerabile, exploatarea cerșetoriei, condițiile de muncă și de locuit contrare demnității, botezul și atingerile aduse respectului datorat morților, în timp ce injuria și defăimarea sunt considerate infracțiuni contra onoarei. Nu în ultimul rând, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene include în Titlul I „Demnitatea”: demnitatea umană, dreptul la viață, dreptul la integritate fizică și psihică, interzicerea torturii și a pedepselor sau a tratamentelor inumane sau degradante, interzicerea sclaviei și a muncii forțate.

Se poate spune că, mai întâi, legiuitorul român a optat pentru o înțelegere restrictivă a conceptului, deoarece a prevăzut și pedepsit ca aducând atingere demnității doar faptele care constituie infracțiunile de insultă (art. 205 C.P.) și calomnie (art. 206 C.P.)<sup>30</sup>. Prin adoptarea Constituției din 1991, potrivit art. 1 alin. (3) demnitatea omului a devenit valoarea supremă a statului român, alături de drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic; trebuie să facem distincție între cele două abordări ale demnității.

Este important să semnalăm că în literatura străină sunt discuții în ceea ce privește riscurile juridicizării conceptului iar, ideea existenței unui drept subiectiv la demnitate rămâne extrem de controversată<sup>31</sup>. De asemenea, nu există un consens în ceea ce privește includerea sa în lista drepturilor personalității<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Insulta și calomnia au fost dezincriminate prin art. 1 pct. 56 din Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi, publicată în M. Of nr. 470 din 31 mai 2006, declarat neconstituțional prin Decizia Curții Constituționale nr. 62 din 18 ianuarie 2007. Prin Decizia nr. 8/2010, ÎCCJ a stabilit că dispozițiile art. 205, 206 și 207 C. pen. nu sunt în vigoare.

<sup>31</sup> Neagă existența unui drept subiectiv la demnitate Th. Revet, *La propriété de la personnalité*, Gaz. Pal., 18-19 mai 2007, p. 51, N. Molfessis, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, în lucrarea « La dignité », coord. Th. Revet și M. Luce Pavia, Ed. Economica, 1999, p. 107, M. Fabre-Magnan, *La dignité en droit: un axiome*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, nr. 58/2007, pp. 1-31. Astfel, M. Fabre-Magnan afirmă că noțiunea este utilizată în mod greșit și în realitate confundată cu dreptul la onoare, atunci când este vorba despre protecția considerației unei persoane particulare și că demnitatea nu este un drept subiectiv chiar dacă pentru punerea sa în aplicare poate fi necesar uneori să fie acordate anumite drepturi subiective.

<sup>32</sup> A se vedea I. Tricot-Chamard, *Contribution à l'étude des droits de la personnalité*, P.U.A.M., 2004; autoarea consideră că protecția personalității contribuie la asigurarea respectului demnității, alături de dispozițiile referitoare la nediscriminare, libertățile publice și drepturile omului, dar demnitatea nu este un atribut al personalității și nu prezintă caracterele unei noțiuni juridice deoarece „nimeni nu știe despre ce este vorba...nici cel mai mic rest de definiție abstractă”. Se arată că în anumite circumstanțe, aparent fără un motiv, demnitatea pierde dimensiunea sa transcendențială, cea care îi permite tranșarea în ultim recurs a situațiilor de principiu cele mai delicate, pentru o lua o dimensiune individuală, fapt cu atât mai grav cu cât în materia protecției personalității, ea conditionează aplicarea altor noțiuni și în special existența unei răspunderi. I. Tricot-Chamard arată că frontiera care separă onoarea de atributele personalității se cristalizează în jurul subiectivității onoarei, căci spre deosebire de aceasta, în cazul dreptului la viață privată, a imaginii și vocii este vorba despre date de care orice individ dispune pentru că ele se bazează pe criterii care au o anumită materialitate și sunt astfel ușor identificabile. În consecință, în timp ce atributele personalității se referă la integritatea morală a omului protejând caractere proprii obiectiv identificabile, onoarea vizează aspectul mai subiectiv al integrității morale, abordând sensibilitatea individului.

Având în vedere cele arătate mai sus, în continuare vom prezenta succint dispozițiile noului Cod civil referitoare la dreptul la demnitate. Articolul 72 din Cartea I - „Despre persoane”, Titlul II - „Persoana fizică”, Capitolul II intitulat „Respectul datorat ființei umane și drepturilor ei inerente” prevede: „(1) Orice persoană are dreptul la respectarea demnității sale. (2) Este interzisă orice atingere adusă onoarei sau reputației unei persoane, fără consimțământul acesteia ori fără respectarea limitelor prevăzute de art. 75”. Anterior noului Cod civil, dreptul la onoare și dreptul la reputație a fost prevăzut ca drept personal nepatrimonial în articolul 54 din Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice.

Dreptul la demnitate poate fi limitat în condițiile prevăzute de art. 75 NCC, care dispune în alin. (1) că legea, convențiile și tratatele internaționale la care statul român este parte poate permite limitări. De asemenea, potrivit alin. (2), nu constituie o limitare a acestui drept exercitarea de către o persoană a propriilor drepturi și libertăți constituționale cu bună-credință și cu respectarea pactelor și convențiilor internaționale la care România este parte.

Conform art. 58 NCC dreptul la demnitate este unul dintre drepturile personalității (drepturi personale nepatrimoniale) și are caracterul juridice ale acestei categorii, respectiv: este un drept absolut, deci opozabil *erga omnes*, toate persoanele fiind obligate să nu săvârșească fapte de natură să-i aducă atingere, insesizabil, intransmisibil<sup>33</sup>, imprescriptibil extinctiv și achizitiv, cu caracter strict personal neputând să fie exercitat pe cale de reprezentare generală și cu caracter universal, adică aparține tuturor persoanelor<sup>34</sup>.

În doctrina română<sup>35</sup>, în special penală, se admite de o manieră consacrată de mult timp că demnitatea are două aspecte: un aspect subiectiv care corespunde onoarei<sup>36</sup> și unul obiectiv care corespunde reputației. Onoarea și reputația sunt noțiuni strâns legate, ele au sensuri apropiate, chiar dacă nu sunt sinonime și în jurisprudență sunt de regulă utilizate cumulativ. Reputația se referă la aprecierea, bunul renume, respectul și considerația de care se bucură o persoană din partea celor cu care interacționează, părerea publică pozitivă care se câștigă în mod concret prin calități, însușiri și merite personale, adică la imaginea pe care ceilalți o au despre o persoană și are un caracter dobândit. Despre onoare s-a spus că este „demnitatea personală

---

<sup>33</sup> Art. 58 alin. (2) din N.C.C.

<sup>34</sup> Pentru dezvoltări, a se vedea S. Cercel, E.G. Olteanu, *Considerații privind drepturile personalității*, Revista de Științe Juridice nr. 4/2009, p. 52.

<sup>35</sup> În acest sens V. Dongoroz, *Explicații teoretice ale Codului Penal român. Vol. III*, ed a II-a, Ed. Academiei Române, 2003, p. 390 și urm., V. Păvăleanu, *Drept penal special*, U.J., 2010, p. 140, M. Basarab, V. Pașca, Ghe. Mateuț, T. Medeanu, C. Butiuc, M. Bădilă, R. Bodea, P. Dungan, V. Mirișan, R. Mancaș, C. Miheș, *Codul Penal comentat*, vol. II. Partea specială, Ed. Hamangiu, 2008, p. 342, T. Toader, *Drept penal. Partea specială*, Ed. All Beck, 2002, p.162 și 163, G. Nistoreanu, Al.Boroi, *Drept penal. Partea specială*, Ed. All Beck, 2002, p.168, Ghe. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Casa de Editură « Șansa » S.R.L., București, 1992, p. 75.

<sup>36</sup> Pentru o analiză a raporturilor complexe dintre demnitate, reputație și onoare, v. P. Berger, *On the obsolescence of the concept of honor*, Archives européennes de sociologie, XI, 1970, p. 342, R. Post, *The social foundation of defamation law: reputation and the Constitution*, California Law Review, vol. 74: 691/1986.

reflectată în considerația tertilor și în sentimentul persoanei înseși<sup>37</sup> și are două componente: onoarea internă (onoarea *stricto sensu*) ce constă în sentimentul de prețuire pe care fiecare om îl are față de el însuși, care este dobândită prin naștere și onoarea externă care are o conotație socială și corespunde reputației<sup>38</sup>.

Dreptul la demnitate se referă la imaginea morală a persoanei, la sentimentul de apreciere pe care fiecare îl are față de sine și la prețuirea publică de care se bucură, deci ține mai curând de sfera publică, noul Cod civil reglementându-l ca drept autonom, distinct de dreptul la viață privată (art. 71 NCC) și de dreptul la propria imagine (art. 73 NCC) ce vizează imaginea fizică a persoanei<sup>39</sup>. Ca drept inerent calității de ființă umană, dreptul la demnitate are ca titular orice persoană fizică și se stinge la decesul acestuia.

Poate nu este lipsit de interes să amintim că într-un articol distinct și anume art. 79 din noul Cod civil este protejată memoria persoanei decedate „în aceleași condiții ca și imaginea și *reputația* persoanei în viață”.

**3. Mijloace de apărare.** Noul Cod civil aduce elemente de noutate în materia mijloacelor juridice civile de apărare a drepturilor personale nepatrimoniale în Titlul V – „Apărarea drepturilor nepatrimoniale”, din Cartea I „Despre persoane”, art. 252-257, dispoziții care se aplică și dreptului la demnitate, în sensul consolidării protecției acordată acestor drepturi în raport cu dispozițiile articolelor 54-56 din Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și juridice.

Astfel, potrivit art. 253 NCC, în funcție de momentul săvârșirii faptei ilicite, se pot lua pe cale judecătorească următoarele măsuri: 1. dacă acțiunea ilicită este *actuală*, instanța poate dispune încetarea încălcării și interzicerea ei pentru viitor și 2. pentru o faptă *petrecută în trecut*, dar care lasă să subziste tulburarea (spre exemplu, dacă un articol care conține afirmații calomnioase ce lezează reputația unei persoane, după ce a fost publicat într-un cotidian, poate fi vizualizat oricând pe internet, instanța judecătorească poate să constate caracterul său ilicit).

În plus, se poate dispune obligarea autorului faptei să publice hotărârea de condamnare pe cheltuiala sa și se pot lua orice alte măsuri necesare pentru încetarea faptei ilicite sau pentru repararea prejudiciului cauzat.

De asemenea, art. 253 alin. (4) NCC prevede expres și explicit că titularul dreptului poate obține indemnizarea prejudiciului nepatrimonial, caz în care dreptul la acțiune este supus prescripției extinctive. Dispozițiile noului Cod civil confirmă orientarea jurisprudențială și doctrinară actuală care admite, cu valoare de principiu, posibilitatea de a se acorda despăgubiri bănești pentru daunele morale pentru atenuarea suferințelor

<sup>37</sup> A. de Cupis, *I diritti della personalità*, A. Giuffrè, Milano, 1959, p. 93.

<sup>38</sup> A se vedea în acest sens A. Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Ed. Helbing Lichtenhahn, 5-ed, 2010, p. 103 și C. Rătescu, *Codul penal Carol al II-lea adnotat*, Vol.III. Partea specială, București, 1937, p. 314.

<sup>39</sup> Pentru dezvoltări, v. G. Mihai, G. Popescu, *op. cit.*, p. 79 și F. Jongen, *Le droit à l'honneur*, în lucrarea J.-L. Renchon, *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 121.

produse prin fapta ilicită, soluție care s-a impus în temeiul articolelor 998 și 999 C. civ. și pe considerentul că ar fi inechitabil ca autorul unui prejudiciu nepatrimonial să nu fie obligat să îl repare.<sup>40</sup>

Ar fi fost de dorit ca, pentru a întări protecția acordată demnității persoanei, noul Cod civil să conțină prevederi privind dreptul la replică și rectificare, conceput nu ca un drept general la adevăr, ci ca drept al unei persoane care se consideră lezată printr-o prezentare a unor fapte neadevărate în media să prezinte propria versiune asupra acestora, să corecteze informațiile inexacte sau să aducă completări pe care le consideră necesare unei înțelegeri corecte a situației.

Potrivit art. 255 NCC, pe cale de ordonanță președințială instanța poate hotărî luarea unor măsuri provizorii, în special: interzicerea încălcării sau încetarea ei provizorie și luarea măsurilor necesare pentru a asigura conservarea probelor [alin. (2). Reclamantul trebuie să probeze că dreptul său face obiectul unei acțiuni ilicite, actuală sau iminentă și că aceasta riscă să îi cauzeze un prejudiciu greu de reparat [art. 255 alin. (1) NCC]. Uneori, el poate fi obligat să dea o cauțiune în cuantumul fixat de instanță, dacă se apreciază că aceste măsuri pot provoca un prejudiciu pârâtului [art. 255 alin. (5) NCC]. De asemenea, reclamantul este obligat să introducă acțiunea de fond, în maxim 30 de zile de la data dispunerii unei măsuri provizorii, sub sancțiunea încetării de drept a acesteia [art. 255 alin. (6) NCC].

Instanța poate dispune încetarea cu titlu provizoriu a faptei prejudiciabile, săvârșite prin presă, doar dacă sunt întrunite cumulativ următoarele condiții: 1 prejudiciile cauzate reclamantului sunt grave, 2 nu există un motiv justificativ dintre cele enumerate de art. 75 NCC și 3 dacă măsura dispusă de instanță nu apare ca fiind disproporționată în raport cu prejudiciul cauzat [art. 255 alin. (3) NCC].

Deoarece luarea unei măsuri provizorii poate să cauzeze un prejudiciu pârâtului, dacă s-a dovedit nejustificată și s-a respins acțiunea de fond, instanța îl poate obliga pe reclamant la repararea prejudiciului. Se poate refuza acordarea de despăgubiri sau se poate reduce cuantumul acestora dacă în raport de circumstanțele concrete ale cauzei se dovedește că acesta nu a fost în culpă sau a avut doar o culpă ușoară art. [255 alin. (7) NCC].

---

<sup>40</sup> Pentru detalii, v. I. Dogaru, P. Drăghici, *Bazele dreptului civil. Vol III. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, 2009, p. 246 și urm. I. Albu, *Considerații în legătură cu revenirea jurisprudenței române la practica reparării bănești a daunelor morale*, în *Dreptul nr. 8/1996*, pp. 13-22, G. Vintilă, C. Furtună, *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. All Beck, 2002, p. 46 și urm., C. Jugastru *Repararea prejudiciilor nepatrimoniale*, Ed. Lumina Lex, 2000, pp. 57-65, C. Stătescu, C. Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Beck, 1995, pp. 137-141, M. Boar, *Metode și criterii de evaluare a despăgubirilor bănești pentru daune morale*, în *Dreptul nr. 10/1995*, p. 47, M. Boar, *Repararea bănească a daunelor morale în dreptul unor state vest europene*, în *Dreptul nr. 8/1996*, pp. 22-32.

# Reevaluarea marjei de apreciere a statelor europene privind minoritarii sexuali în lumina dispozițiilor CEDO

*drd. Alexandra Mirela POPESCU<sup>1</sup>*



## European states reassessment of the margin of appreciation on sexual minorities in the light of ECHR regulations

**Abstract:** In the context of an increasingly pregnant individualism, sexual minority persons have denounced before the supranational courts of appeal the mistreatment arising from the national legislation, demanding reassessment of texts on human rights due to the evolution of morality, attitudes, scientific and medical progress to counter the *non possumus* the European countries have embraced.

**Keywords:** margin of appreciation, proportionality, legitimacy, jurisprudential revival.

### § Preliminari

Conturându-se pentru prima dată în jurisprudența Comisiei Europene și consolidându-se *pari passu* și în jurisprudența Curții Europene a drepturilor omului, noțiunea de *marjă de apreciere* a acaparat rapid ansamblul sectoarelor convenționale ori de câte ori a fost ridicată problema unui conflict de interese, fiind recunoscută autorităților naționale în vederea concretizării anumitor noțiuni vagi sau nedeterminate ce țin de dispozițiile Convenției<sup>1</sup>. Sub rezerva unor valențe noi, marja de apreciere a fost definită ca fiind „*latitudinea de diferență sau de eroare pe care organele de la Strasbourg o permit corpurilor legislative, executive, administrative sau judiciare naționale, înainte de a declara o derogare națională de la Convenție sau o limită a*

---

<sup>1</sup> Doctorand buget al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/88/1.5/S/49516 „Creșterea atractivității, calității și eficienței studiilor universitare de doctorat prin acordarea de burse doctorale”.



unui drept convențional ca fiind o violare a garanțiilor substanțiale ale Convenției”<sup>2</sup>. În linii mari, noțiunea în sine desemnează, de fapt, permisivitatea de care se bucură statele membre ale CEDO în a tranșa anumite situații ce implică drepturi și libertăți protejate de textul internațional amintit, care state pot în mod deplin să se conformeze angajamentelor luate la nivel internațional aplicând propriile norme, în măsura în care acestea oferă o protecție egală sau superioară celei impuse de convențiile semnate în materia drepturilor omului.

Aducem în discuție plângerile minoritarilor sexuali, care sunt probabil unele dintre cele mai elocvente exemple în acest sens, deoarece Curtea, în calitatea sa de garant al Convenției europene a drepturilor omului, a abandonat poziția inițială de a respecta măsurile dispuse de state în ceea ce privește sexualitatea persoanei și s-a văzut nevoită să intervină și să condamne ingerințele suferite de particulari din cauza legislațiilor interne conservatoare, care prin atitudinea lor violau în mod nejustificat libertatea persoanei de a decide ce mod de viață sexuală alege să exercite. Trecerea de la o non-intervenție, la o condamnare explicită a unui stat datorită nerespectării unui raport de proporționalitate în evaluarea limitelor aduse vieții sexuale, și pe cale de consecință, vieții intime și private a persoanei, proporționalitate ce reprezintă, în optica Curții, „o necesitate într-o societate democratică”<sup>3</sup>, nu face altceva decât să oblige instanța europeană să admită în mod explicit existența unui reviriment jurisprudențial, cu puternice conotații în planul legislațiilor naționale.

### § I. Marja de apreciere: *Ratios*

Dacă acceptabilitatea acesteia este justificată de faptul că autoritățile naționale sunt mai bine plasate să soluționeze un litigiu decât o instanță de recurs supranațional, cu toate acestea nu trebuie înțeleasă funcția marjei de apreciere drept concesiunea în favoarea statului a unui domeniu rezervat<sup>4</sup>, deoarece acolo unde măsurile naționale sunt insuficiente pentru a contracara o încălcare a unui drept sau libertăți prevăzute de CEDO, este de datoria instanței strasbourgese să intervină pentru a pune capăt ilicitului. Așadar, ideea unui domeniu rezervat exclusiv statelor în virtutea puterii lor de apreciere în ceea ce privește măsurile luate pentru îndeplinirea obligațiilor asumate prin semnarea CEDO este vehement respinsă, ceea ce face ca, cel puțin *de plano*, să nu poată fi admisă o prezumție a unei convenționalități totale a actelor interne<sup>5</sup>, nefiind vorba de o putere de apreciere nelimitată.

---

<sup>2</sup> S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalite dans le droit de la convention europeenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 486 și urm.

<sup>3</sup> H.C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Ed. Kluwer Academic Publishers, 1996, p. 13, citat de S. Van Drooghenbroeck, *op.cit.*, p. 486.

<sup>4</sup> A se vedea cauza *Dudgeon c. R.U.*, cererea nr. 45, din 22 octombrie 1981.

<sup>5</sup> S. Van Drooghenbroeck, *op.cit.*, p. 503 și urm.

Dat fiind faptul că în principal statele însele sunt ținute să respecte și să garanteze efectivitatea dispozițiilor convenționale, organele de la Strasbourg intervenind în subsidiar, fundamentele legitimității marjei de apreciere sunt ușor de sesizat (1), în contextul în care rațiuni de ordin evolutiv conduc la o dualitate în aprecieri în ceea ce privește sfera de întindere a acestei puteri de evaluare de care beneficiază legislațiile naționale (2).

### 1. Legitimitate

Potrivit preambulului Convenției europene a drepturilor omului, guvernele semnatare „*hotărâte, în calitatea lor de guverne ale statelor europene, animate de același spirit și având un patrimoniu comun de idealuri și de tradiții politice, de respect al libertății și de preeminență a dreptului, să ia primele măsuri menite să asigure garantarea colectivă a anumitor drepturi enunțate în Declarația Universală*”. Așadar, rolul principal în garantarea și protejarea acestor drepturi și libertăți le revine autorităților naționale, în urma angajamentelor asumate prin semnarea acestui act internațional. Pe cale de consecință, puterea de apreciere de care beneficiază statele în executarea obligațiilor astfel acceptate „*primește legitimitate prin caracterul subsidiar al controlului exercitat de organele convenției*”<sup>6</sup>, subsidiaritate ce se degajă pe două planuri. Pe plan procedural, abia după epuizarea tuturor căilor interne de acțiune poate fi sesizată instanța de recurs supranațional, ceea ce conduce în mod efectiv la asigurarea unui recurs intern pentru a proteja un drept convențional.

Pe plan material, autoritățile naționale sunt libere să ia măsurile pe care le consideră apropiate îndeplinirii dispozițiilor CEDO<sup>7</sup>, afirmație ușor periculoasă pentru sistemul de drepturi și libertăți convenționale, care se văd dependente într-o oarecare măsură de acțiunile luate la nivel intern. De altfel, din această libertate de opțiune a statelor putem înțelege faptul că aceste măsuri pot diferi în timp, tocmai pentru a asigura efectivitatea și adaptabilitatea dispozițiilor în cauză la societatea aflată într-o continuă evoluție. Deci, se pune problema de a se ști până unde se poate întinde această putere unilaterală de apreciere a statului. Este ea limitată în vreun fel? În mod cert răspunsul nu poate fi decât unul afirmativ dată fiind intervenția Curții Europene, ori de câte ori constată că legislația în cauză nu a păstrat un raport de proporționalitate în luarea acelor măsuri și a afectat în mod nejustificat exercițiul unui drept sau libertăți prevăzute de convenție, a căror protecție trebuie, de altfel, să primeze.

Vom vedea în cele ce urmează că situația în sine nu a fost deloc atât de transparentă la origini, mai ales dacă avem în vedere cererile minoritarilor sexuali ridicate de-a lungul timpului în fața instanței de la Strasbourg.

### 2. Dualitate evolutivă

Dacă inițial statele membre ale CEDO s-au bucurat de o putere de apreciere crescută în ceea ce privește măsurile luate pentru a-și îndeplini obligațiile asumate

---

<sup>6</sup> *Idem*, p. 506.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 490.

prin semnarea acestui act, organele convenționale alegând, astfel, să intervină cât mai puțin în sfera de suveranitate națională (1, ulterior, însă, „*judcătorul european întoarce spatele dogmelor clasice de drept internațional*”<sup>8</sup> înclinând balanța, de această dată, în favoarea protecției libertății (2).

### 2.1. *In dubio, mitius*

Angajamentele convenționale ale statelor membre au fost văzute inițial ca limite ale exercițiului suveranității lor și, prin urmare, au fost acceptate ca excepții și nu ca reguli<sup>9</sup>. Consecință a acestui fapt, puterea lor de apreciere privind îndeplinirea dispozițiilor CEDO era vizibil extinsă. *In dubio, mitius* simbolizează, pe scurt, nevoia resimțită de state de a interpreta în mod restrictiv limitele impuse suveranității lor prin ansamblul de angajamente asumate prin semnarea actelor internaționale privind drepturile omului pentru a salvagarda patrimoniul comun de tradiții și valori. Efectele acestei teorii conduc la o putere de apreciere crescută a statelor, cât și la o interpretare restrictivă a drepturilor și libertăților persoanei<sup>10</sup>.

Exemplificarea este elocventă dacă avem în vedere marja de evaluare a statelor privind libertatea indivizilor în materie sexuală. Astfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a trebuit să se pronunțe, o dată cu sec. al XX-lea, asupra normelor de drept intern ale statelor semnatare ale CEDO care aleseseră să incrimineze relațiile homosexuale. Nu puține au fost cererile ridicate în fața instanței de recurs supranațional ce denunțau tratamentele discriminatorii suferite din partea legislațiilor statelor în cauză, reclamantii invocând, în critica lor, dreptul la respectarea vieții private, garantat de art. 8 CEDO, și principiul non-discriminării, prevăzut de art. 14 al aceleiași Convenții. Sesizată încă din 1955<sup>11</sup> de către un reclamant german, condamnat la 15 luni de închisoare pe motivul homosexualității sale, Comisia a considerat de o manieră constantă că plângerile depuse de homosexuali împotriva anumitor dispoziții naționale erau incompatibile cu articolele Convenției, cererea reclamantului german fiind, în consecință, respinsă. Cu toate că recunoaște la un moment dat că *viața sexuală constituie un aspect important al vieții private*<sup>12</sup>, totuși Comisia este rezervată în a admite astfel de cereri și subliniază în aprecieri *scopurile legitime* în virtutea cărora statul poate interveni în sfera vieții intime și private a persoanei, astfel că incriminarea homosexualității nu era ea însăși ilegală. Pentru a-și justifica poziția, Comisia parafrazează art. 8 alin. (2) CEDO și consideră că *homosexualitatea poate erija în infracțiune dacă motivele de ordine publică precum morala sau sănătatea publică o impun*<sup>13</sup>, jurisprudența europeană menționând în mod expres obligația puterii publice de a proteja drepturile terților, în special dacă în cauză este vorba de minori<sup>14</sup>. Așadar,

---

<sup>8</sup> S. van Drooghenbroeck, *op.cit.*, p. 494.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>11</sup> *Idem*, pp. 54 și 55.

<sup>12</sup> Comisia europeană, 17 decembrie 1955, cererea nr. 104/55.

<sup>13</sup> Comisia europeană, X c/RFA, 30 septembrie 1975, cererea nr. 5935/72.

<sup>14</sup> Comisia europeană, cererea nr. 261/57, din 16 decembrie 1957, vol. I, p. 255.

statele se bucurau de libertatea de a stabili ele însele „modelul bun de sexualitate”, sprijinindu-se pe motivele legitime, prevăzute de textul convențional, precum morala sau ordinea publică<sup>15</sup>, iar această apreciere a fost mult timp respectată de judecătorul european.

De altfel, *Convenția la origini nu impunea în mod prioritar statelor membre decât obligații negative*<sup>16</sup>. Este motivul pentru care cererile persoanelor transsexuale, de exemplu, care recuseseră la intervenții chirurgicale de conversiune sexuală și urmăreau recunoașterea noului sex prin modificarea actelor de stare civilă, nu au fost acceptate inițial de judecătorul european, considerând că nu există motive temeinice pentru a le impune statelor o astfel de obligație pozitivă. Ulterior Curtea a revenit asupra acestei concepții și a criticat statele pentru lipsa unui „*just echilibru între interesul general și cel individual*”, situația în sine fiind incompatibilă cu dreptul la respectarea vieții intime și private, garantat de art. 8 din CEDO<sup>17</sup>.

## 2.2. *In dubio, pro libertate*

Prezumția clasică de protecție a suveranității statale, și pe cale de consecință a marjei de apreciere a statelor, chiar în detrimentul libertății individuale se vede în timp substituită de o interpretare fondatoare a CEDO, *in dubio, pro libertate*<sup>18</sup>. Altfel, este depășită treptat concepția *in dubio, mitius* de care aminteam mai sus, locul ei fiind luat de o alta, care concentrează atenția pe scopul urmărit de convenție, acela de a proteja drepturile și libertățile adunate de textul internațional. De altfel, Comisia ia act în mod expres de acest lucru și afirmă că *CEDO nu este un tratat precum oricare altul*, motiv pentru care statele sunt obligate să realizeze obiectivele și idealurile Consiliului European și să instaureze o ordine publică comunitară de libertăți democratice înainte de a-și salva patrimoniul lor comun de tradiții politice și idealuri<sup>19</sup>. *Libertatea devine regula, iar limita ei excepție*, abordare confirmată ulterior de jurisprudența europeană.

O atitudine distinctă chiar față de homosexualitate, de exemplu, se poate observa în anul 1977, moment în care, la plângerea unui cetățean britanic, condamnat de legislația națională pentru practicarea de raporturi homosexuale prin utilizarea forței cu un bărbat ce nu împlinise vârsta de 21 de ani, Comisia acceptă pentru prima dată o astfel de cerere și își reevaluează poziția cu privire la plângerile persoanelor homosexuale<sup>20</sup>. Deși admite că nu este vorba de o violare a art. 8, respectiv a art. 14

---

<sup>15</sup> V. Sudre F., Marguenaud J-P, Andriant Simbazovina J, Goutenoire A., Levinet M., *Les grands arrêts de la C.E.D.H.*, Ed. PUF, Paris, 2003, p. 412.

<sup>16</sup> Art. 8 alin. (2) CEDO: *Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură care, într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora.*

<sup>17</sup> S. van Drooghenbroeck, *op.cit.*, p. 136.

<sup>18</sup> Curtea Europeană, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 iulie 2002.

<sup>19</sup> S. van Drooghenbroeck, *op.cit.*, p. 50.

<sup>20</sup> Comisia europeană, cererea nr. 788/60, 11 ianuarie 1961.

CEDO, invocate de petent în acțiunea sa, totuși Comisia prevede că *viața sexuală relevă din viața privată* și că evoluția moralei permite evaluarea cererii. Pe fondul analizei cauzei, Curtea Europeană apreciază că ingerințele statului în sfera vieții private erau justificate de „scopuri legitime”, permise de textul convențional mai sus amintit, precum *protecția moralei și a sănătății publice*, motiv pentru care respinge cererea ca fiind nefondată. Abia în 1981, o dată cu afacerea *Dudgeon c/R.U.*<sup>21</sup> se poate distinge în mod clar un reviriment jurisprudențial, moment în care Curtea condamnă pentru prima dată o legislație națională pe motivul că incrimina la modul absolut relațiile homosexuale, chiar petrecute în privat și între adulți apti să consimtă.

## § II. Marja de apreciere: *Reviriment jurisprudențial*

„La ora la care Europa se străduiește, nu fără dificultate, să se doteze cu o Constituție, (...), dreptul comunităților europene și dreptul Consiliului Europei nu sunt indiferente la chestiunile legate de sex și de sexualitate”<sup>22</sup>, din moment ce își centrează atenția asupra unei „politici de eliberare sexuală”, ale cărei consecințe ating, la un moment dat și în anumite limite, legislațiile naționale. Rând pe rând au loc evenimente care susțin această *politică de protejire a libertății sexuale a individului*. Pentru început, sexualitatea nu se mai identifică cu perpetuarea speciei umane, fapt ce a condus la legalizarea contraceptivelor și a întreruperii voluntară de sarcină. Apoi, susținută de cercetările psihanalizatorilor, sexualitatea este disociată de vârsta adultă, motiv pentru care adolescentelor le este permisă, din acest moment, întreruperea de sarcină fără acordul părinților. Revendicările unei sexualități libere nu se opresc însă aici, abrogarea normelor penale care incriminau relațiile sexuale între persoane de același sex intervenind în mod natural.

Deși caracteristica majoră a Curții europene, în practica sa privind revirimentul jurisprudențial este aceea de a nu admite decât foarte rar și într-un mod explicit că este pe punctul de a opta pentru o schimbare în practica sa jurisprudențială<sup>23</sup>, aceste evenimente sociale nu aveau să rămână fără replică la nivelul deciziei judecătorești europene. Revizuirea politicilor publice naționale pe fundamentele evoluției sociale, a mișcărilor sociale, precum mișcarea feministă de exemplu, sau a progresului științific (1) vor conduce la o reevaluare a marjei de apreciere a statelor chiar într-o chestiune atât de complexă cum este sexualitatea, motiv pentru care un reviriment jurisprudențial la nivelul Curții europene se face resimțit într-un mod plener (2).

### 1. Revizuirea politicilor publice

În momentul în care statele europene au concluzionat că minoritarii sexuali trebuie să beneficieze de mai multă protecție, au reacționat în consecință, fapt ce a condus în

<sup>21</sup> Comisia europeană, cererea nr. 7215/75, 7 iulie 1977.

<sup>22</sup> Afacerea *Dudgeon c/Regatul Unit*, precitată.

<sup>23</sup> O. Dubos, J.P. Marguenaud, *Sex. Sexualité et Droits Européens: Enjeux Politiques et Scientifiques des Libertés Individuelles*, Ed. A. Pedone, Paris, 2007, p. 5.

mod evident și la reducerea puterii proprii de apreciere a „modelului bun de sexualitate”. Evoluția socială (1), activismul feminin (2) sau consecințele fulminante ale cercetării științifice (3) aveau să contribuie la această nouă viziune asupra unui aspect care, de altfel, ține de personalitatea și identitatea fiecărei persoane, și anume viața sexuală. Având în vedere acest consens, și judecătorul european reacționează în consecință, împingând chiar mai departe politicile naționale către poziții tot mai liberale.

### 1.1. Impactul evoluției sociale

Exploatănd în mod conștient convențiile sociale, este evident faptul că sexualitatea „a fost refăcută de fiecare generație în parte și pentru a înțelege astfel de transformări, în mod necesar este nevoie de plasarea discuției în contextul ei social și cultural”<sup>24</sup>. Dacă până în jumătatea a doua a sec. al XX-lea sexualitatea nu a fost cunoscută decât în cadrul căsătoriei și având ca finalitatea procrearea<sup>25</sup>, dreptul înțelegând să ignore sexul, considerându-l o chestiune ce ține de cotidian<sup>26</sup>, laicizarea și etatizarea ordinii juridice au alungat fantasmele păcatului sexual<sup>27</sup>. Redusă la masculin-feminin, legitimă doar în cadrul căsătoriei și având ca finalitate perpetuarea speciei umane, sexualitatea a rămas mult timp o problemă extrem de sensibilă pentru legislațiile naționale, consecință a faptului că moralitatea dominantă nu a urmărit să reflecte cu acuratețe comportamentul sexual real, dar a avut puterea de a-l constrânge și a făcut-o<sup>28</sup>. Panicile morale nu au vizat în mod deosebit un scop represiv, țelul principal fiind acela de a preîntâmpina exploatarea modelelor concurente de comportament sexual<sup>29</sup>.

În contextul unei protecții tot mai eficace a drepturilor și libertăților persoanei și sexualitatea a suferit mutații juridice puternice, noțiunea în sine ne mai definindu-se prin raportare la ea însăși, ci prin raportare la valorile sociale stabilite, fiind vorba, în fapt, *de un compromis între acest drept și ceea ce este considerat echitabil și rezonabil*<sup>30</sup> în societate la un moment dat. Acolo unde măsurile luate de state aveau să fie insuficiente pentru a proteja libertatea sexuală a persoanei și alegerile sale privind viața sexuală, avea să intervină judecătorul european pentru a stabili dacă limitele aduse vieții intime și private se justificau sau nu și respectau un control de proporționalitate. Invocarea unor scopuri precum morala publică, de exemplu, pentru a face din homosexualitate o infracțiune nu își mai găsește justificare în accepțiunea Curții Europene. Este momentul în care sexualitatea prinde valențe noi, fiind legată într-un mod incontestabil de dreptul fiecărei persoane de a fi respectată intimitatea și

<sup>24</sup> F. Maatscher, *Quarante ans d'activites de la Court europeenne des droits de l'homme*, RC ADI, 1997, p.270, citat de K. Lucas-Alberni, *Le revirement de jurisprudence de la Court europeenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2008, p.49.

<sup>25</sup> A. McLaren, *Sexualitatea secolului XX. O istorie*, traducere Jităreanu M., Ed. Trei, București, 2002, p. 12.

<sup>26</sup> O. Dubos, J.P. Marguenaud, *op.cit.*, pp. 5 și 6.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Legendre P., *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Ed. de Minuit, 1976, p. 171, citat de O. Dubos, J.P. Marguenaud, *op.cit.*, p. 5.

<sup>29</sup> A. McLaren, p. 14.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 15.

modul în care alege să își exercite viața sexuală. Anumite limite se păstrează totuși, dar ele sunt acceptate doar dacă prin impunerea lor statul urmărește protecția drepturilor altor persoane, cum ar fi de exemplu protecția minorilor sau a persoanelor vulnerabile în fața agresiunilor sexuale.

### 1.2. *Impactul activismului feminist*

„Mișcarea feministă clasică din sec. al XIX-lea și de la începutul sec. al XX-lea a fost o mișcare a femeilor (chiar dacă nu a tuturor) și a inclus și bărbați. Ea aspira la o modificare fundamentală a relațiilor între sexe prin îmbunătățirea situației femeilor, din punct de vedere economic, social, politic și cultural, atât în comparație cu situația lor de până atunci, cât și în comparație cu situația bărbaților și a raporturilor lor cu aceștia”<sup>31</sup>.

O revizuire a concepțiilor despre sexualitate a fost posibilă în special datorită politicii promovate de S.U.A., în anii '60, prin care se urmărea, de fapt, reglementarea unor probleme delicate ce se perpetuaseră în timp, precum hărțuirea sexuală, homosexualitatea, avortul, agresiunile sexuale, ș.a., cât și câștigarea de către femei a unui statut egal cu cel al bărbaților. Odată cu inițierea teoriei Queer asistăm la mișcări intelectuale în virtutea cărora normele sunt răsturnate pentru a arăta „în ce moment sexualitățile sunt fluide și identitățile reversibile”<sup>32</sup>. Începând cu anii '70 și în alte state europene se manifestă astfel de acțiuni, influențând în mod particular două principii ale statului de drept: egalitatea și libertatea. În virtutea obținerii unei egalități între sexe, se simplifică relațiile sexuale, distingându-se între plăcere și procreare, se eliberează avortul și contracepția, toate acestea prin recunoașterea calității de subiect de drept al femeii, care nu mai putea fi redusă la statutul de fată sau soție în umbra unui bărbat<sup>33</sup>. Apare ideea de libertate într-un domeniu în care până acum fusese redusă la tăcere, și anume sexualitatea, dar și cea de egalitate între diferitele orientări sexuale.

### 1.3. *Impactul progresului științific*

Odată cu schimbarea modelelor de sexualitate din societățile occidentale și odată cu mișcările de „liberalizare a sexului”, mai ales în ultimele două sau trei decenii, contribuția cercetării științifice a devenit extrem de importantă<sup>34</sup>. Modificarea formelor de control asupra sexualității și extinderea limitelor exercițiului său au condus la apariția unor condiții și manifestări noi asupra cărora sunt chemați să se pronunțe în egală măsură juriști, sociologi, psihologi, medici sau sexologi<sup>35</sup>. Aportul adus de cercetarea științifică nu a putut fi neglijat nici de legiuitor care s-a văzut nevoit să ia în considerare noile posibilități pe care știința a început să le ofere și în acest domeniu al sexualității.

---

<sup>31</sup> *Méthodologie juridique*, Ed. P.U.F., Paris, 2001, p. 119.

<sup>32</sup> G. Bock, *Femeia în istoria Europei. Din Evul Mediu până în zilele noastre*, traducere Bărbulescu M.C., Ed. Polirom, Iași, 2002, p. 150.

<sup>33</sup> J-L. Janelle, *Introducing Queer studies?* Les Temps Modernes, 2003, nr 624, pp. 141 și 142

<sup>34</sup> A. Beaupre, *Homme et femme il les créa. Retours sur l'égalité dans le droit de la famille*. Dalloz, pp.1200-1220.

<sup>35</sup> S. Rădulescu, A. Zolei, *Sociologia transsexualismului. Evaluări calitative și studii de caz în România*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 3.

Două consecințe se impun a fi amintite, și anume datorită aportului științific *homosexualitatea a fost scoasă din lista bolilor psihice*, societatea și apoi dreptul înțelegând-o ca pe o altă manifestare a libertății sexuale, pe lângă heterosexuale, iar, în revers, *transsexualismul a fost înțeles ca o patologie a cărei rezolvare o reprezintă doar o intervenție chirurgicală* care să permită subiectului în cauză să-și construiască adevărata identitate sexuală. Altfel spus, homosexualitatea nu mai e înțeleasă drept crimă infamă și contrară naturii „care violează societatea (...), prin această dereglare brutală și dezgustătoare”<sup>36</sup>, ci este acceptată ca o variație a funcției sexuale, provocată de o anumită încetare a dezvoltării sexuale<sup>37</sup>, incriminarea ei ne mai găsim justificare.

Pe de altă parte, dacă inițial statele au fost reticente la pretențiile transsexualilor ce recurgeau la o schimbare de sex, conștiente de multitudinea de implicații pe care o asemenea intervenție chirurgicală le implică, cu toate acestea, sub presiunea revendicărilor individuale, sistemele judiciare naționale își reevaluează poziția, ele însele fiind supuse unei evoluții integratoare. Deși țările europene reacționează în mod diferit la fenomenul transsexualismului, unele având legi speciale care stabilesc exact condițiile în care schimbarea de sex este admisă, odată ce acceptă intervenția chirurgicală nu pot să respingă efectele ei, asumându-și, deci, și obligația pozitivă de a întregi statutul juridic al transsexualului operat, prin modificarea actelor de stare civilă.

## 2. Un exemplu de reviriment: Cauza Dudgeon/R.U.

Implicarea evidentă a Curtii Europene în marja statelor de evaluare a limitelor aduse libertății sexuale poate fi constatată odată cu afacerea Dudgeon c./R.U.<sup>38</sup>, soluționată în octombrie 1981, care, datorită poziției tranșante a judecătorului european, poate fi numită cu adevărat un reviriment jurisprudential. În fapt, instanța a fost sesizată de Jeffrey Dudgeon, homosexual irlandez, care introduce, la data de 22 mai 1976, o plângere în fața Comisiei europene, după ce fusese supus unui interogatoriu de către poliția locală, urmat apoi de o percheziție a casei sale pentru căutarea de stupefiante și unde se descoperiseră documente care atestau homosexualitatea sa. Deși cauza fusese clasată de procurorul general, J. Dudgeon, în plângerea sa susținea că dreptul penal nord-irlandez, interzicând de o manieră absolută relațiile homosexuale, fie ele petrecute în spațiul privat și între persoane adulte, apte să consimtă, constituie un atac nejustificat la dreptul la respectarea vieții private, garantat de art. 8 din CEDO. De asemenea, reclamantul se sprijinea, în critica sa, și pe art. 14 din CEDO, considerând acțiunea autorităților naționale ca fiind și discriminatorie deoarece în restul Marii Britanii era aplicabilă o lege din 1967 privind delictul sexual care lege nu atribuia homosexualității acest caracter infracțional.

Cu toate că până la această dată instanța de la Strasbourg fusese destul de reținută în a accepta plângerile minoritarilor sexuali, considerând, de regulă, că statele sunt

---

<sup>36</sup> S. Rădulescu, A. Zolei, *op.cit.*, p. 4.

<sup>37</sup> V. Sf. Augustin, *Confessions*, trad. Arnauld Anchilly, Manchecourt, Ed. Gallimard, 2003, Cap. VIII, Cartea III, p.104.

<sup>38</sup> S. Freud, *Trois essais sur la théorie sexuelle*, Ed. Gallimard, Paris, 1987, pp. 37-54.



îndreptățite să ia măsurile pe care le consideră apte în a reglementa situația dată, totuși, cu această ocazie Curtea afirmă, după Comisie, că viața sexuală constituie „*un aspect intim al vieții private*” și estimează că legislația statului în cauză aduce o atingere permanentă și nejustificabilă acestui drept. Deși legislațiile naționale beneficiază de o largă marjă de apreciere în materie de morală, Curtea apreciază că natura activităților în cauză, care implică aspecte foarte intime ale vieții private, nu autorizează o ingerință disproporțională în raport cu scopul urmărit, motiv pentru care condamnă statul britanic pentru violarea art. 8 alin. (2) CEDO

Așadar, scopul principal al intervenției Curții nu este acela de a modifica neapărat limitele puterii de apreciere a statelor în situația dată judecării, ci tocmai de verifica dacă un control de proporționalitate există, pentru a stabili, în fapt, dacă dreptul la viață intimă și privată este sau nu respectat. Cum bine sublinia Curtea, în această cauză instanța nu a urmărit „o consacrare a normalității homosexualității”, deoarece „depenalizarea nu înseamnă aprobarea”, ci „eliminarea aspectelor injuste ale legislației penale”<sup>39</sup>.

Așa fiind, în linii mari, critica instanței europene rezidă în faptul că *ori de câte ori este adusă în discuție libertatea sexuală a persoanei, aceasta, în mod obligatoriu, trebuie să fie legată de dreptul la respectarea vieții intime și private*, pentru a vedea dacă condițiile restrângerii acestui drept sunt îndeplinite. În acest scop se impune ca „orice limitare a acestui drept să fie făcută numai prin lege și numai dacă este necesară într-o societate democratică (...) măsura trebuind să fie proporțională cu situația care a determinat-o, aplicată în mod nediscriminatoriu”, în așa fel încât să nu aducă atingere însăși existenței dreptului respectiv<sup>40</sup>.

Pe de altă parte, cu toate că recunoaște o violare a art. 8 CEDO, instanța refuză să analizeze cauza și sub aspectul discriminării, apreciind că nu este util de a examina dacă reclamantul a fost sau nu victima unei discriminări în raport cu alte persoane, inegalitatea de tratament nefiind, în acest caz, „*un aspect fundamental al litigiului*”.

### § III. Concluzii

Deși dreptul intern, protector al tradițiilor și valorilor sociale, denotă a fi uneori mai conservator și mai impenetrabil de concepții tot mai liberale, judecătorul european pare mai deschis noilor revendicări, chiar și a celor care impun o reevaluare în ansamblu a textelor internaționale în materia drepturilor omului. Astfel că, în calitatea sa de garant al Convenției Europene a Drepturilor Omului, Curtea Europeană intervine și reevaluează, prin atitudinea sa, marja statelor de apreciere ori de câte ori constată o violare a drepturilor și a libertăților convenționale. Motivul acțiunii sale nu este acela de a submina autoritatea statelor europene, membre ale CEDO, scopul instanței de la Strasbourg fiind, în fapt, protejarea ființei umane.

<sup>39</sup> Afacerea *Dudgeon c/Regatului Unit*, precitată.

<sup>40</sup> Afacerea *Dudgeon c/Regatului Unit*, precitată.

<sup>41</sup> S. Rădulețu, *Libertăți fundamentale*, Ed. Didactică și Pedagogică R.A., București, România, 2008, p. 208.