

Revista de Științe Juridice



Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale

SISTEMUL JURIDIC ÎNTRE STABILITATE ȘI REFORMĂ

Coordonator număr:

Prof. univ. dr. Ion DOGARU

Membru corespondent al Academiei Române



Vol. 23, nr. 1/2013

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.

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

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

www.universuljuridic.ro

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

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

Redactor-șef:

Prof. univ. dr. SEVASTIAN CERCEL – Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Conf. univ. dr. 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. **Dan Claudiu Dănișor** – Rector al Universității din Craiova
Prof. univ. dr. **Gabriel Boroî** – 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, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Radu I. Motica** – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept și Științe Administrative
- Prof. univ. dr. **Nicolae Popa** – fost Președinte al Curții Constituționale a României, fost Președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție
- 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, Facultatea de Drept
-

■ COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Conf. univ. dr. **Lucian Bercea** – Universitatea de Vest Timișoara, Decan al Facultății de Drept
- Prof. univ. dr. **Edmond Gabriel Olteanu** – Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Călina Jugastru** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Decan al Facultății de Drept „Simion Bărnuțiu”
- Prof. univ. dr. **Florin Streteanu** – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Decan al Facultății de Drept
- Conf. univ. dr. **Daniel Ghiță** – Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Sebastian Spinei** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”
- Conf. univ. dr. **Daiana Maura Vesmaș** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”
- Lect. univ. dr. **Dan Constantin Tudurache** – Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Radu Catană** – Prorector Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept

Editura UNIVERSUL JURIDIC



*Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice
conform ordinului ministrului ECTS nr. 4691/2011
Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO, Heinonline și Index Copernicus*

CUPRINS

La réforme du contrôle de constitutionnalité en France: une révolution? <i>Patrick CHARLOT</i>	9
La reforme des collectivités territoriales en France ou le maintien de l'ordre établi <i>Virginie DONIER</i>	15
Evaluation on Practical Training of Law Students in the University of National and World Economy <i>Jivko Ivanov DRAGANOV</i>	23
Preuves médico-légales <i>Madjid KACI</i>	31
New technologies and the promotion of freedom of expression <i>Sebastian RĂDULETU</i>	44
Noua configurație a dreptului de suprafață <i>Eugen CHELARU</i>	49
Cotitatea disponibilă specială a soțului supraviețuitor în concurs cu copiii dintr-o legătură anterioară a defunctului <i>Mircea Dan BOB</i>	60
Cel care se obligă să fie titularul dreptului? <i>Carmen Tamara UNGUREANU</i>	68
Contestația la executare în Noul Cod de Procedură Civilă <i>Adrian FANU-MOCA, Claudia ROȘU</i>	80
Despre reconstrucția mijloacelor de ocrotire a persoanei fizice în noul Cod civil <i>Lavinia TEC</i>	90
Implementarea în legislația românească a directivelor europene privind discriminarea de gen în domeniul muncii <i>Cătălina-Andreea IVĂNUS</i>	103
Clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii <i>Daniela MOȚIU</i>	119
Gestiunea bunurilor comune ale soților în sistemul Codului civil român – continuitate sau reformă? <i>Cristina NICOLESCU</i>	134
Dreptul de suprafață în reglementarea Codului civil român <i>Tudor Vlad RĂDULESCU</i>	147
Conținutul normativ al Constituției și reforma constituțională <i>Marius ANDREESCU</i>	161
Unele considerații privind reglementarea intoxicației în noul Cod penal <i>Marcel Ioan RUSU</i>	184

Considerații privind reglementarea perioadei de probă <i>Septimiu PANAINTE</i>	192
Excepție de la caracterul constitutiv al înscrierii în cartea funciară. Moștenirea. Uzucapiunea <i>Sergiu I. STĂNILĂ</i>	200
Problema discontinuității în legislația învățământului românesc <i>Elena Tereza DANCIU</i>	210
Răspunderea penală a persoanei juridice: aspecte teoretice și practice; <i>Andra Roxana ILIE</i>	219
„Persoana vizată”, titularul dreptului la protecția datelor personale: anonimizarea și pseudoanonimizarea <i>Gabriela ZANFIR</i>	237

CONTENTS

Reform of constitutional control in France: a revolution? <i>Patrick CHARLOT</i>	9
The local government reform in France or maintenance of the established order <i>Virginie DONIER</i>	15
Evaluation on Practical Training of Law Students in the University of National and World Economy <i>Jivko Ivanov DRAGANOV</i>	23
Forensic evidence <i>Madjid KACI</i>	31
New technologies and the promotion of freedom of expression <i>Sebastian RĂDULEȚU</i>	44
The new configuration of the superficies right <i>Eugen CHELARU</i>	49
Special available share of the surviving spouse in competition with the children resulted from a previous relationship of the deceased spouse <i>Mircea Dan BOB</i>	60
The one who undertakes to be the holder of the right? <i>Carmen Tamara UNGUREANU</i>	68
Appeal against enforcement in the New Code of Civil Procedure <i>Adrian FANU-MOCA, Claudia ROȘU</i>	80
About the reconstruction of the means of protecting the natural person in the new Civil Code <i>Lavinia TEC</i>	90
Implementation of the European directives in the Romanian legislation regarding the gender discrimination in the workplace <i>Cătălina-Andreea IVĂNUȘ</i>	103
Abusive clauses in the agreements concluded with consumers <i>Daniela MOTIU</i>	119
Management of the spouses' common assets in the system of the Romanian civil Code – continuity or reform? <i>Cristina NICOLESCU</i>	134
The superficies right in the regulation of the Romanian civil Code <i>Tudor Vlad RĂDULESCU</i>	147
The normative content of the Constitution and the constitutional reform <i>Marius ANDREESCU</i>	161

Certain considerations regarding the regulation of the intoxication in the new Criminal Code <i>Marcel Ioan RUSU</i>	184
Considerations regarding the regulation of the probation period <i>Septimiu PANAINTE</i>	192
Plea of the constitutive nature of the registration in the land book. The estate. Adverse possession <i>Sergiu I. STĂNILĂ</i>	200
The question of the discontinuity in the legislation of the Romanian education <i>Elena Tereza DANCIU</i>	210
Criminal liability of the legal entity: theoretical and practical matters <i>Andra Roxana ILIE</i>	219
„The aimed individual”, the holder of the right to the personal data protection: making anonymous and pseudonymous <i>Gabriela ZANFIR</i>	237

La réforme du contrôle de constitutionnalité en France: une révolution?

Prof. Patrick CHARLOT

Faculté des Sciences, l'Université de Bourgogne



Reform of constitutional control in France: a revolution?

Abstract: This paper will discuss the sensitive issue of constitutional review in France. This country has long been the only, or even the last, which was applied until very recently Kelsenian orthodoxy in all its splendor. Since the Constitution of 1958, and until 2008, France knew as a mechanism to review the constitutionality of laws that control *a priori*, by action, before a special court on open that referral a very small number of public actors.

Keywords: constitutional control, special court, public actors.

Cette communication traitera du délicat problème du contrôle de constitutionnalité en France. Ce pays fut longtemps le seul, voire le dernier, où l'on a appliqué jusqu'à très récemment l'orthodoxie kelsénienne dans toute sa splendeur. En effet, depuis la Constitution de 1958, et jusqu'en 2008, la France en connaissait comme mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois qu'un contrôle *a priori*, par voie d'action, devant une cour spécialisée, sur saisine ouverte qu'à un nombre très restreint d'acteurs publics. Un procédé qui démontre une conception que l'on peut qualifier d'archaïque du contrôle de constitutionnalité; celui-ci ne pourrait donc concerner que les conflits entre pouvoirs publics, portant sur la répartition des compétences. Il se trouve ainsi totalement et frontalement opposé à une autre conception, qui fait du contrôle de constitutionnalité des lois un instrument de protection des droits individuels et constitutionnellement garantis. Lorsque le contrôle de constitutionnalité est conçu comme un instrument de protection de droits garantis, tout particulier peut saisir un juge qui tranchera la question de constitutionnalité.

En France, la doctrine majoritaire depuis les années 1980, sous l'impulsion du doyen Favoreu et de l'École d'Aix-en-Provence, a justifié et glorifié le contrôle de constitutionnalité des lois mis en place en 1958, au nom de la spécificité d'un modèle européen par opposition à un modèle américain. Ce modèle européen se caractériserait par un contrôle *a priori*, qui pourrait se qualifier d'objectif, par voie d'action, ouvert à des autorités publiques, devant une cour spécialisée. Le modèle américain induirait

un contrôle a posteriori, qualifié de subjectif, par voie d'exception, porté devant n'importe quel juge par un particulier justifiant d'un intérêt à agir...

Sans vouloir rentrer dans le détail, on peut déjà affirmer que cette opposition n'existe pas. Il n'y pas de modèle européen, pour preuve le modèle suisse apparu au 19^{ème} siècle, donc bien antérieur au modèle kelsénien. De même, pour qui analyse les systèmes étrangers, les contrôle de constitutionnalité des normes en usage, par exemple, en Allemagne et en Espagne, se rapproche beaucoup plus du modèle américain que d'un soi-disant modèle européen. Il n'existe donc qu'un modèle kelsénien, qui ne peut en aucun cas se voir attribuer un quelconque brevet d'«européen», que seule en Europe la France pratiquait.

La France tente alors d'aligner son système de contrôle sur les autres démocraties. Sous l'impulsion vaine du Président Mitterrand, avec le projet Badinter (1990) et les travaux de la Commission Vedel en 1993. Il faudra donc attendre la présidence de Nicolas Sarkozy pour voir une réforme abouti, lors de la révision constitutionnelle de 2008, à une seule voix de majorité. L'unanimité se fait pour louer enfin le président qui a su doter enfin la France d'un contrôle de constitutionnalité qualifié de «moderne».

Quel est donc ce système rénové? Il garde le mécanisme originel de 1958, par voie d'action, a priori, sur saisine d'autorités publiques, devant le Conseil constitutionnel. Mais il y ajoute un nouveau mécanisme qui permet au Conseil d'examiner la constitutionnalité des lois sur renvoi des juridictions, à la demande de particuliers, permettant donc un contrôle par voie d'exception, a posteriori, ce que le texte nomme une «question prioritaire de constitutionnalité». Le nouvel article 61-1 de la Constitution de 1958 dispose que;

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Et l'article 62 précise que; une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 ne peut être promulguée ni mise en application. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

En termes de volume, selon les chiffres fournis par le site du Conseil constitutionnel, 3 à 4000 questions prioritaires de constitutionnalité ont été déposées, au mois d'avril 2013, devant les juges ordinaires. 314 dossiers ont été transmis au Conseil constitutionnel, 137 par le Conseil d'Etat, 177 par la Cour de cassation. Fin avril 2013, le Conseil avait rendu 239 décisions selon cette nouvelle procédure, se décomposant de la sorte:

- 137 décisions de conformité
- 33 décisions de conformité avec réserve d'interprétation
- 43 décisions de non-conformité totale
- 23 décisions de non-conformité partielle
- 3 décisions de non-conformité avec réserves d'interprétations?

Ce qui, traduit en pourcentage, conduit à ce que le Conseil prononce 55 % de décisions de conformité, 16 % de conformité avec réserve, 18 % de non-conformité totale, 11 % de non-conformité partielle. Il est aussi nécessaire de constater que les questions prioritaires de constitutionnalité portent essentiellement sur les lois relatives au droit pénal, à la procédure pénale et au droit fiscal...

§ I. La quasi-totalité de la doctrine a accueilli très favorablement cette modification, voire cette révolution.

En effet, les commentaires, dès l'origine de la révision constitutionnelle et jusqu'à aujourd'hui, ne tarissent pas d'éloges sur cette nouvelle procédure. Les louanges peuvent ainsi être schématiquement présentées, regroupées sous plusieurs arguments, pas toujours pertinents.

- cette nouvelle procédure constituerait, en France, un progrès du fameux «état de droit». Elle arriverait à pallier les lacunes du contrôle a priori, et permettrait enfin de véritablement garantir les droits constitutionnellement garantis aux individus, en permettant aux particulier de saisir le juge constitutionnel.

- la France rattraperait enfin son retard en matière de contrôle de constitutionnalité et s'alignerait sur les autres démocraties européennes, qui pratiquent quasiment toutes, en même temps, un contrôle de constitutionnalité a priori et un contrôle a posteriori.

- le Conseil constitutionnel deviendrait enfin une «vraie» juridiction, devant laquelle se déroulerait un «vrai» procès, avec une audience publique, des parties venant plaider, où l'on appliquerait les règles nationales et européennes du procès équitable. Cette démarche conforte les spécialistes du droit constitutionnel, qui, comme leurs collègues spécialistes du contentieux administratif, vont enfin faire du «vrai» droit, ayant du grain à moudre avec la jurisprudence abondante issue de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel, qu'elle porte sur les refus de transmission des cours suprêmes, sur les annulations des lois promulguées, ou sur les refus du Conseil constitutionnel, comble la totalité de la doctrine universitaire, droit privé et droit public confondus, permet la création de nouvelles revues uniquement consacrées à ce nouveau contentieux et, in fine, comble d'aise les avocats voyant arriver de nouvelles affaires à plaider.

Bref, tout le landernau juridique est aux anges et les commentaires de décision pleuvent de tout côté. Tout le monde commente tout... pour s'accorder à dire qu'il s'agit bien d'une vraie révolution juridique qui permet enfin à la France de retrouver son rang traditionnel de pays gardien et inventeur des droits de l'Homme. Il est permis toutefois de ne pas être aussi euphorique devant la nouvelle situation.

§ II. On pourrait même évoquer, selon nous, une révolution non aboutie, voire contreproductive.

Il est tout d'abord permis de constater que, contrairement à ce qui se passe dans d'autres états européens, notre contrôle de constitutionnalité que concerne que les

lois. Ainsi ni les actes de l'exécutif ni ceux de l'autorité judiciaire ne sont soumis à un tel contrôle (même si l'on peut arguer que les actes de l'exécutif peuvent, dans certains cas, être soumis au contrôle de constitutionnalité que peut exercer le Conseil d'Etat). Qu'il nous soit donc ensuite permis d'émettre quelques pistes de critiques, en suivant l'ordre du procès auquel donne lieu la question prioritaire de constitutionnalité.

- devant le juge ordinaire

- il est tout d'abord évident que cette question prioritaire de constitutionnalité ne saurait être assimilée, contrairement à ce que font certains, à une exception d'inconstitutionnalité. Il s'agit en fait d'une question préjudicielle de constitutionnalité. Ce qui, in fine, renforce la complexité et l'absurdité du mécanisme mis en place par la nouvelle procédure, faisant intervenir un juge «ordinaire», une Cour suprême, et le Conseil constitutionnel. Mais celui-ci ne règle pas au fond le litige; il se prononce uniquement sur la question de constitutionnalité qui lui est posée, et renvoie au juge «ordinaire» le règlement du fond de l'affaire. Ceci confirme bien que, là encore contrairement à ce que pensent certains, le Conseil constitutionnel n'est en aucun cas une Cour suprême, ne disposant pas d'un pouvoir hiérarchique d'annulation ou de réformation d'un jugement rendu par un juge rattaché aux deux ordres de juridictions, judiciaire ou administratif.

- cette procédure révèle aussi une certaine hypocrisie quant au choix retenu pour effectuer ce contrôle. Les juges ordinaires sont juridiquement incompétents pour traiter une question de constitutionnalité, seul le Conseil constitutionnel, juridiquement spécialisé, étant habilité par la Constitution. Les juges ordinaires ne manquent pas d'ailleurs de décliner régulièrement leur incompétence. Mais dans cette procédure de question prioritaire de constitutionnalité, en décidant ou non de transmettre la question à la Cour suprême de l'ordre dont ils relèvent, ils apprécient le bien-fondé de la question posée et donc effectuent un pré-contrôle de constitutionnalité!

- cette procédure a-t-elle un véritable intérêt pour le particulier? on peut en douter. En effet, dans les cas les plus fréquents, il y a, en France, coïncidence entre la liste des actes constitutionnellement garantis et celle des actes conventionnellement garantis. Si l'un de ces droits lui paraît violé par une loi, le particulier, vu la complexité de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, a tout intérêt à demander au juge ordinaire de contrôler la conventionalité de la loi en cause, contrôle que celui-ci va exercer directement, plutôt que de passer par la nouvelle procédure, qui multiplie les filtres pour arriver au Conseil constitutionnel!! Et si une QPC est déposée, le juge, finalement, a tout intérêt, et il y a quelques exemples, à la rejeter, et préférer régler la question juridique en tranchant directement la question de conventionalité de la norme en cause.

- devant les Cours suprêmes, Conseil d'Etat et Cour de cassation.

Ces cours suprêmes doivent assurer un rôle de filtrage des questions très importantes, afin que le Conseil constitutionnel ne soit pas submergé. La volonté des constituants était très claire sur ce point, et on peut, au regard du volume du contentieux, affirmer que les deux Cours ont remarquablement joué ce rôle. Mais on peut aussi, en affinant

l'analyse, remarquer que la politique jurisprudentielle est très différente selon la Cour en question. Le Conseil d'état transmet beaucoup plus facilement les questions au Conseil constitutionnel que la Cour de cassation. Pour cette dernière, dans certains cas, on peut même parler de résistance ou de réticence à transmettre au conseil. Dans les premiers mois de la réforme, la Cour de cassation a estimé que la question de constitutionnalité n'était pas prioritaire et qu'elle devait faire prévaloir le contrôle européen ou communautaire. Elle a ensuite refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la constitutionnalité de la jurisprudence (affaire concernant l'ancien président de la République Jacques Chirac et la jurisprudence dite «abus de biens sociaux»). On a l'impression d'assister à une guerre des juges plutôt qu'à un dialogue des juges, privant, in fine, le particulier d'un recours effectif de constitutionnalité, d'autant plus que l'acte de refus de transmettre par une Cour suprême au Conseil constitutionnel est un acte insusceptible de recours...

- devant le Conseil constitutionnel

- une des difficultés rencontrées devant et par le Conseil constitutionnel est d'articuler les deux types de contrôles qu'il a pour mission d'effectuer, le contrôle a priori et le contrôle a posteriori. Il est topique de remarquer que le Conseil utilise les mêmes méthodes pour traiter de deux contentieux totalement différents! (exemple de la jurisprudence sur les incompétences négatives, avec les mêmes techniques utilisées indifféremment du contrôle a priori ou a posteriori). Cette difficulté est aggravée lorsque l'on sait qu'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être posée à l'encontre d'une loi qui a déjà été contrôlée a priori, sauf changement de circonstances. Mais comment savoir ce que le conseil constitutionnel a déjà contrôlé a priori dans cette loi? Toute la loi? Uniquement les dispositions contestées? D'autres soulevées d'office? Question quasi -insoluble lorsque l'on sait que la formulation du fameux «considérant balai» (qui «explique» ce que le Conseil a contrôlé) varie selon les époques... seul le Conseil constitutionnel le sait, ou est habilité à dire ce qu'il a déjà contrôlé. Cela soulève encore un problème de sécurité juridique pour les particuliers qui ne savent pas si la question prioritaire de constitutionnalité sera recevable...

- la réforme a introduit un nouveau paragraphe à l'article 62 de la Constitution (cf supra), qui pose une question redoutable; celle des effets dans le temps de l'abrogation de dispositions législatives par le Conseil lors de ce contrôle a priori. L'exemple le plus édifiant est donné par la décision du 30 juillet 2010, dite «garde à vue». La loi contestée devant le Conseil avait déjà été contrôlée par celui-ci en 1993. Mais il considère, en 2010, qu'il y a eu un changement de circonstances justifiant un nouvel examen au titre de la QPC. Ce changement de circonstances consiste en une explosion du nombre de gardes à vue (plus de 800 000 en 2009), qui n'a plus grand-chose à voir avec les objectifs initialement fixés par le législateur en 1993. Le Conseil rappelle les dispositions législatives en cause, essentiellement celles qui permettent de garder à vue un suspect pendant 24 heures renouvelables, sans assistance effective d'un avocat. Il en conclut à leur inconstitutionnalité puisqu'elles méconnaissent la présomption d'innocence et la garantie des droits, protégées par les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Mais il considère qu'il ne peut y avoir d'abrogation immédiate de la loi, craignant les effets redoutables d'un vide juridique!! il reporte donc au 1^{er} juillet 2011 les effets de la décision d'inconstitutionnalité, afin de laisser le temps au législateur de réécrire la loi, tout en précisant que les mesures de garde à vue prises avant cette date en application de dispositions inconstitutionnelles ne pourront être contestées sur le fondement de leur inconstitutionnalité! Il dit finalement aux prévenus qui souhaiteraient contester l'inconstitutionnalité de leur garde à vue; «revenez dans un an!». Curieuse conception de la garantie des droits ...

On peut donc estimer que cette révolution juridique annoncée est, finalement, une source de complexité et qu'elle se traduit une avancée bien réduite de la protection des particuliers. Il faudrait une véritable révolution du contrôle de constitutionnalité qui pourrait consister soit en une suppression pure et simple du Conseil constitutionnel, en donnant compétence aux juges ordinaires pour effectuer ce contrôle de constitutionnalité (ce qui paraît aujourd'hui inenvisageable en France), soit en gardant le Conseil constitutionnel mais en le réformant profondément.

Le choix qui se dessine, porté par le Président Hollande, semble consister en une simple réformette, ne portant qu'en une suppression des membres de droit du Conseil, les anciens présidents de la République. Il est donc urgent de ne rien changer pour ce qui concerne les procédures de nomination des autres membres, sur leurs qualifications juridiques... on ne peut que le regretter amèrement.

La réforme des collectivités territoriales en France ou le maintien de l'ordre établi

Prof. Virginie DONIER

*Faculté des Sciences Juridiques, Politiques,
Économiques et de Gestion, l'Université de Franche-Comté*



The local government reform in France or maintenance of the established order

Abstract: One may ask why did you choose to speak, in this symposium, a subject on the French administrative organization, a topic that may seem at first glance particularly dry. The explanation lies in the observation of a paradox which is interesting to study to examine the dialectic reform-stability: indeed, it is an area in which the word “reform” has been used repeatedly in France including the legislature, without upsetting the established order, it is that the right of local authorities.

Keywords: reform-stability, established order, France, administrative organization.

On peut se demander pourquoi avoir choisi de parler, dans le cadre de ce colloque, d'un sujet relatif à l'organisation administrative française, thème qui peut paraître particulièrement aride à première vue. L'explication réside dans l'observation d'un paradoxe qui se révèle intéressant à étudier pour interroger la dialectique réforme-stabilité: en effet, s'il est un domaine dans lequel le terme «réforme» a été employé à maintes reprises en France, notamment par le législateur, sans pour autant bouleverser l'ordre établi, c'est bien celui du droit des collectivités territoriales. Le discours doctrinal qui dépeint l'histoire de la décentralisation semble d'ailleurs conforter l'existence de véritables réformes puisque l'on présente parfois l'évolution de la décentralisation en deux actes, le premier datant des lois de 1982 et 1983¹, le second étant constitué par

¹ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JO* 3 mars 1982, p. 730; loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, *JO* 9 janvier 1983, modifiée par la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, *JO* 23 juillet 1983, p. 2286.

la révision constitutionnelle de 2003² et par la loi de 2004³. Plus récemment, certains ont parlé d'acte III à propos de la loi de réforme des collectivités territoriales adoptée en 2010⁴, tandis que d'autres tendent à considérer que l'acte III est actuellement en préparation puisque trois projets de loi visant à réformer les collectivités territoriales ont été déposés dans le courant du mois d'avril de cette année.

Mais au-delà des querelles visant à dater l'acte III de la décentralisation, il est intéressant de relever qu'en doctrine, les auteurs présentent parfois l'acte de naissance de la décentralisation comme étant constitué par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des collectivités territoriales et par les lois du 7 janvier et 22 juillet 1983 précisant la répartition des compétences entre l'Etat et les différents échelons locaux. Ainsi, le début des années 1980 marquerait une rupture si l'on en croit la doctrine dominante. Mais cette analyse s'avère largement contestable: sans pouvoir prétendre ici à l'exhaustivité, et si la conquête de l'autonomie locale avait déjà connu des prémises avant la III^{ème} République, il serait néanmoins plus juste de considérer que l'acte I de la décentralisation trouve naissance dans deux lois adoptées sous la III^{ème} République⁵: la première loi est celle du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, lois qui prévoit notamment que «le conseil général délibère sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres». S'ajoute à cela la loi du 5 avril 1884 relative aux communes qui indique notamment que le «conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune». Ces deux dispositions constituent incontestablement une étape importante dans la construction du droit des collectivités territoriales et dans la conquête de l'autonomie locale, et marquent une rupture par rapport au droit antérieur imprégné d'une forte centralisation. 1982 n'est donc pas la fin de «l'aube centralisatrice» ainsi que certains commentateurs de la loi du 2 mars ont pu le dire⁶, même s'il convient de reconnaître que ce texte constitue un progrès dans la protection de l'autonomie locale. Cette loi, suivie par celles de 1983, a reconfiguré les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales même si elle n'a pas, à proprement parler, donné naissance à la décentralisation.

Par la suite, et pour tenter de brosser un tableau synthétique de l'histoire de la réforme des collectivités territoriales, on peut considérer que la décentralisation n'a jamais été remise en cause et a semblé connaître de nouveaux progrès de par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, suivie par plusieurs lois organiques et par une loi ordinaire du 16 août 2004 relative à la répartition des compétences. Une fois

² Loi n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JO* 29 mars 2003, p. 5568.

³ Loi n° 2004-804 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO* 17 août 2004, p. 14545.

⁴ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JO* 17 décembre 2010, p. 22146.

⁵ Pour plus de détails sur l'histoire de la décentralisation, voir P. Bodineau et M. Verpeaux, *Histoire de la décentralisation*, Que sais-je? , PUF, 1997.

⁶ S. Regourd, «Le point de vue du juriste», in *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, dir. S. Regourd, J. Carles et D. Guignard, L'Harmattan, collection Gralle, 2012, p. 29.

encore, le discours politique, mais aussi parfois le discours doctrinal, ont usé et abusé d'hyperboles afin de souligner l'apport de la révision constitutionnelle qui a fait entrer dans la Loi fondamentale la décentralisation puisque l'article 1^{er} indique désormais que l'organisation de la république est décentralisée. Cette révision a fait également entrer dans la Constitution le principe de subsidiarité, la possibilité de mettre en œuvre des expérimentations, ou encore le droit de pétition, autant d'évolutions présentées parfois comme de véritables révolutions en faveur des libertés locales, ce qui peut laisser en réalité dubitatif. Plus récemment, une loi ordinaire a été adoptée le 16 décembre 2010 dans le dessein de rationaliser l'organisation des collectivités territoriales au plan structurel comme au plan fonctionnel. Mais certaines dispositions de ce texte ne seront jamais concrétisées, le législateur issu des urnes en 2012 a en effet procédé très récemment, le 17 avril 2013, à l'abrogation des articles relatifs au conseiller territorial dont la création par la loi du 16 décembre 2010 avait donné lieu à de vifs débats. En effet, ce nouvel élu (dont l'élection devait intervenir pour la première fois en 2014) avait vocation à siéger dans deux assemblées locales, à la fois au sein de l'assemblée régionale et au sein de l'assemblée départementale⁷. Au mois d'avril 2013, trois nouveaux projets de loi ont été déposés au Parlement avec pour ambition de confier de nouvelles compétences aux collectivités, mais également en vue de rénover les relations financières entre l'Etat et les échelons locaux et de mieux garantir les libertés locales, si l'on en croit l'exposé des motifs de ces différents projets. C'est en effet ce dernier objectif qui, en dépit du maquis textuel éloignant le droit des collectivités territoriales du jardin à la française, jalonne le discours politique sur la réforme des collectivités territoriales. A première vue, la volonté de simplifier l'organisation administrative territoriale, classiquement associée à un millefeuille, et la volonté de faire progresser la démocratie locale semblent légitimer les réformes successives du droit des collectivités territoriales. Une analyse superficielle ou candide pourrait ainsi laisser à penser que les réformes se font en premier lieu pour les collectivités territoriales. Mais lorsque l'on étudie plus en détails les ressorts des différents textes, il apparaît que la réforme des collectivités territoriales est surtout un moyen pour l'Etat de se réformer. Un décalage évident apparaît alors entre les ambitions affichées par le discours politique sur la réforme et la réalité juridique qui semble faire de la réforme de l'Etat l'autre objectif, sinon peut-être l'objectif principal, des évolutions de la décentralisation. La réforme des collectivités décentralisées est donc une manière pour l'Etat de se réformer (I), ce qui explique qu'elle s'inscrive dans la continuité, la forme unitaire de l'Etat n'étant pas remise en cause (II).

§ 1. La décentralisation: une manière pour l'Etat de se réformer

Cela renvoie à l'affirmation du Doyen Hauriou, selon laquelle la décentralisation est une «manière d'être de l'Etat». Cette citation pourrait paraître surannée tant les textes ayant pour objet de garantir les libertés locales se sont multipliés depuis les

⁷ D. Denaja, «L'impact de la création des conseillers territoriaux sur la démocratie et l'architecture institutionnelle locale», in *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, op. cit. p. 81.

années 1980, et sans doute encore davantage depuis le début des années 2000. Pourtant, cette citation reste pleinement d'actualité: lorsque l'on examine les évolutions de la décentralisation et les différentes étapes de la réforme de l'Etat, émerge en premier lieu une concomitance temporelle entre déconcentration et décentralisation, concomitance qui ne peut être le fruit du hasard (A). A cela s'ajoute la similitude des méthodes qui guident la réforme de l'Etat et la réforme des collectivités territoriales (B).

• A. *La concomitance temporelle entre décentralisation et déconcentration*

Pour mettre tout d'abord en lumière cette concomitance temporelle, on s'attachera à analyser la période contemporaine parce que la décentralisation a connu des développements significatifs à compter des années 1980⁸. Par deux décrets en date du 10 mai 1982, soit quelques jours après l'adoption de la loi du 2 mars relative à la décentralisation, les pouvoirs des préfets, et notamment des préfets de région, ont été accrus. Si l'on met en relation cette évolution avec l'une des dispositions de la loi du 2 mars 1982 qui fait de la région une collectivité territoriale de plein exercice, on comprend que toute avancée de la décentralisation suppose, en parallèle, de faire évoluer la déconcentration.

Ce rapprochement entre déconcentration et décentralisation est par ailleurs perceptible dans le cadre des réformes intervenues plus récemment: le décret du 29 avril 2004 est ainsi venu renforcer à nouveau les pouvoirs des préfets de région en leur reconnaissant un véritable pouvoir de coordination sur les préfets de départements⁹. Cette évolution est à mettre en perspective avec les réformes du droit des collectivités territoriales intervenues dans la même période: d'une part, la région, à la faveur de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, a fait son entrée dans la Constitution, ce qui la protège contre toute atteinte émanant du législateur. D'autre part, la loi du 13 août 2004 a reconnu à la région des compétences étendues dans des domaines particulièrement stratégiques, à l'image du développement économique¹⁰; mais surtout, cette loi lui confère un rôle de coordination en la matière puisque les interventions des autres catégories de collectivités territoriales doivent s'inscrire dans le cadre défini par la région. Sur un plan temporel, il y a par conséquent concomitance entre le renforcement des pouvoirs du préfet de région et le renforcement des compétences de la collectivité régionale, tout du moins en matière de développement économique. Cette concomitance s'explique en partie par le développement de la co-administration: dans bon nombre de domaines, et c'est notamment le cas des interventions économiques ou de l'aménagement du territoire, l'Etat et les collectivités territoriales sont appelées à travailler de concert en ayant recours à la contractualisation. Dès lors, l'exécutif

⁸ Pour des développements sur l'histoire de la politique de déconcentration, voir N. Kada, «Déconcentration et décentralisation: une fable contemporaine», in *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, op. cit. p. 239.

⁹ Décret n° 2004-374 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements, JO 30 avril 2004, p. 7755.

¹⁰ Sur les nouvelles compétences de la région, voir J.M. Pontier, «Les nouvelles libertés et responsabilités locales. Les nouvelles compétences de la région», *AJDA* 2004, p. 1968.

régional doit pouvoir disposer d'un interlocuteur représentant l'Etat sur le territoire de la région, interlocuteur dont les pouvoirs doivent être adaptés aux nécessités de la co-administration¹¹.

Mais la corrélation entre déconcentration et décentralisation ne se perçoit pas uniquement dans la temporalité des réformes, elle apparaît également au niveau des méthodes employées pour réformer l'Etat et les CT, méthodes qui sont relativement similaires.

• *B. La similitude des méthodes employées pour réformer l'Etat et les collectivités territoriales*

La politique de régionalisation, qui est à l'œuvre tant dans le cadre de l'administration déconcentrée que dans le cadre de l'administration décentralisée, met en exergue l'existence de méthodes identiques appliquées à la réforme de l'Etat et à la réforme des collectivités territoriales.

Mais plus largement, les méthodes mises en œuvre par l'Etat dans le cadre de la révision générale des politiques publiques (RGPP), dont l'ambition était de réformer l'administration pour réaliser des économies de fonctionnement, entretiennent de fortes similitudes avec les méthodes retenues par le législateur en 2010 dans la loi de réforme des collectivités territoriales. Il apparaît que ces différentes réformes étaient motivées par le souci de réduire les coûts de fonctionnement de l'administration: l'idée d'une réforme des collectivités territoriales a en effet été avancée peu après 2007, c'est-à-dire peu après le lancement de la RGPP. C'est dans un discours sur le capitalisme financier prononcé le 25 septembre 2008 que l'ancien président de la République a émis l'idée d'une réforme substantielle des CT afin de pouvoir supprimer un impôt local pesant sur les entreprises, à savoir la taxe professionnelle. De même, à l'instar de la révision générale des politiques publiques qui a procédé au regroupement de services déconcentrés au sein de directions régionales ou départementales de plus grande ampleur, la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales tente elle aussi de procéder à des regroupements. C'est dans cet esprit que le législateur a prévu la création de métropoles qui, initialement, devaient avoir le statut de collectivités territoriales et ainsi absorber les communes membres d'une métropole¹². Les deux réformes procèdent d'inspirations identiques, et cela transparaît également dans la mise en œuvre d'une logique de mutualisation des moyens que l'on retrouve tant dans le cadre de la révision générale des politiques publiques que dans le cadre de la loi du 16 décembre 2010.

Or, l'adéquation entre les méthodes mises en œuvre dans le cadre de la réforme de l'Etat et dans le cadre de la réforme des collectivités territoriales n'est pas fortuite, elle démontre que la décentralisation est conçue comme l'une des manières de réformer l'Etat, au même titre que la déconcentration. Cela explique sans doute que la réforme des collectivités territoriales s'inscrive dans un cadre qui n'est pas bouleversé, le cadre de l'Etat unitaire.

¹¹ Sur cette notion, voir J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, 2002, p. 339.

¹² J.C. Douence, «Les métropoles», *RFDA* avril 2011, p. 259.

§ 2. Des réformes s'inscrivant dans la continuité: le maintien de l'Etat unitaire

En dépit de la révision constitutionnelle intervenue en 2003, la réforme des collectivités territoriales n'a pas bouleversé l'ordre établi (A), le principe de libre administration, et plus largement l'autonomie locale, restent encore largement en proie au pouvoir d'appréciation du législateur (B).

• A. *Les effets limités de la constitutionnalisation du droit des collectivités territoriales*

A la différence de la déconcentration, la décentralisation bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle depuis la révision du 28 mars 2003¹³. Désormais, l'organisation de la République est décentralisée, ce qui n'est qu'une manière d'entériner la politique de décentralisation déjà consacrée par le législateur. La déconcentration n'a quant à elle pas reçu les faveurs du constituant, seule la Constitution de 1946, dans son article 89, y faisait une allusion implicite¹⁴. Faut-il considérer que cette reconnaissance constitutionnelle de la décentralisation rénove la protection accordée aux collectivités territoriales? Si l'on en juge par les décisions du Conseil constitutionnel intervenues postérieurement à cette révision, une réponse négative s'impose, la reconnaissance de la décentralisation semble faire redondance avec l'article 72 de la Constitution qui énonce le principe de libre administration des collectivités territoriales. L'organisation décentralisée de la République est ainsi le miroir de l'article 72, la libre administration ne pouvant véritablement s'exercer que dans le cadre d'un Etat décentralisé. Toutefois, les contours du principe de libre administration demeurent particulièrement difficiles à distinguer, y compris après la révision constitutionnelle de 2003 dont l'un des objectifs était pourtant de mieux préserver l'autonomie locale. La décision du 9 décembre 2010, *loi de réforme des collectivités territoriales*, met particulièrement en lumière ces incertitudes¹⁵: dans cette décision, le Conseil constitutionnel a en effet considéré que l'institution du conseiller territorial, nouvel élu appelé à siéger à la fois au sein de l'assemblée régionale et de l'assemblée départementale, ne portait pas atteinte au principe de libre administration. Ainsi que l'indique l'article 72 de la Constitution, «les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus». Pour le juge constitutionnel, cela doit s'entendre comme impliquant l'existence d'une assemblée élue pour chaque niveau de collectivités, mais rien ne s'oppose à ce que des élus désignés dans le cadre d'un même scrutin siègent dans deux assemblées territoriales. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel semble avoir vidé le principe de libre administration d'une partie de sa substance, niant l'atteinte

¹³ M. Verpeaux, «Qu'est devenu le système administratif français?», in *Liber Americum Darcy*, dir. M. Doat et P. Charlot, Bruylant, 2012, p. 857.

¹⁴ «Des lois détermineront les conditions dans lesquelles fonctionneront les services locaux des administrations centrales, de manière à rapprocher l'administration des administrés».

¹⁵ Décision n° 2010-618DC; note A. Marceau, «Le Conseil constitutionnel est-il toujours garant du principe de libre administration?», *RFDC* 2011, n°88, p. 789; note G. Marcou, «Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales», *AJDA* 2011, p. 129. Voir également l'article précité de S. Denaja.

que porte la création du conseiller territorial à la démocratie locale, et niant tout risque de tutelle d'une collectivité sur une autre. Si le conseiller territorial ne verra finalement jamais le jour, la décision rendue le 9 décembre 2010 interroge sur le sens et la portée de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, elle démontre par ailleurs la vulnérabilité du principe de libre administration en dépit de la volonté du constituant de mieux protéger les libertés locales. Preuve est ainsi faite que la constitutionnalisation n'est pas nécessairement synonyme de progrès dans la protection des droits et libertés, *a fortiori* lorsque l'exercice des libertés en question relève en grande partie du pouvoir d'appréciation du législateur. La révision de 2003 n'a en effet pas remis en cause la compétence législative pour définir les conditions de mise en œuvre du principe de libre administration et les compétences des collectivités territoriales. La réforme des collectivités territoriales se conjugue donc avec une volonté de stabilité, volonté qui se reflète dans le maintien de la toute-puissance législative.

- *B. Le maintien de la toute - puissance législative*

En vertu des articles 34 et 72 de la Constitution, les collectivités territoriales n'ont pas la compétence de leurs compétences, il appartient en effet au législateur de déterminer quel est le champ d'action dévolu au principe de libre administration. Ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 décembre 2010, cela autorise le législateur à modifier ou abroger des textes antérieurs relatifs aux collectivités territoriales s'il le juge opportun, sous réserve néanmoins «de ne pas priver de garanties légales des exigences d'ordre constitutionnel». Cette réserve, si elle a le mérite d'exister, se révèle en réalité particulièrement lâche, les déclarations d'inconstitutionnalité pour atteinte au principe de libre administration restent rares, alors même que cette disposition est fréquemment invoquée à l'appui d'une saisine du Conseil constitutionnel. Cette réserve, on l'a évoqué, n'a pas permis de s'opposer à la création du conseiller territorial, sorte d' élu à deux têtes représentants à la fois le département et la région. Elle n'a pas non plus permis de s'opposer à la suppression de la clause générale de compétence prévue par la loi du 16 décembre 2010 à l'endroit des régions et des départements. Cette clause permet à toute catégorie de collectivité territoriale d'agir, en dehors du cadre des compétences décentralisées, dès lors qu'un intérêt public local légitime l'intervention de la collectivité. Le Conseil constitutionnel a jugé que sans porter atteinte au principe de libre administration, le législateur pouvait décider de remettre en cause cette clause générale de compétence, à tout le moins en partie, car la loi avait tout de même prévu, dans des cas très restrictifs, de laisser un droit d'initiative aux départements et aux régions en dehors des compétences décentralisées¹⁶.

Mais au-delà de ces évolutions incessantes du droit des collectivités territoriales, l'observation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne permet pas de dessiner

¹⁶ V. Donier, «Les clairs-obscur de la nouvelle répartition des compétences», *AJDA* 2011, n° 2, pp. 92-98.

Il convient tout de même de préciser que cette suppression risque d'être remise en cause car l'un des projets de lois déposés au mois d'avril 2013 au Parlement prévoit d'abroger les dispositions privant les départements et les régions de la cause générale de compétence.

avec certitude les contours du principe de libre administration, celui-ci semble souffrir d'une plasticité remarquable puisque le législateur est en mesure de le contraindre fortement.

L'étendue du pouvoir législatif incite alors à s'interroger sur les conséquences d'une pratique qui fait débat en France actuellement, celle du cumul des mandats: nombre de parlementaires ont en effet, en plus de leur mandat national, un mandat local. Les élus chargés d'appliquer la décentralisation sont donc, en partie au moins, ceux qui sont chargés de la discuter, de la négocier et *in fine* de l'adopter. On pourrait être enclin à penser que les élus locaux disposant également d'un mandat national constituent en quelque sorte un contre-pouvoir local au sein du Parlement. L'échec de certaines réformes l'atteste, c'est en effet parce que les élus locaux ont largement refusé de voir certaines communes absorbées par des métropoles que ces structures n'ont pu accéder au rang de collectivités territoriales, elles se sont simplement vu accorder le statut d'établissement public de coopération intercommunale d'un nouveau genre¹⁷. Mais il serait erroné de croire que ce contre-pouvoir local s'exerce nécessairement en faveur des libertés locales, la loi du 16 décembre 2010 démontre au contraire que le cumul des mandats ne se révèle pas nécessairement favorable à la démocratie locale et à l'autonomie locale. Si ce cumul rend la production du droit des collectivités territoriales relativement conflictuelle, il nous semble qu'il y a tout de même un facteur de stabilité: la méfiance à l'égard de la décentralisation, méfiance qui peut s'expliquer par la volonté du législateur français de ne pas perdre sa place prédominante dans la production normative, lui qui est déjà amplement concurrencé par les institutions de l'Union européenne.

¹⁷ B. Faure, «La loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. L'arnaque et le territoire», in *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, *op. cit.* p. 39.

Evaluation on Practical Training of Law Students in the University of National and World Economy

*Associate Prof. Jivko Ivanov DRAGANOV**
Faculty of Law, University of National and World Economy



Evaluation on Practical Training of Law Students in the University of National and World Economy

Abstract: Practical training of law students is a critical element in their preparation during university studies. The need of gaining experience in practice is crucial especially for law graduates from states that follow the continental legal tradition. Legal clinics established at law faculties and mock trials are gaining popularity providing basis for development of practical skills and knowledge. Practical studies for university students are also provided by the court system. Still there seems to be a gap between the expectations both of the graduates and of the employers when students start their carrier. A survey among law students and their future employers shows the need and the possible areas for improvement of the student's practical skills and knowledge.

Keywords: practical education, practical skills, law students, university studies, court practice.

§ 1. Practical Training of Law Students and Need of Expanded Access to Practical Training. The Problem

The practical training of law students is an important factor for their future career as lawyers. The education in law faculties has been evaluated in different studies as needing improvement¹ and variety of measures have been proposed at different levels

* Associate Professor at the University of National and World Economy, Department of Private Law.

¹ In his paper "Practical training in law in the Netherlands: big law model or clinical model, and the call of public interest law", Washington College of Law Research Paper No. 2012-23, Richard J. Wilson, states that: "It is argued here that neither law school nor practical training in the Netherlands, as currently conceived, adequately prepare practicing lawyers with the problem-solving skills, and

for achieving better results, especially in the practical aspects of the education². The lack of, or the insufficient practical training within the regular course of studies results in difficulties when the graduates start work – both for the graduates and for their employers. In the meantime, any failure to ensure a high standard of practical training results in poor interrelation between legal theory and practice.

Domestically the problem concerning the practical training has been growing more important in the recent years, especially in relation to the accession of Bulgaria to the EU and in respect to the increase of the competitiveness of the graduates of the law faculty on the labour market. It is a problem that has even wider scope and that has been discussed within the EU law faculties frameworks in relation to the Bologna process and to the EU legislation for the recognition of the professional competences acquired in one member state on the territory of the other member states³. In Bulgaria the problem is awaiting decision by the law faculties within the authority provided by the academic autonomy of the universities, on one side and by the state institutions that are responsible for the organization and for the regulative framework of the higher education in the Law major, on the other. The practical training in legal studies is organized by the state in compliance to the Ordinance on the Uniform State Requirements for Acquisition of Higher Education in Law and the Professional Qualification of a Lawyer⁴ through a compulsory three-month traineeship after graduation, as well as through two-week traineeships in the second and fourth grade, under the direction of a professor in the respective discipline, in which the students go through a compulsory traineeship of no less than two weeks per year: in the administrations of the executive branch – a public law traineeship; and in the administrations of the judicial branch – a civil and criminal law traineeship. The traineeship is conducted in accordance with a curriculum of the law faculties coordinated with the Minister of Justice. As an additional option, the students from the Law Faculty

perhaps more importantly, with the ethics and the values that all lawyers need for effective interaction with their clients and communities as professionals.”, p. 170, <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/URN%3ANBN%3ANL%3AUI%3A10-1-101432/186>, visited on 24 of April 2013; see also Johannes Riedel, LL.M., The Reform of Legal Education in Germany, European Law Faculties Association, 2001, <http://elfaafde.eu/EJLEISSUES.aspx>. The author notes that: “Since 1996 there has been an intensive discussion about how to reform legal education in the light of modern developments, especially the market of legal jobs”.

² A proposal for educational reform in Germany from 1998 included measures to which theoretical and practical legal education should be integrated in one course of study, as well as the classes at university to be linked with stages of practical training in courts and law firms and after this integrated course, a single final exam to be held. Johannes Riedel, *supra* note 1, p. 2.

³ In its Statement from 2002 concerning the Bologna-Declaration, the Board of the European Law Faculties Association (ELFA) explicitly underlines that: „...a European space for legal education is only realistic if it is paralleled by a European space of professional practice in law.”, „For a European Space of Legal Education”, ELFA statement concerning the Bologna-Declaration of the European Ministers of Education of 1999, 31 May 2002. <http://elfa-afde.eu/>

⁴ Promulgated in State Gazette, No. 31 of 12 April 1996; No. 96 of 2000 – Judgment No. 6795 of the Supreme Administrative Court of 2000 under administrative case No. 2717 of 2000; amended and supplemented, No. 59 of 2001; amended, No.117 of 2002; amended and supplemented, No. 69/2005; last ammended. SG No.79 from 6th of October 2009.

of the UNWE may also take part in the clinical legal education⁵ included in the curriculum for the ninth and tenth semester of the course of training. Legal clinics established at law faculties and mock trials are gaining popularity providing basis for development of practical skills and knowledge⁶. In fact the legal clinics turn to be one of the most effective tools for practical training of law students not only in the United States Universities, but in Europe as well⁷.

The existing opportunities contribute to the acquisition of practical knowledge and skills but they are far from sufficient and need optimization based on a detailed examination of the objective needs and the possibilities of satisfaction thereof. It is not possible to track down the results from these traineeships; there are no instruments for surveying and analysis of the results from the traineeships, particularly in terms of satisfaction on the part of the students and their employers. Although studies have been made in this respect, they are not sufficient to build a clear picture of the condition of the specified problems. In fact, so far there has been no comprehensive examination and development on the issue about the optimization of the practical aspects of the education process in law in the country.

A study and an analysis of the problem about the optimization of the practical training within the Law Faculty of the UNWE – which is to cover the groups of the trainees and of their future employees – was initiated in 2010. Tools (surveys) were developed, for the performance of the study, for exploration of the satisfaction of the advance course (3, 4 and 5 year) students with the practical aspects of the training in the law specialty and for measurement of the employers' level of satisfaction with the students' training as at the time they first start work and the level of practical readiness for practicing the profession. At a second stage additional tools were introduced for on-going evaluation of the level of the students' and employers' satisfaction with the students' practical training.

§ 2. Methods, Working Hypotheses and Anticipated Results

The methods applied in the survey included: the method of systematic analysis; the method of exploration of the sources of information; the expert method – in the formation of evaluations servicing the systematic analysis; the method of legal analysis in relation to the survey of the legal requirements in respect to the practical training and the inductive method – with the purpose of revealing of the trends in the field of practical training in legal studies.

⁵ Legal clinic practical education has been introduced as an elective course, providing credits for the students from the Faculty of Law of the UNWE. Within the clinic the students are been supervised by professors from the Law Faculty who practice as attorneys.

⁶ Legal clinics and mock trials might be used for practical training in universities even for teaching an entire course through them, see Richard J. Wilson, *supra* note 2.

⁷ Detailed analysis of the development of the clinical legal education in Europe can be found in the Richard J. Wilson's article „Western Europe: Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education”, *German Law Journal*, Vol.10 No. 06/07, June/July 2009, pp. 823-846.

On the basis of preliminary surveys of the problem the team formulated the following basic hypotheses:

- the results will show low satisfaction of students and future employers with the level of practical training;
- students will show strong interest in the extended options for practical training;
- optimization of the practical training will increase the level of the students' satisfaction with the quality of training in the University of National and World Economy;
- an eventual optimization of the practical training in the law specialty will increase the stated employers' interest in attracting students from the Law Faculty of the University of National and World Economy.

The anticipated results were summarized in three main groups:

- provision of detailed data about the level of satisfaction on the part of students and employers with the practical training in law studies in the University of National and World Economy;
- optimization of the existing practical training in law studies based on the results from the conducted surveys and introduction of an additional practical training;
- increased students' and employers' satisfaction with the practical training in law.

The results from the project were intended to serve on one hand for general increase of the quality of the training in the University of National and World Economy, and on the other hand – for establishment of a permanent connection between employers and the faculty students, in order to facilitate the future professional fulfilment of the latter. Another purpose of the study was to help the enrichment of the curriculum and the syllabuses, and also to serve as a constant benchmark in the future for the level of satisfaction with the training in the Law Faculty of the University of National and World Economy.

§ 3. Results from the Questionnaire among the Students

The students interviewed were as follows: 35,1% of the students were in the 3rd year of studies, 27,6% – 4th year and 37,3% – 5th year students. 32,4% of the participants were men, and 67,6% – women. 54,3% of the interviewed had a grade point average exceeding 5,50%, 32,6% – between 5.00 and 5.50 and 13,2% – between 4.40 and 5.00. The 3rd year students had the highest grade point average for the grade – 5.67, followed by the 5th year students – 5,44 and the 4th year students – 5,16. The grade point average of all inquired students was 5,45. The group of unemployed students was the biggest one – 65,4%. Next comes the group of those working on a part-time basis – 26,5%, and those working on a full-time job were only 6,6% of the interviewed. 92,6% of the inquired students stated that they use at least one foreign language and only 7,4% did not use foreign languages.

The answers to the question on the need of additional theoretical training were divided almost equally. 51,1% answered that the theoretical training is adequate while 47,4% were on the opinion that additional theoretical training is needed. 1,5% of the inquired students did not answer this question. There is a radical difference between the number of those who consider the existing practical training sufficient (7,4%) and

the rest who are of the opinion that the practical training during the study is insufficient – 92,6%. The overall evaluation of the students as regards the training in the law specialty in the Law Faculty of the University of National and World Economy was rather positive. 68,4% were on the opinion that the training is generally satisfactory and needs slight changes. The second group of 22,1% specified that the training is unsatisfactory and needs serious changes and 9,6% answered that the training is of high quality and fully meets their expectations. A considerable part of the students interviewed (83,6%) replied that if they were to apply again, they would chose again the law major and only 14,9% would chose something else (1,5% did not answer this question). Only 8,2% of the students expressed satisfaction with the existing traineeships. 31,3% replied that the traineeships are insufficient for a good practical training, and 56,7% said that the existing traineeships are formal and do not provide any practical training whatsoever. The share of those who were acquainted with existing possibilities of practical training other than the existing traineeships was very low – 9,6%, and the remaining 89,7% did not know about the existence of such possibilities. On the 1 to 10 scale, 32,6 % of the inquired students give 10 to the importance of the good practical training for their subsequent professional career. 47,1% of the inquired students said that they would avail of any opportunity of additional practical training, and 52,9% expressed a desire to participate in additional forms of practical training, if it is in any of the fields of law they are particularly interested in.

The most preferred institution for additional practical training was the court – 38,1% of the students expressed their desire to participate in a practical training in the court. The second preferred place was the bar – 23,1% of the respondents, and third and fourth were the prosecutor's office (17,9%) and the notary's office (9.0%). The respondents showed exceptionally low interest in participation in traineeships in the state or municipal administration (only 3%), as well as in working as an in-house legal advisor (4,5 %).

The results showed that the need of additional practical training is a clearly realized and basic need of the students, as 77,2% of them stated that they alone sought opportunities to participate in traineeships. 30,2% of the students who had the chance to participate in additional traineeships or practices gave 10, on the 1 – 10 scale, to the usefulness of these traineeships. The inquired students are unanimous that the Law Faculty should commit to set up additional traineeships – 98,5% against only 1,5% whose responded negatively to this question. Regarding the length of the additional practical training the answers were almost equally divided between preferred length of the traineeships within a period of two weeks to one month per school year (50,7%) and a period exceeding one month (42,6%). Once again those who wanted to work as in-house legal advisors were the smallest number (5,5%- in a business organization and only 2,2%- in the administration). The students' evaluation about the impact of the practical training on their theoretical knowledge and on their capabilities of analytical thinking falls into the above scale, as 35,8% gave 10 when answering the first question, respectively 39,1% gave 10 when answering the second question. Almost half of the students had given the maximum mark – 10 – when answering the question how does the practical training impact their communication skills, and 55,6% gave 10 to the

dependence between the practical training and the capabilities of legal thinking. $\frac{2}{3}$ of the interviewed students (69,9%) were of the opinion that the better practical training is decisive for the faster and more successful career, against 30,1% who stated that the better practical training is important but not decisive for the fast and successful professional fulfillment. The students were almost unanimous that the better practical training is important for the successful passing of the examinations, and only 2,2% of the respondents answered that it would not in any way help cope with the examinations and the rest of the respondents are divided in two almost equal group, the larger of which considered that the practical training helps considerably for the better coping with the examinations (52,5%), and the second one (44,9%) answered that the practical training helps to a certain degree but is not decisive for the examinations. Among the proposals for improvement of the practical training, the provision of additional traineeships ranks first (20,2%), the second ranking one is a close contact with the judiciary 15,4% of the answers, the resolution of cases – third (9,6%) etc. Among the disciplines, in which there should be additional practical training according to the students, criminal law ranks first (28,2%), civil procedural law ranks second (20,6%), followed by law of obligations (13%), civil law (8,4%), commercial law (6,1%), administrative law (5,3%) etc.

§ 4. Results from the Questionnaire Conducted among Employers

The interviews were held among representatives of the judiciary, attorneys, bailiffs, state administrators and representatives of the non-governmental sector. The largest group of employers who gave answers was the one of the representatives of the bar – 42.9%, followed by the judges – 33.3%. 28.6% of the organizations conducting compulsory traineeships gave 5, on the 1 to 10 scale, to the effectiveness of the conducted traineeships. As regards the question about the knowledge and skills acquired from these traineeships on the part of the students, the highest percentage of the respondents (19%) gave 7 (on the 1 to 10 scale). The traineeships were appreciated as rather positive for the organizations conducting them – 60 % of the respondents give more than 5 on the 1 to 10 scale). The employers highly valued the use for the students of the preservation of the traineeships – the largest percentage of the answers (36.4% give 10, followed by 27.3% of the answers – 9 and 18.2% of the respondents gave 8, on the 1 to 10 scale). In regards to the theoretical training of the students, none of employers gave 8 and 9, and 6.3% of them evaluated this training as exceptionally poor and gave mark 1. A total of 50.1% of the respondents gave 4 or a lower mark to the theoretical training of the students. The marks of the level of practical training were even lower, as 31.3% gave the lowest mark – 1, and a total of 87.6% of the respondents gave 4 or a lower mark. Regarding the selection criteria applied by the employers, the first place with a grade point average 7.88 was for the analytical thinking capabilities, followed by the communication abilities (6.63), knowledge of foreign languages (6.37) and the grade point average (5.63). The employers valued most of all advantages from the admission of trainees the opportunity to assign to the students activities resulting in labour and time saving (grade point average 6.32).

§ 5. Results from the Questionnaire Conducted among the Participants in the Traineeship Programme Created under the Project in the Sofia Regional Court

In order to evaluate the results, inquiries were made among 23 of the 3rd, 4th and 5th year students who participated in the traineeship and 14 of the judges, to whom the students from the Law Faculty of the University of National and World Economy were assigned. On the 1-10 scale, 91,3% of respondents gave a grade point average to the traineeship exceeding 7. 100% of the students pointed out that they would apply again if they had such an opportunity. A particular interest was expressed in the evaluation of the level of theoretical and practical knowledge before and after the traineeships. The students responded, as follows: 4,3% evaluated their theoretical knowledge before the traineeship from 1 to 3 on the ten-grade scale; 8,7% - from 4 to 6 and 87% - more than 7. After the completion of the traineeships, 100% of the students evaluated their theoretical knowledge by 7 or a higher mark. The judges' answers contained similar marks – 7,2% of them rated the theoretical knowledge of the students at the beginning of the traineeships by marks between 4 and 6, and 92,8% - by a mark exceeding 7. 100% of the marks after the completion of the traineeships were 7 or higher. Regarding the practical training, the students' marks before the conduction of the traineeship were, as follows: 26,1% - give 3 or a lower mark; 39,1% - a mark between 4 and 6 and 34,8% - 7 or a higher mark. 14,3% of the judges evaluated the students' practical training before the traineeship by 3 or a lower mark; 14,3% gave marks between 4 and 6 and 71,4% of judges evaluated the students' practical training before the conduction of the traineeship by 7 or a higher mark. After completion of the traineeships 8,7% of the students evaluated by 4 to 6 their level of practical training and the other 91.3% gave 7 or a higher mark. With respect to the same indicator, 100% of judges gave 7 or a higher mark. The students pointed out that the benefits from their participation in traineeships included: an inside look at the work of a judge, the attendance at court hearings; the preparation of court judgments; detailed discussion of cases, which will be heard in courtroom etc.

§ 6. Concluding remarks

The results from the survey confirmed the working hypothesis for low satisfaction of students and of employers with the level of practical training in law studies. It has not been a surprise that the law students are interested in any options for additional practical training. The employers would require higher level of practical skills and knowledge at the stage of graduation of law school. The second survey measuring the level of satisfaction of students and employees after additional practical training in court shows encouraging results as to future initiatives. The results should be taken into consideration by the state authorities and measures should be adopted to assist the law faculties and the employers to establish new forms of practical training. Coordinated actions at EU level, both between universities and between states can also contribute to the improvement of law graduates' skills and knowledge at the time of completion of their university studies.

BIBLIOGRAPHY

Bob Lee, Dean of Cardiff Law School, Legal Education in England and Wales, <http://www.britishcouncil.org/china-society-publications-legaleducation.pdf>, visited on 24 of April 2013;

Christopher Roper, New Directions for Practical Legal Training in British Columbia, A report to the Law Society of British Columbia and the Continuing Legal Education Society of British Columbia, <http://www.lawsociety.bc.ca/docs/publications/reports/roper.pdf>, visited on 24 of April 2013;

Johannes Riedel, LL.M., The Reform of Legal Education in Germany, European Law Faculties Association, 2001, <http://elfaafde.eu/EJLEISSUES..aspx>,

Richard J. Wilson's „Western Europe: Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education.”, German law journal, Vol. 10 No. 06/07, June/July 2009, pp. 823-846;

Richard J. Wilson, Practical training in law in the Netherlands: big law model or clinical model, and the call of public interest law, Washington College of Law Research Paper No. 2012-23, <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/URN%3ANBN%3ANL%3AUI%3A10-1-101432/186>.

Preuves médico-légales

Docteur d'Etat en Droit Madjid KACI
The Law Faculty, Université Alger 1



Forensic evidence

Abstract: In the criminal trial, the evidence tends to show the existence of an infringement and to determine who is the author. Under the principle of freedom of the evidence, the Criminal Law accepts all types of evidence that they have been researched and produced by certain forms and rules, as well as the discussions reported and debated. The proof can be established by different types namely flagrante delicto, confession, testimony, the evidence, presumptions and collecting clues. However, it was not until the advent of forensic science to the latter category of evidence occupies a prime position in the police investigation and criminal proceedings. Also, the notion of proof is closely related to that of forensics. Classically, forensics, Forensic Science in technical processing equipment index brings together technical and forensic police. The determination of "Forensic science policy" covers all the knowledge, methods and techniques and scientific methods of observation, research, review and analysis to the taking of evidence in criminal proceedings. It applies specifically to the scope of the police and specialized in the implementation of these processes and bring in police permanent assistance to investigators as public prosecutors or instruction in the fight for the identification of criminals.

Keywords: confession, testimony, the evidence, criminal proceedings.

L'évolution des sciences et des technologies a suscité au sein de la plupart des pays, le développement et la modernisation des capacités de formation de haut niveau dans les domaines des sciences criminelles et ce, pour développer des stratégies et des politiques de prévention et de lutte contre les différents phénomènes criminogènes.

Cette préoccupation d'introduction d'études de recherche criminalistique et de criminologie dans les cursus de formation universitaires en post Graduation, mue par le souci de se hisser au diapason des nouvelles technologies, constitue un atout majeur dans la promotion et le développement des sciences criminelles dans le but de contribuer à une préparation des services de sécurité ainsi que l'ensemble de la chaîne judiciaire, à une meilleure prise en charge de la criminalité croissante générée par la circulation des personnes, des biens et des services.

En effet, les sciences criminalistiques et criminologiques sont à la croisée des sciences, du droit et des sciences humaines, des technologies et de leurs applications en droit. La Police Technique et Scientifique, la Criminalistique, la criminologie, la politique criminelle et le droit pénal ont pour vocation l'étude des phénomènes criminels sévissant dans la société, le crime et ses dérivés, ainsi que sur les moyens de prévention et de lutte dont elles disposent pour y faire face.

Les données d'analyse criminelle ont révélé la recrudescence de la criminalité dite grave, l'évolution du crime organisé et sa connexion avec le terrorisme, l'émergence d'autres formes de criminalité telles que, le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes, les infractions économiques et financières comme le blanchiment d'argent, la traite des êtres humains, le trafic des biens culturels et d'objets d'art volés, la contrefaçon, l'immigration clandestine, la cybercriminalité etc., ainsi que la diversité des modes opératoires criminels. Cette réalité est favorisée par la mondialisation et l'utilisation des nouveaux moyens technologiques.

C'est dans cette optique qu'il devient évident la création de facultés d'enseignement des sciences criminelles qui abordent, à travers leurs formations et recherches, de leurs développements méthodologiques ainsi qu'à travers de projets pilotes et de partenariat avec les organes judiciaires aux plans national et international, les réponses nécessaires aux conséquences politiques, économiques et judiciaires, engendrées par les dérives criminelles.

De plus, la majorité des sociétés internationales connaissent depuis quelques années deux exigences distinctes mais complémentaires, d'une part une demande accrue de nos concitoyens en matière de respect des droits de l'Homme et d'autre part une évolution de la nature des preuves pénales pouvant remettre en cause le principe même de l'exercice de certains de ces droits. C'est le passage de la preuve pouvant apparaître comme subjective à une preuve de nature scientifique avec cette représentation parfois mythique de la certitude ou de la vérité. Derrière cette évolution se profile une mutation totale qui touche aux mentalités, à l'évaluation sociale, à la manière de faire, et à l'organisation de l'ensemble du système judiciaire.

De ce fait, cette création permettra de consolider la culture de la preuve pénale et l'administration de la justice et par conséquent, de singulariser l'affermissement des valeurs fondamentales du respect et la sauvegarde des libertés et des droits de l'Homme.

Le but recherché obéit, aussi, au renforcement de la chaîne criminalistique englobant la scène de crime, les examens scientifiques et techniques, les expertises criminalistiques, les bases de données, la recherche et le développement de la criminalistique, dont les enjeux nouveaux de la sécurité, étant le développement d'outils performants afin d'obtenir les résultats escomptés en termes de lutte contre la criminalité, notamment l'amélioration du taux d'élucidation des faits constatés.

Egalement, ces facultés des sciences criminelles constitueront un espace où sera lancé des études ou des recherches opérationnelles destinées à améliorer la conception des politiques publiques de sécurité, et contribuer à l'amélioration de l'enseignement de la criminalistique et de la criminologie dans l'ensemble des filières professionnelles de la justice (magistrats et auxiliaires de justice) et de la sécurité

Dans ce contexte, il y a lieu de préciser que la mise en œuvre de ce projet vise à :

- Adapter les services de sécurité et de justice aux évolutions technologiques d'exploitation et d'expertise des données issues des sciences criminelles;
 - Répondre à la sophistication des méthodes employées par les criminels;
 - Accompagner le passage d'une culture de l'aveu à une culture de la preuve pour confondre les délinquants et autres criminels;
 - Capitaliser l'expérience opérationnelle accumulée dans la prévention et la lutte contre les différentes formes de criminalité.
 - Le développement des échanges de pratiques et d'expériences et d'expertises entre ces facultés et Instituts à même vocation;
-
- Mettre à la disposition de l'ensemble des intervenants de la chaîne judiciaire les moyens et les instruments les plus efficaces et modernes en matière de recherche, d'investigations et d'expertises pour leur permettre d'accomplir leurs missions et de faire face au développement de nouvelles formes de la criminalité;
 - Améliorer la capacité technique et scientifique des compétences exerçant au sein de la chaîne judiciaire et accroître leurs capacités opérationnelles;
 - Adapter l'action des services de sécurité et de justice aux principes de stabilité démocratique et la consolidation de l'Etat de droit;
 - Renforcer la confiance des citoyens dans les institutions Etatique.

Dans le procès pénal; la preuve tend à démontrer l'existence d'une infraction et à déterminer qui en est l'auteur. En vertu du principe de la liberté de la preuve, le droit Pénal accepte tous les modes de preuves que ceux-ci aient été recherchés et produits selon certaines formes et règles, ainsi que rapportés aux débats et contradictoirement débattus. La preuve peut donc être établie par différents types à savoir la flagrance, l'aveu, le témoignage, la déposition, les présomptions et le recueil d'indices.

Toutefois, il a fallu attendre l'avènement de la criminalistique pour que cette dernière catégorie de preuve occupe une place de premier ordre dans l'enquête de police judiciaire et le procès pénal. Aussi, la notion de preuve est intimement liée à celle de la criminalistique.

Classiquement, la criminalistique, science forensique sur le traitement technique de l'indice matériel, rassemble la Police technique et la police scientifique.

La détermination de « Police technique et police scientifique » recouvre l'ensemble des connaissances, des méthodes et des moyens techniques et scientifiques de constatation, de recherche, d'examen et d'analyse visant à l'administration de la preuve dans le procès pénal.

Elle s'applique plus précisément au champ d'action des services de police et de gendarmerie spécialisés dans la mise en œuvre de ces procédés et qui apportent en permanence leur assistance aux enquêteurs comme aux magistrats du parquet ou de l'instruction dans la lutte pour l'identification des criminels.

S'écarter de la criminologie en ce qu'ils se consacrent à « une étude concrète et fonctionnelle du crime », les travaux de police technique et scientifique constituent un volet original de la mission de police judiciaire qui consiste, selon l'article 42 du Code

de Procédure Pénale d'une part, «à constater les infractions, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs» et d'autre part, et lorsqu'une information est ouverte, à «exécuter les délégations des juridictions d'instructions et déférer à leurs réquisitions».

La police technique est envisagée comme «l'activité visant à la réalisation des constatations et des prélèvements des indices ainsi qu'à leur relevés, rassemblement et conditionnement». Afin de rassembler les idées émises, nous dirons que la police technique est l'activité diligentée, avant tout autre, sur les lieux d'une infraction et chargée de fixer l'état des lieux où se sont produits les crimes et les délits, de rechercher, de recueillir et de conserver les traces et indices utiles à la manifestation de la vérité en vue de leur exploitation scientifique.

Sans être exclue de plusieurs des domaines d'actions précitées et agissant toujours, elle aussi, dans les cadres définis par le législateur en matière de procédure pénale, la police scientifique est comme étant «un ensemble de sciences et de méthodes qui tend à établir la preuve externe d'une culpabilité à partir de la recherche et de l'exploitation des indices matériels». Concernant les indices matériels, il peut s'agir d'une trace, d'une sécrétion, d'un fragment organique, minéral ou végétal.

En effet, l'activité de police scientifique tourne essentiellement autour des examens diligentés par les laboratoires. La police scientifique met en œuvre des spécialistes et experts, affectés ou rattachés à des laboratoires régionaux de police scientifique (L.P.S.), au laboratoire central de police scientifique.

Elle est l'étape logique et successive de la police technique et va illustrer la suite logique de la recherche criminelle. Plus précisément, elle va correspondre à l'étape nécessaire pour convertir l'indice «preuve en devenir» en une preuve scientifique exploitable au cours de l'enquête pénale.

Les démarches intellectuelles de ces deux activités sont d'ailleurs profondément distinctes. Dans un premier temps, l'intervention à pour but d'éviter la disparition des indices on veille donc à saisir un maximum d'éléments matériels dans une série d'actes où la réflexion de l'enquêteur n'a que peu d'intervention. Les techniciens de scène de crime de la sûreté nationale ou les gendarmes techniciens en identification criminelle prélèvent tout ce qui leur paraît susceptible de pouvoir être exploité.

En revanche, la police scientifique aura pour but de répondre aux «questions judiciaires» des requérants et devra alors s'imprégner de l'hypothèse de travail dans la recherche de ce qui constituera la preuve scientifique.

Découvrir des indices, les interpréter et apprécier leur valeur, implique une technique et une compétence particulière. C'est seulement vers la fin du XIX^{ème} siècle que les hommes de l'art, faisant appel aux données et aux méthodes des sciences les plus diverses (biologie, chimie, physique etc. ...), font leur apparition et pratiquent des recherches scientifiques tendant à l'administration de la preuve indicible. Dès lors la science criminalistique apparut.

Depuis, d'un rôle quasi confidentiel, la police technique et scientifique est devenue l'un des acteurs principaux de l'enquête judiciaire par l'aide logistique, technique et scientifique qu'elle apporte désormais aux services d'enquête de la police et de la gendarmerie ainsi qu'aux magistrats du Parquet et de l'instruction.

Cependant, il convient à ce stade de se poser deux interrogations: quelle est la place réservée à l'indice matériel, exploité par la criminalistique, au titre de preuve dans l'évolution de notre droit? Mais également quels sont l'apport et la valeur de la preuve scientifique dans l'enquête de police judiciaire et le procès pénal?

Les avancées technologiques et scientifiques de la fin du XX^{ème} siècle ont trouvé nombre d'applications dans le domaine de la police technique et scientifique, et semblent conduire à l'avènement de preuves matérielles irréfutables au sein du procès pénal.

Des indices matériels prélevés sans délai et dans le contexte ouvrent bien souvent des pistes aux enquêteurs qui peuvent ainsi privilégier certains axes de travail de préférence à d'autres. L'indice matériel réduit le champ des investigations et oriente par là même, les suites de l'enquête.

Malgré les investissements consentis, les succès réalisés n'auraient pas été possible sans l'intervention du facteur humain: la confiance des magistrats, le dévouement de scientifiques, le professionnalisme, la ténacité, la faculté d'adaptation et l'implication enthousiaste des personnels de la police et la gendarmerie nationale de tous grades, ne ménagent ni leur peine ni leur temps pour résoudre les énigmes les plus difficiles voire les plus embrouillées.

Certes, en matière pénale, la preuve peut être librement rapportée dans le respect des lois et des valeurs morales admises par notre civilisation. Toutefois, l'exigence accrue de la liberté individuelle implique la réunion de charges très solidement étayées et tend à rendre plus difficile l'obtention d'un aveu ou le soutien des témoignages. Dans ces conditions, l'avenir de la preuve réside sans doute dans une meilleure exploitation des indices matériels.

Rappelons, à cet effet, que l'indice matériel ne constitue jamais une preuve par lui-même, mais un élément de départ qui, soumis à une procédure d'examen, permet d'envisager l'obtention d'une preuve scientifique. C'est pourquoi **la preuve scientifique** est tributaire de la rigueur du **traitement de la scène du crime**.

Mais que l'on ne se méprenne pas sur l'utilisation de la preuve scientifique obtenue à partir de l'exploitation de l'indice matériel. En effet, la preuve scientifique qui, à elle seule, balaie tout doute et désigne le coupable avec une certitude absolue n'existe pas. Les enquêteurs s'efforcent en, pratique d'assembler tous les éléments disponibles d'un puzzle qui, mis bout à bout, s'emboîtent et recomposent la réalité.

Si la preuve scientifique constitue un élément probant de l'enquête, elle ne doit en aucun se substituer à cette dernière mais la renforcer. De même, la preuve scientifique ne doit pas venir supplanter la démarche intellectuelle de l'enquêteur.

Assurance contre certains témoignages erronés, lacunaires ou controversés, la preuve scientifique est l'implacable. Fondée sur des faits **qui ne mentent pas, cette preuve constitue une aide précieuse, une arme supplémentaire offerte à la justice**.

Enfin, il faut avoir à l'esprit que la révélation de l'empreinte génétique d'une personne n'est pas automatiquement significative de sa culpabilité. Elle démontre le contact entre un objet support et l'individu, mais rien n'indique que le contact a eu lieu au moment du crime et qu'il soit lié au crime. Cela démontre parfaitement la nécessité de rester vigilant quand à l'interprétation de cette preuve scientifique. Parfois elle même sujette à l'interprétation, elle ne suffit pas.

C'est pourquoi, il convient de se demander, si l'administration de la preuve pénale par la criminalistique consiste en un conformisme juridique ou une nouveauté. Ce qui doit nous conduire à examiner l'apport et la valeur de la preuve scientifique dans l'enquête de police judiciaire et le procès pénal.

La preuve scientifique au stade de l'enquête acquiert une certaine valeur au regard des enquêteurs. En effet, les enquêteurs sont les premiers à être imprégnés du poids de la preuve dans l'enquête judiciaire en cours.

Pendant, une confiance excessive en cette preuve est de nature à handicaper, dans certains cas, le déroulement de l'enquête. Il paraît indispensable de développer une information plus large des enquêteurs en favorisant l'émergence d'un véritable esprit critique pour tout ce qui touche «les preuves scientifiques».

Cela démontre parfaitement la nécessité de rester vigilant quant à l'interprétation de la valeur de cette preuve qui ne constitue qu'une aide à la décision judiciaire.

La nécessaire remise en cause de la preuve scientifique

La preuve scientifique ne constitue pas la panacée universelle conduisant à la seule vérité et mettant un terme à l'issue du procès. Elle ne doit être que l'un des éléments qui viennent confirmer la direction de l'enquête.

De même, aussi fiable qu'elle puisse paraître, la preuve scientifique peut trouver ses limites au niveau de la fiabilité de l'expertise engendrée par la qualité du crédit que l'on peut accorder à l'expert.

La preuve scientifique ne constitue qu'un «des éléments de l'enquête». Il est nécessaire d'être prudent quant aux conclusions que l'on peut en tirer et aux résultats que l'on peut obtenir. La preuve scientifique est aisément discutable sur le plan de l'interprétation et le recours à l'esprit critique est particulièrement indispensable pour les enquêteurs et les magistrats, notamment face aux risques de manipulations des indices de la scène de crime

Le problème de l'interprétation de la preuve scientifique

Afin d'étudier ce problème de l'interprétation de la preuve scientifique, prenons l'exemple des empreintes génétiques:

Le recours à la comparaison génétique ne prouve que l'identité ou la différence entre un élément biologique trouvé sur la scène de crime et un prélèvement de référence effectué sur un être humain. La génétique ne dit rien de la culpabilité ni de l'innocence. Elle n'est qu'un élément d'appréciation ou de raisonnement de plus, et à ce titre son utilité ne saurait être remise en cause.

La comparaison génétique ne prouve rien à elle seule, et il est indispensable que les enquêteurs aient parfaitement à l'esprit la multiplicité des interprétations que l'on peut donner à des preuves matérielles scientifiquement indiscutables.

Dans certains crimes sexuels, la valeur de l'indice semble inutile. Toutefois, il ne faut pas oublier quelques affaires de fausses accusations de viol qui ont montré en la matière que les tests A.D.N. n'étaient pas suffisants pour entraîner la culpabilité. De même, une affaire assez récente a montré les dangers d'une conclusion hâtive (dans un pays voisin).

Une jeune femme a été retrouvée assassinée après avoir été violée chez elle. Des traces de violences sexuelles avaient été relevées; les prélèvements biologiques ont dans un premier temps conduit à incriminer son concubin. Devant la défense acharnée de celui-ci, expliquant notamment qu'il avait eu des rapports avec son amie le matin même avant son départ pour le travail. Une contre expertise a été ordonnée. Elle a montré la présence de lubrifiant de préservatif que le suspect n'utilisait jamais avec son amie. L'enquête est orientée différemment: c'est en fait un représentant de commerce qui était l'auteur du viol et du meurtre.

Cet exemple montre parfaitement la nécessité de l'interprétation des résultats et la prudence quant aux conclusions de l'enquête.

Mais en liaison directe avec cette question de l'interprétation, il faut aussi avoir à l'esprit les possibilités particulièrement importantes de «manipulations des indices» de la scène de crime par l'auteur lui-même, par les intervenants ou ceux qui ont découvert ou regardé la victime.

Le risque de manipulation des indices matériels

Chaque individu laisse donc derrière lui tellement d'indices, qu'un malfaiteur aguerri qui aurait planifié son crime peut les utiliser pour brouiller les pistes. Rien n'est plus facile en effet que de faire déposer les indices biologiques d'un tiers sur un objet.

Il suffit pour cela de récupérer par exemple quelques mégots de cigarettes, ou quelques cheveux récupérés sur un peigne, ou un objet quelconque, rugueux, qui aura été fermement touché. Le criminel astucieux n'a plus qu'à laisser ces «preuves» sur les lieux de son méfait, dans une situation clef: les cheveux seront laissés dans une cagoule que le malfaiteur aura pris soin de ne pas utiliser mais qu'il abandonnera dans sa fuite, les mégots seront déposés en un lieu où le criminel aura fait le guet etc.

Mais c'est encore en matière de crimes sexuels que la manipulation des indices peut être la plus redoutable. En effet, le sperme retrouvé sur la victime, ou ses vêtements est logiquement un indice très net indiquant un mobile sexuel. Le premier réflexe est en outre d'attribuer ce sperme à l'auteur principal du fait criminel. Or le sperme est aujourd'hui un élément biologique qui peut être facilement prélevé. En effet, l'usage généralisé du préservatif lors des rapports sexuels offre d'évidence la possibilité de récupérer, puis de conserver du sperme dans de bonnes conditions (le refroidissement puis la congélation sera nécessaire pour une conservation de longue durée).

Il est donc tout à fait possible, pour une femme notamment, d'assassiner une personne également de sexe féminin, et de maquiller la scène en crime sexuel en laissant, sur le corps ou sur les vêtements de la victime, du sperme obtenu à partir du préservatif (non lubrifié) utilisé par un homme lors d'un rapport sexuel qu'elle aura eu avec lui. Il faut de préférence que cet homme n'ait aucun lien avec l'auteur, la victime ou leur entourage. Les enquêteurs n'auront plus alors qu'à chercher un suspect masculin dont ils auront l'empreinte génétique, sans grande chance du succès...

L'enquête ne saurait dès lors se fier exclusivement aux éléments de preuves fournis par la génétique, ni à charge, ni à décharge, puisque la preuve génétique n'a en fait, ainsi que nous venons de le démontrer, valeur relative en matière d'innocence ou de culpabilité. Toutefois, les erreurs, qu'elles proviennent d'une interprétation fautive ou

d'une manipulation volontaire de la part du criminel, peuvent en partie être évitées au niveau des constatations, en multipliant les indices matériels de nature différente.

L'enquêteur doit impérativement, dans le cadre de son analyse et de ses réflexions faire la critique de cette preuve génétique, et imaginer les hypothèses où elle fausse l'interprétation des faits.

La preuve scientifique est aisément discutable sur le plan de l'interprétation. A elle seule, elle ne prouve rien. L'enquêteur doit sans cesse renouer avec son esprit critique.

D'autre part, un autre problème peut être soulevé, remettant en question la valeur de la preuve scientifique: celui de la fiabilité de l'expert et de l'expertise.

La preuve scientifique ou preuve par «expertise», apparaît comme étant la plus fiable car la plus objective. Mais la construction juridique trouve sa limite dans la qualité du traitement scientifique qui est apporté à l'indice mais également au niveau de la fiabilité de l'expertise directement engendrée par la qualité du crédit que l'on peut accorder à l'expert.

L'expertise peut être est-il nécessaire de le rappeler-consiste en un examen diligenté par un spécialiste, en vue d'éclaircir une question d'ordre technique survenant dans le déroulement d'une procédure et pouvant permettre en matière pénale, l'orientation ou la manifestation de la vérité.

Le code de procédure pénale précise et cela est l'objet même de cette procédure d'expertise, que le magistrat a recours à l'expert chaque fois que se pose dans une instance une question technique échappant à sa compétence.

Il est évident qu'une unité d'expertise, centralisée, peut, au sein même de ses banques de données, parvenir plus facilement à un tel résultat, sans encourir le risque considérable du dépérissement de la preuve.

Avant de conclure sur la nécessité de rester vigilant face à la preuve par l'indice matériel, il convient de noter qu'en matière scientifique, le domaine de l'erreur technique reste toujours présent. Il est donc par conséquent illusoire de vouloir prétendre à l'obtention d'une preuve absolue par la plénitude de sa fiabilité.

Dés lors, la preuve matérielle qui, à elle seule, balaie tout doute et désigne le coupable avec une certitude absolue, n'existe pas. Les enquêteurs s'efforcent en pratique d'assembler tous les éléments disponibles d'un puzzle qui, mis bout à bout, emboîtent et recomposent la réalité. L'art de l'enquêteur, subtil, composé de logique et d'intuition sera toujours indispensable dans la découverte de la vérité.

Aussi, la preuve scientifique est une arme supplémentaire offerte à la justice. On peut espérer, que par voie de conséquence, la vérité des faits offrira dans les domaines où elle trouve application, un nouvel instrument de choix aux juges en quête de vérité.

Une aide à la décision dans la phase judiciaire

Le droit a besoin de certitude, il doit s'efforcer de retracer au plus près des choses et des événements, c'est-à-dire d'établir la vérité. La preuve scientifique contribue, nous l'avons constaté, à la manifestation de la vérité. Elle est également appelée à prendre une place de plus en plus grande parmi les moyens de preuves utilisés pour établir les faits, vu les développements des techniques de la police scientifique eu cours de ces dernières années.

La preuve scientifique ne constitue qu'une aide dans la décision judiciaire et qu'elle ne doit pas dénaturer toute démarche intellectuelle dans l'enquête.

C'est pourquoi, le juge d'instruction et la juridiction de jugement devront comprendre et interpréter cette preuve scientifique. Ces deux phases sont conçues comme des outils qui, offrant une vision différenciée du dossier, relèvent chacune le défi de faire surgir la vérité.

Au stade de l'instruction, le caractère de la procédure confère au juge des pouvoirs étendus en matière d'administration et de recherche de la preuve. C'est le juge d'instruction qui est chargé de découvrir la vérité.

Dans la phase de jugement, le juge apprécie souverainement la portée de la preuve débattue. La preuve scientifique permet ainsi au juge de le conforter dans son appréciation de la vérité.

La doctrine affirme traditionnellement le principe selon lequel le juge d'instruction instruit à charge et à décharge. La loi investit le juge de pouvoirs destinés à provoquer «la manifestation de la vérité».

Or, la vérité réside à la fois dans l'innocence des justiciables étrangers aux faits incriminés et dans la culpabilité des auteurs de ces faits. Si la vérité suppose de la part du juge qu'il prête une attention aux éléments à décharge, elle exige encore qu'il réunisse les éléments à charge. Toutefois, le juge devra par la suite apprécier ces éléments.

Le législateur attend du juge non seulement qu'il cherche mais encore qu'il trouve. Donc, «la manifestation de la vérité» au nom de laquelle le juge d'instruction dispose d'un pouvoir d'investigation, consiste dans la réunion des éléments à charge.

Il mène sa mission d'investigation avec l'objectif de réunir des éléments de fait qui conduiront à la désignation des coupables. Les preuves scientifiques, notamment les empreintes génétiques, figurant comme des éléments à charge, permettent de désigner le coupable.

Le juge d'instruction, une fois en possession des éléments à charge, l'accusation se fera plus pesante pour la personne poursuivie.

Certes, le juge trouve aussi au cours de ses recherches des éléments à décharge tendant à innocenter des justiciables poursuivis ou non. L'attention qu'il doit prêter à ces éléments à décharge ne met pas fin à ses investigations. Il doit persévérer dans celles-ci afin de rassembler les éléments qui dénoncent le coupable.

La preuve scientifique considérée comme élément à charge ou à décharge va permettre au juge de l'aider dans sa prise de décision. L'instruction n'est menée à décharge que facultativement et accessoirement par rapport à l'instruction à charge qui demeure l'objectif de principe assigné au juge d'instruction. Fixant lui-même son champ d'investigation, la probabilité qu'il parvienne à découvrir des éléments à charge est plus grande.

La décision juridictionnelle relative à la mise en examen, la liberté ou le renvoi en jugement du justiciable est déterminée dans son contenu par le résultat des investigations opérées. Il incombe donc au juge d'instruction d'apprécier les charges recueillies.

Ainsi, les indices matériels constituent des éléments que le juge dans sa mission, se doit d'apprécier de leur suffisance. En effet, il vérifiera si les indices ainsi que d'autres éléments à charge présents au dossier sont suffisant pour envisager la continuation de

la procédure. Les indices matériels qui, après examen scientifique constituent une preuve scientifique, permettent ainsi de compléter ou de confirmer les éléments à charge déjà présents au dossier. Le cumul de tous ces éléments permet au juge de prendre une décision.

Le juge de jugement est le seul juge de la conduite et des mesures à prendre. Il n'est pas tout de déterminer les modes de preuves juridiquement admissibles: il faut encore décider de la façon d'apprécier «leur poids».

L'affirmation de la culpabilité ou de l'innocence du justiciable constitue une des missions du juge. Préalablement, selon un ordre chronologique non susceptible d'être inversé, la juridiction de jugement se livre durant les débats et les délibérés à «l'appréciation de la vérité». Le juge apprécie, librement la valeur de la preuve scientifique pour l'aider dans sa décision. Mais avant cela, le juge de jugement maître de la procédure, doit assurer certaines missions qui l'aideront pour l'adoption de sa décision.

Le principe du contradictoire implique la réunion de toutes les parties à l'affaire. La confrontation des différentes explications que les parties fournissent des faits, permet au juge de mieux percevoir les contradictions du dossier. En outre, l'oralité des débats vise à faire revivre par le récit des parties, les circonstances ayant conduit à l'infraction. Ces circonstances semblent se reproduire une seconde fois, le juge en étant alors le témoin. Ainsi, au cours de ce débat, seront exposées les preuves à savoir les indices matériels, devenus des preuves scientifiques, retrouvés lors de l'infraction, preuves qui pourront être appuyées par la présence d'un expert.

Le législateur conçoit donc la mission du juge de jugement comme l'ultime moyen de mettre en lumière la culpabilité ou l'innocence de la personne poursuivie. Dans la mesure où il escompte des débats et du délibéré qu'ils fassent apparaître la vérité. Enfin le juge de jugement sera amené à adopter une décision.

Aux termes des débats et du délibéré conduits dans un esprit d'investigation, le juge de jugement prend sa décision sur la culpabilité de la personne poursuivie et, s'il y a lieu sur la peine. Le choix qu'il opère et par lequel il met définitivement fin à sa mission est déterminé par le tour que revêt le dossier à la lumière des éventuelles découvertes effectuées.

Loin de se dérouler indifféremment dans le temps, les deux étapes de continuation des investigations et d'adoption de la décision se succèdent donc dans un ordre obligé. Dès lors, l'esprit de sa tâche commande au juge de jugement de ne pas nier l'opportunité de la suite du procès, en se forgeant une opinion prématurément. La décision est conditionnée par les investigations dont elle constitue l'issue.

Aux termes de la loi, le juge adopte une position définitive sur la culpabilité après avoir débattu des éléments du dossier à l'audience avec la partie. Or, le juge ne doit pas se voir reprocher de se forger, au fur et à mesure de l'avancée de la phase finale de jugement, une opinion personnelle dans le sens de la décision qui incombera à la juridiction. En effet, il doit mener une réflexion sur le dossier. Il lui faut chercher à répondre, avec les éléments dont il dispose alors, à la question qui lui sera ultérieurement soumise.

Le législateur attend donc du juge de jugement qu'il appréhende exhaustivement le dossier avant de statuer. Il doit examiner les différentes pièces du dossier à savoir les

preuves qui ont été recueillies. Le juge doit appréhender chaque élément du dossier comme un facteur potentiel de caducité de l'idée personnelle à laquelle le déroulement de la procédure l'a jusqu'alors amené.

Le juge de jugement sera également amené à apprécier la valeur probante de la preuve scientifique

Tous les moyens de preuves à savoir les constatations matérielles, les témoignages, l'interrogatoire et l'aveu ont une force probante plus ou moins égale. La règle adoptée par le droit est en effet celle d'après laquelle le juge statue selon **«son intime conviction»**.

Le juge apprécie en toute liberté la valeur des preuves qui lui sont soumises. Il décide d'après sa conscience et il commande, relaxe ou acquitte suivant qu'il est ou non convaincu de la culpabilité, sans être obligé de ne donner aucune justification de la force probante qu'il attache aux preuves qu'il retient.

Il appartient au juge d'apprécier souverainement la valeur des éléments de preuve régulièrement produits aux débats.

L'intime conviction ne signifie pas que l'on peut condamner sans preuve, mais que l'on ne demande pas de compte au juge sur la façon dont, à partir de preuves fournies, il est parvenu à une certitude.

Ainsi, il lui appartient de tenir compte ou non de la preuve par indices matériels ou tout au moins, d'apprécier la valeur par rapport aux autres éléments de preuve. **Bien entendu, il tient compte des rapports d'expertises** dans la mesure où il le veut. Naturellement, il est libre, de combiner entre elles les différentes preuves produites pour confronter par l'une des insuffisances de l'autre et inversement. Il pourra combiner la preuve par empreintes génétiques avec par exemple un témoignage ou des empreintes digitales.

Le juge est sollicité de résoudre lui-même la question de la valeur de la preuve scientifique présente au dossier. Le principe de l'intime conviction a fait l'objet de diverses critiques, et certains auteurs voudraient lui substituer le principe de la «preuve scientifique».

Faire appel à toutes les techniques contemporaines éprouvées pour faciliter l'imputabilité d'une infraction à son auteur présumé, est, à l'évidence indispensable. Croire que l'exploitation des indices par laboratoire de police scientifique puisse toujours procéder à une preuve irréfutable de cette imputabilité, c'est adopter une attitude qui n'est pas scientifique mais «scientiste».

Ainsi, lorsqu'il ressort d'une analyse d'A.D.N. que le sang retrouvé sur la veste du suspect est bien celui de la victime, cet élément de preuve, pour important qu'il soit, n'est pas en soi, une preuve absolue de la culpabilité du mis en cause.

Le principe de l'intime conviction soumet donc le juge à la question de la force probante des pièces du dossier, en l'espèce la force probante de la preuve scientifique.

Le Code de procédure pénale invite formellement le juge de jugement à prendre une décision en vertu de son intime conviction: *«La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus. Elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve. Elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement*

et de rechercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait qu'une seule question, qui résume leur devoir: avez-vous une intime conviction?»

La portée de la règle permet d'en apprécier le contenu. La règle de l'intime conviction ne doit pas être prise pour une solution de facilité. Dire que les magistrats jugent en fonction de leur intime conviction ne les dispense pas, bien entendu, ni de recevoir et d'apprécier toutes les preuves, ni même, de rechercher eux-mêmes celles qui leur paraîtraient disponibles et qui n'auraient pas été produites.

Il impose donc aux juges de faire des efforts raisonnables et leur interdit de se déclarer convaincus d'une culpabilité en l'absence de tout élément de preuve ou l'inverse.

Le principe de l'intime conviction du juge emporte deux conséquences qui sont l'une défavorable à la personne poursuivie et l'autre favorable.

L'aspect défavorable tient à ceci que la règle de l'intime conviction enlève une partie de son intérêt à celle de la présomption d'innocence. En vertu de celle-ci, la personne poursuivie a théoriquement le droit de rester parfaitement passive dans le procès qu'on lui fait et d'attendre qu'on ait démontré sa culpabilité.

Mais il est évident qu'une totale passivité n'en risque pas moins d'impressionner défavorablement les magistrats qui pourraient, dans le cadre de leur intime conviction, en retirer une impression d'aveu tacite de culpabilité. Bien qu'autorisée à n'en rien faire, la personne poursuivie a donc tout intérêt à déployer la plus grande activité pour emporter la conviction du juge.

C'est ainsi, que souvent, les personnes poursuivies acceptent de se soumettre au test des empreintes génétiques.

L'aspect favorable à la personne poursuivie est la règle, consécutive de celle de l'intime conviction, que le doute lui profite.

BIBLIOGRAPHIE

Busquet A., «Manuel de criminalistique moderne: la science et la recherche de la preuve» PUF, 2001;

Chambon P., «Le juge d'instruction», Dalloz, 4ème édition, 1997;

Diaz C., «La Police Technique et scientifique», PUF, 2000;

Dolt J.P., «L'évolution de la recherche et de la place de l'indice dans la procédure pénale de la France, de l'Allemagne et de l'Angleterre», Strasbourg, 1991;

Doutremepuich C., «Les empreintes génétiques en pratique judiciaire», La documentation française, 1998;

Durupt B., «Police judiciaire»: La scène du crime», édition Découverte Gallimard, 2000;

Fombonne J., «La criminalistique», PUF, 1996;

Gayet J., «Manuel de Police Scientifique», édition Payot, 1961;

Guillien R., Vincent J., «Lexique des termes juridiques», 10ème édition, 1995;

Joserand S., «L'impartialité du magistrat en Procédure Pénale», LGDJ, Tome33, 1998;

- Matsopoutou H., «Les enquêtes de police», LGDJ, Tome 32, 1996;
- Benezech M., «La criminalistique et criminologie: du passage à l'acte violent», Journal de Médecine Légal Droit Médical, 2000, vol. 43, n° 5 p. 355;
- Benezech M., «Des rapports de la science et du crime», Journal de Médecine Légal Droit Médical, 2001, vol. 44, n° 4, p. 267;
- Daoust F., «La chaîne cohérente de la Police Technique: de la constatation à l'interprétation», revue Gendarmerie Nationale, Hors série, 1996, p. 13;
- Dulong R., «La complexité de l'aveu», revue Gendarmerie Nationale, Décembre, 2001, n° 201, p. 108;
- Falletti F., «L'apport de la Police Scientifique dans l'enquête et le procès pénal», R.I. Crim et Pol. Techn. et Scientifique, avril-juin 2001, n° 2, p. 145;
- Galloux J.C., «L'empreinte génétique: la preuve parfaite», sem. Juridique, 1991, n° 12, p. 104;
- Hebrard J., L'investigation criminelle: une méthode pour reconstruire le passé vue Gendarmerie Nationale, 1996, p. 27;
- Leclou V., MANSATC., «Du procès pénal et du juge à propos de empreinte génétiques» revue droit pénal, juin 1998, chron, p. 5;
- Lezeau T., «L'importance de la cène du crime», revue Gendarmerie Nationale, 1998, n° 188-189, p. 144. Matelly J.H., «Critique de la preuve génétique», revue Gendarmerie Nationale, 2^{ème} trimestre 2000, n° 195, p. 187;
- Taroni F., «L'interprétation de la preuve scientifique: les juristes, les scientifiques et les probabilités», Médecine et Droit, mai-juin 1998, p. 6.

New Technologies and the Promotion of Freedom of Expression

Conf. univ. dr. Sebastian RĂDULEȚU

Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Craiova



New Technologies and the Promotion of Freedom of Expression

Abstract: The article analyzes the opportunities brought by the new technologies for the promotion of freedom of expression, opportunities that outweigh the problems generated by the same development consisting in the new limitations of this important, but qualified liberty. It also evaluates the new limitations to which this freedom is exposed in the new technological framework both on the part of democratic and authoritarian regimes. Finally, this essay assesses the effects that freedom of expression, expanded by recent technologies, has on the exercise of other human rights such as the right to a fair trial, the right to privacy and to reputation, the rights of children or the freedom of conscience.

Keywords: freedom of expression, new technologies, human rights.

The new technologies have created important perspectives for the development of communication at a global scale, never encountered before, and generated transformations in national and international politics, social behavior and individual development. Internet, Facebook, Twitter, YouTube, Skype or Satellite Imagery accessible via laptops, tablets or smartphones have transformed the way in which people conduct their lives, exchange information, ideas and opinions. This development in communication has influenced the exercise and promotion of the freedom of expression opening new perspectives for this human right but, at the same time, posing new challenges to it. A vivid debate has risen among scholars, human rights practitioners and other actors in this field, about the influence of new technologies upon the freedom of expression. Such debate has been fostered by the importance of this right which serves both individual fulfillment and political participation, being considered “the core of the Covenant and the touchstone for all other rights guaranteed therein”¹.

¹ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, 2nd ed., Engel Verlag, 2005, cited by Daragh Murray, *Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet in Light of the UK Terrorist Act 2006 and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, p. 335.

Some authors² have underlined the opportunities for the evolution of this liberty, opened by the new technologies, especially by the internet, while other authors³ have put forward the inherent risks of this communication revolution for the status of freedom of expression which could face new limitations both in democratic and authoritarian regimes.

This article will argue that the new technologies represent great opportunities for the promotion and implementation of freedom of expression, opportunities that outweigh the problems generated by the same development consisting in the new limitations of this important, but qualified liberty. It will also go on to assess, in the context of these technologies, other challenges for human rights system: the tensions that appear between the freedom of expression, promoted in this new framework, and other human rights. An important feature of these new media is the possibility offered to their users to cross the boundaries of the states in an easy manner never available before and to communicate instantly at global level. From this perspective, important challenges raise for the human rights legal system which is called to deal with this transnational development while it was designed and centered mainly on the role of the state in the protection of human rights. Therefore this article will try also to assess the solutions found at different levels – national, regional or international - to this type of challenges.

In the first part, the paper will analyze the new opportunities brought by these technologies for the freedom of expression. Secondly, it will evaluate the new limitations to which this important freedom is exposed in the new technological framework both on the part of democratic and authoritarian regimes. Finally, this article will assess the effects that freedom of expression, expanded by recent technologies, has on the exercise of other human rights such as the right to a fair trial, the right to privacy and to reputation, the rights of children or the freedom of conscience.

The internet has been considered by some authors “the most important development in communication technology since the printing revolution in the fifteen century”⁴. Its revolutionary character, as “interactive medium” was also underlined by official UN documents.⁵ Indeed, along with social media, Internet has changed the way in which people communicate and get information, being different from mainstream media. It is more democratic⁶ because it offers to a large number of people, at relatively low cost, both the instant access to a variety of information and the possibility to communicate by emails and to participate in discussion groups, in relative anonymity. Therefore nowadays a person could communicate theoretically with over a billion people which are connected to this global net, regardless the boundaries of the states. This opens new perspectives for the “free marketplace of ideas” that could help both

² Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p. 451.

³ Frank La Rue, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/HRC/17/27, 16th May 2011, p. 9.

⁴ Eric Barendt, *idem*, p. 451.

⁵ Frank La Rue, *idem*, p. 6.

⁶ Eric Barendt, *idem*, p. 451.

personal fulfillment and democratic participation⁷. For these reasons, it could be argued that the new technologies strengthen the freedom of expression which, with its focus on individual involvement, opens new perspectives to human beings. The Internet has become “a key means”⁸ by which individual persons can exercise their freedom of expression guaranteed by international and regional human rights instruments, such as International Covenant on Civil and Political Rights (art. 19) or European Convention on Human Rights (art. 10).

The characteristics of this new media – interactivity, rapidity, global extent, relative anonymity – contribute to interesting developments of the freedom of expression in the field of democratic participation such as online petitions, blogs, citizen journalism and even mass mobilization for political goals. On line petitions could easily gather a large number of signatures in a short period of time, being an excellent example of democratic participation via new technologies. Individual blogs, many of them being hosted by the websites of major newspapers, represent another visible face of participatory democracy⁹. The smartphones with cameras create a new phenomenon, enabling every person to transmit quickly relevant information, especially from the areas where classic journalists do not have access. Finally, the new technologies helped peoples coordinate and mobilize in recent uprising called Arab Spring.

At the same time, the new technologies could sometimes determine important limitations of the freedom of expression. The distinctive characteristics of new technologies, that enable people to actively participate in the social and political life, have also generated fear amongst Governments¹⁰ which, in the case of authoritarian regimes, has led to increased restrictions. These Governments arbitrary block people’s access to the internet or filter its content, criminalize the legitimate expression or conduct cyber-attacks on the websites of human rights organizations. Along with the limitations of the freedom of expression, the state could use Internet in order to gather information about private life of its citizens and to set up data bases for controlling them closer. In this way, new technologies could be used for the goals of the authoritarian regime as it happens sometimes in China. “Not only has Chinese authoritarian rule survived the internet, but the state has shown great skill in bending the technology to its own purposes, enabling it to exercise better control on its own society and setting an example for other repressive regimes”¹¹.

Even democratic Governments have brought new limitations to the freedom of expression exercised via internet, but their reasons have been different from those of authoritarian regimes. Generally these limitations have been imposed by a public interest

⁷ Fenwick H., Phillipson G., *Media Freedom under the Human Rights Act*, Oxford University Press, 2006, p. 13.

⁸ Frank La Rue, *idem*, p. 7.

⁹ Daragh Murray, *Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet in Light of the UK Terrorist Act 2006 and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 27(3) *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2009), p. 353.

¹⁰ Frank La Rue, *idem*, p. 7.

¹¹ *The Economist*, April 6th-12th 2013, Special Report on China and the Internet, p. 3.

or by the necessity of protection of the rights of other persons. The best known examples of this type of restrictions are the Holocaust denial or the incitement and glorification of terrorist acts. Indeed, the global extent and the relative anonymity offered by Internet have allowed the development of the hate speech. The perpetrators could sometimes avoid jurisdictions by setting their servers or entities abroad, in countries where almost every type of discourse is permitted, such as USA where the First Amendment is paramount¹². A particular type of hate speech is the Holocaust denial that generated different types of responses from the part of the state. Some states criminalized such discourse, considering the Holocaust a *malum in se*¹³, as France did, while others acted for the protection of the survivors of the Holocaust, as in the case of Canada or Australia¹⁴. Limitations of freedom of expression were also determined in democratic societies by another type of hate speech perpetrated via internet, namely the incitement and glorification of terrorist acts. Based on international¹⁵ or regional¹⁶ relevant instruments, national legislations of democratic states have criminalized incitement to terrorist acts namely the expression which is likely to lead to imminent violence. On the contrary, no limitation to the freedom of speech can be imposed if there is no proof of imminent violence, if the means proclaimed to be used are legal and democratic and if the proposed changes are compatible with fundamental democratic principles.¹⁷ From this perspective, some authors have argued that the criminalization of glorification, which differs from incitement, could represent an unlawful limitation of the freedom of speech¹⁸ because it would be an obstacle to the free discussion of ideas and ideologies¹⁹ and also an obstacle to the evaluation of government counter-terrorist actions which also has profound influence on fundamental rights²⁰. Sometimes, due to the transnational character of the new technologies mentioned above, coordinated international or regional approaches are necessary in order to limit excesses of freedom of speech²¹.

Nevertheless the freedom of expression should represent the principle of the new media. Therefore, any limitation of the freedom of expression on the internet, even if it is based on important public interests such as national security or memory protection, should be strictly necessary in a democratic society according to the relevant international

¹² F. Schauer, *The Exceptional First Amendment*, cited by Steiner H.J., Alston P., Goodman R., 'International Human Rights in Context', Oxford University Press, 2007, pp. 652-655.

¹³ David Fraser, *idem*, p. 19.

¹⁴ David Fraser, *idem*, p. 27.

¹⁵ For example, Resolution 1624 of the United Nations Security Council or the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information.

¹⁶ Council of Europe, *The Convention on the Prevention of Terrorism* (2005).

¹⁷ *Refah Partisi and Others v. Turkey*, app 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, ECHR, GC, 13 February 2003, §§86-105.

¹⁸ Daragh Murray, *idem*, p. 354.

¹⁹ *Jersild v. Denmark*, app 15890/89, ECHR, 23 September 1994, §§ 30-37.

²⁰ Daragh Murray, *idem*, p. 355.

²¹ An example of regional cooperation in the field of criminal law could be represented by European Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States of the European Union.

human rights instruments²². Moreover, hard limitations of this freedom could generate self-censorship, the “chilling effect”²³ that put in danger even the role of freedom of expression.

In addition, the exercise of this liberty could be, in fact, limited by the difficult access of some parts of the population to internet. From this perspective, one could sustain even the existence of a fundamental right to access to Internet which could be treated as an economic right depending on state resources and progressive implementation.

Finally, the freedom of expression, expanded by new technologies, could interfere with other important human rights such as the right to a fair trial, the right to privacy and to reputation or the freedom of conscience. Comments in social media could endanger the rights of the accused in a criminal trial, especially the presumption of innocence. Therefore the freedom of expression should be balanced by special limitations such as contempt of court in English law or special provision from article 10 § 2 of the European Convention on Human Rights designed for “maintaining the authority and impartiality of the judiciary”. Moreover, the expression in new media could affect the privacy and the reputation of a person by publishing details of his or her private life or by libel or slander, as in the case of cyber bullying. The rights of children could be endangered especially by pornography²⁴. In addition, the expression via internet could affect the liberty of conscience or the liberty of religion of other peoples. All these conflicts between the freedom of expression promoted by new technologies and other fundamental rights should be solved by courts with due respect to the important role played by this liberty in a democratic society.

In conclusion, this article has argued that the new technologies represent great opportunities for the promotion and implementation of freedom of expression, opportunities that overweight the problems generated by the same development consisting in the new limitations of this important, but qualified liberty. Nevertheless, these significant benefits for the freedom of expression should preserve the fair balance between it and other fundamental rights.

²² Article 19§3 of the I.C.C.P.R. or art. 10§2 of the European Convention on Human Rights.

²³ Daragh Murray, *idem*, p. 359.

²⁴ Eric Barendt, *idem*, p. 461.

Noua configurație a dreptului de superficie

Prof. univ. dr. Eugen CHELARU
Facultatea de Științe Juridice și Administrative,
Universitatea din Pitești



The new configuration of the superficies right

Abstract: For the first time in our law, the New Civil Code regulates the right of superficies in an express mode. The novelty does not stop here and it continues by the realization of a new configuration for this dismemberment of the property right by: the definition given to the superficies; by the regulation of the superficies' forms, depending on the content of this right; the changes brought concerning the modes of acquiring this right; by the evaluation of the contribution on that belongs to the titular of the superficies right and the transformation of this right from perpetual into temporary. All these aspects form the object of our present study.

Keywords: dismemberments of the property law; limits of the property law; forms of the superficies right; cases of cessation of the superficies.

§ 1. Preliminarii. Noul Cod civil – Legea nr. 287/2009, intrat în vigoare la data de 1 octombrie 2011, conține o reglementare mult mai bine încheată a dezmembrămintelor dreptului de proprietate decât Codul civil de la 1864, pe care-l înlocuiește. Cu toate acestea, nici noua reglementare nu definește dezmembrămintele dreptului de proprietate.

Astfel, potrivit art. 555 alin. (2) din noul Cod civil (NCC), „În condițiile legii, dreptul de proprietate privată este susceptibil de modalități și de dezmembrăminte”. O primă observație pe care o facem are în vedere formularea improprie a textului de lege citat, care se referă la faptul că dreptul de proprietate este susceptibil de dezmembrăminte, deși ar fi trebuit să se refere la operațiunea care le dă naștere, adică la dezmembrare. Ar fi fost astfel mai potrivit ca textul de lege să prevadă că dreptul de proprietate privată este susceptibil de dezmembrare.

O a doua observație este în sensul că nu găsim nici în cuprinsul noului Cod o dispoziție care să enumere dezmembrămintele dreptului de proprietate. Acestea sunt doar menționate, în mod nediferențiat, alături de alte drepturi reale, principale (dreptul

de administrare, dreptul de concesiune și dreptul de folosință) sau accesorii (drepturile reale de garanție), de art. 551 NCC.

Cu toate acestea, dezmembrămintele dreptului de proprietate li se consacră un întreg titlu, care poartă chiar această denumire. Este vorba despre Titlul III din Cartea a III-a „Despre bunuri”, ale cărei dispoziții reglementează superficial, uzufructul, uzul, abitația și servituțile.

Reținem astfel că dezmembrămintele dreptului de proprietate reglementate de noul Cod civil sunt:

- dreptul de suprafață,
- dreptul de uzufruct,
- dreptul de uz,
- dreptul de abitație,
- dreptul de servitute.

Nici noul Cod nu se preocupă de reglementarea modului în care se poate realiza dezmembrarea dreptului de proprietate pentru a lua naștere dezmembrămintele respective. Din modul în care acestea din urmă sunt reglementate rezultă însă că rămân actuale considerațiile doctrinare consacrate acestui subiect sub imperiul vechii reglementări.

Reținem astfel că, în regulă generală, dezmembrămintele dreptului de proprietate iau naștere prin disocierea atributelor pe care legea i le recunoaște titularului dreptului de proprietate, respectiv dreptul de a avea bunul (*jus possidendi*); dreptul de a folosi bunul (*jus utendi*), care, în cazul bunurilor frugifere, include și dreptul de a culege fructele (*jus fruendi*) și dreptul de a dispune de bun (*jus abutendi*) și atribuirea unuia sau unora dintre ele către alte persoane, care vor dobândi și exercita astfel drepturi reale principale – *iure in re aliena*.

Uneori dezmembrămintele pot lua însă naștere nu prin desprinderea unuia sau unora dintre prerogativele dreptului de proprietate și atribuirea lor altei persoane decât titularul, ci doar prin limitarea acestora în favoarea unor terți, așa cum este cazul servituților, iar alteori atribuirii unuia dintre prerogativele dreptului de proprietate altei persoane i se adaugă și elemente noi, inexistente anterior dezmembrării. Acesta este cazul suprafeței, motiv pentru care el reprezintă obiectul studiului nostru.

Indiferent însă de maniera în care va avea loc dezmembrarea dreptului de proprietate, dreptul de dispoziție va rămâne întotdeauna în mâinile proprietarului. Aceasta pentru că dreptul de dispoziție este singurul atribut a cărui înstrăinare duce la însăși pierderea dreptului de proprietate. Așa cum sa arătat în literatura juridică, însuși dreptul de dispoziție va fi diminuat în cazul constituirii unui dezmembrământ al dreptului de proprietate: dispoziția juridică va fi păstrată numai în ceea ce privește nuda proprietate, iar dispoziția materială poate fi exercitată doar în măsura în care nu este stânjenit exercițiul dezmembrământului¹.

¹ A se vedea V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 203.

§ 2. Noțiunea dreptului de suprafață. Vechiul Cod civil nu a reglementat dreptul de suprafață, motiv pentru care însăși existența sa în dreptul civil român a fost controversată. A biruit opinia pozitivă, la baza căreia a stat interpretarea prevederilor art. 492. Acestea au instituit în favoarea proprietarului terenului prezumția că el este și proprietar al construcției edificate pe respectivul teren, dar au permis și să se facă proba contrară². Proba contrară nu ar fi putut însă consta în altceva decât în a dovedi că proprietar al construcției este o altă persoană decât proprietarul terenului. Proprietatea construcției situate pe un teren care aparține altei persoane implică însă și dreptul de folosință asupra terenului pe care se află construcția, aceste elemente constituind însuși conținutul dreptului de suprafață.

Proba contrară putea fi făcută prin prezentarea unui titlu de proprietate asupra construcției edificată pe terenul proprietatea altei persoane, care, de regulă, este o convenție încheiată între constructor și proprietarul terenului³. Dacă nu se făcea această dovadă, erau aplicabile prevederile art. 492 C. civ. și art. 494 C. civ., referitoare la accesiunea imobiliară.

Ulterior dreptul de suprafață a primit și consacrare legislativă, fiind menționat de art. 11 din Legea nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare printre drepturile reale imobiliare supuse intabulării în cartea funciară. De asemenea, referiri la dreptul de suprafață au fost făcute în art. 22 din Decretul nr. 167/1958 privind prescripția extinctivă și în art. 21 din Legea nr. 7/1996 privind cadastrul imobiliar (avem în vedere redactarea originală a acestei legi).

Niciuna dintre prevederile legale citate nu au făcut însă referire și la regimul juridic al acestui drept, doctrina și jurisprudența fiind cele care i l-au conturat. Astfel, s-a spus că dreptul de suprafață este un dezmembrământ al dreptului de proprietate pentru că în cazul său se suprapun două drepturi de proprietate: cel al titularului dreptului de suprafață asupra construcțiilor, plantațiilor și cel al proprietarului terenului pe care acestea se află situate⁴. Existența dreptului de proprietate asupra construcției, plantației sau altor lucrări situate pe terenul proprietatea altei persoane atrage după sine un drept de folosință asupra terenului respectiv, aceste drepturi concretizând dreptul real de suprafață⁵. Acest conținut complex al dreptului de suprafață ar face din el mai mult decât un simplu dezmembrământ al dreptului de proprietate asupra terenului⁶.

² A se vedea: D. Alexandresco, *Explicatiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. III, București 1909, p. 334 și urm.; M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. Cartea Românească, București, f.a., p. 146.

³ În același sens a se vedea și I. Sferdian, *Discuții referitoare la dreptul de suprafață*, în *Dreptul*, nr. 6/2006, p. 55.

⁴ A se vedea C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale*, Universitatea din București, 1988, p. 262. Conform unei opinii recent exprimate în literatura noastră juridică, dreptul de suprafață este „dreptul real principal imobiliar care reuneste, în conținutul său juridic, dreptul de proprietate asupra unei construcții sau plantații, precum și un dezmembrământ al dreptului de proprietate asupra unui teren aparținând altei persoane decât titularul dreptului de suprafață, dezmembrământ care reuneste folosința și, în mod limitat, posesia și dispoziția asupra terenului sau a unei părți din acesta.” – V. Stoica, *op. cit.*, p. 238.

⁵ A se vedea C.S.J., secția civilă, decizia nr. 893/1994, în *Dreptul* nr. 12/1994, p. 62.

⁶ I. Sferdian, *loc. cit.*, p. 56. Existența celor două drepturi aflate în corelație a condus chiar la exprimarea opiniei conform căreia dreptul de suprafață nu este un dezmembrământ al dreptului de proprietate, ci o modalitate juridică a acestuia. A se vedea G.N. Luțescu, *Teoria generală a drepturilor reale. Teoria patrimoniului. Clasificarea bunurilor. Drepturile reale principale*, București, 1947, pp. 376-387.

Noul Cod civil, prin art. 693 alin. (1) NCC, definește astfel dreptul de superficie “Superficia este dreptul de a avea sau de a edifica o construcție pe terenul altuia, deasupra ori în subsolul aceluși teren, asupra căruia superficialarul dobândește un drept de folosință”.

Potrivit art. 702 NCC dispozițiile referitoare la dreptul de superficie sunt aplicabile și în cazul plantațiilor, precum și al altor lucrări autonome cu caracter durabil, dar, pentru simplificarea expunerii, în cele ce urmează ne vom referi numai la ipoteza construcției.

Din definiția legală a superficiei remarcăm, în primul rând, consacrarea legislativă a existenței a două forme ale dreptului de superficie: forma deplină și forma incipientă⁷. Forma deplină este aceea în care superficialarul „are” o construcție situată pe terenul proprietatea altei persoane, iar forma incipientă este aceea în care beneficiarul a dobândit numai dreptul de a edifica (va avea) o construcție pe acest teren, construcție care, prin definiție, încă nu există.

Existența celor două forme este justificată de conținutul lor diferit. Trebuie însă menționat că forma incipientă este doar o formă tranzitorie a dreptului de superficie, care nu este însă obligatorie în toate cazurile.

În al doilea rând, cu caracter de noutate, noul Cod reglementează posibilitatea dobândirii unui drept de superficie nu numai prin edificarea sau dobândirea în alt mod a dreptului de proprietate asupra unei construcții supraterane, ci și asupra unei construcții subterane.

§ 3. Caractere juridice. În doctrina anterioară noului Cod civil se considera că dreptul de superficie are următoarele caractere juridice:

a) este un drept real imobiliar principal, dezmembrământ al dreptului de proprietate privată;

b) este un drept perpetuu, care durează atâta timp cât există construcția, lucrarea sau plantația situată pe terenul proprietatea altei persoane, fără a se putea stinge prin neuz;

c) este un drept prescriptibil în termenul general de prescripție de 30 de ani, reglementat de art. 1890 C. civ.

Reglementarea conferită de noul Cod civil vine cu noutăți și în această materie.

Desigur, dreptul de superficie își păstrează caracterul de a fi un drept real imobiliar principal, dezmembrământ al dreptului de proprietate privată. Consecința este aceea că el nu poate lua naștere pe temeiul dreptului de proprietate publică, drept nedezmembrabil, în principiu.

Articolul 694 NCC prevede că dreptul de superficie se poate constitui pe o durată de cel mult 99 de ani, cu posibilitatea reînnoirii sale, ceea ce transformă superficia din drept perpetuu în drept temporar.

În sfârșit, art. 696 NCC prevede că dreptul la acțiunea confesorie de superficie – acțiunea prin care acest drept poate fi apărât – este imprescriptibilă.

Reținem astfel că în noua reglementare dreptul de superficie este un drept real imobiliar principal, dezmembrământ al dreptului de proprietate privată, temporar și

⁷ Pentru aceste forme a se vedea V. Stoica, *op. cit.*, p. 238; C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale, în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 257-258.

imprescriptibil extinctiv. Așa cum vom arăta mai jos, legea permite însă dobândirea dreptului de superficie prin uzucapiune.

§ 4. Conținutul dreptului de superficie. Înainte de intrarea în vigoare a noului Cod civil i se recunoștea superficiarului aptitudinea de a exercita toate atributele specifice dreptului de proprietate – posesia, folosința și dispoziția, în integralitatea lor asupra construcțiilor, plantațiilor sau altor lucrări efectuate pe terenul altuia. Asupra terenului se exercita posesia, folosința și un drept de dispoziție materială limitat, în sensul că superficiarul îi putea afecta substanța atât cât era necesar pentru realizarea construcției, plantației sau altei lucrări, respectiv prin săpături, excavări ș.a.

I se recunoștea superficiarului dreptul de a-și înstrăina bunul prin acte juridice între vii și pentru cauză de moarte, dar și prin moștenire legală. În același timp, se considera că dreptul de superficie poate fi afectat de unele dezmembrăminte (dreptul de uzufruct, dreptul de abitație și dreptul de servitute) sau de sarcini reale, cum este dreptul de ipotecă⁸.

Noua reglementare a preluat și a dezvoltat aceste idei.

În ceea ce privește posesia asupra terenului exercitată de superficiar aceasta coexistă cu aceea a proprietarului terenului. Cel două posesii se diferențiază însă sub aspectul elementului psihologic. În timp ce proprietarul terenului va continua să aibă *animus sibi habendi* specific dreptului său, elementul psihologic al posesiei superficiarului este cel caracteristic dezmembrămintelor dreptului de proprietate⁹.

Folosința terenului îi va aparține, în principiu, în mod exclusiv superficiarului. O situație particulară ar putea să apară în situația în care pe teren este edificată o construcție cu mai multe niveluri, dintre care unele, supraterane, îi aparțin proprietarului terenului, iar celelalte, subterane, superficiarului. În această situație proprietarul terenului și superficiarul vor putea exercita o folosință concurentă.

Articolul 695 NCC aduce elemente suplimentare necesare îndeosebi pentru a stabili întinderea suprafeței de teren afectată de dreptul de superficie, atunci când aceasta nu a fost determinată prin actul constitutiv. Astfel, în lipsa unei stipulații contrare, exercitarea dreptului de superficie este delimitată de suprafața de teren pe care urmează să se construiască și de cea necesară exploatării construcției sau, după caz, de suprafața de teren aferentă și de cea necesară exploatării construcției edificate. Credem că aceste prevederi vor putea fi folosite pentru determinarea întinderii suprafeței de teren afectată de dreptul de superficie și atunci când acesta a fost dobândit prin uzucapiune.

Prevederile legale citate au fost inspirate de cele decise în jurisprudență, potrivit cărora în cazul unei construcții, superficiarului trebuie să i se asigure, dacă părțile nu au convenit altfel, în afară de terenul de sub construcție, o porțiune de teren necesară pentru acces la acea construcție, cu despăgubirea corespunzătoare a proprietarului terenului¹⁰.

⁸ A se vedea L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 217.

⁹ A se vedea V. Stoica, *op. cit.*, p. 238; C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 257.

¹⁰ Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 1515/1973, în RRD nr. 5/1974, p. 73. Pentru aceeași rezolvare dată problemei a se vedea și Gh. Dobrican, *Este admisibilă constituirea unui drept de superficie în situația în care copiii își construiesc o locuință pe terenul proprietatea părinților, cu acordul acestora*, în RRD nr. 11/1983, p. 15 și urm.

Dreptul de dispoziție materială pe care-l poate dobândi superficiarul asupra terenului are un caracter limitat în sensul că el îi va putea afecta substanța doar în măsura necesară pentru realizarea construcției sale sau pentru efectuarea unor reparații (subzidiri, intervenții la rețeaua subterană de utilități ș.a.). În anumite situații chiar și dreptul de dispoziție materială asupra construcției, care este proprietatea superficiarului, poate fi limitat.

Astfel, din interpretarea coroborată a prevederilor art. 695 alin. (2) și (3) NCC rezultă că, atunci când dreptul de suprafață a luat naștere în temeiul unui act juridic prin care proprietarul întregului fond a transmis exclusiv construcția ori a transmis terenul și construcția, în mod separat, către două persoane, în absența unei stipulații contrare, titularul dreptului de suprafață nu poate modifica structura construcției. El o poate însă demola, dar cu obligația de a o reconstrui în forma inițială. Dacă superficiarul modifică totuși structura construcției, proprietarul terenului poate să ceară, în termen de 3 ani, încetarea dreptului de suprafață sau repunerea în situația anterioară. Curgerea termenului de prescripție a dreptului la acțiunea prin care se solicită repunerea în situația anterioară este suspendată până la expirarea duratei suprafaței.

Justificarea soluției rezidă în faptul că la încetarea dreptului de suprafață construcția va reveni în proprietatea proprietarului terenului.

Superficiarul are și un drept de dispoziție juridică al cărui conținut îi permite să înstrăineze construcția, iar odată cu aceasta să transmită și dreptul de folosință asupra terenului. Niciodată însă construcția nu va putea fi înstrăinată separat de dreptul de folosință asupra terenului și nici invers. Aceste reguli sunt aplicabile și în cazul transmisiunii succesoriale legale sau testamentare, precum și în cel al constituirii dreptului de ipotecă [art. 695 alin. (4), teza a II-a NCC].

Legiuitorul și-a însușit opinia exprimată în literatura de specialitate, expusă mai sus, potrivit căreia titularul dreptului de suprafață poate consimți ca în temeiul dreptului său să ia naștere alte dezmembrăminte ale dreptului de proprietate, cum sunt dreptul de uzufruct, dreptul de abitație și dreptul de servitute. Conduce la această concluzie interpretarea *per a contrario* a prevederilor art. 700 NCC, care se referă la menținerea unor asemenea dezmembrăminte în cazul încetării suprafaței prin consolidare.

§ 5. Dobândirea dreptului de suprafață¹¹. În vechea reglementare s-a reținut că dreptul de suprafață poate fi dobândit prin convenție, legat, uzucapiune sau lege. Aceste moduri de dobândire vor continua să fie operante și după intrarea în vigoare a noului Cod civil, atunci când este vorba despre imobile neînscrise în cartea funciară.

Prin convenție dreptul de suprafață se dobândește atunci când proprietarul terenului își da acordul ca o altă persoană să edifice pe terenul său o construcție sau o altă lucrare ori să înființeze o plantație.

Constituirea dreptului de suprafață nu era considerată o înstrăinare a terenului, astfel încât convenția în cauză a putut fi încheiată sub forma înscrisului sub semnătură

¹¹ Pentru dobândirea dreptului de suprafață înainte de intrarea în vigoare a noului Cod civil a se vedea: C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 253-255; L. Pop, L.M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, pp. 259-263; Cr. Alunaru, *Noi aspecte teoretice și practice ale dreptului de suprafață*, în *Dreptul nr. 5/1993*, pp. 65-73.

privată – *ad probationem*¹². Cel mai adesea asemenea convenții au intervenit în cadrul raporturilor de familie, părinții permițând copiilor lor săși edifice locuințe pe terenul proprietatea celor dintâi. În asemenea situații, existând o imposibilitate morală de preconstituire a înscrisului probator, convenția putea fi dovedită cu orice mijloc de probă.

După intrarea în vigoare a Legii nr. 247/2005 convențiile prin care se constituie un drept de superficiei au trebuit încheiate în formă autentică, *ad validitatem* [art. 2 alin. (2) din Titlul X al legii citate].

Dacă nu se dovedea existența unei asemenea convenții constructorul chiar dacă era de bunăcredință, nu putea dobândi un drept real, ci un drept de creanță¹³.

Prin legat, dreptul de superficiei ia naștere în situațiile în care testatorul lasă proprietatea construcției sau plantației unui legatar și proprietatea terenului altui legatar.

Uzucaparea dreptului de superficiei, greu de întâlnit în practică, se putea face după aceleași reguli aplicabile în cazul dobândirii dreptului de proprietate pe această cale¹⁴.

În temeiul legii dreptul de superficiei lua naștere atunci când soții construiau pe terenul bun propriu al unuia dintre ei. Conform art. 30 din Codul familiei¹⁵, bunurile dobândite de oricare dintre soți în timpul căsătoriei sunt bunuri comune. Ca urmare, construcția devenea bun comun al ambilor soți, iar soțul neproprietar al terenului dobânda și un drept de folosință asupra acestuia, deci un drept de superficiei¹⁶.

Reglementarea constituirii dreptului de superficiei reglementată de noul Cod civil este în acord cu prevederile art. 885 alin. (1) din acest act normativ, potrivit cărora drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea.

Potrivit art. 693 alin. (2) NCC, „Dreptul de superficiei se dobândește în temeiul unui act juridic, precum și prin uzucapiune sau prin alt mod prevăzut de lege. Dispozițiile în materie de carte funciară rămân aplicabile”. Dobândirea dreptului de superficiei va fi însă condiționată de înscrierea sa în cartea funciară, iar momentul dobândirii va corespunde cu cel în care această formalitate a fost îndeplinită [art. 890 alin. (1) NCC].

5.1. Dobândirea superficiei în temeiul unui act juridic. Deoarece legea nu distinge superficia poate fi dobândită atât prin act juridic între vii, cât și prin act juridic pentru

¹² În același sens C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 253.

¹³ C.S.J., secția civilă, decizia nr. 893/1994, în Dreptul nr. 12/1994, p. 62.

¹⁴ A se vedea și C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 254. În același sens a fost și practica judiciară. A se vedea, Î.C.C.J., secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 379 din 21 ianuarie 2005, Î.C.C.J., Jurisprudența Secției civile pe anul 2005, Ed. Hamangiu, București, 2005, pp. 62-63.

¹⁵ Reglementare abrogată prin Legea nr. 71/2011.

¹⁶ A se vedea în acest sens Plenul Trib. Suprem, decizia de îndrumare nr. 19/1960, C.D. 1960, p. 26; Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 903/1983, în RRD nr. 5/1983, p. 73; *idem*, decizia nr. 1261/1982, în RRD nr. 7/1983, p. 58. Doctrina este în același sens. A se vedea: C. Bîrsan, *Regimul juridic al bunurilor imobile*, Ed. Științifică și enciclopedică, București, 1983, pp. 65-66; L. Pop, *op. cit.*, pp. 238-241; L. Pop, L.M. Harosa, *op. cit.*, pp. 262-263; O. Ungureanu, C. Munteanu, *Tratat de drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 365. A fost însă afirmată și opinia conform căreia izvorul dreptului de superficiei era faptul juridic în sens restrâns al realizării de către soți, în timpul căsătoriei, pe terenul bun propriu al unuia dintre ei, a unei construcții, fapt de care legea lega producerea acestui efect juridic. A se vedea V. Stoica, *op. cit.*, p. 244.

cauză de moarte. Actul juridic poate servi la dobândirea dreptului de superficie atunci când proprietarul terenului își dă acordul ca o altă persoană să edifice pe terenul său o construcție sau o altă lucrare ori să înființeze o plantație.

Este însă posibil ca proprietarul să înstrăineze construcția și să păstreze terenul, după cum el poate înstrăina construcția unei persoane și terenul alteia. Și în aceste situații dobânditorul construcției va dobândi un drept de superficie.

Spre deosebire de vechea reglementare, actul juridic nu va mai fi suficient prin el însuși pentru dobândirea dreptului de superficie, ci va servi doar ca temei pentru înscrierea în cartea funciară. Numai după îndeplinirea acestei formalități dreptul de superficie va lua naștere și va fi dobândit.

Potrivit art. 1.244 NCC actul juridic prin care se transmite sau se constituie dreptul de superficie trebuie încheiat în formă autentică, sub sancțiunea nulității absolute.

Superficiea se poate constitui cu titlu gratuit sau cu titlu oneros.

În cazul constituirii cu titlu oneros, părțile vor insera în convenția lor clauze referitoare la prestațiile datorate de superficiar. Dacă părțile nu au procedat astfel se vor aplica prevederile art. 697 NCC, conform cărora titularul dreptului de superficie datorează, sub formă de rate lunare, o sumă egală cu chiria stabilită pe piața liberă, ținând seama de natura terenului, de destinația construcției în cazul în care aceasta există, de zona în care se află terenul, precum și de orice alte criterii de determinare a contravalorii folosinței.

5.2. Dobândirea în temeiul uzucapiunii. Uzucaparea dreptului de superficie se poate face după aceleași reguli aplicabile în cazul dobândirii dreptului de proprietate pe această cale.

Astfel, dreptul de superficie va putea fi dobândit fie prin uzucapiune tabulară, fie prin uzucapiune extratabulară.

Uzucapiunea este tabulară atunci când posesorul a intabulat cu bună-credință în cartea funciară un drept real principal, în temeiul unui titlu inapt să servească la dobândirea acestuia.

Potrivit art. 931 alin. (1) NCC, „Drepturile celui care a fost înscris, fără cauză legitimă, în cartea funciară, ca proprietar al unui imobil sau titular al unui alt drept real, nu mai pot fi contestate când cel înscris cu bună-credință a posedat imobilul timp de 5 ani după momentul înregistrării cererii de înscriere, dacă posesia sa a fost neviciată”.

Intabularea fără cauză legitimă creează o aparență de drept aptă să curețe viciul său original și să conducă la dobândirea dreptului real prin uzucapiune. Pentru dobândirea dreptului de superficie prin uzucapiune tabulară, trebuie îndeplinite următoarele *condiții*:

- a) titularul să fi dobândit bunul în baza unui titlu nevalabil;
- b) dreptul la care se referă titlul să fi fost înscris în cartea funciară;
- c) titularul să fie de bunăcredință;
- d) posesia să fie neviciată (utilă);
- e) titularul să posede imobilul timp de 5 ani de la înscrierea în cartea funciară.

Bună-credință trebuie să existe în momentul înregistrării cererii de înscriere în cartea funciară și în momentul intrării în posesie [art. 931 alin. (2) NCC]. Reaua-credință intervenită ulterior acestor momente nu constituie un impediment în calea dobândirii dreptului prin uzucapiune.

Nici vicierea posesiei nu conduce întotdeauna la imposibilitatea dobândirii dreptului de suprafață prin uzucapiune pentru că, potrivit art. 932 alin. (2) NCC, viciile posesiei suspendă cursul uzucapiunii. Aceasta înseamnă că, după încetarea faptei care a viciat posesia, cursul uzucapiunii se reia. Dispoziția citată este în acord cu cea conținută de art. 927 NCC, potrivit căreia „Posesia viciată devine utilă îndată ce viciul încetează”.

Uzucapiunea este extratabulară când o altă persoană decât posesorul a fost înscrisă ca titular al dreptului de suprafață în cartea funciară sau când posesia s-a exercitat asupra unui imobil care nu era înscris în nicio carte funciară.

Conform art. 930 NCC: „(1) Dreptul de proprietate asupra unui imobil și dezmembrămintele sale pot fi înscrise în cartea funciară, în temeiul uzucapiunii, în folosul celui care l-a posedat timp de 10 ani, dacă:

- a) proprietarul înscris în cartea funciară a decedat ori, după caz, și-a încetat existența;
- b) a fost înscrisă în cartea funciară declarația de renunțare la proprietate;
- c) imobilul nu era înscris în nicio carte funciară.

(2) În toate cazurile, uzucapantul poate dobândi dreptul numai dacă și-a înregistrat cererea de înscriere în cartea funciară înainte ca o terță persoană să își fi înregistrat propria cerere de înscriere a dreptului în folosul său, pe baza unei cauze legitime, în cursul sau chiar după împlinirea termenului de uzucapiune”.

În oricare dintre cele trei cazuri de uzucapiune extratabulară reglementate de textul de lege citat trebuie îndeplinite următoarele *condiții*, pentru ca posesia să conducă la dobândirea dreptului de suprafață:

a) imobilul să fi fost posedat timp de 10 ani. În cazurile decesului sau încetării proprietarului tabular și în cel al renunțării la dreptul de proprietate de către acesta termenul uzucapiunii nu începe să curgă înainte de împlinirea acestor evenimente sau acte, chiar dacă intrarea în posesie s-a produs la o dată anterioară.

b) posesia să fie utilă (neviciată);

c) uzucapantul să și fi înregistrat cererea de înscriere a dreptului în folosul său, înainte ca o terță persoană să și fi înregistrat propria cerere de înscriere a dreptului, pe baza unei cauze legitime, în cursul sau chiar după împlinirea termenului de uzucapiune.

Nu se cere ca uzucapantul să fie de bună-credință.

Uzucapantul își poate întemeia cererea de înscriere pe o hotărâre judecătorească prin care s-a constatat îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege pentru dobândirea dreptului real imobiliar ca efect al posesiei.

Modul în care a fost reglementată de noul Cod civil dobândirea dreptului de suprafață prin uzucapiune se diferențiază esențial față de cel conceput sub imperiul vechii reglementări, el devenind din unul teoretic unul practic. Avem în vedere împrejurarea că, în cazul uzucapiunii tabulare, premisa o constituie înscrierea în cartea funciară chiar a acestui drept, iar în cazul uzucapiunii extratabulare reglementate de art. 930 alin. (1) lit. a) și b) se dobândește un drept de suprafață înscris în cartea funciară, care a aparținut altei persoane.

5.3. Dobândirea în temeiul altui mod prevăzut de lege. Potrivit art. 693 alin. (4) NCC, în situația în care s-a construit pe terenul altuia, suprafața se poate înscrie pe baza renunțării proprietarului terenului la dreptul de a invoca *accesiunea*, în favoarea

constructorului. De asemenea, ea se poate înscrie în favoarea unui terț pe baza cesiunii dreptului de a invoca accesivitatea.

Dreptul de superficie poate lua naștere și în temeiul legii.

Așa cum am arătat mai sus, sub imperiul Codului familiei s-a reținut că dreptul de superficie ia naștere în temeiul legii atunci când soții construiesc pe terenul bun propriu al unuia dintre ei. Soluția se menține și după intrarea în vigoare a noului Cod civil, care conține în art. 339 o reglementare identică celei din art. 30 C. fam.¹⁷.

6. Încetarea dreptului de superficie. Potrivit art. 698 NCC, dreptul de superficie încetează prin radierea din cartea funciară, în următoarele situații:

- a) la expirarea termenului;
- b) prin consolidare;
- c) prin pierderea construcției, dacă există stipulație expresă în acest sens;
- d) în alte cazuri prevăzute de lege.

Dreptul de superficie încetează la expirarea termenului numai dacă părțile nu au convenit reînnoirea lui, conform art. 694, teza a II-a NCC. Dacă dreptul de superficie a fost constituit în alt mod decât prin act juridic reînnoirea nu este aplicabilă.

Conform art. 699 NCC, dacă dreptul de superficie a încetat ca urmare a expirării termenului, iar în actul constitutiv nu s-a prevăzut altfel, proprietarul terenului dobândește dreptul de proprietate asupra construcției edificate de superficialiar, prin *accesivitate*, cu obligația de a plăti valoarea de circulație a acesteia de la data expirării termenului.

Când construcția nu exista în momentul constituirii dreptului de superficie, iar valoarea acesteia este egală sau mai mare decât aceea a terenului, proprietarul terenului poate cere obligarea constructorului să cumpere terenul la valoarea de circulație pe care acesta ar fi avut-o dacă nu ar fi existat construcția. Constructorul poate refuza să cumpere terenul dacă ridică (demolează), pe cheltuiala sa, construcția clădită pe teren și repune terenul în situația anterioară.

În absența unei înțelegeri contrare încheiate cu proprietarul terenului, dezmembrămintele consimțite de superficialiar se sting în momentul încetării dreptului de superficie.

Ipotecile constituite asupra terenului pe durata existenței superficiei nu se extind cu privire la întregul imobil în momentul încetării dreptului de superficie prin expirarea termenului. Ele se strămută de drept asupra sumei de bani primite de proprietarul terenului în cazul în care constructorul l-a cumpărat sau se extind de drept cu privire la întregul teren atunci când constructorul a refuzat să-l cumpere.

Dreptul de superficie se stinge prin consolidare, dacă terenul și construcția devin proprietatea aceleiași persoane.

Efectele încetării dreptului de superficie prin consolidare au fost reglementate astfel, prin art. 700 NCC: „(1) În cazul în care dreptul de superficie s-a stins prin consolidare, în absența unei stipulații contrare, dezmembrămintele consimțite de superficialiar se mențin pe durata pentru care au fost constituite, dar nu mai târziu de împlinirea termenului inițial al superficiei.

¹⁷ În același sens a se vedea S. Cercel, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 752; C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale, op. cit.*, p. 260.

(2) Ipotecile născute pe durata existenței superficiei se mențin fiecare în funcție de obiectul asupra cărora s-au constituit”.

Pieirea construcției are ca efect încetarea dreptului de suprafață, dacă prin actul constitutiv nu s-a prevăzut altfel.

În cazul stingerii dreptului de suprafață prin pieirea construcției, drepturile reale care grevează dreptul de suprafață se sting, dacă legea nu prevede altfel. Ipotecile născute cu privire la nuda proprietate asupra terenului pe durata existenței dreptului de suprafață se mențin asupra dreptului de proprietate reîntregit (art. 701 NCC).

Potrivit art. 28 din Legea nr. 33/1994, exproprierea pentru cauză de utilitate publică are ca efect și stingerea dezmembrămintelor dreptului de proprietate. Într-o asemenea situație, despăgubirea cuvenită se va împărți între titularul dreptului de proprietate asupra terenului și suprafațiar.

Cotitatea disponibilă specială a soțului supraviețuitor în concurs cu copiii dintr-o legătură anterioară a defunctului*

Conf. dr. Mircea-Dan BOB

Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca



Special available share of the surviving spouse in competition with the children resulted from a previous relationship of the deceased spouse

Abstract: The special disposable share of the surviving spouse in competition with children from another marriage, is regulated in 1864 by a mistranslation of the Napoleonic text, special disposable portion of the surviving spouse is maintained by the new Romanian Civil Code of 2011. Our analysis tries to find a solution to the controversy that has persisted under the influence of the former Romanian Civil Code regarding the concrete determination. This analysis is useful because the Law no. 71 of 2011 for coming into force of the new code was maintained under the old code for successions before October 1st, 2011. The second part will be devoted to the answer given by the new Romanian Civil Code.

Keywords: new code, the estate, the disposable share, the new Romanian Civil Code.

Cotitatea disponibilă specială a soțului supraviețuitor în concurs cu descendenți rezultați din altă parte decât din căsătoria cu defunctul era o problemă extrem de controversată pe vechiul Cod civil¹. Textul ce o reglementa pune cititorul în dificultate prin desuetudinea sa lingvistică și legislativă:

Art. 939 C. civ. – Bărbatul sau femeia care, având copii dintr-alt maritagi, va trece în al doilea sau subsecvent maritagi, nu va putea dăruii soțului din urmă decât o parte egală cu partea legitimă a copilului ce a luat mai puțin, și fără ca, nici într-un caz, donațiunea să treacă peste cuartul bunurilor.

* Studiul este rezultatul cercetărilor finanțate în cadrul proiectului PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, nr. 174/2011, intitulat *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, director Mircea-Dan Bob.

¹ Pentru detalii, v. nota noastră parțial critică la dec. civ. 2097/2000 a Trib. Constanța, în PR nr. 1/2002, pp. 154-162.

Dincolo de exprimarea de acum un secol și jumătate, reforma din 1944 a modificat radical poziția succesorală a soțului supraviețuitor și reforma dreptului familiei întreprinsă în 1954 a adus egalitatea între copiii din căsătorie și din afara acesteia. Toate acestea au afectat implicit și art. 939 C. civ. Adăugând dificultățile legate de modul general de calculare a rezervei soțului supraviețuitor după 1944, nu ne miră că s-a ajuns la o controversă în care la un moment dat se puteau număra cinci soluții posibile². Lămurirea acesteia necesită în primul rând explicarea rațiunii textului (a), urmată de analizarea impactului Legii nr. 319/1944 și a Codului familiei asupra acestuia (b).

(a) Soțul supraviețuitor, nefiind rudă de sânge cu defunctul, beneficia în codul de la 1864 de un tratament succesoral ostil³. De aceea, art. 939 C. civ. se înscria în concertul măsurilor de protejare a continuatorilor persoanei defunctului (a descendenților în primul rând) față de influențele exercitate de către soț – reunite în capitolul VII din cuprinsul titlului II al Cărtii terțe din Codul de la 1864: „Despre dispozițiile dintre soți, făcute sau în contractul de maritașiu, sau în timpul maritașiuului”.

Care sunt direcțiile de acțiune ale acestui capitol? Irevocabilitatea este un caracter fundamental al contractului de donație (art. 822-825 C. civ./1015-1016 NCC)⁴. Funcționarea îi este suspendată de art. 826 C. civ. în privința donațiilor între soți făcute în timpul căsătoriei, pe care art. 937 C. civ./art. 1031 NCC le declară revocabile⁵. Se derogă astfel radical atât de la caracterul enunțat, cât și de la dispoziția cu valoare generală în materie de contracte a art. 969 C. civ./art. 1270 NCC⁶. Textul de la art. 937/1031 se întemeiază în primul rând pe imperativul conservării bunurilor în familie, urmărește – în subsidiar – să preîntâmpine eventualul abuz de influență al

² Pentru inventarierea acestora, v. Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, pp. 166-172 și Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Universul Juridic, București, 2002, pp. 323-324.

³ Pentru detalii, v. lucrarea noastră *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 45-46. V. și Mihail Eliescu, *Curs de succesiuni* (ediția 1947, republicată sub îngrijirea Cristinei Mihaela Crăciunescu), Ed. Humanitas, București, 1997, p. 99; Raul Petrescu, Victor Scherer, Gheorghe Nichita, *Probleme teoretice și practice de drept civil*, Ed. Scrisul românesc, Craiova, 1987, pp. 90-91.

⁴ Pentru detalii asupra importanței acestuia, v. Matei Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Cartea Românească, 1921, p. 382; Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2001, pp. 132-133.

⁵ Pentru sinuosul istoric al revocării donațiilor între soți, v. Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul IV partea 1 (Donațiunile între vii), Socec, București, 1913, nota de la pp. 729-732; Corneliu Botez, *Actele juridice între soți*, în *Curierul judiciar* 1924, p. 227; *Curs de drept civil român* vol. III. *Succesiuni și liberalități*, Ed. Cartea Românească, București, f.a. (1925), pp. 665-670; Stefan Marinescu-Bolintin, *Observație la sent. 546/1927 a Trib. Ilfov III c.c.*, în *Pandectele române* 1930.II.214; Ion Rosetti-Bălănescu, Alexandru Băicoianu, *Drept civil român*, vol. III: *Regimuri matrimoniale. Succesiuni. Donațiuni. Testamente*, Socec, București, 1948, p. 728; TS civ., dec. 1649/1955 și 1665/1956, în *Repertoriu 1952-1969*, p. 380; *id.*, dec. 659/1988, în RRD 1/1989.66; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, Paris, 2004, pp. 359-362.

⁶ Cas. I, dec. 299 din 26 iunie 1891, în Bul. 1891.758; Cantacuzino, *op. cit.*, p. 348 și 397; Trib. Ilfov III c.c., *op. cit.*, p. 215; F. Deak, *Contracte*, pp. 137-138.

donatarului⁷ și era consolidat în codul lui Cuza prin interzicerea donațiilor conjunctive (art. 938 C. civ.), respectiv a vânzărilor între soți (art. 1307 C. civ.)⁸.

Gratificarea partenerului de viață este deci permisă atât *inter vivos*, cât și *mortis causa*⁹, dar eventualul concurs al copiilor din căsătorii anterioare poate reduce cotitatea disponibilă ordinară la cea specială fixată de art. 939 C. civ.¹⁰ Legiuitorul s-a preocupat din nou să protejeze descendenții împotriva influențelor exercitate de soțul supraviețuitor¹¹, instituind în acest scop o derogare de la dreptul comun al art. 841 C. civ.¹²

Ca o ultimă măsură de prevedere, art. 940-941 C. civ. (art. 1.033 NCC invalidează încercările de eludare prin simulație a dispozițiilor art. 937 și 939 C. civ.) 1031 și 1090 NCC. S-a urmărit iarăși ocrotirea rezervei succesoriale, a revocabilității donației dintre soți și a libertății voinței donatorului¹³.

(b) Intrarea în vigoare a Legii nr. 319/1944 a adus soțul supraviețuitor în prim-planul devoluțiunii succesoriale, fără a înlătura art. 939 C. civ.¹⁴. Dificultățile s-au ivit în

⁷ Vasile Minei, *Fundamentul juridic al nulității donațiilor între soți*, în Dr. 1914, p. 225; C. Ap. Iași I, dec. 14/1925, în *Jurisprudenta generală* 1925.1222; Henri Roland, Marie-France Callu, *Droit des libéralités*, Ellipses, Paris, 2000, p. 248.

⁸ Trib. Ploiești, dec. 277/1967, în *Revista română de drept* nr. 10/1967.152. V. și Cas. I, dec. 319/12.XI.1882, în Bul. 1882.1028, precum și jurisprudenta citată în Dan Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 40 notele 1-3. Ultimele două texte nu se regăsesc în noul Cod civil, neexistând actualmente nici în codurile la care acesta s-a raportat (francez și din Québec). Art. 1307 C. civ. a fost eliminat pentru că se întemeia pe rațiuni discutabile, motiv pentru care echivalentul său francez fusese eliminat în 1985 (Dan Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I *Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 98).

⁹ C. Ap. Craiova II, dec. 52/1900, în *Dreptul* 1901.172 și *Curierul judiciar* 1901.544-545.

¹⁰ Pentru istoricul art. 939 C. civ., v. Alexandresco, *op. cit.*, pp. 750-751; Trib. Ilfov III c.c., *cit. supra*; Ambroise Colin, Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, vol. III, Dalloz, Paris, 1936, pp. 810-811; Rosetti-Bălănescu, Băicoianu, *loc. cit.* „Există în realitate și o reminiscență din vechea tendință de a considera donațiile între soți în timpul unei căsătorii ca un act de prodigialitate antifamilial, căci numai așa se explică dispozițiile art. 939 C. civ. român corespunzătoare art. 1098 C. civ. fr.” (Vasile V. Longhin, *Observație* la dec. civ. 31/1945 a C. Ap. București III, în *Pandectele române* 1946.II.3).

¹¹ Alexandresco, *op. cit.*, p. 750; Rosetti-Bălănescu, Băicoianu, *loc. cit.*; TS civ., dec. 1054 și 1238/1955, în CD 1955.I.184 și 188; Petrescu, Scherer, Nichita, *op. cit.*, p. 144 și 151. În același context se înscriau și art. 334, 335, 347, 348 și 350 C. civ., abrogate în anul 1954.

¹² TS civ., dec. 1485/1966, în CD 1966.161; id., dec. 1615/1972, în *Repertoriu 1969-1975*, p. 207 și în *Revista română de drept* nr. 4/1973, p. 175.

¹³ Rolland, Callu, *op. cit.*, pp. 253-254; Hugo Friedman (1), Constantin Jitianu (2), *Observații* la dec. 1351/1933 a Cas. I civ., în *Pandectele române* 1935.I.25; George D. Maxim, *Observație* la sent. 1457/1933 a Trib. Ilfov c.c., în *Pandectele române* 1934.II.50; Nicolae M. Gheorghiu, *Observație* la dec. 805/1940 a Cas. I, în *Pandectele române* 1942.I.34. Pentru corelarea art. 937 cu art. 940 C. civ.: Trib. Ilfov I, sent. 1393/1925, în *Pandectele române* 1926.III.88.

¹⁴ V. practica Tribunalului Suprem citată în Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR*, Ed. Academiei Române, București, 1966, p. 347 nota 124. V. și Virgil Economu, *Dreptul de succesiune al soțului supraviețuitor*, în *Legalitatea populară* nr. 5/1957, p. 535 și urm. Este adevărat că autorul comite ulterior o eroare când aplică pentru o moștenire în care sunt implicate donații cotele legale (pp. 535-536; de aceea și ajunge la pp. 541-542 la concluzia că art. 939 C. civ. ar fi inutil). Pe de o parte, se va vedea în continuare cum greșeala în cauză s-a perpetuat în practica instanțelor până în zilele noastre. Pe de altă parte, important aici este că s-a semnalat „aducerea în față” a soțului supraviețuitor.”

momentul în care respectiva conviețuire a cerut soluții în concret¹⁵. Vom analiza principalele rezolvări propuse, lucrând pe ipoteza concursului dintre soțul supraviețuitor S gratificat universal și copilul A al defunctului, provenit dintr-o legătură anterioară.

Conform unei păreri, la numărul copiilor ce vin efectiv la moștenire se adaugă soțul supraviețuitor; apoi se împarte averea la numărul obținut, iar cota rezultată se reduce la nevoie la acel sfert prevăzut de art. 939 C. civ.

Acest mod de calcul era aplicat înainte de intervenirea Legii nr. 319/1944 și, conform unor autori, ar fi funcțional și după aceea¹⁶.

Jurisprudența constantă a fostului Tribunal Suprem acorda (până la nota critică a profesorului Deak din 1989), descendentului A rezerva sa de $\frac{1}{2}$, după care drepturile soției S sunt satisfăcute din restul averii: cota sa succesorală legală de $\frac{1}{4}$ și cotitatea disponibilă specială de $\frac{1}{4}$, indicată de art. 939 C. civ.¹⁷.

În fine, mergându-se pe sistemul tert propus de către profesorul Deak, soției S i se cuvine $\frac{1}{8}$ cu titlu de rezervă, copilului A îi va reveni rezerva sa de $\frac{7}{16}$ ($\frac{1}{2}$ din restul de $\frac{7}{8}$), rămânând o cotitate disponibilă ordinară de $\frac{7}{16}$. Aplicând criteriile de la art. 939 C. civ., aceasta urma să fie redusă la $\frac{4}{16}$ și acordată soțului cu titlu de cotitate disponibilă specială. Restul de $\frac{3}{16}$ se împarte conform cotelor legale între S ($\frac{1}{4}$ din $\frac{3}{16}$) și A ($\frac{3}{4}$ din $\frac{3}{16}$)¹⁸.

Primul sistem de calcul a fost brusc abandonat în practică după 10 iunie 1944. Doctrina anilor '60-'80 îl mai menționează, dar optează pentru cel de-al doilea fără a oferi vreo motivație concludentă. La fel procedează și acea parte a literaturii de specialitate din anii nouăzeci care s-a pronunțat pentru terța variantă de calcul. Ne-am pus în consecință două întrebări: care sunt rațiunile după care se conducea primul sistem de calculare? mai este acesta aplicabil după 1944?

Ne-am întors atunci la rădăcinile franceze ale art. 939 C. civ. și am observat că art. 1098 CN prevedea: „Bărbatul sau femeia [...] nu va putea dăruia soțului din urmă decât o parte egală **cu partea copilului legitim** care a luat mai puțin [...]”. Varianta românească din 1864 se referea însă la „[...] o parte egală cu **partea legitimă a copilului** care a luat mai puțin [...]”¹⁹. Eroarea de traducere poate fi pusă, în lipsa consemnării lucrărilor pregătitoare ale codului român, pe seama întâmplării; consecințele acesteia nu sunt însă deloc indiferente. La 1804, codul napoleonian împărțea descendenții în legitimi și naturali, chemându-i la moștenire în calitate de succesori regulați și neregulați. Legiuitorul francez a înțeles să reducă gratificarea soțului supraviețuitor numai în concurs

¹⁵ V. Elena Boroi, Gabriel Boroi, *Corelația dintre prevederile art. 939 din Codul civil și Decretul-lege nr. 319/1944*, în *Revista română de drept* nr. 9-12/1989, p. 26 sqq.

¹⁶ Stanciu D. Cârpenaru, *Dreptul la moștenire*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1982, p. 70; Ioan Zinveliu, *Dreptul la moștenire în RSR*, Dacia, Cluj-Napoca, 1975, pp. 92-93; Marin Popa, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Oscar Print, București, p. 140; Mircea Mureșan, József Kocsis, Rodica Maxim, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Cordial lex, Cluj-Napoca, 1999, p. 89; Dumitru Macovei, Iolanda Elena Cadariu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Junimea, Iași, 2005, pp. 187-188.

¹⁷ E.g., TS civ., dec. 15/1972, în CD 1972.175; id., dec. 613/1988, în *Revista română de drept* nr. 3/1989, p. 67.

¹⁸ Deak, *Tratat*, pp. 325-326.

¹⁹ „[...] ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant [...]”.

cu descendenții *legitimi*, adică cei din căsătoria anterioară, neadmitând ca un copil natural să se prevealeze de art. 1098 CN²⁰. Ca urmare, „pentru a putea determina partea pe care noul soț o poate primi, trebuie să-l considerăm ca pe **încă un copil** și să-i atribuim o parte virilă, presupunând că succesiunea trebuie să fie partajată în mod egal între toți copiii și el”²¹. Cu alte cuvinte, calculul porțiunii disponibile speciale se făcea ca și cum soțul ar fi venit în calitate de descendent într-o succesiune legală. În speța noastră, s-ar fi împărțit în prima fază la doi (copilul plus soția), după care cota de $\frac{1}{2}$ ar fi fost diminuată la $\frac{1}{4}$ - conform criteriului secund de la art. 1098 CN = art. 939 C. civ. În final, copilul A ar fi primit $\frac{3}{4}$ (rezerva sa de $\frac{1}{2}$ plus restul de $\frac{1}{4}$ din cotitatea disponibilă ordinară), restul de $\frac{1}{4}$ rămânând soției S²².

Se observă că varianta românească înscrisă în art. 939 C. civ. prevedea altceva decât art. 1098 CN: cotitatea disponibilă vizată nu va putea depăși rezerva copilului ce ia mai puțin²³. Interpretarea se validează dacă ținem seama că porțiunea de care *decuius* nu poate dispune cu titlu gratuit era desemnată sinonim în cod fie prin cuvântul „rezervă” (art. 843 C. civ.), fie prin expresia „parte legitimă” (art. 798 și 939 C. civ.).

Rezultă că legiuitorul român a dat art. 939 C. civ. o altă redactare, implicit generatoare a unei alte aplicări; dar practica judiciară și doctrina au ignorat-o și s-au mulțumit să preia modul de aplicare francez al art. 1098 CN. Constatarea nu ne surprinde: o situație asemănătoare am remarcat cu altă ocazie în privința art. 550 C. civ.²⁴; aceeași manieră de procedare am găsit-o și în materie de rezervă²⁵. Zorii dreptului civil modern în România au prins lumea juridică nepregătită sub aspectul existenței unei literaturi consistente care să sprijine explicativ aplicarea noului cod. Ca urmare, în perioada cuprinsă între 1 decembrie 1865 și apariția începând din 1886 a tratatului lui Dimitrie Alexandresco, juriștii români au căutat soluțiile în lucrările autorilor francezi. S-a ajuns astfel uneori la importul unor rezolvări fără corespondent legal în Codul civil român²⁶. Porțiunea disponibilă specială din art. 939 C. civ. s-a determinat ca o cotă de moștenire legală, în loc să fie exprimată în funcție de rezerva copilului ce ia mai puțin.

1. Răspunzând la întrebările anterior formulate, considerăm că prima manieră de calcul nu are bază legală în dreptul nostru civil. Ea nu trebuia aplicată, iar astăzi – când copiii naturali sunt asimilați celor legitimi – nici nu mai are cum să fie aplicată²⁷.

²⁰ Jean Patarin, în *Juris-Classeur Civil*, art. 1002-1126 à 1130, sub art. 1091-1100 fasc. 30 pp. 5-6 pct. 9.

²¹ Charles Demelombe, *Cours de Code Napoléon*, vol. XIII, Paris, 1855, p. 691. În același sens, François Laurent, *Principes de droit civil français*, vol. XV, Paris, 1878, p. 440; Ambroise Colin, Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, vol. III, Dalloz, Paris, 1936, pp. 812-813.

²² C. Ap. Galați I, dec. 25/1924, în *Pandectele române* 1924.II.75, *Observație* Teodor Missir.

²³ Alexandresco, *op. cit.*, p. 508.

²⁴ V. studiul nostru *Natura juridică a legatului de uzufruct al întregii moșteniri*, în *Dreptul* nr. 5/2001, p. 77.

²⁵ V. Bob, *op. cit.*, pp. 70-72.

²⁶ V. pentru detalii articolele noastre *Problema codificării civile în România – repere pentru revizuirea Codului civil (I)*, în *Pandectele române* 1/2003, pp. 170-182 și *Dimitrie Alexandresco*, în *Pandectele române* 4/2005, pp. 250-256.

²⁷ S-a susținut de asemenea insuficiența acestei metode pentru ipotezele în care ar mai fi intervenit o gratificare a unui copil sau a unui terț (E. Boroș, G. Boroș, *op. cit.*, p. 28). Concluzia izvorăște din lipsa de clarificare a funcționării sistemului de calcul, cauzată de inadvertența de traducere semnalată.

În schimb, coincidența face ca redactarea dată textului în 1864 să fie adecvată situației generate de promovarea ca rezervatar a soțului supraviețuitor în 1944.

Pe de altă parte, nici interpretarea strictă a art. 939 C. civ. nu ne duce la soluții adecvate. Prescripțiile sale sunt ilogice în ipoteza în care defunctul gratificase pe copilul din căsătoria anterioară cu o liberalitate oarecare: ce rost mai are atunci să determinăm cotitatea disponibilă specială în funcție de rezerva acestuia? Câtă vreme nu dispunem de lucrări pregătitoare ale Codului civil care să ateste univoc sinonimia rezervă-parte legitimă, câtă vreme interpretarea literală și gramaticală a textelor de lege s-a dovedit în mult cazuri insuficientă, credem că putem înțelege extensiv art. 939 C. civ.: acesta se referă la **partea pe care copilul o primește în fiecare speță concretă**. Ajungem astfel la o fundamentare care să nu contrazică practica și doctrina constantă (a soluțiilor ce nu împărtășesc prima manieră de calcul).

Nici practica fostului Tribunal Suprem nu ni se pare la adăpost de orice critici. Argumentul pentru schimbarea manierei de aplicare a art. 939 C. civ. – aducerea soțului supraviețuitor în rândul moștenitorilor regulați și rezervatari – este corect enunțat, dar impropriu aplicat: toate aceste decizii acordă $\frac{1}{4}$ soțului în baza art. 1 din Legea nr. 319/1944 (cota legală), în timp ce art. 2 din lege este foarte explicit: „liberalitățile făcute de soțul precedat nu vor putea trece peste jumătate din drepturile prevăzute la art. 1, în favoarea soțului supraviețuitor”. Textul redat nu permite aplicarea cotelor de moștenire legală într-o moștenire donativă și/sau testamentară²⁸. Eroarea a fost perpetuată în literatura noastră prin preluarea *ad litteram* a calculelor făcute de Eliescu: în prezența unui copil, autorul acordă soțului gratificat $\frac{1}{4}$ cu titlu de cotă legală, în timp ce în prezența a doi sau mai mulți copii îi acordă rezerva de jumătate din cota legală²⁹.

Rezolvarea în sistemul de calculare propus de profesorul Deak, unanim urmat din 1989 de practica pe vechiul Cod civil, ar fi următoarea: soția S primește rezerva de $\frac{1}{8}$, copilul A rezerva sa de $\frac{7}{16}$ ($\frac{1}{2}$ din restul de $\frac{7}{8}$ rămas după defalcarea cotei soției), rezultând cotitatea disponibilă ordinară de $\frac{7}{16}$; aceasta nu este mai mare decât partea copilului A, dar depășește sfertul bunurilor ($\frac{4}{16}$), urmând să fie redusă în aceste limite (cotitate disponibilă specială). Rămâne un rest de $\frac{3}{16}$.

Am arătat mai sus că acest sistem de calcul sub imperiul vechiului cod nu este cel corect, soluționarea speței trebuind să fie cea promovată de Eliescu: mai întâi degajăm cota de rezervă a descendentului A de $\frac{1}{2}$ din întreg, apoi defalcăm tot din întreg (adică din cotitatea disponibilă) rezerva soției S de $\frac{1}{8}$. Rezultă o cotitate disponibilă ordinară de $\frac{3}{8}$ ($1 - [\frac{4}{8} + \frac{1}{8}]$), pe care aplicăm cumulativ criteriile art. 939 C. civ.: S nu va putea fi gratificată decât cu maximum $\frac{2}{8}$, rămânând un rest de $\frac{1}{8}$.

Ce vom face cu acest rest, indiferent în care sistem ne plasăm? Înainte de 1944, porțiunea redusă din cotitatea disponibilă ordinară era împărțită între descendenți conform art. 669 C. civ., indiferent de căsătoria din care proveneau³⁰. Ulterior s-a impus soluția conform căreia restul va fi împărțit conform cotelor de moștenire legală între soție și descendenți. S-a apreciat că vechea soluție funcționa „datorită faptului că

²⁸ E. Boroi, G. Boroi, *loc. cit.*

²⁹ Eliescu, *Moștenirea*, pp. 349-350.

³⁰ Alexandresco, *op. cit.*, p. 757 nota 3 și p. 762; Cantacuzino, *op. cit.*, p. 397.

soțul supraviețuitor nu era moștenitor legal, deci în această calitate nu putea concura cu descendenții defunctului, ei fiind singurii moștenitori cu vocație legală utilă”³¹. Unii autori s-au pronunțat pentru recunoașterea unei rezerve speciale în favoarea copilului din căsătoria anterioară – corelativă cotității disponibile speciale a art. 939 C. civ.³². Profesorul Deak vedea funcțională această soluție numai *de lege ferenda*: „limitarea liberalității în favoarea unei persoane nu implică necesarmente instituirea unei rezerve succesoriale (speciale) în favoarea unei alte persoane. Numai limitarea generală creează indirect și în mod necesar rezerva succesorală”³³.

În ce ne privește, deși argumentasem inițial³⁴ că pe codul lui Cuza eventualul rest³⁵ revine cu titlu de rezervă specială copilului din legătura anterioară, am mai reflectat și am ajuns la concluzia că profesorul Deak avea totuși dreptate *de lege lata*.

2. Care este soluția noului Cod civil? Am observat anterior că acesta receptează în esență dispozițiile vechiului art. 939 C. civ.

Art. 1.090 – Cotitatea disponibilă specială a soțului supraviețuitor

(1) Liberalitățile neraportabile făcute soțului supraviețuitor, care vine la moștenire în concurs cu alți descendenți decât cei comuni lor, nu pot depăși un sfert din moștenire și nici partea descendentului care a primit cel mai puțin.

(2) Dacă defunctul nu a dispus prin liberalități de diferența dintre cotitatea disponibilă stabilită potrivit art. 1.089 și cotitatea disponibilă specială, atunci această diferență revine descendenților.

(3) Dispozițiile alin. (1) și (2) se aplică în mod corespunzător atunci când descendentul menționat la alin. (1) a fost dezmoștenit direct, iar de această dezmoștenire ar beneficia soțul supraviețuitor.

Textul nu exista în forma din 2004 a codului. Comisia de redactare a amendamentelor l-a reintrodus. Decizia a fost motivată prin necesitatea de a-i proteja pe descendenții din legături anterioare ale defunctului în concurs cu soțul supraviețuitor, în contextul în care modificarea sistemului de calculare a rezervei a creat o cotitate disponibilă ordinară ce ar fi prea mare în lipsa unei limite speciale. Redactarea primului alineat a ținut seama de criticile aduse în literatura de specialitate formulării art. 939 C. civ.

Alineatul secund se depărtează de soluțiile propuse sub vechiul cod și acordă descendenților eventualul rest rămas din reducțiunea cotității disponibile ordinară la cea specială. În exemplul de speță pe care am lucrat, soția va primi rezerva de 1/8, copilul A rezerva sa de 3/8, iar S nu va beneficia din cotitatea disponibilă ordinară de

³¹ F. Deak, *op. cit.*, p. 326 nota 2. V și TS civ., dec. 1054/1955 și 1615/1972, *cit. supra*; și dec. nr. 2340/1979, în *Repertoriu 1975-1980*, p. 28; Trib. Constanța, dec. civ. 2097/2000, *cit. supra*; Veronica Stoica, *Dreptul la moștenire*, Ed. Universul juridic, București, 2007, p. 244.

³² Eliescu, *op. cit.*, p. 341; Petrescu, Scherer, Nichita, *op. cit.*, p. 144; Dan Chirică, *Succesiuni*, ediția 1996, p. 172 (autorul și-a schimbat părerea în ediția următoare din 2003).

³³ F. Deak, *op. cit.*, p. 326.

³⁴ *Nota critică* la dec. civ. 2097/2000 a Trib. Constanța, *cit. supra*, pp. 161-162.

³⁵ Prin jocul cifrelor, restul rămâne numai dacă în concurs vine un singur descendent cu soțul supraviețuitor. În momentul în care apar mai mulți descendenți, restul dispare.

4/8 decât de o cotă de 2/8 (mai puțin decât partea de 3/8 a lui A și nu mai mult de sfertul bunurilor). Restul de 2/8 va reveni descendentului A. În final, S primește 3/8 și lui A îi revin 5/8 din moștenire. Dacă mai adăugăm la ipoteza de lucru un copil B, descendent comun sau nu al soților, calculele vor fi următoarele: soției S i se acordă mai întâi rezerva de 1/8, A și B vor primi fiecare câte 3/16 cu titlu de rezervă (jumătate din cota de 3/8 ce ar fi primit-o în moștenirea legală), iar cotitatea disponibilă ordinară de 4/8 va fi partajată ca și în exemplul anterior: 2/8 va fi cotitatea disponibilă specială a lui S, restul de 2/8 fiind împărțit pe capete între A și B. În final, soția S va primi 3/8, iar copiii A și B vor contabiliza câte 5/16 fiecare (rezerva de 3/16 plus partea de 1/8 din cotitatea disponibilă ordinară redusă).

Ultimul alineat al art. 1090 NCC este ecoul unei ipoteze semnalate în teorie și în practică, urmărind să împiedice eludarea dispozițiilor de protecție a descendenților când *decuius* ar dispune dezmoștenirea directă a descendentului protejat și de aceasta ar urma să profite soțul defunctului.

O privire de ansamblu ne arată că soluțiile conținute în art. 1.090 NCC sunt rezultatul unei opțiuni a legiuitorului român. Acesta a hotărât să actualizeze și să perfecționeze regimul ce a funcționat din 1865 până în 2011. Privind comparativ, vom observa pe de o parte că același lucru s-a întâmplat în Franța: art. 1098 CN fusese modificat cu mult înainte de reformele succesoriale din 2001-2006, care n-au făcut decât să-i perfecționeze regimul, acordându-l cu schimbările intervenite³⁶. Pe de altă parte, există țări care au pornit ca și noi de la modelul napoleonian, dar au ajuns în timp la soluții diferite. În Spania, art. 834 es. acordă soțului supraviețuitor doar un drept de uzufruct, pentru a proteja descendenții. În plus, art. 968 es.³⁷ instituie o rezervă specială ce se constituie într-o succesiune anomală. Persoana care se angajează într-o căsătorie subsecventă, ca urmare a încetării căsătoriei sale prin decesul primului soț, nu poate dispune de bunurile primite cu titlu gratuit de la primul soț. Aceste bunuri sunt rezervate descendenților din prima căsătorie și sunt împiedicate astfel să ajungă la soțul subsecvent sau la descendenții rezultați din căsătoria subsecventă. La originea acestei reglementări se găsește defavoarea creștină pentru a doua căsătorie, materializată în preocuparea legiuitorului „de a proteja fiii din prima căsătorie față de posibilele influențe contrarii din partea celui de-al doilea soț”³⁸.

³⁶ Pentru detalii, v. Jean Maury, *Successions et libéralités*, 6e, Litec, Paris, 2007, pp. 206-208.

³⁷ Art. 968 - Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

³⁸ J.E. Gomá Salcedo, *Instituciones de derecho civil común y foral*, III/2 Familia y sucesiones, Barcelona, 2007, p. 998.

Cel care se obligă trebuie să fie titularul dreptului?

Conf. dr. Carmen Tamara UNGUREANU
Facultatea de Drept,
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași



The one who undertakes to be the holder of the right?

Abstract: The rule is that an individual cannot transfer or constitute a better right than he or she has. Exceptions to this rule stand under certain conditions and have as a basis the fact that, even if one who constitutes or transmits is a *non dominus*, the juridical act which was concluded is considered as a valid one and produces its effects.

The conveyancing juridical act concluded by a non-owner is valid, if the parties, by mutual consent, settle that the transmission of the ownership will take place after the contract was concluded; in this case the provisions on the sale by a non-owner apply (art. 1683 C. civ.). When there is no such consent, in principle, the transfer of the ownership cannot take place. In such a situation, the validity of the juridical act could be examined on a case by case basis, using the good faith principle, the theory of appearance of right, the principle of equity, depending on the real situation and the distinction made between generic goods and ascertained (specific) goods and between movable goods and immovable goods.

Keywords: sale by a non-owner, movable goods, immovable goods.

§ 1. Introducere

Nimeni nu poate transmite sau constitui mai multe drepturi decât are el însuși. Această regulă va fi analizată în prima parte, cu explicații referitoare la aplicația ei în materia vânzării bunului altuia. Excepțiile de la regulă, care se referă la situațiile în care, deși cel care transmite nu este titularul dreptului, actul juridic încheiat se consideră valabil și își produce efectele, vor fi tratate, pe scurt, în partea a doua.

Regula. Punctul de pornire pentru a putea răspunde la întrebarea formulată în titlu este regula cuprinsă în art. 17. alin. (1) C. civ., potrivit căreia: „Nimeni nu poate transmite sau constitui mai multe drepturi decât are el însuși.” (*nemo dat quod non habet*). Așadar, regula este că în cazul *actelor juridice translative sau constitutive de*

drepturi, cel care se obligă trebuie să fie titularul dreptului. De exemplu, dacă printr-un contract de vânzare o parte se obligă să *transmită* dreptul de proprietate¹ asupra unui bun către cealaltă parte, în momentul transmiterii dreptului, vânzătorul trebuie să fie titularul dreptului de proprietate. De asemenea, în cazul *constituirii* unei ipoteci convenționale, potrivit art. 2.365 C. civ. numai titularul dreptului ce urmează a fi ipotecat o poate constitui.

*O aplicație a regulii: vânzarea bunului altuia*². În aceste condiții, *înstrăinarea bunului altuia* pare a fi o excepție de la regulă. Din analiza textelor în materie reiese, însă, că nu este o excepție, ci o aplicație a regulii, deoarece în momentul în care se transmite dreptul, cel care transmite *este titularul* lui.

Astfel, ca o prevedere cu caracter general, în art. 1.230 C. civ., se arată că, *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 terțului. În același sens, o prevedere specială se regăsește în art. 1683 C. civ.³, potrivit căruia este valabil încheiată *vânzarea bunului altuia*, vânzătorul fiind obligat să asigure transmiterea dreptului de proprietate de la titularul său către cumpărător, fie prin dobândirea de către acesta a bunului, fie prin ratificarea vânzării de către proprietar, fie prin orice alt mijloc, direct ori indirect, care procură cumpărătorului proprietatea asupra bunului. Astfel, în momentul în care are loc transmisiunea dreptului de proprietate asupra bunului, *cel care transmite trebuie să fie titularul dreptului*: fie să dobândească dreptul de la terțul căruia îi aparține în momentul încheierii actului juridic (deci să devină el titularul dreptului, de exemplu, să devină proprietar), fie să-l determine pe terț să transmită dreptul său către cocontractant (terțul fiind titularul dreptului). Transmisiunea dreptului este deci întotdeauna *ulterioară* încheierii actului juridic și cel care transmite *este titularul* dreptului.

¹ Conform art. 1.650 alin. (1) C. civ. „(1) Vânzarea este contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, *se obligă să transmită* (s.n.) cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui pret pe care cumpărătorul se obligă să-l plătească.”

² Vom avea în vedere *contractul de vânzare*, deoarece regulile care se aplică obligațiilor vânzătorului au vocația de a se aplica obligațiilor *înstrăinătorului*, în general, în cazul *oricărui alt contract* având ca efect transmiterea unui drept, dacă nu se prevede altfel (art. 1651 C. civ.).

³ Art. 1.683 C. civ.: „(1) Dacă, la data încheierii contractului asupra unui bun individual determinat, acesta se află în proprietatea unui terț, contractul este valabil, iar vânzătorul este obligat să asigure transmiterea dreptului de proprietate de la titularul său către cumpărător. (2) Obligația vânzătorului se consideră ca fiind executată fie prin dobândirea de către acesta a bunului, fie prin ratificarea vânzării de către proprietar, fie prin orice alt mijloc, direct ori indirect, care procură cumpărătorului proprietatea asupra bunului. (3) Dacă din lege sau din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul dobândirii bunului de către vânzător sau al ratificării contractului de vânzare de către proprietar. (4) În cazul în care vânzătorul nu asigură transmiterea dreptului de proprietate către cumpărător, acesta din urmă poate cere rezoluțiunea contractului, restituirea prețului, precum și, dacă este cazul, daune-interese. (5) Atunci când un coproprietar a vândut bunul proprietate comună și ulterior nu asigură transmiterea proprietății întregului bun către cumpărător, acesta din urmă poate cere, pe lângă daune-interese, la alegerea sa, fie reducerea prețului proporțional cu cota-parte pe care nu a dobândit-o, fie rezoluțiunea contractului în cazul în care nu ar fi cumpărat dacă ar fi știut că nu va dobândi proprietatea întregului bun. (6) În cazurile prevăzute la alin. (4) și (5), întinderea daunelor-interese se stabilește, în mod corespunzător, potrivit art. 1.702 și 1.703. Cu toate acestea, cumpărătorul care la data încheierii contractului cunoștea că bunul nu aparține în întregime vânzătorului nu poate să solicite rambursarea cheltuielilor referitoare la lucrările autonome sau voluptuare”.

Vânzarea bunului altuia este întotdeauna valabilă⁴?

Există trei situații care trebuie analizate, folosind criteriul poziției părților contractante în legătură cu cunoașterea sau nu a faptului că bunul vândut aparține unei terțe persoane și a momentului în care se urmărește transferul proprietății bunului vândut.

- În primul rând, are relevanță distincția între situația în care părțile contractante au încheiat contractul în cunoștință de cauză, adică au știut că bunul cu privire la care contractează aparține unui terț și situația în care părțile, sau cel puțin una dintre ele, nu au cunoscut faptul că vânzătorul nu este titularul dreptului.

În Codul civil, în art. 1230, care reprezintă regula generală, nu se face această distincție. În art. 1683, regula specială în materia contractului de vânzare, la alin. (6) legiuitorul vine cu o precizare: în caz de desființare a contractului, „cumpărătorul care la data încheierii contractului *cunoștea* (s.n.) că bunul nu aparținea în întregime vânzătorului nu poate să solicite rambursarea cheltuielilor referitoare la lucrările autonome sau voluptuare”; deci cumpărătorul poate contracta cu privire la bunul altuia în cunoștință de cauză sau nu; de aici s-ar putea deduce că vânzarea bunului altuia este valabilă indiferent dacă, la data încheierii contractului, cumpărătorul a cunoscut sau nu că bunul care face obiectul contractului aparține unui terț⁵. Este însă corectă această interpretare? Dacă ar fi corectă, ar însemna că, atunci când cumpărătorul *nu știe* că încheie contractul cu un neproprietar, transferul dreptului de proprietate să se realizeze la data încheierii contractului⁶, potrivit prevederilor art. 1.674 C. civ. („proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă”). Dar transferul proprietății nu poate avea loc, deoarece vânzătorul nu este proprietar. Rezultă că vânzarea bunului altuia nu este întotdeauna valabilă, ci numai dacă, fie, *prin convenția părților*, s-a stabilit ca transmiterea dreptului de proprietate să se facă ulterior încheierii contractului, adică părțile au derogat de la norma supletivă cuprinsă în art. 1.674 C. civ., fiind fără relevanță dacă cumpărătorul a încheiat contractul în cunoștință de cauză sau nu, adică

⁴ În legătură cu validitatea vânzării bunului altuia a existat o controversă în literatura și practica judiciară anterioare intrării în vigoare a Codului civil. Se făcea distincție între situația în care părțile au încheiat contractul în cunoștință de cauză și situația în care părțile sau, cel puțin, cumpărătorul au fost în eroare cu privire la calitatea de proprietar a vânzătorului. Unii autori considerau contractul încheiat în cunoștință de cauză valabil, ei apreciind că vânzătorul se obliga să transfere proprietatea mai târziu (M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. Cartea Românească, București, 1921, p. 652; C. Toader, *Evictiunea în contractele civile*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 54; C. Toader, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 55), iar alții îl priveau ca fiind nul absolut pentru cauză imorală și ilicită (Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I. Vânzarea-cumpărarea. Schimbul*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, ed. a IV-a, p. 76 și urm.). Când numai cumpărătorul se afla în eroare, contractul era considerat anulabil pentru eroare, fie asupra calității de proprietar a vânzătorului, fie asupra substanței lucrului (D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I. Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 66 și urm.).

⁵ În literatura juridică s-a afirmat că vânzarea bunului altuia este întotdeauna valabilă; a se vedea în acest sens, Gh. Gheorghiu, *Comentariu* (la art. 1650-1765) în „Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664” (coordonatori: F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei), Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1758.

⁶ În prezent, înscrierea dreptului de proprietate în cartea funciară nu are efect constitutiv, ci numai de opozabilitate față de terți. A se vedea și explicația de la nota nr. 19.

dacă a știut sau nu că încheie vânzarea cu un neproprietar, fie, părțile contractează în cunoștință de cauză cu privire la bunul altuia, și încheie, în *ambele situații*, un contract condițional, mai precis un contract afectat de o *condiție suspensivă*⁷. Condiția suspensivă constă în *asigurarea* transmiterii dreptului de proprietate de la titularul său către cumpărător. Numai în momentul în care condiția se îndeplinește, contractul de vânzare își produce efectele.

• În al doilea rând, există situații în care ambele părți contractează în cunoștință de cauză (știu că bunul aparține unui tert) și vânzarea bunului altuia nu este valabilă, chiar mai mult, poate să aibă și consecințe penale.

Care ar fi situațiile în care părțile actului juridic știu că bunul cu privire la care contractează aparține unui tert și transferul dreptului de proprietate nu este amânat la o dată ulterioară încheierii contractului?

Actele juridice translative având ca obiect *bunuri mobile certe*, aparținând unui tert nu pot fi valabil încheiate, dacă părțile sunt de *rea-credință*, în sensul că urmăresc transmiterea proprietății în momentul încheierii actului juridic și, ca o consecință, *fraudarea intereselor tertului proprietar*⁸. De exemplu, în cazul vânzărilor succesive de bunuri mobile certe: X vinde o bijuterie lui Y, Y plătește prețul urmând să o primească a doua zi. Între timp X, în înțelegere cu Z, o vinde acestuia din urmă, o predă și încasează prețul de la Z, apoi pretinde că i-a fost furată. Contractul de vânzare încheiat cu Z nu este valabil, deoarece la data încheierii contractului, X nu era proprietar, chiar dacă bunul se afla la el; prin vânzare, X a pierdut elementul intelectual al posesiei (*animus*) și a păstrat doar elementul material (*corpus*), deci a devenit un detentor precar; Y era proprietar; acesta a obținut numai elementul psihologic al posesiei și exercita elementul material „*corpore alieno*, adică prin intermediul vânzătorului”⁹; iar Z a fost de *rea-credință*, adică a știut că contractează cu un neproprietar [deci Z nu poate deveni proprietar în temeiul art. 937 alin. (1) C. civ., deoarece nu a fost de bună-credință¹⁰]. Contractul dintre X și Z este *nul absolut*¹¹ pentru *cauză ilicită* [art. 1.238 alin. (2) C. civ.].

De asemenea, în situația în care este înstrăinat un bun mobil *pierdut sau furat* și cumpărătorul este de *rea-credință*, adică el știe care este proveniența bunului și că îl dobândește de la un neproprietar, atunci contractul de vânzare este nul pentru *cauză ilicită*; mai mult, cumpărătorul nu numai că va pierde bunul astfel achiziționat, dar va răspunde și din punct de vedere penal pentru infracțiunea de tăinuire, prevăzută de art. 221 C. pen.¹².

⁷ Pentru o explicație privind vânzarea bunului altuia afectată de o condiție suspensivă, a se vedea, Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Y. Gautier, *Drept civil. Contractele speciale*, Traducere a ediției a III-a din limba franceză, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 127.

⁸ A se vedea și S. Neculaescu, *Discuții privind conceptul de obiect al contractului*, în „Dreptul” nr. 12/2011, p. 32.

⁹ A se vedea, V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 59.

¹⁰ Aceeași soluție reiese din conținutul art. 1.275 C. civ., care reglementează transmiterea succesivă a unui bun mobil.

¹¹ A se vedea și I. Dogaru (coordonator), *Drept civil. Contractele speciale*, Ed. All Beck, București, 2004, pp. 94-95.

¹² A se vedea pentru detalii, T. Toader, *Drept penal român. Partea specială*, ed. a VII-a, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 234 și urm.

În cazul *bunurilor imobile*, soluția este aceeași, adică nevaliditatea unui act juridic translativ având ca obiect bunul altuia, dacă nu este amânat transferul dreptului de proprietate la o dată ulterioară încheierii contractului. De exemplu, A îi vinde lui B o casă. În aceeași zi, înainte ca notarul să poată face înscrierea în cartea funciară, A în înțelegere cu C, vinde aceeași casă acestuia din urmă, la un alt notar, care face imediat transcrierea în cartea funciară, înaintea primului notar. În asemenea situații în care se urmărește fraudarea intereselor proprietarului, contractul translativ de proprietate este lovit de *nulitate absolută* pentru *cauză ilicită*. Poate opera și răspunderea penală, dacă operațiunea juridică încheiată în fraudă proprietarului întrunește condițiile infracțiunii de înșelăciune în convenții, prevăzută de art. 215 alin. (3) C. pen.¹³.

• În al treilea rând, vânzarea bunului altuia nu este valabilă, când cumpărătorul nu știe că vânzătorul nu este proprietar și urmărește ca transferul dreptului de proprietate să se facă în momentul încheierii contractului.

Dacă la data încheierii contractului de vânzare, cumpărătorul a urmărit să dobândească proprietatea asupra bunului odată cu realizarea acordului de voințe a părților, deci a încheiat contractul în considerarea calității de proprietar a vânzătorului, necunoscând faptul că acesta nu este proprietar, iar vânzătorul a cunoscut faptul că cealaltă parte se află în eroare și a tăcut, actul juridic astfel încheiat este *anulabil* pentru *dol prin reticentă*. *A fortiori*, aceeași soluție se aplică în cazul în care vânzătorul l-a indus în eroare pe cumpărător folosind manopere dolosive (art. 1.214 C. civ.)¹⁴. De exemplu, X cumpără o casă și urmărește ca transferul dreptului de proprietate să se facă imediat ce a fost perfectat contractul, deoarece în ziua următoare se prezintă la un interviu pentru a emigra în străinătate și trebuie să facă dovada că este proprietarul unui imobil în România. Vânzătorul știe și tace. El se face vinovat de dol prin reticentă.

Inducerea în eroare a cumpărătorului poate avea și o conotație penală, dacă întrunește condițiile pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în convenții [art. 215 alin. (3) C. pen.].

În literatura juridică¹⁵ s-a propus și o altă soluție pentru această situație, soluție inspirată din doctrina anterioară¹⁶. Cumpărătorul care încheie contractul de vânzare în considerarea calității de proprietar a vânzătorului poate cere anularea contractului pentru *eroare esențială* cu privire la o calitate a cocontractantului său. O asemenea

¹³ Pentru detalii, a se vedea, T. Toader, *op. cit.*, pp. 214-215; M.D. Bocșan, S. Bogdan, *Considerații civile și penale asupra vânzării lucrului altuia*, în „Dreptul” nr. 6/1999, p. 51 și urm.; M.C. Dobrilă, *Consimțământul viciat în cazul înșelăciunii în convenții*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași*, tomul LVI, în Științe Juridice nr. 2/2010, p. 73 și urm.

¹⁴ O asemenea soluție a fost propusă și în literatura juridică anterioară intrării în vigoare a Codului civil; a se vedea în acest sens, R. Codrea, *Consecințele vânzării lucrului altuia în situația în care cel puțin cumpărătorul ignoră că vânzătorul nu este proprietarul lucrului vândut*, în „Dreptul” nr. 9/1998, p. 31.

¹⁵ A se vedea, T.V. Rădulescu, *Comentarii, doctrină și jurisprudență* (la art. 1.166-1.234) în lucrarea colectivă „Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență”, vol. II, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 497; M. Gavriș, *Comentarii, doctrină și jurisprudență* (la art. 1650-1765) în lucrarea colectivă „Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență”, vol. III, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 51.

¹⁶ Această opinie a fost criticată, însă, deoarece contractul de vânzare, s-a spus, nu este un contract *intuitu personae*, astfel încât calitatea de proprietar a vânzătorului să fie esențială la încheierea contractului. A se vedea, R. Codrea, *op. cit.*, p. 31; C. Toader, *Evicțiunea...op. cit.*, p. 55; C. Toader, *Drept civil. Contracte speciale, op. cit.*, p. 55.

eroare pare a fi însă, una *nescuzabilă*, deoarece așa cum prevede art. 1208 alin. (1) C. civ., contractul nu poate fi anulat, dacă faptul la care se referă eroarea, adică, în situația analizată, calitatea de proprietar a vânzătorului, putea fi, după împrejurări, cunoscut cu diligențe rezonabile.

Care sunt bunurile care pot face obiectul vânzării bunului altuia?

Se va avea în vedere clasificarea bunurilor în bunuri de gen și bunuri individual determinate (certe), iar a celor certe, în bunuri mobile și imobile.

Actul juridic translativ având ca obiect *bunuri de gen*, încheiat de un *neproprietar* este, ca regulă, valabil, deoarece, potrivit art. 1.678 C. civ., proprietatea asupra bunurilor de gen nu se transferă în momentul încheierii actului juridic, ci ulterior, în momentul individualizării bunurilor (prin predare, numărare, cântărire, măsurare ori prin orice alt mod convenit sau impus de natura bunului), astfel încât ele pot fi procurate până atunci. Prin urmare, în momentul transferului dreptului de proprietate, cel care transmite este *titularul* dreptului.

Actul juridic translativ, mai precis vânzarea, având ca obiect *bunuri individual determinate (certe)*, la care se referă art. 1.683 C. civ., se consideră valabil încheiat de un neproprietar, fie că bunurile sunt *mobile* sau *imobile*.

În ceea ce privește *bunurile mobile* vândute de un neproprietar se aplică art. 1.683 C. civ. și nu regula cuprinsă în art. 937 alin. (1) C. civ. [„Persoana care, cu bună-credință, încheie cu un *neproprietar* (s.n.) un act translativ de proprietate cu titlu oneros având ca obiect un bun mobil devine proprietarul aceluși bun din momentul luării sale în posesie efectivă.”], deoarece cumpărătorul încheie contractul de vânzare a bunului altuia, fie în cunoștință de cauză (și atunci nu mai este „de bună-credință”¹⁷), fie, prin acordul părților, se amână transferul dreptului de proprietate la o dată ulterioară încheierii contractului (și atunci, chiar dacă bunul mobil se află la cumpărător, acesta nu are „posesia efectivă”, el având numai *corpus*, dar nu și *animus*¹⁸).

Referitor la *bunurile imobile* individual determinate, acestea pot forma obiectul unui contract de vânzare în care vânzătorul nu este proprietar, independent de dispozițiile în materie de carte funciară și independent de efectele înscrierii în cartea funciară a dreptului de proprietate, fie ele constitutive [așa cum prevede Codul civil în art. 885 alin. (1), dar care încă nu este în vigoare¹⁹], fie doar de opozabilitate față de terți (așa-numita publicitate confortativă²⁰, aplicabilă în prezent). În sistemul publicității

¹⁷ Conform art. 938 alin. (1) C. civ., „Este de bună-credință posesorul care nu cunoștea și nici nu trebuia, după împrejurări, să cunoască lipsa calității de proprietar a înstrăinătorului”.

¹⁸ Pentru detalii, a se vedea, V. Stoica, *op. cit.*, p. 57.

¹⁹ Potrivit art. 56 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (publicată în Monitorul oficial al României nr. 409 din 10 iunie 2011), dispozițiile art. 885 alin. (1) și art. 886 C. civ. se aplică numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Până la data prevăzută mai sus, înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale, pe baza actelor prin care s-au transmis, constituit ori modificat în mod valabil, se face numai în scop de opozabilitate față de terți.

²⁰ A se vedea, M. Mineran, *Comentariile Codului civil. Publicitatea drepturilor, a actelor și a faptelor juridice. Cartea funciară*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 100.

constitutive²¹, proprietatea nu se transmite de la vânzător la cumpărător decât în momentul în care se face intabularea²² în cartea funciară în temeiul contractului de vânzare. Dar intabularea în cartea funciară nu poate fi solicitată înainte de îndeplinirea condiției suspensive. Până la îndeplinirea condiției, dreptul de proprietate nu se intabulează, ci doar se poate înscrie provizoriu, așa cum prevede art. 882 alin. (1) C. civ.²³. În sistemul publicității confortative, aplicabil în prezent, proprietatea se transmite de la vânzător la cumpărător în temeiul contractului, chiar în lipsa îndeplinirii formalităților de publicitate imobiliară. Până la îndeplinirea condiției suspensive, cumpărătorul nu poate deveni proprietar al bunului imobil.

Obligația asumată de vânzător în contractul de vânzare a bunului altuia.

Prin contractul de vânzare a bunului altuia vânzătorul își asumă o obligație *de a face*, adică de a *asigura* transferul dreptului de proprietate de la titular către cumpărător.

Cum poate asigura vânzătorul transferul proprietății? Are două posibilități: fie contractează el cu proprietarul și dobândește bunul, pe care ulterior îl transmite cumpărătorului, proprietatea asupra lui strămutându-se *de drept* la cumpărătorul din contractul inițial, fie îl convinge pe proprietar să *ratifice* contractul de vânzare. În ambele situații, trebuie precizat că vânzătorul nu își asumă obligația de a transfera proprietatea, care are loc *de drept*, [art. 1683 alin. (3) C. civ.], ci doar se obligă să *asigure* transferul proprietății²⁴.

Dacă proprietatea se strămută de drept cumpărătorului, înseamnă că are loc un singur transfer de proprietate, de la proprietar la cumpărător, direct, fără a trece prin patrimoniul vânzătorului. Care este rațiunea acestei prevederi? Dacă dreptul de proprietate ar trece prin patrimoniul vânzătorului ar putea fi grevat, de exemplu, de o ipotecă legală a acestuia. Astfel, potrivit art. 1.723 C. civ. coroborat cu art. 2.386 pct. 1 C. civ., vânzătorul beneficiază de o ipotecă legală asupra bunului imobil vândut, pentru prețul datorat. Dacă dreptul de proprietate trece direct la cumpărător, se pare că imobilul scapă de ipoteca legală. De asemenea, vânzătorul ar putea constitui o ipotecă convențională asupra bunului (dacă bunul ar trece prin patrimoniul lui), dar, în acest caz, ar răspunde pentru evicțiune.

Care sunt actele juridice pe care vânzătorul le poate încheia pentru executarea obligației asumate?

În cazul în care vânzătorul urmărește ca el să dobândească bunul de la proprietar, încheie, fie un contract de vânzare cu proprietarul, care are ca efect *de drept* transferul proprietății la cumpărător, fie un alt contract translativ de proprietate, cum ar fi un contract de schimb, un contract de întreținere, de rentă viageră, în care vânzătorul inițial este copermutantul, debitorul întreținerii sau debirentierul, după caz, iar

²¹ A se vedea, M. Mîneran, *op. cit.*, pp. 100-101.

²² Intabularea este acel tip de *înscris* în cartea funciară, care are ca obiect drepturi reale imobiliare și care își produce efectele imediat și definitiv de la data înregistrării cererii de înscriere (a se vedea, M. Mîneran, *op. cit.*, p. 164).

²³ Art. 882 alin. (1) C. civ.: „Drepturile reale sub condiție suspensivă sau rezolutorie nu se intabulează. Ele se pot însă înscrie provizoriu”.

²⁴ A se vedea, L. Stănculescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 146-149; F. Moțiu, *Contractele speciale în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 60.

proprietarul este copermutantul, creditorul întreținerii sau credientierul, care transmite proprietatea asupra bunului către vânzătorul inițial, dar care ajunge direct în patrimoniul cumpărătorului²⁵.

Vânzătorul poate deveni proprietar al bunului vândut și printr-o liberalitate pe care i-o face proprietarul (donație sau legat).

În cazul în care vânzătorul nu intenționează ca el să achiziționeze bunul, ci doar să-l determine pe proprietar să *ratifice* vânzarea, încheie cu cumpărătorul, în afara contractului de vânzare, și o convenție de *porte-fort*, prin care se obligă să-l convingă pe proprietar să ratifice vânzarea [art. 1283 alin. (1) C. civ.]. În executarea acestei obligații, vânzătorul va încheia cu proprietarul o convenție, urmată de ratificarea în sine (care este un act juridic unilateral). Convenția încheiată între vânzător și titularul dreptului de proprietate poate fi cu titlu gratuit, de exemplu, o donație indirectă (prin care proprietarul renunță la dreptul de a revendica bunul său vândut de către vânzător), sau cu titlu oneros, de exemplu, în vânzările speculative, realizate de așa-zii intermediari profesioniști²⁶.

Ce regim juridic are ratificarea la vânzarea bunului altuia?

Instituația ratificării, în cazul vânzării bunului altuia, este împrumutată din materia reprezentării (art. 1.311-1.314 C. civ.). *Ratificarea* este actul juridic unilateral prin care persoana în numele căreia s-a încheiat un act juridic, în lipsa sau cu depășirea împuternicirii de a reprezenta, înlătură ineficacitatea actului respectiv²⁷. Termenul de ratificare utilizat la vânzarea bunului altuia nu se încadrează în ipoteza normei juridice din art. 1.311 alin. (1) C. civ.²⁸, deoarece vânzătorul nu contractează în numele altuia, ci în numele lui propriu²⁹. Prin „ratificare” se sugerează că proprietarul se substituie vânzătorului prin mecanismul reprezentării, dar cumpărătorului nu-i poate fi impusă

²⁵ Dacă transferul dreptului de proprietate are loc direct din patrimoniul proprietarului în patrimoniul cumpărătorului, fără a mai trece prin patrimoniul vânzătorului, situația se complică în cazul întreținerii și a rentei viagere, cu privire la *ipoteca legală* pe care creditorul întreținerii și credientierul o au asupra imobilului transmis. Potrivit art. 2.386 pct. 4 C. civ. coroborat cu art. 2.249 C. civ., dreptul de proprietate al debitorului (vânzătorul din contractul de vânzare a bunului altuia) asupra imobilului se înscrie în cartea funciară numai odată cu ipoteca legală. Dacă potrivit art. 1.683 alin. (3) C. civ. proprietatea se transferă direct în patrimoniul cumpărătorului, înseamnă că ipoteca nu poate fi înscrisă în cartea funciară, deoarece imobilul nu trece prin patrimoniul vânzătorului, care este debitorul în contractul de întreținere sau de rentă viageră; deci imobilul este liber de orice ipotecă legală?

²⁶ A se vedea, M. Gavrîș, *op. cit.*, p. 51.

²⁷ Dacă actul juridic a fost încheiat *fără împuternicire* sau cu depășirea împuternicirii, așa-zisul reprezentant se poate angaja față de contractant, printr-o convenție de *porte-fort*, să obțină ratificarea actului de la așa-zisul reprezentat. A se vedea, D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 89; G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a IV-a, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 240.

²⁸ Art. 1.311 alin. (1) C. civ.: „În cazurile prevăzute la art. 1.309, cel în numele căruia s-a încheiat contractul poate să îl ratifice, respectând formele prevăzute de lege pentru încheierea sa valabilă.”; art. 1.309 C. civ.: „(1) Contractul încheiat de persoana care acționează în calitate de reprezentant, însă fără a avea împuternicire sau cu depășirea puterilor conferite, nu produce efecte între reprezentat și tert. (2) Dacă însă, prin comportamentul său, reprezentatul l-a determinat pe tertul contractant să creadă în mod rezonabil că reprezentantul are puterea de a-l reprezenta și că acționează în limita puterilor conferite, reprezentatul nu se poate prevala față de tertul contractant de lipsa puterii de a reprezenta.”.

²⁹ A se vedea, Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, p. 1758.

substituirea unui vânzător cu altul. Prin ratificare, dreptul de proprietate „trece din patrimoniul adevăratului proprietar în patrimoniul cumpărătorului. Dar aceasta nu înseamnă că adevăratul proprietar va fi ținut de obligațiile vânzătorului rezultate din contract. Prin ratificare (care rezultă în general dintr-o convenție ulterioară cu vânzătorul) adevăratul proprietar renunță a se mai prevala de inopozabilitatea contractului.”³⁰.

Excepții de la regulă. În cazul în care părțile nu au derogat de la prevederea conform căreia proprietatea se transferă de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului sau părțile nu au încheiat contractul în cunoștință de cauză (adică nu au știut că încheie o vânzare cu privire la bunul aparținând altuia), iar vânzătorul este un neproprietar, înseamnă că transferul proprietății nu poate avea loc. Și atunci, actul juridic este valabil încheiat? Validitatea actului juridic într-o asemenea situație se apreciază de la caz la caz, utilizând principiul bunei-credințe, teoria aparenței în drept, principiul echității, în funcție de situația concretă și de distincția între *bunurile de gen* și *bunurile certe* (individual determinate), între *bunurile mobile* și *bunurile imobile*.

Excepțiile de la regula conform căreia nimeni nu poate transmite sau constitui mai multe drepturi decât are el însuși se referă la situațiile în care, deși cel care transmite nu este titularul dreptului, actul juridic încheiat se consideră valabil și își produce efectele.

O excepție este formulată în art. 17 alin. (2) C. civ.³¹ și are ca fundament teoria *aparenței în drept*. Conform acesteia, titularul aparent al unui drept poate încheia acte juridice care să producă efecte ca și cum ar fi valabile, dacă a creat aparența comună și invincibilă potrivit căreia calitățile sale corespund realității (*error communis facit ius*).

Scopul teoriei aparenței în drept este acela de a proteja pe dobânditorul aparent și, implicit, securitatea raporturilor juridice civile. În conflictul dintre adevăratul proprietar și tertul dobânditor se cercetează interesele acestora și aplicând *principiul echității*, primează, fie cele ale proprietarului, fie cele ale tertului dobânditor. Atunci când câștigă adevăratul proprietar operează regula (*principiul nemo dat quod non habet*); când interesele tertului dobânditor primează, se aplică excepția (*principiul error communis facit ius*)³². Teoria aparenței în drept funcționează numai atunci când dobânditorul aparent ar suferi un prejudiciu prin desființarea actului juridic. Dacă desființarea actului juridic încheiat între titularul aparent al dreptului și dobânditorul aparent nu cauzează vreun prejudiciu acestuia din urmă, instanța va dispune desființarea lui, deoarece, în acest caz, menținerea unui act juridic nul nu se justifică.

În cazul vânzării bunului altuia, vânzătorul, care nu este titularul dreptului de proprietate, prin aplicarea teoriei aparenței în drept, poate transmite proprietatea bunului vândut cumpărătorului, în momentul încheierii contractului. Pentru aceasta, este necesar ca ambele părți (sau cel puțin cumpărătorul) să fie într-o *eroare comună și*

³⁰ A se vedea, C. Toader, *Evicțiunea...*, op. cit., p. 56.

³¹ Art. 17 alin. (2) C. civ.: „Cu toate acestea, când cineva, împărtășind o credință comună și invincibilă, a considerat că o persoană are un anumit drept sau o anumită calitate juridică, instanța judecătorească, ținând seama de împrejurări, va putea hotărî că actul încheiat în această stare va produce, față de cel aflat în eroare, aceleași efecte ca și când ar fi valabil, afară de cazul în care desființarea lui nu i-ar cauza niciun prejudiciu.”

³² A se vedea, V. Stoica, op. cit., pp. 410-411.

*invincibilă*³³, având convingerea că vânzătorul este proprietar. Eroarea comună și invincibilă nu se confundă cu *buna-credință*, dar aplicarea teoriei aparentei în drept implică buna-credință a celui care dobândește un drept de la titularul aparent³⁴.

„Proprietatea aparentă, ca mod de dobândire a dreptului de proprietate privată, are aplicație numai în legătură cu *bunurile imobile*”³⁵. *Bunurile mobile individual determinate* vândute de un neproprietar sunt supuse regulii speciale din art. 937 C. civ. Deși există un element comun, în ambele cazuri, și anume buna-credință a dobânditorului, utilizarea teoriei aparentei în drept în cazul bunurilor mobile apare ca fiind inutilă, din moment ce proprietatea se dobândește prin posesia de bună-credință³⁶.

Prevederea din art. 17 alin. (4) C. civ., conform căreia, teoria aparentei în drept nu se aplică în materie de carte funciară, restrânge, însă, sfera de aplicare a excepției. Dacă înainte de intrarea în vigoare a Codului civil, o parte a doctrinei și jurisprudenței dădeau prioritate dobânditorului aparent de bună-credință și cu titlu oneros al unui imobil în detrimentul adevăratului proprietar, întemeindu-se pe teoria aparentei în drept și pe principiul bunei-credințe, art. 17 alin. (1) și (4) coroborat cu art. 1.648 alin. (1) C. civ. limitează mult aplicarea teoriei aparentei în drept. Art. 1.648 C. civ., folosind expresia „sub rezerva regulilor de carte funciară”, face trimitere la cazurile prevăzute în art. 907 alin. (1), art. 908 alin. (1) pct. 1 și 2, art. 909 alin. (2) și (3) din materia cărții funciare³⁷; dacă, de exemplu, dobânditorul unui bun imobil, își înscrie dreptul real în cartea funciară și, ulterior, îl transmite prin vânzare unui tert de *bună-credință* (care îl înscrie și el în cartea funciară), iar după încheierea vânzării, intervine nulitatea actului juridic inițial, (prin care dobânditorul a obținut bunul imobil), înseamnă că el a vândut bunul altuia; dar în momentul încheierii contractului de vânzare părțile au fost convinse de calitatea de proprietar a vânzătorului; a existat o eroare comună și invincibilă, care s-a întemeiat și pe înscrierea în cartea funciară a dreptului proprietarului aparent (a vânzătorului); cu toate acestea, cel care a înstrăinat inițial imobilul îl poate acționa și pe tertul cumpărător în judecată, cu o acțiune în rectificarea înscrierii în cartea funciară, care are un termen de decădere, la împlinirea căruia proprietarul inițial al bunului pierde dreptul subiectiv

³³ Eroarea comună nu înseamnă că fiecare membru al comunității trebuie să se afle în eroare cu privire la calitatea titularului dreptului sau la o altă calitate juridică, ci doar ca orice altă persoană aflată într-o situație similară să fi putut să fie victima aceleiași erori. Pentru a opera aparenta în drept, eroarea trebuie să fie nu numai comună, ci și invincibilă, adică orice altă persoană din comunitate aflată într-o situație similară să nu fi avut posibilitatea de a înlătura eroarea, utilizând mijloacele celui mai exigent membru al comunității prin care adevărul ar fi putut fi aflat (V. Stoica, *op. cit.*, p. 405).

³⁴ Spre deosebire de buna-credință, care se prezumă [art. 14 alin. (2) C. civ.], eroarea comună și invincibilă trebuie dovedită [art. 17 alin. (3) C. civ.]. Eroarea comună și invincibilă nu poate fi dovedită direct, deoarece este o stare subiectivă. Dobânditorul sau beneficiarul aparent trebuie să dovedească în fața instanței de judecată „toate elementele din latura materială a aparentei care se reflectă în conștiința comunității în forma unei erori comune și invincibile. Elementele acestei stări de fapt pot fi dovedite cu orice mijloc de probă” (V. Stoica, *op. cit.*, p. 406).

³⁵ A se vedea, V. Stoica, *op. cit.*, p. 400.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Potrivit art. 76 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil „Dispozițiile art. 876 – 915 din Codul civil privesc 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 intrarea în vigoare a Codului civil.”.

(adică dreptul de proprietate asupra bunului imobil)³⁸; dacă până la împlinirea termenului de decădere, acțiunea nu a fost exercitată, dreptul cumpărătorului (dobândit de la proprietarul aparent) devine opozabil tuturor, chiar și celui care l-a înstrăinat prin actul inițial, și prin urmare actul subsecvent nu se desființează³⁹; în aceste situații, cumpărătorul bunului altuia (dobânditorul aparent) nu este protejat față de adevăratul proprietar al imobilului, decât după trecerea termenului de decădere pentru exercitarea acțiunii în rectificare⁴⁰.

O aplicație a teoriei aparentei în drept privește situația *moștenitorului aparent* care înstrăinează bunuri din masa succesorală. Este cazul moștenitorului care, ulterior vânzării, este declarat nedemn, căruia i se desființează titlul de moștenitor⁴¹ (de exemplu, la data încheierii contractului, vânzătorul era succesorul cu titlu particular al unui bun individual determinat și, ulterior, se descoperă un alt legat, care îl revocă pe acela al vânzătorului; este anulată hotărârea declarativă de moarte a autorului său⁴² ș.a.). Moștenitorul aparent vinde bunul altuia, fiind, de regulă, de bună-credință, adică având convingerea că bunul îi aparține (având și un titlu, eventual înscris în cartea funciară)⁴³, iar cumpărătorul se află într-o eroare comună și invincibilă cu privire la calitatea de proprietar a vânzătorului. Cumpărătorul devine titular al dreptului de proprietate, în temeiul teoriei aparentei în drept, sub rezerva dispozițiilor în materie de carte funciară.

În ceea ce privește *bunurile mobile* individual determinate, cumpărătorul, care a contractat cu un *neproprietar*, dobândește proprietatea prin *posesia de bună-credință*, fie în temeiul art. 937 alin. (1) C. civ., când vânzătorul este un detentor precar (sau o persoană asimilată acestuia), fie în temeiul art. 937 alin. (2) C. civ.⁴⁴, când vânzătorul este un uzurpator (un hoț sau un găsitor). Cumpărătorul este de *bună-credință*, dacă nu cunoaște ori nici nu trebuie să cunoască, după împrejurări, lipsa calității de proprietar a înstrăinătorului [art. 938 alin. (1) C. civ.]⁴⁵. Cumpărătorul devine proprietar în temeiul art. 937 alin. (1) C. civ., numai dacă posesia este reală, utilă, de bună-credință și

³⁸ Acțiunea în rectificare se introduce într-un termen de decădere de 3 ani, socotiți de la data înregistrării cererii de înscriere formulate de către dobânditorul nemijlocit al dreptului a cărui rectificare se cere, cu excepția cazului când încheierea, prin care s-a ordonat înscrierea care face obiectul acțiunii în rectificare, a fost comunicată celui îndreptățit, caz în care termenul va fi de un an de la comunicarea acesteia [art. 909, alin. (3) și (4) C. civ.].

³⁹ A se vedea și G. Boroi, *op. cit.*, pp. 273-274.

⁴⁰ A se vedea, G. Boroi, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală, conform noului Cod civil*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 282-283; C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele, în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 239.

⁴¹ A se vedea, I. Popa, *Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 301.

⁴² Potrivit art. 54 C. civ. „(1) Dacă cel declarat mort este în viață se poate cere, oricând, anularea hotărârii prin care s-a declarat moartea. (2) 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.”. Pentru dezvoltări a se vedea, C.T. Ungureanu, *op. cit.*, pp. 71-73.

⁴³ Pentru detalii, a se vedea, V. Stoica, *op. cit.*, pp. 402-404.

⁴⁴ Art. 937 alin. (2) C. civ.: „Cu toate acestea, bunul pierdut sau furat poate fi revendicat de la posesorul de bună-credință, dacă acțiunea este intentată, sub sancțiunea decăderii, în termen de 3 ani de la data la care proprietarul a pierdut stăpânirea materială a bunului.”.

⁴⁵ Pentru detalii, a se vedea, V. Stoica, *op. cit.*, pp. 382-389.

întemeiată pe un just titlu⁴⁶. În plus, când bunul este cumpărat de la un uzurpator, pentru ca proprietatea să poată fi dobândită prin posesie, art. 937 alin. (2) C. civ. impune condiția trecerii unui termen de decădere de 3 ani de la data la care proprietarul a pierdut stăpânirea materială a bunului⁴⁷. Art. 937 alin. (3) C. civ.⁴⁸ nu reprezintă un alt caz de dobândire a proprietății prin posesie, ci doar precizează condițiile în care proprietarul care a revendicat bunul mobil în termen de 3 ani, poate obține restituirea posesiei bunului de la subdobânditor⁴⁹.

În concluzie, cel care transmite trebuie să fie titularul dreptului. Vânzarea bunului altuia nu face excepție de la regulă, deoarece în momentul în care se transmite dreptul de proprietate către cumpărător, cel care îl transferă este titularul lui. Vânzarea bunului altuia nu este însă întotdeauna valabilă. Validitatea ei depinde de poziția părților contractante în legătură cu cunoașterea sau nu a faptului că bunul vândut aparține unei terțe persoane și de momentul în care se urmărește transferul proprietății. Contractul de vânzare a bunului altuia, valabil încheiat, este un contract afectat de o condiție suspensivă, care constă în asigurarea transmiterii dreptului de proprietate către cumpărător.

Vânzarea bunului altuia prin care se urmărește fraudarea intereselor proprietarului este lovită de nulitate absolută pentru cauză ilicită. Contractul de vânzare prin care cumpărătorul urmărește transmiterea imediată a dreptului de proprietate și are convingerea că încheie contractul cu un proprietar, poate fi anulabil, dacă se dovedește inducerea în eroare a cumpărătorului privind calitatea de proprietar a vânzătorului.

Vânzarea bunurilor de gen care aparțin unui terț este, ca regulă, valabilă, deoarece proprietatea se transmite în momentul individualizării lor și nu în momentul încheierii contractului. Bunurile individual determinate pot face obiectul vânzării bunului altuia, indiferent dacă sunt mobile sau imobile, iar în legătură cu cele imobile, independent de dispozițiile în materie de carte funciară și de efectul constitutiv sau doar de opozabilitate față de terți a înscrierii în cartea funciară, deoarece, până la îndeplinirea condiției suspensive, cumpărătorul nu poate deveni proprietar al bunului imobil.

Excepțiile de la regulă au la bază faptul că, deși cel care constituie sau transmite este un *non dominus*, actul juridic încheiat cu acesta se consideră valabil și își produce efectele în anumite condiții. Validitatea actului juridic poate fi apreciată de la caz la caz, utilizând principiul bunei-credințe, teoria aparentei în drept, principiul echității, în funcție de situația concretă și de distincția între bunurile de gen și bunurile certe, între bunurile mobile și bunurile imobile.

⁴⁶ A se vedea, V. Stoica, *op. cit.*, p. 385; I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Ed. All Beck, București, 2003, pp. 180-182.

⁴⁷ A se vedea, pentru explicații detaliate, V. Stoica, *op. cit.*, pp. 389-395.

⁴⁸ Art. 937 alin. (3) C. civ.: „Dacă bunul pierdut sau furat a fost cumpărat dintr-un loc ori de la o persoană care vinde în mod obișnuit bunuri de același fel ori dacă a fost adjudecat la o licitație publică, iar acțiunea în revendicare a fost introdusă înăuntrul termenului de 3 ani, posesorul de bună-credință poate reține bunul până la indemnizarea sa integrală pentru prețul plătit vânzătorului.”

⁴⁹ A se vedea, V. Stoica, *op. cit.*, p. 390.

Contestația la executare în noul Cod de procedură civilă

*Conf. univ. dr. Adrian FANU-MOCA**

*Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest din Timișoara*

*Prof. univ. dr. Claudia ROȘU**

*Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest din Timișoara*



Appeal against enforcement in the New Code of Civil Procedure

Abstract The objection to enforcement is considered to be different from other remedies, in terms of the jurisdiction of the court hearing it, the parties having the capacity to raise it, the subject-matter of the objection, the rules of procedure to be observed by the parties, as well as the consequences involved by the court agreeing with the objection.

It is the court of first instance that has jurisdiction to adjudicate upon objections to enforcement, except for cases where the law establishes the special jurisdiction of a higher court.

Venue is to be determined with regard to the objection to enforcement, pursuant to Art. 651 of the New Code of Civil Procedure, according to the location of the bailiff's offices, although venue is determined not at the level of the court of first instance, but at the that of courts of appeal in case of bailiffs.

The enforcement procedure may only be carried out by observing the legal requirements and forms, and not arbitrarily or in disregard of the rights of individuals. Therefore, the law provided the parties and the interested third parties with an effective procedural means to avoid enforcement acts or measures that infringe the law. It is in this that the very importance of the objection to enforcement lies.

Keywords objection to enforcement, distinct remedy, avoidance of enforcement acts and measures.

* E-mail: afanumoca@yahoo.com.

* E-mail: rosu.claudia@gmail.com.

§ 1. Preliminarii

Contestația la executare este considerată în doctrină¹ o cale de atac care are trăsături distincte față de alte căi de atac referitoare la instanța la care se introduce, subiectele care pot face contestație, obiectul contestației, procedura de judecată și efectele admiterii contestației.

Din punctul de vedere al naturii juridice a contestației la executare, doctrina de drept procesual civil² a conchis că, așa cum rezultă din interpretarea sistematică a prevederilor art. 399 din vechiul Cod de procedură civilă, aceasta este o cale de atac specială în cadrul sistemului căilor de atac din procedura civilă românească, prin intermediul ei urmărindu-se înlăturarea, în anumite condiții stabilite de lege, a unor acte procesuale îndeplinite în mod ilegal de către organele de executare. În cadrul procedurii executării silită, contestația la executare este, însă, o cale de atac generală³, putând fi uzitată pentru valorificarea pe cale procesuală a oricărei nemulțumiri și de către orice persoană interesată, fiind, de altfel, și singura cale de atac în materie.

Contestația la executare este un mijloc procedural special creat pentru procedura de executare silită, o plângere specifică acestei proceduri, prin care se poate obține anularea sau îndreptarea unor acte de executare sau chiar anihilarea efectului executoriu al unui titlu executoriu⁴.

General privită, contestația la executare ar putea fi definită ca fiind mijlocul procedural, specific fazei executării silită, prin care persoana interesată sau procurorul solicită instanței desființarea actelor de executare nelegale sau clarificarea înțeleșului, întinderii și aplicării dispozitivului titlului executoriu⁵.

§ 2. Reglementarea contestației la executare în noul Cod de procedură civilă

În noul Cod de procedură civilă, contestația la executare este reglementată de art. 711-719, din economia Cărtii a V-a a acestuia intitulată „Despre executarea silită” rezultând că procedura execuțională se poate realiza numai cu respectarea condițiilor și formalităților legale, iar nu în mod arbitrar sau cu nesocotirea drepturilor unor persoane. De aceea, legea a pus la dispoziția părților și a terților interesați un mijloc procedural eficient pentru desființarea acelor acte sau măsuri de executare care s-au realizat cu ignorarea normelor de drept. În aceasta rezidă însăși importanța incontestabilă a contestației la executare⁶.

¹ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă, vol. II*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 471.

² S. Zilberstein, V.-M. Ciobanu, *Tratat de executare silită*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 263-264.

³ În literatura juridică de specialitate mai veche contestația la executare a fost caracterizată și ca mijloc procedural mixt: cale de atac și acțiune în anulare. În acest sens, A. Rizeanu, *Contestația la executare în materie civilă în lumina practicii judiciare*, în *Legalitatea populară* nr. 3/1960, p. 9.

⁴ S. Zilberstein, V.-M. Ciobanu, *op. cit.*, p. 230; B. Ionescu, *Studiu tematic și de practică judiciară referitor la instituția procesual-procedurală a contestației la executare (I)*, în *Dreptul* nr. 10/2004, p. 217.

⁵ G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1995, p. 688.

⁶ I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 988.

În ceea ce privește competența materială de soluționare a contestației la executare, aceasta aparține judecătoriei, cu excepția cazului în care prin lege s-ar stabili o competență materială specială în favoarea unei instanțe de grad mai înalt⁷.

Instanța competentă să soluționeze contestația la executare este, după caz⁸:

- instanța de executare, ca regulă;
- dacă contestația privește lămurirea înțeleșului, întinderii sau aplicării titlului executoriu, instanța care a pronunțat hotărârea ce se execută;
- dacă o asemenea contestație vizează un titlu executoriu ce nu emană de la un organ de jurisdicție, competența de soluționare aparține instanței de executare;
- dacă se are în vedere urmărirea silită prin poprire, iar domiciliul sau sediul debitorului se află în circumscripția altei curți de apel decât cea în care se află instanța de executare, contestația se poate introduce și la judecătoria în a cărei circumscripție își are domiciliul sau sediul debitorul;
- în cazul urmării silite a imobilelor, al urmării silite a fructelor și a veniturilor generale ale imobilelor, precum și în cazul predării silite a bunurilor imobile, dacă imobilul se află în circumscripția altei curți de apel decât cea în care se află instanța de executare, contestația se poate introduce și la judecătoria de la locul situării imobilului.

Competența teritorială a instanței de executare se determină, conform art. 651 din noul Cod de procedură civilă, după sediul executorului, deși competența teritorială a executorului se stabilește nu la nivel de judecătorie, ci la nivel de curte de apel⁹.

Contestația la executare poate viza urmărirea propriu-zisă și, de asemenea, înțeleșul, întinderea ori aplicarea dispozitivului hotărârii ce se execută. Refuzul executorului judecătoresc de a îndeplini un act de executare silită poate și el forma obiect al contestației la executare¹⁰.

Astfel, obiectul contestației la executare poate fi diferit și el se circumscrie la¹¹:

- executarea silită, încheierile date de executorul judecătoresc, precum și orice act de executare, cererea putând fi făcută de către cei interesați sau vătămați prin executare;
- refuzul executorului judecătoresc de a efectua o executare silită sau de a îndeplini un act de executare în condițiile legii;
- dacă nu s-a utilizat procedura de la hotărârea judecătorească, se poate face contestație și în cazul în care sunt necesare lămuriri cu privire la înțeleșul, întinderea sau aplicarea titlului executoriu;
- se poate face contestație la executare, după începerea executării silite de către cei interesați sau vătămați, când aceștia cer și anularea încheierii prin care s-a admis cererea de încuviințare a executării silite, dacă a fost dată fără îndeplinirea condițiilor legale;

⁷ Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, A. Dimitriu, M. Piperea, A. Rătoi, A. Atanasiu, *Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 720.

⁸ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială, ed. a IV-a*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 468.

⁹ Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, A. Dimitriu, M. Piperea, A. Rătoi, A. Atanasiu, *op. cit.*, p. 720.

¹⁰ I. Leș, *op. cit.*, p. 990.

¹¹ C. Roșu, *op. cit.*, p. 469.

– împărțirea bunurilor proprietate comună pe cote-părți sau în devălmășie poate fi hotărâtă, la cererea părții interesate, și în cadrul judecării contestației la executare.

Subiectele contestației la executare sunt cei interesați sau vătămați prin executare. Un asemenea interes revine, în primul rând, persoanelor implicate în mod direct în raportul juridic execuțional: creditorul și debitorul. Cel mai adesea, calea de atac a contestației la executare este folosită de către debitor, care urmărește să temporizeze urmărirea declanșată împotriva bunurilor sale. Creditorul este însă interesat în realizarea cu celeritate a dreptului său. De aceea, contestația sa va fi formulată în mod excepțional, cum ar fi cazul neurmăririi unor bunuri ce ar putea fi valorificate mai ușor sau al nerespectării altor dispoziții procedurale de natură a-l prejudicia ori refuzul executorului de a îndeplini un act de executare¹².

Calea contestației la executare poate fi folosită și de persoanele străine de raportul execuțional. Terții pot uza de această cale procedurală numai în măsura în care au fost vătămați prin actele sau măsurile de executare silită¹³.

Legitimarea procesuală este recunoscută de lege și procurorului. Ministerul Public va putea uza de calea contestației la executare în condițiile generale statornicite de art. 92 noul Cod de procedură civilă¹⁴.

Dacă, în regulă generală, debitorul răspunde indefinit și nelimitat pentru datoriile sale cu toate bunurile sale prezente și viitoare, iar creditorii au drepturi egale asupra bunurilor debitorului, acestea servindu-le drept garanție comună și concursuală a executării creanțelor, în condițiile art. 31 alin. (2) noul Cod civil, legea sau debitorul poate să opereze diviziuni ale patrimoniului debitorului, cu consecința fixării unor limite juridice. Potrivit acestora, creditorii aferenți fiecăreia dintre diviziunile operate de debitor sunt oprți, temporar sau definitiv, să urmărească silit bunurile aferente unei diviziuni patrimoniale. De asemenea, aceiași creditorii sunt oprți, temporar sau definitiv, să intre în concurs într-o executare silită cu creditorii aferenți unei diviziuni patrimoniale de care, de asemenea, creanța lor este străină¹⁵.

Motivele contestației la executare sunt strâns legate de condițiile de exercitare ale acestui mijloc procedural. În esență, contestația la executare este destinată să înlătore neregularitățile comise cu prilejul urmăririi silite sau să explicitizeze dispozitivul hotărârii ce urmează a fi valorificat spre a se putea proceda la desăvârșirea executării silite. Ea nu este și nu poate fi considerată ca un mijloc procedural destinat a anula sau a modifica însuși titlul executoriu¹⁶.

Condițiile de admisibilitate ale contestației la executare diferă după cum executarea silită se face în temeiul unei hotărâri judecătorești sau în temeiul unui alt titlu executor¹⁷.

¹² I. Leș, *op. cit.*, p. 990.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, A. Dimitriu, M. Piperea, A. Rățoi, A. Atanasiu, *op. cit.*, p. 710.

¹⁶ I. Leș, *op. cit.*, p. 992.

¹⁷ C. Roșu, *op. cit.*, p. 469.

Astfel, în primul caz, debitorul nu va putea invoca pe cale de contestație motive de fapt sau de drept pe care le-ar fi putut opune în cursul judecării în primă instanță sau într-o cale de atac ce i-a fost deschisă. Aceasta deoarece debitorul a avut deja posibilitatea în judecata în primă instanță sau în calea de atac recunoscută de lege să invoce aceste motive.

În cazul în care executarea silită se face în temeiul unui alt titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească, se pot invoca în contestația la executare și motive de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, numai dacă legea nu prevede în legătură cu acel titlu executoriu o cale procesuală specifică pentru desființarea lui.

Contestația la executare vizează doar împrejurări survenite după începerea executării silită și care sunt legate de modul de aducere la îndeplinire a dispozițiilor cuprinse într-un titlu executoriu. De aceea, pe calea contestației la executare nu pot fi invocate acte sau împrejurări de natură a diminua sau stinge datoria, dacă asemenea acte sau împrejurări existau la data soluționării cauzei. Asemenea împrejurări pot constitui doar temei pentru exercitarea căilor legale de atac, iar nu pentru exercitarea contestației la executare¹⁸.

Dacă a mai fost pronunțată o hotărâre într-o contestație la executare, aceasta se bucură de autoritate de lucru judecat, motiv pentru care nu se poate face o nouă contestație de către aceeași parte pentru motive care au existat la data primei contestații. Cu toate acestea, contestatorul își poate modifica cererea inițială adăugând motive noi de contestație dacă, în privința acestora din urmă, este respectat termenul de exercitare a contestației la executare¹⁹.

Creditorii neurmăritori au dreptul de a interveni în executarea efectuată de alți creditori pentru a lua parte la executare sau la distribuirea sumelor obținute din urmărirea silită a bunurilor debitorului.

Referitor la această situație, în literatura juridică²⁰ s-au afirmat rezerve față de consacrarea acestei dispoziții procedurale în materia contestației la executare, locul său firesc fiind în secțiunea privitoare la „intervenția altor creditori”.

O terță persoană poate introduce contestație la executare în cadrul procedurii urmăririi silită mobiliare sau imobiliare ori a predării silită a bunului imobil sau mobil, însă numai dacă aceasta pretinde un drept de proprietate ori un alt drept real cu privire la bunul respectiv.

Contestațiile se fac cu respectarea cerințelor de formă prevăzute pentru cererile de chemare în judecată și vor trebui să cuprindă toate mențiunile privitoare la identificarea părților, la identificarea titlului pe baza căruia se face executarea, la motivele contestației, la dovezile invocate de contestator și semnătura acestuia. În determinarea elementelor contestației la executare va trebui să se țină seama și de natura acesteia, respectiv dacă este o contestație la executare propriu-zisă sau o contestație la titlu²¹.

Pentru realizarea eficientă a comunicărilor și pentru a câștiga timp, contestatorul care nu locuiește sau nu are sediul în localitatea de reședință a instanței poate, prin

¹⁸ I. Leș, *op. cit.*, p. 994.

¹⁹ C. Roșu, *op. cit.*, p. 470.

²⁰ I. Leș, *op. cit.*, p. 995.

²¹ *Idem*, p. 1000.

chiar cererea sa, să își aleagă domiciliul sau sediul procesual în această localitate, arătând persoana căreia urmează să i se facă comunicările²².

Și în procedura contestației la executare întâmpinarea este obligatorie. Nedepunerea întâmpinării produce pentru pârât aceleași consecințe ca și cele prevăzute de dreptul comun, respectiv decăderea din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică²³.

Termenul pentru formularea contestației la executare este de 15 zile, care începe să curgă la momente diferite, în funcție de momentul la care contestatorul a luat cunoștință de actul de executare sau de momentul comunicării actului de executare. Dacă prin lege nu se prevede altfel, contestația privitoare la executarea silită propriu-zisă se poate face în termen de 15 zile de la data când²⁴:

- contestatorul a luat cunoștință de actul de executare pe care îl contestă;
- cel interesat a primit comunicarea ori, după caz, înștiințarea privind înființarea poprii. Dacă poprirea este înființată asupra unor venituri periodice, termenul de contestație pentru debitor începe cel mai târziu la data efectuării primei rețineri din aceste venituri de către terțul poprit.

- debitorul care contestă executarea însăși a primit încheierea de încuviințare a executării sau somația ori de la data când a luat cunoștință de primul act de executare, în cazurile în care nu a primit încheierea de încu-viințare a executării și nici somația sau executarea se face fără somație.

În cazul în care contestația privește încheierile nedefinitive ale executorului judecătoresc, aceasta se poate face în termen de 5 zile de la comunicare. Considerăm reglementarea acestui termen derogatoriu ca fiind una criticabilă, neexistând nicio justificare pentru prescurtarea termenului de 15 zile în cazul contestării încheierii executorului judecătoresc, în contextul în care acest termen este unul suficient de scurt pentru a asigura celeritatea soluționării unui incident ivit în procedura executării silite. În acest context, având două termene reglementate pentru introducerea aceleiași căi de atac, putem ajunge la situația în care, dacă o încheiere a executorului judecătoresc este comunicată odată cu un alt act execuțional, termenele, deși încep să curgă în același moment, iar pentru contestarea legalității lor se poate uzita aceeași cale specială de atac, ele se împlinesc la momente diferite. Prin urmare, contestatorul va fi forțat, fără niciun fel de justificare procesuală, fie să introducă o singură contestație la executare, dar în 5 zile de la comunicare, fie să introducă două contestații la executare – una într-un termen de 5 zile, iar cealaltă într-un termen de 15 zile de la comunicare.

Contestația privind lămurirea înțelesului, întinderii sau aplicării titlului executoriu se poate face oricând înăuntrul termenului de prescripție a dreptului de a obține executarea silită. Cum termenul general de prescripție este de 3 ani, înseamnă că în acest interval se poate formula o astfel de cerere.

²² C. Roșu, *op. cit.*, p. 470.

²³ I. Les, *op. cit.*, p. 1000.

²⁴ C. Roșu, *op. cit.*, p. 470.

Dacă prin lege nu se prevede altfel, contestația prin care o terță persoană pretinde că are un drept de proprietate sau un alt drept real asupra bunului urmărit poate fi introdusă în tot cursul executării silite, dar nu mai târziu de 15 zile de la efectuarea vânzării ori de la data predării silite a bunului.

Neintroducerea contestației în perioada executării silite, dar nu mai târziu de 15 zile de la efectuarea vânzării ori de la data predării silite a bunului, nu îl împiedică pe cel de-al treilea să își realizeze dreptul pe calea unei cereri separate, în condițiile legii, sub rezerva drepturilor definitiv dobândite de către terții adjudecatari în cadrul vânzării silite a bunurilor urmărite.

Din aceste prevederi legale se poate desprinde concluzia categorică, confirmată și de jurisprudență, că acțiunea civilă poate fi exercitată chiar dacă a fost pierdut termenul de contestație²⁵.

Noul Cod de procedură civilă, ca și vechiul Cod de procedură civilă, nu determină, în mod expres, sancțiunea nerespectării termenului prevăzut pentru exercitarea contestației la executare. În astfel de condiții, devin incidente regulile de drept comun în materia termenelor procedurale. De aceea, termenele prevăzute de lege pentru exercitarea căilor de atac și, prin urmare, și cele pentru exercitarea contestației la executare, au un caracter absolut, iar nerespectarea lor atrage implacabil sancțiunea decăderii²⁶.

§ 3. Procedura de judecată

Partea interesată, care este de regulă debitorul, dar poate fi, așa cum am arătat mai sus, și un terț, poate solicita instanței competente, până la soluționarea contestației la executare sau a altei cereri privind executarea silită și numai pentru motive temeinice, suspendarea executării. Suspendarea se poate solicita odată cu contestația la executare sau prin cerere separată²⁷.

Legea nu determină motivele ce pot fi considerate temeinice. Ele trebuie raportate însă la prejudiciul pe care i-l ar produce contestatorului executarea hotărârii înainte de soluționarea contestației la executare sau a oricărei alte cereri privind executarea. Instanța este chemată să aprecieze asupra motivelor invocate de către partea interesată²⁸.

Pentru a se dispune suspendarea, cel care o solicită trebuie să dea în prealabil o cauciune, calculată la valoarea obiectului contestației. În funcție de plafonul valoric al sumei, procentul este diferit:

- 10%, dacă această valoare este până la 10.000 lei;
- 1.000 lei plus 5% pentru ceea ce depășește 10.000 lei;
- 5.500 lei plus 1% pentru ceea ce depășește 100.000 lei;
- 14.500 lei plus 0,1% pentru ceea ce depășește 1.000.000 lei.

²⁵ I. Leș, *op. cit.*, p. 999.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ C. Roșu, *op. cit.*, p. 471.

²⁸ I. Leș, *op. cit.*, p. 1005.

Dacă obiectul contestației nu este evaluabil în bani, cautiunea va fi de 1.000 lei, în afară de cazul în care legea dispune altfel.

Există însă și cazuri în care cautiunea nu este necesară, iar suspendarea executării este obligatorie²⁹:

- hotărârea sau înscrisul care se execută nu este, potrivit legii, executoriu;
- înscrisul care se execută a fost declarat fals printr-o hotărâre judecătorească dată în primă instanță;
- debitorul face dovada cu înscris autentic că a obținut de la creditor o amânare ori, după caz, beneficiază de un termen de plată.

Dacă bunurile urmărite sunt supuse pieirii, degradării, alterării sau deprecierii, nu se dispune suspendarea executării, ci se va suspenda numai distribuirea prețului obținut din valorificarea acestor bunuri.

În toate cazurile, instanța sesizată cu cererea de suspendare se pronunță prin încheiere, chiar și înaintea termenului fixat pentru judecarea contestației. Părțile vor fi întotdeauna citate, iar încheierea poate fi atacată numai cu apel, în mod separat, în termen de 5 zile de la pronunțare pentru partea prezentă, respectiv de la comunicare pentru cea lipsă³⁰. Existența unui termen scurt de apel se justifică datorită interesului de a se soluționa de urgență cererea de suspendare.

Instanța poate dispune, prin încheiere și fără citarea părților, și măsura suspendării provizorii a executării până la soluționarea cererii de suspendare³¹.

Această măsură, poate fi luată numai în cazuri urgente și dacă s-a plătit cautiune. Încheierea nu este supusă în acest caz niciunei căi de atac. Fiind o măsură provizorie, asupra căreia se va pronunța oricum instanța, împotriva încheierii prin care aceasta s-a pronunțat asupra ei nu există nicio cale de atac.

Cautiunea depusă în cazurile urgente, este deductibilă din cautiunea finală stabilită de instanță, dacă este cazul.

Încheierea prin care s-a dispus suspendarea executării silite se comunică de instanța care a pronunțat-o, din oficiu și de îndată, executorului judecătoresc. Această prevedere se aplică atât în cazul suspendării obișnuite, cât și a suspendării provizorii a executării silite. Identitatea de rațiunea între cele două situații este evidentă. Soluția enunțată este și legitimă, deoarece numai astfel executorul judecătoresc poate lua măsuri urgente pentru sistarea executării³².

Deși contestația la executare poate fi caracterizată drept o cale de atac, aceasta se judecă cu procedura prevăzută pentru judecata în primă instanță, care se aplică în mod corespunzător³³.

Instanța sesizată va solicita de îndată executorului judecătoresc să îi transmită, în termenul fixat, copii certificate de pe actele dosarului de executare contestate și îi va pune în vedere părții interesate să achite cheltuielile ocazionate de acestea. Copia, chiar legalizată, de pe orice înscris autentic, sau sub semnătură privată nu poate face

²⁹ C. Roșu, *op. cit.*, p. 471.

³⁰ *Idem*, p. 472.

³¹ *Ibidem*.

³² I. Les, *op. cit.*, p. 1007.

³³ C. Roșu, *op. cit.*, p. 472.

dovadă decât despre ceea ce este cuprins în înscrisul original.

Copiile de pe copii nu au nicio putere doveditoare. Extrasele sau copiile parțiale fac dovada ca și copiile integrale sau copiile asimilate acestora, însă numai pentru partea din înscrisul original pe care o reproduc³⁴.

Părțile vor fi citate în termen scurt, iar judecarea contestației se face de urgență și cu precădere. Tocmai datorită acestui motiv și administrarea probelor se va face în timp scurt.

La cererea părților sau atunci când apreciază că este necesar, instanța va putea solicita relații și explicații scrise de la executorul judecătoresc.

Administrarea probelor se va face și în fața instanței de executare după regulile dreptului comun. Cu toate acestea, în cadrul contestației la executare, nu se vor administra decât acele probe care sunt necesare pentru a demonstra nelegalitatea măsurilor sau a actelor de urmărire silită³⁵.

Instanța investită poate admite sau poate respinge contestația la executare. Dacă admite contestația la executare, instanța, ținând seama de obiectul acesteia, după caz, pronunță următoarele soluții³⁶:

- va îndrepta ori anula actul de executare contestat;
- va dispune anularea ori încetarea executării înseși;
- va anula ori lămuri titlul executoriu;
- dacă prin contestația la executare s-a cerut de către partea interesată împărțirea bunurilor proprietate comună, instanța va hotărî și asupra împărțelii acestora, potrivit legii.

Dacă contestația este admisă, executorul judecătoresc este obligat să se conformeze măsurilor luate sau dispuse de instanță.

Atunci când contestația a fost respinsă, suma reprezentând cauțiunea depusă rămâne indisponibilizată, urmând a servi la acoperirea creanțelor cu titlu de despăgubiri pentru pagubele cauzate prin întârzierea executării și eventual la plata unei amenzi judiciare sau a celor stabilite prin titlul executoriu, după caz, situație în care se va comunica executorului și recipisa de consemnare a acestei sume³⁷.

Dacă se respinge contestația, contestatorul poate fi obligat, la cerere, la despăgubiri pentru pagubele cauzate prin întârzierea executării, iar când contestația a fost exercitată cu rea-credință, el poate fi obligat și la plata unei amenzi judiciare de la 1.000 lei la 7.000 lei.

În cazul în care constată refuzul nejustificat al executorului de a primi ori de a înregistra cererea de executare silită sau de a îndeplini un act de executare silită ori de a lua orice altă măsură prevăzută de lege, instanța de executare va putea obliga executorul, prin aceeași hotărâre, la plata unei amenzi judiciare de la 1.000 lei la 7.000 lei, iar, la cererea părții interesate, la plata de despăgubiri pentru paguba astfel cauzată. În această situație, instanța va solicita încheierea de înregistrare și deschidere

³⁴ *Idem*, p. 473.

³⁵ I. Leș, *op. cit.*, p. 1002.

³⁶ C. Roșu, *op. cit.*, p. 473.

³⁷ *Ibidem*.

a dosarului de executare sau, după caz, actul care constată refuzul executorului judecătoresc de a îndeplini un act de executare silită ori de a lua altă măsură prevăzută de lege³⁸.

Hotărârea de admitere sau de respingere a contestației, rămasă definitivă, va fi comunicată, din oficiu și de îndată, și executorului judecătoresc³⁹.

Hotărârea pronunțată cu privire la contestație poate fi atacată numai cu apel, cu excepția hotărârilor pronunțate în cererile de împărțire a bunurilor proprietate comună pe cote-părți sau în devălmășie și în cererile prin care un terț pretinde un drept de proprietate sau un alt drept real asupra bunului urmărit, care pot fi atacate în condițiile dreptului comun. Calea de atac în acest ultim caz este cea prevăzută de lege pentru aceste cereri, dacă ar fi fost introduse în mod obișnuit și nu pe calea contestației la executare, ceea ce înseamnă că pot fi atacate cu apel și cu recurs⁴⁰.

Potrivit art. 483 din noul Cod de procedură civilă, dacă valoarea este de până la 500.000 lei inclusiv, calea de atac este numai apelul, iar dacă valoarea depășește această limită, hotărârea judecătorească poate fi atacă cu apel și recurs.

Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă⁴¹ a modificat pragul stabilit în noul Cod de procedură civilă și a prevăzut că în procesele pornite începând cu data de 15 februarie 2013 și până la data de 31 decembrie 2015, nu sunt supuse recursului, printre altele, cererile evaluabile în bani în valoare de până la 1.000.000 lei inclusiv.

Hotărârea prin care s-a soluționat contestația privind înțelesul, întinderea sau aplicarea titlului executoriu este supusă, de asemenea, aceluiași căi de atac ca și hotărârea ce se execută. Dacă prin contestație s-a cerut lămurirea înțelesului, întinderii ori aplicării unui titlu care nu constituie hotărâre a unui organ de jurisdicție, hotărârea prin care s-a soluționat contestația va putea fi atacată numai cu apel⁴².

Noul Cod de procedură civilă nu conține dispoziții derogatorii de la dreptul comun în privința posibilităților de exercitare a căilor extraordinare de atac. De aceea, s-a apreciat că nu sunt excluse căile extraordinare de atac de retractare⁴³.

§ 4. Concluzii

Contestația la executare își păstrează și în viziunea noului Cod de procedură civilă arhitectura procesuală reglementată de vechea lege procesuală în materia controlului legalității actelor de executare silită. Cu toate acestea, reglementarea a fost armonizată cu noua viziune a legiuitorului în materia căilor de atac, fiind prevăzută drept cale de atac generală împotriva sentințelor prin care se soluționează contestații la executare

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Idem*, p. 474.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Legea nr. 2/2013 a fost publicată în M. Of. nr. 89 din 12 februarie 2013.

⁴² C. Roșu, *op. cit.*, p. 474.

⁴³ I. Leș, *op. cit.*, p. 1004.

Despre reconstrucția mijloacelor de ocrotire a persoanei fizice în noul Cod civil

Conf. univ. dr. Lavinia TEC
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest din Timișoara



About the reconstruction of the means of protection of the natural person in the new civil Code

Abstract: The New Civil Code has paid special attention to the institution of the natural person. The protection of the natural person has been reconstructed, starting from the old regulations: the Civil Code of 1864, which regulated the parental power (Section 9), the minority, the trusteeship, the emancipation (Section 10), the coming of age, the interdiction and the judicial adviser (Section 11) and the Family Code. Certain novelty items have been added to these, amongst which the most important are the taking into consideration of the protected person's will (the minor child and the child of legal age) and the administration of the other person's assets.

This paper proposes to carry out an overview of the means of the protection of the natural person. First of all, in our endeavor, we will start from justifying the need for the modification of their physiognomy (I), and afterwards we will make a brief exposure of the means of protection, focusing on the innovations of the law in this matter (II), and finally we will establish the conclusions regarding the regulation of the means of protection in the new Civil Code (III).

Keywords: the new civil Code, means of protection, natural person, reconstruction, innovation of the law.

Noul Cod civil a acordat o atenție deosebită instituției persoanei fizice. Ocrotirea persoanei fizice a fost reconstruită, pornind de la vechile reglementări: Codul civil de la 1864, care reglementa puterea părintească (Titlul IX), minoritatea, tutela, emanciparea (Titlul X), majoratul, interdicția și consiliul judiciar (Titlul XI) și Codul familiei. La acestea s-au adăugat elemente de noutate, dintre care cele mai importante sunt luarea în considerare a voinței persoanei ocrotite (minorul și majorul) și administrarea bunurilor altuia.

În lucrarea de față ne propunem să realizăm o prezentare generală a mijloacele de ocrotire a persoanei fizice. Mai întâi, în demersul nostru, vom porni de la justificarea

necesității modificării fizionomiei acestora, apoi vom face o scurtă expunere a mijloacelor de ocrotire, focalizându-ne asupra inovațiilor legii în această materie, pentru ca în final să stabilim concluziile referitoare la reglementarea mijloacelor de ocrotire în noul Cod civil.

§ 1. Era necesară reconstrucția mijloacelor de ocrotire?

În expunerea de motive a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil se afirmă că *„transformările profunde ale societății românești și ale realităților europene contemporane reclamă ocrotirea unor noi valori socio-morale, culturale, economice și tehnico-științifice, norma fundamentală de drept civil trebuind să răspundă, în egală măsură, unor exigențe decurgând din angajamentele asumate de România în cadrul procesului de integrare europeană și din noul statut al țării noastre de stat membru la Uniunea Europeană”*.

Răspunsul la întrebarea noastră îl putem găsi chiar aici.

Statutul de stat membru al Uniunii Europene asigură accesul cetățenilor români la libertatea de circulație a persoanelor pe teritoriul Uniunii. Pilon important al construcției europene, libertatea de circulație a persoanelor se articulează cu libertatea de circulație a mărfurilor, a capitalurilor și a serviciilor.

Libertatea de circulație a persoanelor pe teritoriul Uniunii Europene a facilitat migrația comunitară. În prezent, migrația comunitară a devenit un fenomen social care ia amploare, afectând grav familia și statele.

Familia este afectată prin amputarea relațiilor dintre membrii familiei, destrămarea acestora. În căutarea unui trai mai bun, a unui loc de muncă mai bine remunerat, dorind să asigure condiții de viață mai bune copiilor sau familiei, părinții ori copiii se dizlocă în mod voluntar din habitatul lor. Întreținerea, creșterea și educarea copiilor minori se deplasează dinspre familie înspre stat.

Consecințele sunt aceleași și în cazul în care copiii majori migrează, lăsând în urma lor părinți care au nevoie de ocrotire din cauza alterării sănătății lor mintale și fizice, care se pot produce odată cu înaintarea în vârstă. Ocrotirea părinților care ar trebui acordată de copii devine o sarcină a statului sau a altor persoane care nu fac parte din familie.

Migrația poate separa nu doar părinții de copii, ci și soții între ei. Caracterul transfrontalier al companiilor private determină o anumită mobilitate a locului de muncă. În aceste condiții, un soț poate fi împiedicat să se îngrijească de celălalt aflat într-o situație specială de insanitate fizică sau mintală.

Așadar, migrația favorizată de libertățile de circulație pe teritoriul Uniunii Europene, a provocat schimbări profunde în matricea familială, care trebuie reglate prin norma juridică.

Separarea părinților de copii sau cea dintre soți, provocată de fenomenul migrație, generează adevărate drame familiale, care pot culmina cu insanitatea mentală sau fizică a persoanelor implicate.

Evoluția științelor medicale nu putea rămâne fără ecou în plan normativ. Dezvoltarea tehnologiei a determinat dezvoltarea științelor medicale. Astăzi este posibilă

depistarea din timp a bolilor care pot afecta grav sănătatea fizică sau mentală a persoanei, precum bolile neurovegetative (Alzheimer, Parkinson, SLA etc).

În aceste condiții, organizarea protecției viitoare a minorilor sau majorilor a devenit o necesitate care reclama intervenția normativă.

În privința protecției minorilor, legiuitorul român a înțeles că noua realitate socială, economică, culturală și tehnico-științifică determină dezvoltarea capacității intelectuale, volitive și afective a copiilor la o vârstă mult mai fragedă decât în perioada anterioară anului 1990. La aceasta se adaugă atenția deosebită pe care organisme internaționale, precum Organizația Națiunilor Unite și Curtea Europeană a Drepturilor Omului o acordă minorului, care se bucură de veritabile drepturi, chiar dacă sunt exorbitante, uneori. Din această perspectivă, legiuitorul român acordă o importanță deosebită „vocii” minorului care a împlinit vârsta de 10 ani, chemat să-și exprime consimțământul cu privire la anumite decizii referitoare la persoana și bunurile sale.

Așadar, transformările profunde ale societății românești au determinat transformări profunde ale persoanei și personalității persoanei, care nu puteau rămâne fără ecou în plan legislativ.

§ 2. Observații asupra modului de reconstruire a mijloacelor de ocrotire a persoanei fizice în noul Cod civil

Prevalența interesului persoanei ocrotite

Potrivit art. 104 C. civ., orice măsură de ocrotire a persoanei fizice se adoptă numai în interesul persoanei ocrotite.

Pentru stabilirea unei măsuri de ocrotire a unei persoane fizice trebuie să se ia în considerare posibilitatea persoanei fizice de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini obligațiile cu privire la persoana sa și bunurile sale.

Acest interes determină necesitatea luării unei măsuri de ocrotire a persoanei fizice.

Persoanele ocrotite

Persoanele destinate ale mijloacelor de ocrotire reglementate de Codul civil sunt minorii care, din cauza vârstei, nu au capacitatea de a-și reprezenta consecințele actelor și faptelor pe care le încheie, respectiv săvârșesc și majorii care, din cauza alterării facultăților mintale sau fizice, provocate de vârstă, boală sau o infirmitate fizică, se pot afla în imposibilitatea de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini obligațiile privind persoana și bunurile lor.

În cazul ocrotirii majorului, ne aflăm în prezența unei antinomii, întrucât majorul este prezumat a avea capacitate deplină de exercițiu. Însă, așa cum am precizat, există situații speciale în care majorul se află în imposibilitate de a-și exercita singur drepturile și obligațiile, de a-și apăra singur interesele, de a-și administra singur bunurile.

Măsurile de ocrotire

Potrivit art. 106 C. civ., mijloacele de ocrotire a minorului sunt: autoritatea părintească, tutela, darea în plasament sau alte măsuri de protecție specială anume prevăzute de lege.

Mijloacele de ocrotire a majorului sunt: punerea sub interdicție judecătorească și curatela.

Ocrotirea persoanei fizice nu este asigurată doar prin aceste mijloace. Există dispoziții legale disparate care au ca scop ocrotirea persoanei fizice: art. 44 C. civ. – care reglementează sancțiunea anulării actelor juridice încheiate de persoana lipsită de capacitate sau cu capacitate de exercițiu restrânsă; art. 172 C. civ. – care reglementează sancțiunea anulării actelor juridice încheiate de cei puși sub interdicție judecătorească; art. 1.205 alin. (2) – care reglementează, ca o măsură de protecție a persoanei fizice, nulitatea relativă a actelor juridice încheiate de o persoană care, ulterior momentului încheierii, este pusă sub interdicție judecătorească¹; art. 1.221 alin. (3) C. civ. – care reglementează leziunea.

Participanții la ocrotirea legală a persoanei fizice

a) Instanța de tutelă

Instanța de tutelă este o instanță specializată în ocrotirea persoanelor fizice. Aceasta are atribuții jurisdicționale (decide plasarea unei persoane fizice sub un anumit mijloc de ocrotire, autorizează actele juridice ale persoanei fizice încheiate de ocrotitorul său legal sau convențional), administrative (primește darea de seamă a tutorelui, dă descărcare de gestiune acestuia), cvasifamiliale (exercită atribuțiile consiliului de familie, în cazul în care acesta nu se constituie).

Toate mijloacele de ocrotire a persoanei fizice se plasează sub controlul instanței de tutelă.

Instanța de tutelă reprezintă instrumentul prin care statul intervine în raporturile de familie. Intervenția statului în aceste raporturi este deosebit de energică, având puterea de a modifica chiar un raport juridic contractual – mandatul – în cazul ocrotirii majorului prin curatelă.

Intervenția instanței de tutelă în ocrotirea persoanelor fizice constituie o garanție a legalității măsurilor dispuse asupra persoanelor plasate sub tutelă sau curatelă.

Intensitatea intervenției instanței de tutelă nu este aceeași în toate mijloacele de ocrotire. Dacă în cazul tutelei minorului și celui pus sub interdicție judecătorească intervenția este sporită, în cazul curatelei majorului este considerabil redusă, prin absența controlului efectiv asupra activității curatorului.

b) Persoana ocrotită

Persoana ocrotită are un rol important în organizarea protecției sale.

În ceea ce privește minorii care au împlinit 10 ani, ascultarea acestora este obligatorie în următoarele cazuri: numirea tutorelui (art. 107); constituirea consiliului de familie (art. 129); modificarea felului învățăturii (art. 139).

Minorii în vârstă de 14 ani au următoarele drepturi: să sesizeze instanța de tutelă în scopul convocării persoanelor care îndeplinesc condițiile cerute pentru a fi membri în

¹ Acest text instituie „o perioadă suspectă” în viața juridică a unei persoane fizice, ca și în cazul debitorului aflat în insolvență. Însă, spre deosebire de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, care stabilește durata și momentul din care se calculează perioada suspectă, Codul civil nu fixează limite temporale.

consiliul de familie [art. 128 alin. (1)]; să convoace consiliul de familie [art. 129 alin. (1)]; să hotărască felul învățaturii sau al pregătirii profesionale proprii [art. 138 alin. (2)]; să facă plângere la instanța de tutelă împotriva actelor sau faptelor tutorelui păgubitoare pentru minor [art. 155 alin. (1)].

În cazul punerii sub interdicție judecătorească, în timpul în care are capacitate deplină de exercițiu, o persoană își poate organiza în mod anticipat protecția viitoare necesară în cazul în care se va produce evenimentul punerii sub interdicție judecătorească. Astfel, potrivit art. 166 C. civ., orice persoană care are capacitate deplină de exercițiu poate desemna prin act juridic unilateral sau contract de mandat, încheiate în formă autentică, persoana care urmează a fi numită tutore pentru a se îngriji de persoana și bunurile sale în cazul în care ar fi puse sub interdicție judecătorească.

Majorii cu capacitate deplină de exercițiu pot desemna prin act unilateral sau contract de mandat, încheiate în formă autentică, o persoană care să fie numită curator atunci când va fi necesar, adică în situațiile prevăzute de art. 178 (art. 180). Potrivit art. 182 alin. (2), curatela majorului capabil se instituie numai cu consimțământul acestuia, cu excepția situațiilor în care consimțământul nu poate fi exprimat. Consimțământul nu poate fi exprimat atunci când este afectată capacitatea de comunicare a persoanei în cauză (spre exemplu, în cazul unei pareze, stare comatoasă) sau când persoana respectivă a dispărut ori lipsește o vreme îndelungată de la domiciliu.

c) Familia

Solidaritatea familială, privită dintr-o dublă perspectivă – cea a ocrotitului și cea a ocrotitorului, precum și menținerea cadrului familial al persoanei ocrotite sunt două deziderate ale legiuitorului român în materia mijloacelor de ocrotire. De aceea, în ocrotirea persoanei fizice sunt implicate rudele și afinii acesteia.

Astfel, potrivit art. 118 C. civ., la numirea tutorelui minorului de către instanța de tutelă, se va acorda prioritate rudelor ori afinilor. În cazul în care s-a constituit un consiliu de familie, numirea tutorelui de către instanța de tutelă se va face cu consultarea consiliului.

În componența consiliului de familie intră trei rude sau afini ai minorului ocrotit.

Art. 112 și art. 135 C. civ. prevăd posibilitatea exercitării tutelei minorului de către doi soți împreună.

Familia este implicată nu doar în tutela minorului, ci și în cazul tutelei persoanei puse sub interdicție judecătorească deoarece, potrivit art. 170, dispozițiile referitoare la desemnarea și numirea tutorelui în cazul minorului sunt aplicabile și în această ipoteză.

De asemenea, se acordă prioritate familiei și în cazul desemnării și numirii curatorului majorului capabil.

d) Tutorele

Tutorele are puteri legale de reprezentare și administrare a bunurilor persoanei ocrotite.

Tutorele colaborează nu doar cu persoana ocrotită, ci și cu instanța de tutelă și consiliul de familie, sub controlul cărora se află.

e) Medicii specialiști

Intervenția medicilor specialiști este necesară atât în cazul ocrotirii minorilor, cât și în cazul ocrotirii majorilor, având în vedere că în conținutul ocrotirii intră persoana și bunurile persoanei ocrotite.

Deși intervenția medicilor specialiști este impusă de lege în cazul punerii sub interdicție judecătorească, aceasta este necesară și în celelalte cazuri. Astfel, în cazul majorului care, din cauza unei boli sau infirmități, are nevoie de un curator, supravegherea și intervenția medicală este necesară pentru a evalua starea persoanei în cauză. Alterarea facultăților mintale constatată de medic poate determina schimbarea mijlocului de ocrotire din curatela majorului capabil în tutela celui pus sub interdicție judecătorească.

f) Notarul

Notarul este implicat în organizarea anticipată a ocrotirii minorilor de către părinții lor sau a majorilor de către ei înșiși.

După cum vom vedea, actul juridic civil unilateral și contractul sunt instrumente de organizare a protecției anticipate a persoanei fizice. Gravitatea sau importanța lor reclamă forma autentică ce se realizează cu participarea notarului.

g) Fiduciarul sau administratorul bunurilor altuia

Conținutul tutelei are două componente: persoana și bunurile persoanei ocrotite.

Administrarea bunurilor persoanei ocrotite poate fi încredințată unei persoane distincte de cea care are sarcina ocrotirii persoanei.

Astfel, în schema tutelei sau curatelei poate intra fiduciarul sau o persoană fizică specializată în materia gestiunii patrimoniului altuia.

h) Curatorul sau administratorul desemnat de testator sau donator

Potrivit art. 122 alin. (2) C. civ., nu sunt supuse administrării bunurile dobândite de minor cu titlu gratuit, decât dacă testatorul sau donatorul a stipulat altfel. Aceste bunuri sunt administrate de curatorul sau de cel desemnat prin actul de dispoziție sau, după caz, numit de către instanța de tutelă.

Așadar, în acest caz, alături de tutore și administrator, dacă operează o scindare a tutelei, se află un curator sau un alt administrator, desemnat de testator, donator sau, instanța de tutelă, după caz.

Utilizarea tehnicilor contractuale

a) Desemnarea ocrotitorului printr-un act juridic unilateral sau contractul de mandat

Inițial, art. 349 și 450 din vechiul Cod civil de la 1864, rezervau părinților, mai exact tatălui, și persoanei susceptibile de a fi pusă sub interdicție judecătorească dreptul de a desemna un tutore prin testament sau act juridic autentic.

Ulterior, prin Decretul nr. 32/1954 aceste dispoziții au fost abrogate. Codul familiei nu a preluat soluțiile vechiului Cod civil, astfel încât dreptul de a numi un tutore s-a deplasat din cadrul familiei înspre stat, către autoritatea tutelară.

Noul Cod civil a revenit la soluțiile vechi din Codul civil de la 1864. Astfel, potrivit art. 141, părintele poate desemna prin act unilateral sau contract de mandat, încheiate în formă autentică, ori, după caz, prin testament, persoana care urmează a fi numită tutore al copilului său.

Așadar, astăzi, luându-se în considerare posibilitatea de a anticipa viitorul, părinții pot organiza din timp protecția copiilor lor.

Actul juridic unilateral și contractul de mandat sunt instrumente de organizare anticipată a protecției copiilor minori, dar și a majorilor care urmează a fi puși sub interdicție judecătorească sau sub curatelă.

Se impun a fi făcute câteva precizări legate de validitatea și opozabilitatea acestor acte juridice.

(i) În primul rând, art. 114 alin. (2) prevede că desemnarea tutorelui făcută de un părinte care în momentul morții era decăzut din drepturile părintești sau pusă sub interdicție judecătorească este lipsită de efecte. Interpretând literal art. 114 alin. (2) s-ar părea că avem a face cu caducitatea unui act juridic civil. Pentru ca actul juridic de desemnare să fie caduc este necesară realizarea unor verificări cu privire la starea părintelui în momentul morții sale: era sau nu afectat de o incapacitate civilă cu caracter de sancțiune: decăderea din drepturile părintești; era sau nu pus sub interdicție judecătorească. Starea părintelui nu se evaluează în raport de momentul încheierii actului, pentru că atunci sancțiunea ar fi fost nulitatea absolută sau relativă a actului juridic, după caz.

(ii) Implicarea notarului în organizarea ocrotirii persoanei fizice este menită, pe de o parte, să constituie o garanție a autenticității consimțământului exprimat de părinți în acest sens și, pe de altă parte, de a asigura opozabilitatea față de terți a actelor juridice de desemnare a tutorilor.

(iii) În privința formei înscrisului prin care se revocă persoana desemnată anterior ca tutore, se observă că legea a renunțat la principiul simetriei, de vreme ce revocarea poate fi făcută și printr-un înscris sub semnătură privată. Însă, pentru opozabilitatea revocării, este necesară îndeplinirea condițiilor de publicitate prevăzute de art. 114 alin. (4) C. civ.. În lipsa înscrierii în registrele speciale prevăzute de art. 1.046 și 2.033 C. civ. a actului de revocare a persoanei desemnate ca tutore, acesta nu poate produce efecte față de terți. În consecință, sancțiunea este inopozabilitatea actului de revocare.

b) Actul juridic unilateral și contractul de mandat

(i) Actul juridic unilateral

Desemnarea ocrotitorului printr-un act juridic unilateral prezintă următoarele dezavantaje: 1) persoana desemnată s-ar putea să nu ia cunoștință niciodată de desemnarea sa, în lipsa comunicării acestuia; 2) potrivit art. 119 alin. (1) C. civ., persoana desemnată în această modalitate poate refuza funcția de tutore, deoarece el trebuie să-și dea consimțământul în acest sens în fața instanței de tutelă în procedura de numire; aceleași dispoziții se aplică și în cazul tutorelui persoanei puse sub interdicție judecătorească, potrivit art. 170 C. civ., dar și al curatorului majorului capabil.

În consecință, voința persoanei care desemnează ocrotitorul poate fi ignorată de cel desemnat, astfel încât actul juridic unilateral pare să fie inutil în materia organizării anticipate a protecției persoanei fizice.

(ii) Contractul de mandat

În privința contractului de mandat, se remarcă faptul că acesta nu este un veritabil mandat. Vom argumenta această afirmație în cele ce urmează.

Pentru a fi numit sau menținut în funcția de tutore, mandatarul trece prin filtrul instanței de tutelă. Chiar dacă este parte într-un contract valabil încheiat cu mandantele, instanța de tutelă poate ignora această convenție, dacă, la data numirii de către instanță, persoana desemnată se află într-una dintre situațiile prevăzute de art. 113 alin. (2) C. civ. sau dacă, ulterior numirii sale, mandatarul se află într-unul dintre cazurile care determină îndepărtarea sa de la tutelă, potrivit art. 158 C. civ.. Așadar, în concursul dintre principiile interesului persoanei ocrotite și *pacta sunt servanda*, primul îl înfrânge pe cel de-al doilea.

În cazul curatei majorului, curatorul nu se bucură de o mare stabilitate în această funcție. Potrivit art. 184 C. civ., curatorul are dreptul să ceară înlocuirea sa după 3 ani de la numire și, înainte de expirarea acestui termen, numai pentru motive temeinice. Art. 180 face trimitere la art. 114. Prin urmare, mandatarul poate fi înlăturat în urma revocării lui de către mandante.

Regulile de executare a contractului de mandat suportă, pe de o parte, evicțiunea regulilor speciale ale tutelei minorului sau a celui pus sub interdicție judecătorească ori, după caz, ale curatei majorului, iar pe de altă parte, evicțiunea regulilor administrării simple a bunurilor altuia.

Astfel, mandatarul tutore nu are numai obligația de a-l reprezenta pe cel aflat sub tutela sa la încheierea actelor juridice, ci de a se îngriji de persoana și bunurile lui. Totodată, mandatarul tutore nu are libertatea de a încheia orice act juridic în numele și pe seama celui ocrotit. Libertatea de acțiune este limitată de regulile Codului civil care guvernează exercitarea tutelei (art. 140 – 150). Mandatarul tutore poate încheia anumite acte juridice numai cu avizul consiliului de familie, altele numai cu avizul consiliului de familie și autorizarea instanței de tutelă [acte de înstrăinare, împărțeață, ipotecare, ori de grevare cu alte sarcini reale a bunurilor minorului, să renunțe la drepturile patrimoniale ale acestuia, orice alte acte care depășesc dreptul de administrare – art. 144 alin. (2)], iar unele nu le poate încheia deloc (acte juridice de dispoziție grave: donațiile și garantarea obligației altuia – art. 144 alin. (1); acte juridice între el sau soțul său, o rudă în linie dreaptă ori frații sau surorile sale, pe de o parte, și minorul ocrotit, pe de altă parte – art. 147 alin. (1); încheierea în numele minorului a unor tranzacții pe piața de capital cu sume de bani și instrumente financiare depuse la o instituție de credit pe numele minorului – art. 149).

În cazul punerii sub interdicție judecătorească, potrivit art. 171 C. civ., mandatarul tutore este supus, în principiu, aceluiași reguli aplicabile tutorei minorului. Totuși, potrivit art. 175, mandatarul tutore poate gratifica pe descendenții celui pus sub interdicție judecătorească cu bunuri aflate în patrimoniul acestuia din urmă, cu avizul consiliului de familie și autorizarea instanței de tutelă, fără scutire de raport.

În ipoteza curatei majorului, mandatarul nu se supune regulilor aplicabile tutorilor, ci regulilor mandatului, conform art. 183 C. civ.. Cu toate acestea, este permisă imixtiunea instanței de tutelă în contractul de mandat. Potrivit art. 183 alin. (1) C. civ., instanța de tutelă poate dispune din oficiu investirea curatorului cu drepturile și obligațiile

unui administrator însărcinat cu simpla administrare a bunurilor altuia. De asemenea, alineatul (2) al aceluiași articol prevede că instanța de tutelă poate stabili limitele mandatului și poate da instrucțiuni curatorului, în locul celui reprezentat, numai în situațiile în care acesta din urmă nu este în măsură să o facă.

În cazul tutelei minorului și a celui pus sub interdicție judecătorească, regulilor stipulate în materia actelor juridice ale persoanelor aflate sub un mijloc legal de ocrotire li se adaugă cele din materia administrării simple a bunurilor altuia. În cazul curatelei majorului, aplicarea regimului administrării simple a bunurilor altuia, în completarea mandatului, este o facultate pentru instanța de tutelă.

Așadar, în cadrul mijloacelor de ocrotire a persoanei fizice, contractul de mandat își modifică în mod semnificativ fizionomia. Puterea de reprezentare nu rezultă din mandat, ci din lege, după cum am văzut. Această schimbare este determinată nu doar incidența unui mijloc de ocrotire a persoanei fizice, ci și de prezența unei noi și importante instituții de drept civil: administrarea bunurilor altuia.

Administrarea bunurilor altuia

Potrivit art. 792 alin. (1) C. civ., persoana împuternicită, prin legat sau convenție, cu administrarea unuia sau mai multor bunuri, a unei mase patrimoniale sau a unui patrimoniu care nu îi aparține are calitatea de administrator al bunurilor altuia.

Alineatul (2) al aceluiași articol prevede că dispozițiile Titlul V „Administrarea bunurilor altuia” sunt aplicabile oricărei administrări a bunurilor altuia, cu excepția cazului în care legea, actul constitutiv sau împrejurările concrete impun aplicarea altui regim de administrare.

Potrivit art. 794, în absența unor dispoziții legale speciale, prevederile Titlul V se aplică în toate cazurile de administrare a bunurilor altuia.

Încercând să definească nu administrarea bunurilor altuia, ci administratorul, legiuitorul folosește termenul de „împuternicire”. Remarcăm o ușoară ezitare a legiuitorului în folosirea unui alte termen, mai adecvat instituției analizate, și anume termenul de „putere”, care, totuși, este folosit în art. 784 C. civ.

Administratorul bunurilor altuia, la fel ca și tutorele sau curatorul, sunt investiți de lege cu puteri private.

Puterea juridică în cadrul dreptului privat este o prerogativă conferită unei persoane în interesul altei persoane². Spre deosebire de dreptul subiectiv, care este o prerogativă egoistă, puterea privată este o prerogativă altruistă³. Dreptul subiectiv se exercită în interesul titularului său, iar puterea se exercită în interesul altuia.

Așadar, puterea este competența sau abilitatea de a interveni în afacerile altuia⁴.

În cazul administrării bunurilor altuia, administratorul are puteri asupra bunurilor altuia.

² M. Cantin Cumyn, *Le pouvoir juridique*, McGill Law Journal/Revue de droit de McGill, 2007, vol 52, p. 219 și următoarele.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*.

După criteriul întinderii puterilor, administrarea poate fi simplă sau deplină. În cadrul administrării simple, puterile administratorului se limitează la conservarea bunurilor sau a unei mase patrimoniale. În schimb, în cadrul administrării depline, puterile administratorului sunt extinse la exploatarea în mod profitabil a bunurilor, sporirea patrimoniului sau realizarea afectatunii masei patrimoniale, în măsura în care este în interesul beneficiarului.

Dintre cele două forme de administrare, administrarea simplă a bunurilor altuia prezintă interes pentru studiul nostru. În acest caz, puterile administratorului sunt următoarele: să efectueze toate actele necesare pentru conservarea bunurilor, precum și acte utile necesare pentru ca acestea să poată fi folosite potrivit destinației lor normale; să culeagă fructele bunurilor și să exercite drepturile aferente acestora; să încaseze creanțele administrate; să exercite drepturile aferente valorilor mobiliare pe care le are în administrare, precum dreptul de vot, de conversie și de cumpărare; să modifice investițiile efectuate anterior dobândirii calității sale de administrator sau efectuate de el însuși în această calitate;

Puterile administratorului scad sau cresc în intensitate în funcție de obiectul administrării. Astfel, potrivit art. 799 alin. (1), dacă obiectul administrării îl reprezintă un bun individual determinat, administratorul exercită anumite puteri (să înstrăineze cu titlu oneros bunul sau să îl greveze cu o garanție reală, atunci când este necesar pentru conservarea valorii bunului; să achite datoriile; să mențină modul de folosință potrivit destinației obișnuite a bunului) numai cu autorizarea beneficiarului sau, în caz de împiedicare a acestuia ori în cazul în care nu a fost încă determinat, numai cu autorizarea instanței judecătorești. Totuși, bunul supus pericolului deprecierei sau pieririi imediate poate fi înstrăinat de administrator fără autorizare.

Dacă administrarea are ca obiect o masă de bunuri sau un patrimoniu, atunci, potrivit art. 799 alin. (3), administratorul poate să înstrăineze un bun individual determinat sau să îl greveze cu o garanție reală ori de câte ori este necesar pentru buna administrare a universalității. În toate celelalte cazuri, adică atunci când depășesc sfera dreptului de administrare, este necesară autorizarea prealabilă a beneficiarului sau, după caz, a instanței judecătorești.

În ceea ce privește obligațiile administratorului bunurilor altuia, Codul civil fixează anumite standarde de comportament, regulile de etică în această materie reprezentând germenii unei viitoare „profesionalizări” a administratorului. Numeroase reguli din materia administrării societăților comerciale pe acțiuni se regăsesc la administrarea bunurilor altuia. Astfel, administratorul are următoarele obligații: obligația de diligență, onestitate și loialitate (art. 803); obligația de a evita și anunța conflictul de interese (art. 804 și 805); obligația de a se abține de la dobândirea de drepturi în legătură cu bunurile administrate (art. 806); obligația de a se abține de la folosirea bunurilor administrate în interes propriu (art. 808); obligația de a acționa cu imparțialitate (art. 811). Aceste obligații sunt de natură să-l determine pe administrator să conștientizeze responsabilitatea sa în calitate de administrator al bunurilor altuia.

Așadar, se observă că puterile administratorului nu se limitează la reprezentarea în acte juridice, așa cum este cazul mandatului, ci sunt mai extinse. Puterea de reprezentare este intrinsecă puterii de administrare a bunurilor altuia.

De asemenea, se remarcă faptul că puterile administratorului bunurilor altuia sunt puteri proprii, care izvorăsc din lege, iar nu puteri delegate sau cedate așa cum este în cazul mandatului. Totodată, răspunderea administratorului bunurilor altuia este mult mai extinsă decât răspunderea mandatarului.

În aceste condiții, rolul și importanța mandatului sunt estompate de administrarea bunurilor altuia, care justifică mai bine puterile tutorelui minorului sau celui pus sub interdicție judecătorească.

Pluralitatea tutorilor

Potrivit art. 122 C. civ., instanța de tutelă, cu avizul consiliului de familie, poate, ținând seama de întinderea și compunerea patrimoniului minorului, să decidă ca administrarea patrimoniului ori doar a unei părți a acestuia să fie încredințată, potrivit legii, unei persoane fizice sau juridice specializate.

De aici rezultă posibilitatea pluralității de tutori: un tutore care se va ocupa de persoana celui ocrotit și un alt tutore, care se va ocupa de bunurile celui plasat sub tutelă.

Astfel, pentru gestionarea patrimoniului celui ocrotit se poate încheia un contract de fiducie sau de administrare a bunurilor altuia. Ca și în cazul administrării bunurilor altuia, fiduciarul este înzestrat de lege cu puteri proprii asupra patrimoniului sau bunului ori bunurilor care fac obiectul fiduciei, dar care pot fi limitate prin convenția de fiducie.

Această soluție răspunde mai bine nevoii de protecție a bunurilor persoanei ocrotite, deoarece gestiunea se încredințează unui profesionist persoană juridică, dacă ne referim la fiducie, sau persoană fizică, în cazul administrării bunurilor altuia. În acest context se poate desprinde ideea de „profesionalizare” a tutelei exercitate asupra bunurilor minorilor sau celor puși sub interdicție judecătorească.

Pluralitatea regulilor aplicabile în materia mijloacelor de ocrotire a persoanelor fizice

După cum am văzut, în cazul mijloacelor de ocrotire a persoanelor fizice reglementate de noul Cod civil sunt incidente mai multe reguli: 1) reguli proprii tutelei minorului, tutelei celui pus sub interdicție judecătorească și curatelei majorului; 2) regulile contractului special de mandat; 3) regulile administrării bunurilor altuia; 4) regulile fiduciei, uneori.

Regulile proprii mijloacelor de ocrotire guvernează ocrotirea persoanei și încheierea actelor juridice cu privire la bunurile minorului.

Mandatul, deși prezent în cadrul ocrotirii persoanei fizice, nu funcționează pentru că puterea de reprezentare a celui ocrotit la încheierea actelor juridice nu este suficientă pentru gestiunea patrimoniului persoanei ocrotite. De aceea, regulile administrării bunurilor altuia răspund mult mai bine necesității de a proteja patrimoniul persoanei plasată sub un mijloc legal de ocrotire.

Privită din această perspectivă, reglementarea gestiunii patrimoniului persoanei ocrotite este rezultatul compilării unor reguli din materia mandatului, tutelei, curatelei, administrării bunurilor altuia. Nu se poate stabili în mod riguros când acționează o

regulă și când acționează alta, pentru că legea însăși nu stabilește modul de acțiune sau interacțiune al acestor reguli.

În realitate, problema porneste de la greșita înțelegere a instituției administrării bunurilor altuia, preluată din Codul civil al statului Québec. Legiuitorul român a căzut în același „păcat” ca și cel din Québec⁵.

Dorind să construiască un drept comun în materia administrării bunurilor altuia, după cum rezultă din art. 792 alin. (3) coroborat cu art. 793, care să evite recursul la mandat și reprezentare, legiuitorul român a eșuat.

În cazul tutelei și curatelei celui pus sub interdicție judecătorească, puterea de reprezentare nu este de origine convențională, ci izvorăște din lege, având în vedere încadrarea legală, iar nu voluntară, a unei persoane într-un anumit mijloc de ocrotire. Puterea legală de reprezentare conferită tutorilor și curatorilor este supusă controlului judiciar, în mod continuu și efectiv, control exclus în cazul mandatului.

În ceea ce privește administrarea bunurilor persoanei ocrotite, puterile proprii ale tutorelui sau curatorului celui pus sub interdicție judecătorească sunt cele ale unui administrator simplu, iar nu cele ale unui mandatar. Întinderea puterilor este stabilită de lege, iar nu prin voința mandatului. Exercitarea puterilor administratorului face obiectul controlului judiciar.

În aceste condiții, contractul de mandat nu-și găsește locul în cadrul reglementării tutelei minorului și celui pus sub interdicție judecătorească.

Referitor la curatela majorului, se observă că protecția majorilor se realizează la nivel declarativ, iar nu în mod efectiv. Astfel, mandatul nu se completează cu regulile de la tutela minorului sau a celui pus sub interdicție judecătorească, nici cu cele de la administrarea bunurilor altuia, decât în mod excepțional, când, fie la cererea persoanei interesate, fie din oficiu, instanța decide că se impune investirea curatorului cu drepturile și obligațiile unui administrator însărcinat cu simpla administrare a bunurilor altuia. În lipsa unui control judiciar al curatelei majorului, avem rezerve față de intervenția din oficiu a instanței.

Obligațiile de loialitate, de prudență, diligentă, de a evita și anunța conflictul de interes, de a face inventarul bunurilor în momentul când intră în funcție, sunt obligații extrem de importante de natură să responsabilizeze pe cel care are sarcina protecției și administrării patrimoniului altuia. Însă, acestea nu se regăsesc în cazul curatelei majorului.

Privind reglementarea contractului de mandat și a celui pentru protecție viitoare, în cazul curatelei majorului, se observă că nu există nicio normă de armonizare între cele două, nicio normă care să stabilească soarta mandatului general sau special în situația în care, ulterior încheierii acestuia, a intervenit cazul de punere sub curatelă a mandantului. Astfel, se poate ajunge la o folosire abuzivă a contractului de mandat.

Fiind fundamentată exclusiv pe mandat, curatela majorului riscă să oficializeze abuzurile care se pot comite asupra persoanelor majore cu capacitate deplină de exercițiu și bunurilor acestora, care, din cauza alterării facultăților mintale sau corporale, nu-și pot exercita drepturile și executa obligațiile, nu-și pot gestiona singure patrimoniul.

⁵ Pentru dezvoltări a se vedea M. Cantin Cumyn, *op. cit.*, p. 229 și următoarele.

§ 3. Concluzii

Analizând sumar reconstrucția mijloacelor de ocrotire a persoanei fizice în noul Cod civil, putem desprinde următoarele concluzii:

1) Transformările sociale, politice și economice, care au intervenit în societatea românească, după anul 1990, în special odată cu dobândirea statutului de stat membru al Uniunii Europene, evoluția științelor medicale, modificarea valorilor în societatea românească, au reclamat modificarea reglementării în materia tutelei și curatelei.

2) Noul cod civil a reconstruit tutela și curatela, pornind de la elementele din vechiul Cod civil din 1864, adăugând elemente noi, precum administrarea bunurilor altuia, specializarea sau profesionalizarea gestiunii bunurilor persoanei ocrotite.

3) Sfera actorilor implicați în ocrotirea legală a persoanelor fizice s-a extins. Astfel, pe lângă instanța de tutelă, tutore, curator și medici specialiști, participă în mod activ notarul, minorul care are cel puțin 10 ani, familia, reunită în cadrul unui consiliu, precum și persoana fizică sau juridică însărcinată cu administrarea bunurilor persoanei ocrotite.

4) Se remarcă o anumită „contractualizare” a tutelei și curatelei, prin utilizarea tehnicilor contractuale (contractul de mandat, contractul de administrare, contractul de fiducie).

5) Tutela și curatela au fost reconstruite prin compilarea regulilor din materia mandatului, reprezentării, administrării bunurilor altuia. Mandatul, însă, este amputat prin regulile proprii tutelei și curatelei în materia încheierii actelor juridice. Administrarea bunurilor altuia are vocația de a se aplica în manieră exclusivă în cazul curatelei și tutelei, evitând recursul la mandat și reprezentare. Din punct de vedere științific nu există un criteriu riguros de delimitare a acestor reguli sau de stabilire a modului lor de acțiune.

6) Curatela majorului, *de lege lata*, nu răspunde obiectivului urmărit de legiuitor: ocrotirea persoanei fizice majore cu capacitate deplină de exercițiu, aflată într-o situație care o împiedică să-și exercite drepturile și obligațiile, să-și apere interesele, să-și gestioneze patrimoniul. Cu anumite excepții, curatela majorului tinde să rămână un simplu contract, fără nicio legătură cu ocrotirea persoanei fizice. Întrucât nu se completează cu regulile de la tutelă, nici cu cele de la administrarea bunurilor altuia, decât în mod excepțional, curatela majorului nu răspunde necesității ocrotirii unui major aflat într-o situație deosebită. Lipsa controlului judiciar asupra modului de exercitare a curatelei, precum și lipsa dispozițiilor care să stabilească soarta mandatului ordinar general sau special în cazul în care o persoană ar fi pusă ulterior sub curatelă, întărește concluzia că protecția majorului prin curatelă nu este efectivă.

Implementarea în legislația românească a directivelor europene privind discriminarea de gen în domeniul muncii

*Drd. Cătălina-Adriana IVĂNUȘ
Academia de Studii Economice din București*



Implementation of the European directives in the Romanian legislation regarding the gender discrimination in the workplace

Abstract: EU directives must be transposed into national policies in order to give effect to EU law. The implementation of the European Union's directives is a challenge for each Member state, especially the implementation of the directives about the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women.

Equal treatment between women and men is a fundamental human right, therefore its implementation in national legislation becomes even more important.

EU regulations covers provisions like equal pay for men and women, equal treatment of men and women in employment and occupation, equal treatment between men and women engaged in an activity, protection of a pregnant workers, who have recently given birth or are breastfeeding or burden of proof.

Keywords: implementation, directives, discrimination, labour law.

§ 1. Introducere

De mai bine de 55 de ani Uniunea Europeană a urmărit crearea unui mediu egal între femei și bărbați. Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene semnat la Roma în 1957 stabilea principiul remunerării egale a lucrătorilor de sex masculin și a celor de sex feminin pentru aceeași muncă prestată.

De la această prevedere principiul egalității de tratament a evoluat. În prezent, potrivit Tratatului de la Lisabona, principiul egalității între femei și bărbați este una dintre valorile pe care se întemeiază Uniunea (art. 2), iar promovarea egalității între femei și bărbați este unul dintre obiectivele UE [art. 3 alin. (3)]. Egalitatea de gen este un drept fundamental la nivelul UE, prevăzut în art. 23 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

Prin articolul 13 al Tratatului de la Amsterdam a fost introdusă posibilitatea adoptării unor măsuri pentru combaterea discriminării bazate pe sex. Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene preia această reglementare. Conform articolului 19 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene Consiliul poate lua măsurile necesare în vederea combaterii oricărei discriminări bazate pe sex, hotărând în unanimitate, în conformitate cu o procedură legislativă specială și cu aprobarea Parlamentului European.

În baza acestei prevederi au fost adoptate o serie de directive ce au avut ca scop stabilirea unui cadru general de combatere a discriminării. Directivele privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între femei și bărbați în domeniul relațiilor de muncă au vizat egalitatea de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă,

În domeniul egalității de tratament între femei și bărbați au fost adoptate 14 directive europene. Dintre acestea doar șase mai sunt în vigoare. Legislația secundară acoperă o gamă extinsă de probleme, care variază de la încadrarea în muncă, la condițiile de muncă și la remunerație, până la activități independente și protecția lucrătoarelor gravide, care au născut de curând sau care alăptează.

În 2006 a fost adoptată o directivă de reformare a legislației în domeniul egalității de tratament între bărbați și femei în materie de încadrare în muncă și de muncă. Directiva 2006/54/CE a fost adoptată în scopul de a simplifica, moderniza și îmbunătăți legislația UE în domeniul egalității de tratament între bărbați și femei¹.

Aceste directive sunt obligatorii pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele². Prin urmare statele membre trebuie să includă prevederile directivelor europene în legislația lor națională.

România a adoptat legislație specifică în domeniul discriminării în 2000. Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare a fost adoptată pentru a transpune directivele europene de punere în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică și de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă. Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați transpune prevederile din directivele europene referitoare la principiul egalității de tratament între femei și bărbați în domeniul relațiilor de muncă.

§ 2. Domeniul de aplicare a principiului egalității de tratament între femei și bărbați

Potrivit art. 1 coroborat cu art. 14 alin. (2) Directiva 2006/54/CE se aplică în sectoarele public sau privat, inclusiv în organismele publice, în ceea ce privește:

¹ Propunerea pentru o Directivă a Parlamentului European și Consiliului privind punerea în aplicare a principiului egalității de șanse și al egalității de tratament între bărbați și femei în materie de încadrare în muncă și de muncă (reformă), COM(2004)0279.

² Art. 288 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

- condițiile de acces la încadrare în muncă, la activitățile nesalariale sau la muncă, inclusiv criteriile de selecție și condițiile de recrutare, oricare ar fi ramura de activitate și la toate nivelurile ierarhiei profesionale, inclusiv în materie de promovare;

- accesul la toate tipurile și la toate nivelurile de orientare profesională, de formare profesională, de perfecționare și de reconversie profesională, inclusiv dobândirea unei experiențe practice în muncă;

- condițiile de încadrare în muncă și de muncă, inclusiv condițiile de concediere, precum și remunerația;

- afilierea la și angajarea în cadrul unei organizații sindicale sau patronale sau în cadrul oricărei organizații ai cărei membri exercită o profesie dată, inclusiv avantajele oferite de acest tip de organizare.

Potrivit art. 3 lit. a) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 dispozițiile acestea se aplică tuturor persoanelor fizice sau juridice, publice sau private, precum și instituțiilor publice în ceea ce privește condițiile de încadrare în muncă, criteriile și condițiile de recrutare, selectare și promovare, accesul la toate formele și nivelurile de orientare, formare și perfecționare profesională. Domeniile în care se aplică Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 sunt prevăzute în art. 5-8:

- participarea la o activitate economică a unei persoane ori alegerea sau exercitarea liberă a unei profesii;

- încheierea, suspendarea, modificarea sau încetarea raportului de muncă;

- stabilirea și modificarea atribuțiilor de serviciu, a locului de muncă sau a salariului;

- acordarea altor drepturi sociale decât cele reprezentând salariul;

- formarea, perfecționarea, reconversia și promovarea profesională;

- aplicarea măsurilor disciplinare;

- dreptul de aderare la sindicat și accesul la facilitățile acordate de acesta;

- orice alte condiții de prestare a muncii, potrivit legislației în vigoare;

- refuzul unei persoane fizice sau juridice de a angaja în muncă;

- condiționarea ocupării unui post prin anunț sau concurs, lansat de angajator ori de către reprezentantul acestuia;

- prestațiile sociale acordate.

În domeniul muncii prin egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați în relațiile de muncă se înțelege accesul nediscriminatoriu la³:

- alegerea ori exercitarea liberă a unei profesii sau activități;

- angajare în toate posturile sau locurile de muncă vacante și la toate nivelurile ierarhiei profesionale;

- venituri egale pentru muncă de valoare egală;

- informare și consiliere profesională, programe de inițiere, calificare, perfecționare, specializare și recalificare profesională;

- promovare la orice nivel ierarhic și profesional;

- condiții de muncă ce respectă normele de sănătate și securitate în muncă;

- beneficii, altele decât cele de natură salarială, precum și la sistemele publice și private de securitate socială;

³ Art. 7 din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

- organizații patronale, sindicale și organisme profesionale, precum și la beneficiile acordate de acestea;

- prestații și servicii sociale.

În conformitate cu prevederile art. 9 din Legea nr. 202/2002 este interzisă discriminarea prin utilizarea de către angajator a unor practici care dezavantajează persoanele de un anumit sex, în legătură cu relațiile de muncă, referitoare la:

- anunțarea, organizarea concursurilor sau examenelor și selecția candidaților pentru ocuparea posturilor vacante din sectorul public sau privat;

- încheierea, suspendarea, modificarea și/sau încetarea raportului juridic de muncă ori de serviciu;

- stabilirea sau modificarea atribuțiilor din fișa postului;

- stabilirea remunerației;

- beneficii, altele decât cele de natură salarială, precum și la securitate socială;

- informare și consiliere profesională, programe de inițiere, calificare, perfecționare, specializare și recalificare profesională;

- evaluarea performanțelor profesionale individuale;

- promovarea profesională;

- aplicarea măsurilor disciplinare;

- dreptul de aderare la sindicat și accesul la facilitățile acordate de acesta;

- orice alte condiții de prestare a muncii.

§ 3. Principiul egalității de tratament

Potrivit reglementărilor europene prin principiul egalității de tratament se înțelege absența oricărei discriminări directe sau indirecte.

În legislația românească principiul egalității de tratament între femei și bărbați în domeniul muncii este reglementat prin Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați și prin Legea nr. 53/2003 - Codul muncii.

Egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați este definită în art. 1 alin. (2) din Legea nr. 202/2002 ca fiind luarea în considerare a capacităților, nevoilor și aspirațiilor diferite ale persoanelor de sex masculin și, respectiv, feminin și tratamentul egal al acestora. Măsurile pentru promovarea egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați și pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare bazate pe criteriul de sex se aplică în domeniul muncii ⁴.

Conform art. 5 alin. (1) din Codul muncii în cadrul relațiilor de muncă funcționează principiul egalității de tratament față de toți salariații și angajatorii. Mai mult, art. 39 prevede dreptul salariatului la egalitate de șanse și de tratament.

În domeniul muncii, egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați este asigurată prin accesul nediscriminatoriu alegerea ori exercitarea liberă a unei profesii ori activități, angajare în toate posturile sau locurile de muncă vacante și la toate nivelurile ierarhiei profesionale, venituri egale pentru muncă de valoare egală, informare și consiliere profesională, programe de inițiere, calificare, perfecționare, specializare și recalificare profesională, inclusiv ucenicia; promovare la orice nivel ierarhic și profesional,

⁴ Art. 2 din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

condiții de încadrare în muncă și de muncă ce respectă normele de sănătate și securitate în muncă, inclusiv condițiile de concediere, beneficii care nu sunt de natură salarială, precum și la sistemele publice și private de securitate socială, organizații patronale, sindicale, organisme profesionale, precum și la beneficiile acordate de acestea, prestații și servicii sociale⁵.

§ 4. Conceptul de discriminare

Conceptul de discriminare este definit în art. 2 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, dar nu se face distincție între discriminarea directă și cea indirectă. Potrivit art. 2 alin. (1) din acest act normativ, prin discriminare se înțelege orice deosebire, excludere, restricție sau preferință, pe bază de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV, apartenență la o categorie defavorizată, precum și orice alt criteriu care are ca scop sau efect restrângerea, înlăturarea recunoașterii, a folosinței sau a exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau a drepturilor recunoscute de lege, în domeniul politic, economic, social și cultural sau în orice alte domenii ale vieții publice.

În legislația europeană există distincția între discriminarea directă și discriminarea indirectă.

Discriminarea directă este, conform art. 2 alin. (1) lit. a) din Directiva 2006/54/CE, situația în care o persoană este tratată într-un mod mai puțin favorabil din cauza sexului în comparație cu o altă persoană care este, a fost sau ar fi într-o situație comparabilă. Discriminarea indirectă este⁶ situația în care o dispoziție, un criteriu sau o practică aparent neutră ar dezavantaja în special persoanele de un anumit sex în raport cu persoane de celălalt sex, în afară de cazul în care această dispoziție, acest criteriu sau această practică este justificată în mod obiectiv de un scop legitim, iar mijloacele pentru a atinge acest scop sunt corespunzătoare și necesare.

În Legea nr. 202/2002⁷ prin discriminare pe criteriul sexului se înțelege discriminarea directă și discriminarea indirectă. Legea cuprinde și definițiile conceptelor de discriminare directă și discriminare indirectă, definițiile cuprinse în această lege fiind identice cu cele europene.

Prevederea din art. 2 alin. (3) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 este practic o definiție a discriminării indirecte, fără a preciza expres acest lucru. Sunt considerate discriminatorii criteriile sau practicile aparent neutre care dezavantajează anumite persoane, pe baza criteriilor prevăzute de ordonanță, față de alte persoane, în afara cazului în care aceste prevederi, criterii sau practici sunt justificate obiectiv de un scop legitim, iar metodele de atingere a aceluși scop sunt adecvate și necesare. Acest concept a fost introdus prin modificarea din 2003 a Ordonanței Guvernului nr. 137/2000.

⁵ Art. 7 din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

⁶ Art. 2 alin. (1) lit. b) din Directiva 2006/54/CE.

⁷ Art. 4 lit g) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

Codul muncii face distincție între cele două forme de discriminare, art. 5 alin. (2) interzicând discriminarea directă și discriminarea indirectă. Potrivit Codului muncii reprezintă discriminare directă⁸ actele și faptele de excludere, deosebire, restricție sau preferință, întemeiate pe unul sau mai multe dintre criteriile legale, care au ca scop sau ca efect neacordarea, restrângerea ori înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării drepturilor prevăzute în legislația muncii. Constituie discriminare indirectă⁹ actele și faptele întemeiate în mod aparent pe alte criterii decât cele legale, dar care produc efectele unei discriminări directe.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a recunoscut constant că orice tratament nefavorabil aplicat femeilor în ceea ce privește sarcina sau maternitatea constituie discriminare directă întemeiată pe criterii de sex¹⁰. Potrivit art. 2 alin. (2) lit. c) din Directiva 2006/54/CE este considerată discriminare tratamentul mai puțin favorabil determinat de sarcină sau de concediul de maternitate. Legislația românească interzice expres¹¹ discriminarea pe motiv de maternitate.

§ 5. Hărțuirea și hărțuirea sexuală

În conformitate cu prevederile directivelor europene, în legislația națională hărțuirea și hărțuirea sexuală sunt incluse în cadrul conceptului de discriminare pe criteriul sexului¹².

Prin Legea nr. 27/2004 a fost introdus în Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 conceptul de hărțuire. Hărțuirea este definită ca fiind un comportament care duce la crearea unui cadru intimidant, ostil, degradant ori ofensiv¹³. În definiția dată de Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 se face referire numai la comportamentul care are ca efect crearea unui cadru intimidant, ostil, degradant ori ofensator nu și la acel comportament nedorit care aduce atingere demnității persoanei, un drept fundamental al omului.

Legea nr. 202/2002 interzice și comportamentul nedorit care are ca obiect sau efect lezarea demnității persoanei, dar doar pe criteriul sexului. Legea definește hărțuirea¹⁴ ca un comportament nedorit, legat de sexul persoanei, care are ca obiect sau efect lezarea demnității persoanei și crearea unui mediu de intimidare, ostil, degradant, umilitor sau jignitor. În materia discriminării pe criteriul sexului prevalează definiția dată hărțuirii de Legea nr. 202/2002¹⁵. Prin această definiție legislația românească se conformează prevederilor europene.

⁸ Art. 5 alin. (3) din Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare.

⁹ Art. 5 alin. (4) din Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁰ Cauzele Curtii de Justiție a Uniunii Europene C179/88, C 421/92, C 32/93, C136/95

¹¹ De exemplu art. 10 din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare prevede că orice tratament mai puțin favorabil aplicat unei femei pe motiv de sarcină sau de concediu de maternitate constituie discriminare.

¹² Art. 4 lit. g) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

¹³ Art. 2 alin. (5) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁴ Art. 4 lit. c) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁵ Art. 5 din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

În domeniul muncii este considerată hărțuire sau hărțuire sexuală orice comportament nedorit care are ca scop sau efect de a influența negativ situația persoanei angajate în ceea ce privește promovarea profesională, remunerația sau veniturile de orice natură ori accesul la formarea și perfecționarea profesională, în cazul refuzului acesteia de a accepta un comportament nedorit, ce ține de viața sexuală¹⁶.

Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 protejează dreptul la demnitatea personală¹⁷, interzicând comportamentele care au ca scop sau vizează atingerea demnității ori crearea unei atmosfere de intimidare, ostile, degradante, umilitoare sau ofensatoare îndreptat împotriva unei persoane, unui grup de persoane sau unei comunități.

Definiția oferită de art. 4 lit. d) din Legea nr. 202/2002 hărțuirii sexuale este aceeași cu cea din art. 2 alin. (1) lit. d) din Directiva 2006/54/CE. Astfel hărțuirea sexuală reprezintă situația în care se manifestă un comportament nedorit cu conotație sexuală, exprimat fizic, verbal sau nonverbal, având ca obiect sau ca efect lezarea demnității unei persoane și, în special, crearea unui mediu de intimidare, ostil, degradant, umilitor sau jignitor.

Hărțuirea sexuală este pedepsită și de Codul penal al României. Potrivit art. 203¹ hărțuirea unei persoane prin amenințare sau constrângere, în scopul de a obține satisfacții de natură sexuală, de către o persoană care abuzează de autoritatea sau influența pe care i-o conferă funcția îndeplinită la locul de muncă se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.

În sensul Directivei 2006/54/CE¹⁸ discriminarea include orice tratament mai puțin favorabil cauzat de respingerea hărțuirii sau hărțuirii sexuale sau de supunerea la aceste comportamente. Prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 83/2012 a fost modificat art. 6 alin. (4) din Legea nr. 202/2002, astfel respingerea unui comportament de hărțuire și hărțuire sexuală de către o persoană sau supunerea unei persoane la un astfel de comportament nu poate fi folosită drept justificare pentru o decizie care să afecteze acea persoană.

§ 6. Ordinul de a discrimina

Directivele europene cuprind în conceptul de discriminare și îndemnul de a practica față de persoane discriminarea pe criteriul sexului.

Prevederile naționale interzic orice ordin sau dispoziție de a discrimina o persoană pe criteriul de sex¹⁹. Aceasta poate reprezenta un ordin primit de o persoană sau de un grup de persoane de la o persoană sau un grup de persoane de a discrimina o anumită persoană sau persoanele aparținând unei anumite categorii.

¹⁶ Art. 11 lit b) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁷ Art. 15 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁸ Art. 2 alin. (1) lit. a) din Directiva 2006/54/CE.

¹⁹ Art. 2 alin. (2) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare și art. 6 alin. (2) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

§ 7. Excepții de la principiul egalității de tratament între femei și bărbați

a) Acțiuni pozitive

Directiva 2006/54/CE obligă statele membre să introducă în legislațiile naționale acele dispoziții care să asigure egalitatea de tratament între bărbați și femei în privința accesului la locurile de muncă, formare, promovare profesională, cât și în privința condițiilor de muncă. De la acest principiu există anumite excepții.

Art. 3 din Directiva 2006/54/CE prevede posibilitatea pentru statele membre de a adopta măsuri pentru asigurarea în mod concret o deplină egalitate între femei și bărbați în viața profesională. În dreptul național acțiunile pozitive pentru protecția anumitor categorii de femei sau bărbați nu sunt considerate discriminare. În temeiul articolului 14 alin. (2) din Directiva 2006/54, statele membre au posibilitatea de a exclude din câmpul de aplicare al directivei mai sus amintite activitățile profesionale pentru care, din cauza naturii profesionale speciale sau a cadrului în care se desfășoară, sexul constituie o condiție veritabilă și determinantă. Se mai prevede ca obiectivul urmărit să fie legitim, iar cerința să fie proporțională cu obiectivul urmărit.

Acțiunile pozitive sunt definite în art. 4 lit. e) ca fiind acele acțiuni speciale care sunt întreprinse temporar pentru a accelera realizarea în fapt a egalității de șanse între femei și bărbați. Prin urmare acțiunile pozitive sunt acele măsuri adoptate pentru promovarea principiului egalității de tratament între femei și bărbați sunt luate pentru a oferi unei categorii defavorizate o serie de avantaje pentru a se ajunge în mod concret la deplină egalitate. Aceste măsuri sunt stabilite, de regulă, pe o perioadă determinată.

Art. 2 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 permite posibilitatea stabilirii unor acțiuni pozitive, acestea fiind considerate o modalitate de eliminare a tuturor formelor de discriminare. Măsurile luate de autoritățile publice sau de persoanele juridice de drept privat în favoarea unei persoane, unui grup de persoane sau a unei comunități, vizând asigurarea dezvoltării lor firești și realizarea efectivă a egalității de șanse a acestora în raport cu celelalte persoane, grupuri de persoane sau comunități, precum și măsurile pozitive ce vizează protecția grupurilor defavorizate nu sunt considerate discriminare²⁰. Eliminarea tuturor formelor de discriminare se realizează și prin instituirea unor măsuri speciale, inclusiv a unor acțiuni afirmative, în vederea protecției persoanelor defavorizate care nu se bucură de egalitatea șanselor²¹.

Categoria defavorizată este definită de art. 4 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 ca fiind acea categorie de persoane care fie se află pe o poziție de inegalitate în raport cu majoritatea cetățenilor datorită diferențelor identitare față de majoritate, fie se confruntă cu un comportament de respingere și marginalizare.

²⁰ Art. 2 alin. (9) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

²¹ Art. 2 alin. (10) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

b) Cerințe ocupaționale

Art. 14 alin. (2) din Directiva 2006/54/CE prevede o excepție de la aplicarea principiului egalității de tratament. Astfel, în ceea ce privește accesul la muncă, inclusiv formarea care facilitează accesul este permisă o diferență de tratament fondată pe o caracteristică întemeiată pe criteriul sexului atunci când, având în vedere natura activităților profesionale speciale în cauză sau cadrul în care acestea se desfășoară, o astfel de caracteristică constituie o exigență profesională veritabilă și determinantă cu condiția ca obiectivul său să fie legitim, iar exigența să fie proporționată. O prevedere asemănătoare este cuprinsă în art. 6 alin. (5) lit. c) și art. 9 alin. (2) din Legea nr. 202/2002.

§ 8. Egalitatea de remunerare

Articolul 4 din Directiva 2006/54/CE stabilește egalitatea de remunerație. Pentru aceeași muncă sau pentru o muncă căreia i se atribuie o valoare egală, discriminarea directă sau indirectă pe criteriul sexului este eliminată din ansamblul elementelor și al condițiilor de remunerare.

Egalitatea de remunerație este prevăzută în Constituția României, în Codul muncii, dar și în legislația specifică în domeniul discriminării.

Art. 41 alin. (4) din Constituția României consacră egalitatea salarizării, astfel la muncă egală femeile primesc un salariu egal cu al bărbaților. Formularea constituțională este defectuoasă pentru că reperul pentru stabilirea salariului femeilor este salariul bărbaților, ceea ce nu reflectă principiul egalității de șanse între femei și bărbați.

O formulare corectă este cea prevăzută în Codul muncii. În cadrul capitolului II al Codului muncii privind principiile fundamentale ale dreptului muncii este reluat principiul constituțional al egalității de remunerație, art. 6 din Codul muncii recunoscând dreptul la plată egală pentru muncă egală. Mai mult, art. 154 alin. (3) interzice discriminarea la stabilirea și acordarea salariului.

§ 9. Căi de atac și de apărare a drepturilor

Potrivit art. 17 alin. (1) din Directiva 2006/54/CE statele membre se asigură că, după un eventual recurs la alte instanțe competente, inclusiv, atunci când consideră oportun, la proceduri de conciliere, procedurile judiciare având ca scop asigurarea respectării obligațiilor care decurg din prezenta directivă sunt accesibile tuturor persoanelor care se consideră lezate de neaplicarea în privința lor a principiului egalității de tratament, chiar și după încetarea relațiilor în cadrul cărora se presupune că a apărut discriminarea.

În domeniul muncii, angajații care se consideră discriminați pe baza criteriului de sex trebuie să formuleze sesizări/reclamații către angajator sau împotriva lui dacă angajatorul este direct implicat, și să solicite sprijinul organizației sindicale sau al reprezentanților salariaților din unitate pentru rezolvarea situației la locul de muncă²².

²² Art. 39 alin. (1) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

În cazul în care această sesizare/reclamație nu a fost rezolvată la nivelul angajatorului prin mediere, angajatul poate sesiza Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării sau să introducă cerere către instanța judecătorească competentă²³.

În alte domenii decât cel al muncii persoana care se consideră discriminată poate sesiza Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării sau să introducă cerere către instanța judecătorească competentă²⁴.

Conform art. 27 alin. (1) ultima teză din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 cererea introdusă în fața instanței de judecată nu este condiționată de sesizarea Consiliului. Prin Decizia CCR nr. 1470/2009, Curtea a statuat că jurisdicția Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării nu are caracter obligatoriu, întrucât legea nu prevede în sarcina persoanei vătămate obligația de a urma o procedură administrativ-jurisdicțională prealabilă sesizării instanței de judecată, ci numai posibilitatea de a opta între cele două căi de valorificare a dreptului, astfel încât nu se poate vorbi de încălcarea textului art. 21 alin. (4) din Constituție.

Atât Ordonanța Guvernului nr. 137/2000, cât și Legea nr. 202/2002 prevăd, în conformitate cu art. 17 alin. (2) din Directiva 2006/54, calitate procesuală activă și altor persoane decât victima discriminării. Prin aceasta se transpune art. 17 alin. (2) din Directiva 2006/54. Art. 28 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 prevede calitatea procesuală activă pentru organizațiile neguvernamentale care au ca scop protecția drepturilor omului sau care au interes legitim în combaterea discriminării în cazul în care discriminarea se manifestă în domeniul lor de activitate și aduce atingere unei comunități sau unui grup de persoane, iar în care discriminarea aduce atingere unei persoane fizice acestea au calitate procesuală activă la cererea acesteia. Art. 44 alin. (2) din Legea nr. 202/2002 stabilește că sindicatele sau organizațiile neguvernamentale care urmăresc protecția drepturilor omului, precum și alte persoane juridice care au un interes legitim în respectarea principiului egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați pot, la cererea persoanelor discriminate, reprezenta/asista în cadrul procedurilor administrative aceste persoane.

Directiva 2006/54/CE stabilește în art. 18 că statele membre introduc în dreptul intern măsurile necesare pentru a se asigura că prejudiciul suferit de o persoană lezată din cauza discriminării pe criteriul sexului este efectiv reparat sau despăgubit, într-o manieră care să descurajeze o astfel de discriminare și proporțional cu prejudiciul suferit. O astfel de despăgubire sau măsură reparatorie nu poate fi limitată a priori de un plafon maximal, cu excepția cazului în care angajatorul poate dovedi că unica pagubă suferită de un reclamant ca urmare a discriminării în sensul prezentei directive este refuzul de a i se lua în considerare cererea de încadrare în muncă.

Art. 27 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 stabilește cererile pe care le poate adresa instanței judecătorești o persoană care se consideră discriminată. Aceasta poate formula o cerere pentru acordarea de despăgubiri și restabilirea situației anterioare discriminării sau anularea situației create prin discriminare, potrivit dreptului comun. La cerere, instanța poate dispune retragerea sau suspendarea de către autoritățile

²³ Art. 39 alin. (2) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

²⁴ Art. 40 alin. (1) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

emitente a autorizației de funcționare a persoanelor juridice care, printr-o acțiune discriminatorie, cauzează un prejudiciu semnificativ sau care, deși cauzează un prejudiciu redus, încalcă în mod repetat prevederile Ordonanței Guvernului nr. 137/2000. Art. 41 din Legea nr. 202/2002 prevede că instanța judecătorească competentă sesizată cu un litigiu pentru fapte de discriminare poate, din oficiu, să dispună ca persoanele responsabile să pună capăt situației discriminatorii într-un termen pe care îl stabilește.

Pe lângă aceste cereri, în litigiile de muncă angajatul concediat nelegal pe criteriul sexului poate solicita instanței de judecată reintegrarea în unitate sau la locul de muncă. Conform art. 43 angajatorul care reintegrează în unitate sau la locul de muncă o persoană, pe baza unei sentințe judecătorești rămase definitive este obligat să plătească remunerația pierdută datorită modificării unilaterale a relațiilor sau a condițiilor de muncă, precum și toate sarcinile de plată către bugetul de stat și către bugetul asigurărilor sociale de stat, ce le revin atât angajatorului, cât și angajatului. Dacă nu este posibilă reintegrarea în unitate sau la locul de muncă a persoanei pentru care instanța judecătorească a decis că i s-au modificat unilateral și nejustificat, de către angajator, relațiile sau condițiile de muncă, angajatorul va plăti angajatului o despăgubire egală cu prejudiciul real suferit de angajat.

Conform art. 42 din Legea nr. 202/2002 instanța de judecată va dispune ca persoana vinovată să plătească despăgubiri persoanei discriminate după criteriul de sex, într-un quantum ce reflectă în mod corespunzător prejudiciul pe care aceasta l-a suferit. Prin această prevedere persoanei lezate prin fapta de discriminare i se asigură o reparare efectivă a prejudiciului suferit. Despăgubirea nu este limitată *a priori* de un plafon maximal, valoarea despăgubirilor va fi stabilită de către instanță.

În cazurile de discriminare pârâtului îi revine sarcina de a dovedi faptul că nu există o încălcare a principiului egalității de tratament²⁵. Acesta nu înseamnă că reclamantul doar acuză și reclamantul trebuie să dovedească faptul contrar. Reclamantul are obligația de a prezenta dovezi care să permită prezumarea existenței discriminării²⁶.

Persoana care se consideră discriminată pe criteriul sexului are obligația de a dovedi existența unor fapte care permit a se presupune existența unei discriminări directe sau indirecte, iar persoanei împotriva căreia s-a formulat sesizarea îi revine sarcina de a dovedi că faptele nu constituie discriminare²⁷. Această prevedere se aplică și în situația sesizării Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării și a sesizării instanței de judecată²⁸. În fața Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării și a instanței de judecată pot fi invocate orice mijloace de probă, inclusiv înregistrări audio și video sau date statistice²⁹.

²⁵ Art. 19 alin. (1) din Directiva 2006/54/CE.

²⁶ Art. 19 alin. (1) din Directiva 2006/54/CE.

²⁷ Art. 44 alin. (1) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare și art. 20 alin. (6) și art. 27 alin. (4) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

²⁸ Art. 39 alin. (2) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

²⁹ Art. 20 alin. (6) și art. 27 alin. (4) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

Directivele europene nu prevăd un termen în care poate fi introdusă o acțiune cu privire la încălcarea principiului egalității de tratament, lăsând posibilitatea statelor membre de a stabili acest termen.

Termenul în care se poate sesiza Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării sau instanța de judecată, pentru fapte de discriminare în domeniul muncii, este un an de la data săvârșirii faptei sau de la data de la care putea lua la cunoștință de săvârșirea ei³⁰.

Pentru faptele de discriminare în alte domenii decât cel al muncii termenul în care poate fi sesizat Consiliul este tot de un an, deoarece legea nu distinge între cele două situații. În cazul sesizării instanței de judecată Legea nr. 202/2002 prevede³¹ că poate fi făcută potrivit dreptului comun. Termenul general stabilit de art. 27 alin. (2) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 pentru introducerea cererii în fața instanței de judecată este de 3 ani de la data săvârșirii faptei sau de la data de la care persoana interesată putea lua la cunoștință de săvârșirea ei.

Art. 40 alin. (3) din Legea nr. 202/2002 stabilește faptul că orice sesizare sau reclamație a faptelor de discriminare pe criteriul de sex poate fi formulată și după încetarea relațiilor în cadrul cărora se susține că a apărut discriminarea.

Prin sesizarea Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării persoana care se consideră discriminată are dreptul să solicite înlăturarea consecințelor faptelor discriminatorii și restabilirea situației anterioare discriminării.

În cazul în care este sesizat, Consiliul va hotărî în termen de 90 de zile de la sesizare și va comunica hotărârea părților în 15 zile de la adoptarea acesteia³². Hotărârea Colegiului director poate fi atacată la instanța de contencios administrativ în termen de 15 zile de la comunicare³³.

Cererile persoanelor care se consideră discriminate pe baza criteriului de sex, adresate instanțelor judecătorești competente, sunt scutite de taxa de timbru³⁴. Conform art. 27 alin. (3) și (6) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2007 judecarea se face cu citarea obligatorie a Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării, iar hotărârea judecătorească se va comunica acestuia.

Pentru ca aceste prevederi să fie și efective sunt necesare măsuri de protecție a persoanelor care sesizează instituțiilor competente cazurile de discriminare. O astfel de măsură de protecție este interzicerea victimizării.

Potrivit art. 24 din Directiva 2006/54/CE statele membre trebuie să adopte măsurile necesare pentru protejarea lucrătorilor, inclusiv reprezentanții acestora împotriva oricărei concedieri sau a oricărui alt tratament defavorabil din partea

³⁰ Art. 39 alin. (2) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare și art. 20 alin. (1) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

³¹ Art. 40 alin. (1) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

³² Art. 20 alin. (7) și (8) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

³³ Art. 20 alin. (9) și (10) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

³⁴ Art. 40 alin. (1) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

angajatorului ca reacție la o plângere formulată la nivelul întreprinderii sau la o acțiune în justiție vizând obligarea la respectarea principiului egalității de tratament.

Conceptul de victimizare a fost introdus prin Ordonanța Guvernului nr. 77/2003. Astfel potrivit art. 2 alin. (7) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 constituie victimizare orice tratament advers, venit ca reacție la o plângere sau acțiune în justiție cu privire la încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării.

Tot ca măsură de protecție a salariaților art. 13 din Legea nr. 202/2002 prevede că este interzisă modificarea unilaterală de către angajator a relațiilor sau a condițiilor de muncă, inclusiv concedierea persoanei angajate care a înaintat o sesizare ori o reclamație la nivelul unității sau care a depus o plângere la instanțele judecătorești competente, în vederea aplicării prevederilor legale și după ce sentința judecătorească a rămas definitivă, cu excepția unor motive întemeiate și fără legătură cu cauza. Alin. (2) al art. 13 conferă aceeași protecție și membrilor organizației sindicale sau reprezentanților salariaților care au competența să acorde sprijin în rezolvarea situației la locul de muncă.

§ 10. Organismul național privind egalitatea de tratament

Art. 20 din Directiva 2006/54/CE stabilește că statele membre desemnează unul sau mai multe organisme împuternicite să promoveze, să analizeze, să supravegheze și să susțină egalitatea de tratament între toate persoanele fără discriminare pe criteriul sexului și adoptă dispozițiile necesare. Aceste organisme pot face parte din organele împuternicite să apere drepturile omului la scară națională sau să protejeze drepturile persoanelor.

Potrivit art. 20 din Directiva 2006/54/CE statele membre trebuie să se asigure că țin de competența acestor organisme:

(a) să ofere persoanelor victime ale discriminării un ajutor independent pentru a intenta o acțiune împotriva discriminării;

(b) să procedeze la efectuarea unor studii independente privind discriminările;

(c) să publice rapoarte independente și să formuleze recomandări cu privire la toate chestiunile legate de aceste discriminări;

(d) la nivelul corespunzător, să schimbe informațiile disponibile cu organismele europene omoloage, cum ar fi un Institut European pentru Egalitatea Sexelor.

În România organismul național în conformitate cu art. 20 din Directiva 2006/54/CE este Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării. Acesta este, potrivit art. 16 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000, autoritatea de stat în domeniul discriminării, autonomă, cu personalitate juridică, aflată sub control parlamentar și totodată garant al respectării și aplicării principiului nediscriminării. În exercitarea atribuțiilor sale, Consiliul își desfășoară activitatea în mod independent, fără ca aceasta să fie îngrădită sau influențată de către alte instituții ori autorități publice³⁵. Conform art. 18 Consiliul este responsabil cu aplicarea și controlul respectării prevederilor prezentei legi în domeniul său de activitate, precum și în ceea ce privește armonizarea dispozițiilor din cuprinsul actelor normative sau administrative care contravin principiului nediscriminării. Consiliul elaborează și aplică politici publice în materia nediscriminării. În acest sens,

³⁵ Art. 17 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

Consiliul va consulta autoritățile publice, organizațiile neguvernamentale, sindicatele și alte entități legale care urmăresc protecția drepturilor omului sau care au un interes legitim în combaterea discriminării. Consiliul își exercită atribuțiile în³⁶: prevenirea faptelor de discriminare; medierea faptelor de discriminare; investigarea, constatarea și sancționarea faptelor de discriminare; monitorizarea cazurilor de discriminare; acordarea de asistență de specialitate victimelor discriminării.

În Comunicarea Comisiei Europene din 26 septembrie 2006, cuprinsă în Raportul de monitorizare privind situația pregătirii Bulgariei și a României pentru aderarea la Uniunea Europeană, capitolul Criteriu Politic; pct. 2, „Alte chestiuni care au presupus un progres ulterior în mai 2006”, Comisia Europeană precizează expres că legea privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare a fost amendată pentru a respecta standardele Uniunii Europene cu privire la independența Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării³⁷.

Independența Consiliului este constatată și de Curtea Constituțională³⁸ subliniind faptul că acesta un organ administrativ cu atribuții jurisdicționale, care se bucură de independența necesară îndeplinirii actului administrativ-jurisdicțional și că își exercită atribuțiile independent, liber de orice influență din partea oricărei instituții ori autorități publice.

§ 11. Dialogul cu organismele neguvernamentale

Pentru a promova și susține aplicarea principiului egalității de tratament între toate persoanele fără discriminare pe criteriul sexului pe lângă instituirea unor organisme împuternicite să promoveze, să analizeze, să supravegheze și să susțină acest principiu este necesar ca statele să acorde importanță și dialogului între partenerii sociali.

Potrivit art. 22 din Directiva 2006/54/CE statele membre încurajează dialogul cu organizațiile neguvernamentale în cauză care, în conformitate cu practicile și legislațiile naționale, au interesul legitim de a contribui la lupta împotriva discriminărilor pe criteriul sexului, în vederea promovării principiului egalității de tratament.

La nivelul societății românești dialogul între partenerii sociali nu este foarte prezent, legislația națională cuprinzând puține prevederi în acest domeniu. O astfel de prevedere este art. 18 alin. (2) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 conform căreia Consiliul elaborează și aplică politici publice în materia nediscriminării. În acest sens, Consiliul va consulta autoritățile publice, organizațiile neguvernamentale, sindicatele și alte entități legale care urmăresc protecția drepturilor omului sau care au un interes legitim în combaterea discriminării.

³⁶ Art. 19 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

³⁷ Comunicarea Comisiei, Raport de monitorizare a stadiului pregătirii României și Bulgariei pentru statutul de membru UE, Bruxelles, 26 septembrie 2006, COM (2006), Legea privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare a fost amendată pentru îndeplinirea standardelor Uniunii Europene referitoare la independența Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării, pp. 20-21.

³⁸ De exemplu, în Decizia Curții Constituționale a României nr. 1096/2008.

§ 12. Diseminarea informațiilor

Art. 30 din Directiva 2006/54/CE prevede ca statele membre să se asigure că măsurile luate în aplicarea prezentei directive, precum și dispozițiile deja în vigoare în acest domeniu, sunt aduse la cunoștința oricărei persoane interesate, în orice formă corespunzătoare, și, dacă este cazul, la locul de muncă.

Angajatorii sunt obligați³⁹ să îi informeze permanent pe angajați, inclusiv prin afișare în locuri vizibile, asupra drepturilor pe care aceștia le au în ceea ce privește respectarea egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați în relațiile de muncă. Pentru prevenirea și eliminarea oricăror comportamente, definite drept discriminare bazată pe criteriul de sex, angajatorul⁴⁰ trebuie să asigure informarea tuturor angajaților cu privire la interzicerea hărțuirii și a hărțuirii sexuale la locul de muncă, inclusiv prin afișarea în locuri vizibile a prevederilor regulamentelor interne ale unităților pentru prevenirea oricărui act de discriminare bazat pe criteriul de sex.

Prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 83/2012 se introduce obligația pentru instituțiile cu atribuții în domeniul egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați de a aduce prin toate mijloacele adecvate în atenția persoanelor dispozițiile adoptate în temeiul prezentei legi, împreună cu dispozițiile relevante care sunt deja în vigoare⁴¹.

§ 13. Sancțiuni

Potrivit art. 25 din Directiva 2006/45 statele membre stabilesc sancțiunile aplicabile. Sancțiunile, care pot include plata de despăgubiri unei victime, trebuie să fie efective, proporționale și să fie disuasive.

Încălcarea prevederilor Legii nr. 202/2002 atrage răspunderea disciplinară, materială, civilă, contravențională sau penală, după caz, a persoanelor vinovate⁴². Potrivit art. 26 alin. (1) și (2) din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000, săvârșirea contravențiilor prevăzute în ordonanță atrage sancționarea contravențională.

§ 14. Concluzii

Egalitatea între femei și bărbați reprezintă un principiu fundamental al Uniunii Europene, recunoscut de Tratatul privind Uniunea Europeană și de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, precum și un drept fundamental și o valoare a Uniunii Europene. Prin aderarea la Uniunea Europeană România s-a angajat să respecte și să aplice prevederile europene.

³⁹ Art. 8 lit. c) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

⁴⁰ Art. 12 lit. b) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

⁴¹ Art. 2 alin. (2) din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

⁴² Art. 45 din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

Atât în plan internațional, cât și european problematica egalității de gen și a eliminării discriminării femeii reprezintă o preocupare actuală.

România a făcut eforturi pentru a îndeplini angajamentele europene în acest domeniu și pentru a crea cadrul legislativ și instituțional funcțional în domeniul nediscriminării și al egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați.

Chiar dacă în forma inițială a legislației în domeniul discriminării nu au fost cuprinse toate conceptele din directivele europene, datorită modificărilor ulterioare legislația românească se aliniază *acquis*-ului european în materia egalității de șanse și de tratament.

BIBLIOGRAFIE

Tratatul privind Uniunea Europeană;

Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene;

Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene;

Propunere pentru o Directivă a Parlamentului European și Consiliului privind punerea în aplicare a principiului egalității de șanse și al egalității de tratament între bărbați și femei în materie de încadrare în muncă și de muncă (reformă), COM(2004)0279;

Directiva 2006/54/CE a Parlamentului European și Consiliului din 5 iulie 2006 privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între bărbați și femei în materie de încadrare în muncă și de muncă (reformă);

Comunicarea Comisiei, Raport de monitorizare a stadiului pregătirii României și Bulgariei pentru statutul de membru UE, Bruxelles, 26.09.2006, COM (2006), Legea privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare a fost amendată pentru îndeplinirea standardelor Uniunii Europene referitoare la independența Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării, pp. 20-21;

Cauzele Curții de Justiție a Uniunii Europene C179/88, C 421/92, C 32/93, C136/95;

Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare;

Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare;

Legea nr. 53/2003 – Codul muncii;

Deciziile Curții Constituționale a României.

Clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii

*Lector univ. dr. Daniela MOȚIU
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest din Timișoara*



Abusive clauses in the agreements concluded with consumers

Abstract: In Romania the problem of unfair terms in contracts concluded between traders and consumers was regulated by Law no. 193/2000. This law transposed into Romanian legislation the provisions of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

Given the many issues raised in practice by the application of these legal provisions, as well as the solutions passed by the CJEU, a few ideas can be imposed:

- the system of protection established is based on the idea that the consumer is in a weak position, a situation which leads the consumer to adhere to the terms drawn up in advance by the seller or supplier;
- unfair terms are not binding on the consumer, which is a mandatory provision;
- the national court is obliged to determine *ex officio* the unfair character of a contractual term, including in cases in which the consumer refrains from raising the unfair character of this clause.

Keywords: unfair terms, directive, consumer, trader, adherence, protection, imperative, court.

În România problema clauzelor abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori a fost reglementată prin Legea nr. 193/2000¹. Această lege a transpus în legislația română prevederile Directivei Consiliului 93/13/CEE din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii².

¹ Legea nr. 193/2000 a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 560 din 10 noiembrie 2000 și republicată în Monitorul Oficial nr. 305 din 18 aprilie 2008. Ea a suferit mai multe modificări, ultima dată prin O.U.G. nr. 4/2013.

² Directiva Consiliului 93/13/CEE a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOCE) nr. L 95 din 21 aprilie 1993, având ca obiectiv „armonizarea dispozițiilor legale a statelor membre în domeniul clauzelor abuzive încheiate între un agent economic profesionist și un consumator”(art. 1).

Având în vedere multiplele probleme practice cu care s-au confruntat instanțele judecătorești în ultima perioadă, mai ales în ceea ce privește contractele de credit încheiate între bănci și consumatori, precum și dezbaterea publică legată de modificarea Legii nr. 193/2000 prin Legea de punere în aplicare a Codului de procedură civilă³ am considerat că o analiză științifică a prevederilor acestei legi este necesară.

Pentru a determina domeniul de aplicare a legii trebuie făcută distincția în funcție de funcție de *calitatea părților, de natura actului juridic și de tipul de clauze inserate*.

În ceea ce privește **părțile**, legea face referire la *comerciant și consumator*. Art. 2 alin. (1) prevede că „prin consumator se înțelege orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care, în temeiul unui contract care intră sub incidența prezentei legi, acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale”.

Având în vedere definiția comunitară a consumatorului⁴, legiuitorul român consacră semnificația restrictivă a termenului. Consumator este, în consecință, persoana care achiziționează un bun sau un serviciu în scopul unei utilizări neprofesionale, pentru sine sau/și pentru familia sa. Criteriul este deci obiectiv și pleacă de la o premisă certă: consumatorul, tocmai pentru că acționează în afara unei activități profesionale, este slab, ignorant. El nu este inițiat în „secretele” activității profesionistului, de unde prezumția că, deși capabil din punct de vedere juridic, suferă de o certă incapacitate *de facto*. De aceea, restaurarea egalității dintre cele două părți impune apărarea consumatorului față de riscul exercitiului abuziv al puterii profesionistului, mai cu seamă în faza formării contractelor.

Art. 2 alin. (2) arată că „prin comerciant se înțelege orice persoană fizică sau juridică autorizată, care, în temeiul unui contract care intră sub incidența prezentei legi, acționează în cadrul activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale, precum și orice persoană care acționează în același scop în numele sau pe seama acesteia”.

Comerciantul din legea română a fost semnificativ numit în dreptul francez *profesionistul*, față în față cu opusul său profan, *neprofesionistul*. Opțiunea legiuitorului nostru pentru denumirea „comerciant” ni se pare de altfel nu tocmai fericită⁵, pentru că termenul trimite la semnificația consacrată de dreptul comercial, deși aria semantică este aici mai largă, incluzând de pildă meșteșugarii autorizați și membrii profesiilor liberale, precum și, în anumite situații, instituțiile publice.

Or, esențial pentru definirea acestora nu este faptul că săvârșesc acte de comerț, ci că sunt niște „inițiați”, cunoscători ai unor „taine” inaccesibile publicului obișnuit; ei sunt profesioniștii – comercianți propriu-ziși, avocați, medici, universități etc. – care

³ Este vorba despre Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial nr. 365 din 30 mai 2012 și intrată în vigoare la 15 februarie 2013.

⁴ Consumatorul - „toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle” [art. 2 lit. b) din directivă].

⁵ Mai ales că directiva 93/13/CEE utilizează, în varianta franceză, tot termenul „profesionist”: „professionnel” - „toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.” [art. 2 lit. c)].

dispun de o organizare funcțională eficientă și de o competență particulară, determinată de un anumit tip de formare și de experiență, cărora li se adaugă o sumă de informații specifice. Dacă alăturăm tuturor acestora apanajul, adeseori, al unui limbaj cvasi-ezoteric și forța financiară, avem reprezentarea preeminenței profesioniștilor, susceptibilă să distorsioneze echilibrul negocierilor contractuale.

Este de menționat că, potrivit art. 38 pct. 3 și art. 82 din Legea nr. 76/2012, începând cu data intrării în vigoare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (15 februarie 2013), în tot cuprinsul legii, termenul „comerciant” se înlocuiește cu termenul „profesionist”, astfel încât în prezent considerăm că directiva este corect transpusă în privința celor arătate mai sus.

În ceea ce privește **actele juridice aflate sub incidența legii**, regula impusă de art. 1 alin. (3) din lege este simplă, fără echivoc: *orice contract*, indiferent de natura și obiectul lui, ale cărui părți sunt un profesionist și un consumator face parte din domeniul de aplicare a legii. Chiar dacă, așa cum rezultă din art. 4 alin. (2), contractele de adeziune par a fi vizate cu prioritate, în realitate nicio formulă contractuală – chiar prescurtată – nu poate fi sustrasă de la aplicarea legii, dacă sunt reunite exigențele acesteia. Este ceea ce indică art. 3, care enumeră în domeniul legal de incidență bonurile de comandă sau de livrare, biletele, tichetele și alte asemenea înscrisuri care conțin stipulări sau referiri la condiții generale prestabile.

Deși, dintr-o regretabilă inadvertență, legiuitorul român nu a preluat, în definiția comerciantului, precizarea comunitară că activitatea acestuia poate fi publică sau privată⁶, apreciem că nivelul de protecție asigurat de legea națională nu poate fi inferior celui implicat în legea europeană. Fără dubiu deci, atât contractele de drept privat, cât și cele de serviciu public, fac parte din domeniul de aplicare a legii.

Iar cât le privește pe cele din urmă, sunt în mod egal sub incidența prohibiției clauzelor abuzive, fie că sunt încheiate de operatori din sectorul public supuși dreptului privat (în domeniul distribuției energiei electrice sau apei, poștei, al transporturilor feroviare etc.), fie că sunt încheiate de servicii publice administrative (spitale, universități etc.).

Scapă însă interdicției contractele sau clauzele incluse în contracte, redactate „în temeiul unor alte acte normative în vigoare” [art. 3 alin. (2) din lege]. Astfel numai prin dispozițiile imperative ale altor acte normative se impune un anumit conținut drepturilor și obligațiilor părților, putând fi înlăturată incidența legii speciale.

În ceea ce privește **clauzele**, acestea reprezintă dispozițiile contractuale, care emană de la ambele părți sau doar de la una singură, rezultat al voinței lor liber exprimate, care definesc și dau substanță formei, obiectului și scopului contractului. Redactarea și inserarea în cuprinsul contractului a acestor dispoziții sunt lăsate la libera alegere a părților conform principiului libertății contractuale.

Clauzele contractuale capătă fizionomii diferite în funcție de ramurile de drept sub a căror incidență se încheie contractele respective. Astfel, prevederile dintr-un

⁶ Directiva comunitară a cărei transpunere o reprezintă legea internă menționează într-unul din considerente: „...la présente directive s'applique également aux activités professionnelles à caractère public”.

contract civil, încheiat de regulă între neprofesioniști, au de obicei o exprimare mai apropiată de limbajul comun, sunt negociate direct de părțile implicate și sunt rezultatul nemijlocit al acordului lor de voință. Asistarea părților ce încheie o convenție civilă de către profesioniști în domeniul juridic elimină și contradicțiile și echivocul din aceste clauze contractuale, lăsându-le însă caracterul simplu și concis, fiind ușor inteligibile și pentru un neinițiat în domeniul dreptului civil.

În domeniul dreptului comercial situația este mai nuanțată. Datorită celerității cu care se desfășoară operațiunile juridice comerciale și a volumului mare de activități desfășurate de comercianți a apărut necesitatea formulării unor contracte standard cu clauze prestabilite. Părțile care încheie un astfel de contract își exprimă acordul de voință numai pentru încheierea contractului în ansamblul său, clauzele sale luate separat nefăcând obiectul unei negocieri directe, conținutul lor fiind cunoscut din practica comercială. Clauzele din aceste contracte sunt caracterizate prin abundență de termeni de specialitate și formulări specifice domeniului comercial. Aceste contracte sunt creații relativ noi ale practicii comerciale, fiind denumite contracte de adeziune.

Atât în domeniul dreptului civil, cât și în domeniul dreptului comercial este cunoscută sancționarea abuzului de drept. În esență exercitarea abuzivă a unui drept subiectiv, având natură civilă sau comercială, înseamnă uzul său anormal, cu încălcarea legii, moralei și a bunei-credințe, în contradicție cu scopul său economic și social, deci ruperea echilibrului dintre acesta și obligația sa corelativă și, în consecință, lipsirea sa de ocrotire juridică. Pornind de la noțiunea terminologică juridică a abuzului de drept, putem defini clauzele abuzive ca fiind acele clauze care rup echilibrul contractual în mod nejustificat, conferind avantaje uneia dintre părți cu prețul dezavantajării celeilalte părți. Clauzele abuzive respectă în aparență legalitatea și sunt introduse în unele convenții în așa fel încât partea prejudiciată să fie indusă în eroare datorită formulărilor echivoce sau a termenilor de specialitate folosiți de partea (comerciant profesionist), care dorește să-și procure un avantaj nejustificat.

În accepțiunea art. 4 al Legii nr. 193/2000, **clauză abuzivă** este considerată acea clauză care nu a fost negociată direct cu consumatorul și „prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților”.

Cum este ușor de observat, întreg articolul 4 din lege este o copie fidelă a directivei comunitare, transpunerea legislativă a acesteia făcându-se printr-o simplă copiere, fapt nerecomandat în procesul armonizării legislative, deoarece poate duce la crearea unor, forme fără fond, norme juridice moarte, ineficace sau paralele în aplicarea lor în cadrul sistemului legislativ de referință.

În definiția legală sunt precizate elementele constitutive ale clauzei abuzive și anume: *caracterul nenegociat sau insuficient negociat al acestor clauze, încălcarea exigențelor bunei-credințe, dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților.*

O clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitate consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de comercianți pe piața produsului sau serviciului respectiv [art. 4 alin. (2)].

În ceea ce privește exigența bunei-credințe precizăm că buna-credință contractuală este prezumată de lege, art. 14 din noul Cod civil având o aplicare generală.

Legea nr. 193/2000 este, se pare, prima din dreptul pozitiv român care introduce în ecuația unei definiții noțiunea de echilibru contractual. Cu toate acestea, la fel ca și sursa sa comunitară, nu o definește. Trebuie precizat că dificultățile de definire par să provină din natura fluidă a noțiunii de echilibru contractual, greu de ținut prin criterii precise, pe modelul gândirii tradiționale.

Echilibrul contractual presupune o anume potrivire între drepturile și obligațiile părților, o justă repartizare a acestora, pe întreaga durată a acestuia. Prin opoziție, *dezechilibrul contractual* înseamnă nepotrivire, discrepanță între elementele conținutului contractului, adică alterarea globală a armoniei sale, înclinarea unuia sau altuia dintre talgerele balanței *justului* contractual, fie că aceasta afectează însăși nașterea contractului, fie că privește executarea lui.

Dezechilibrul semnificativ între drepturile și obligațiile părților se obiectivează în funcție de specificul fiecărei clauze abuzive sesizate. De obicei dezechilibrul contractual rezultă *ex re* din chiar stipularea unei astfel de clauze. Așa cum se precizează în lege dezechilibrul trebuie să fie semnificativ, deoarece nu orice dezechilibru poate releva o clauză abuzivă (de exemplu, profitul obținut de comerciant prin adaosul comercial în cazul unui bun vândut este ceva firesc, dat fiind faptul că scopul și trăsătura principală a oricărui comerciant este profitul – *finis meractorum este lucrum*). Caracterul semnificativ al dezechilibrului se poate aprecia în funcție de natura prestației, reciprocitatea sau nereciprocitatea unor drepturi și obligații în contextul interpretării sistematice a contractului etc.

În afară de o definiție legală a clauzei abuzive, legea ne oferă și elemente de identificare *in concreto* a acestor clauze, precum și condițiile pe care trebuie să le îndeplinească aceste dispoziții contractuale pentru a fi considerate abuzive.

Astfel, clauzele care au fost negociate direct cu consumatorul nu pot fi considerate abuzive. Este soluția ce se desprinde din interpretarea *per a contrario* a art. 4 alin. (1). Sarcina probei negocierii directe cu consumatorul revine comerciantului [art. 4 alin. (3)]. Clauzele contractuale vor fi interpretate, în vederea stabilirii caracterului lor abuziv, și separat, de sine stătător, dar mai ales utilizând metoda interpretării sistematice („a ceea ce rezultă din actul întreg”) prin raportare la reglementarea de ansamblu a contractului.

Natura abuzivă a unei clauze contractuale se evaluează în funcție de:

- a) natura produselor sau a serviciilor care fac obiectul contractului la momentul încheierii acestuia;
- b) toți factorii care au determinat încheierea contractului;
- c) alte clauze ale contractului sau alte contracte de care acesta depinde.

Precizarea acestor condiții în lege este foarte importantă, deoarece lista anexă care face parte integrantă din lege și care redă cu titlu de exemplu modele de clauze abuzive, nu cuprinde o enumerare exhaustivă a lor, revenind doctrinei și practicii judecătorești sarcina de a califica ca abuzive și alte tipuri de clauze din diferite contracte contestate în instanță.

Lista-anexă la lege, care cuprinde clauzele abuzive, nu conține o enumerare limitativă a lor. Legiuitorul a preferat să exemplifice cele mai întâlnite prevederi

contractuale care pot fi calificate ca intrând sub incidența legii și să ofere elemente de identificare a unor situații similare în cuprinsul legii. În acord cu Legea nr. 193/2000, sunt considerate clauze abuzive prevederile contractuale care:

a) dau dreptul comerciantului de a modifica unilateral clauzele contractului, fără a avea un motiv întemeiat care să fie precizat în contract.

În cazul contractelor comerciale, spre deosebire de cele civile, având în vedere natura lor și evoluția rapidă a configurației raporturilor comerciale, se practică în mod frecvent introducerea de clauze care dau dreptul unei părți să modifice unilateral prevederile unei convenții, dar numai pentru a evita o pierdere și nu pentru a obține un avantaj inechitabil. Operațiunile comerciale conțin elemente care variază independent de voința părților contractuale, cum ar fi rata inflației, indicele bursier, cotația de piață a anumitor bunuri etalon etc.

Pentru a nu fi vorba despre o clauză abuzivă, legea stabilește două obligații exprese în sarcina comerciantului care ar dori să introducă o clauză care să conțină un astfel de mecanism în contractul încheiat cu un consumator:

- interdicția de a introduce o prevedere care să dea posibilitatea comerciantului să modifice unilateral clauzele contractului, fără a avea un motiv întemeiat;
- motivul întemeiat care ar da posibilitatea introducerii unei astfel de clauze trebuie să fie precizat în cuprinsul contractului.

Evaluarea „motivului întemeiat” este lăsată, în caz de litigiu, la aprecierea instanței de judecată. Mult mai importantă este prevederea obligației de informare care incumbă comerciantului, și anume precizarea în clauză a situațiilor care îl îndreptătesc să modifice unilateral termenii contractuali⁷.

Ținând cont tocmai de specificitatea activității din diferite ramuri comerciale, reglementarea acestui tip de clauză cunoaște și unele derogări de la regula generală, în sensul că prevederile acestei litere nu se opun:

- clauzelor în temeiul cărora un furnizor de servicii financiare își rezervă dreptul de a modifica rata dobânzii plătită de către consumator ori datorată acestuia din urmă sau valoarea altor taxe pentru servicii financiare, fără o notificare prealabilă, dacă există o motivație întemeiată, în condițiile în care comerciantul este obligat să informeze cât mai curând posibil despre aceasta celelalte părți contractante și acestea din urmă au posibilitatea de a rezilia imediat contractul;

- clauzelor prin care comerciantul își rezervă dreptul de a modifica unilateral clauzele unui contract cu durata nedeterminată, în condițiile în care comerciantul are obligația de a-l informa pe consumator, printr-o notificare prealabilă transmisă în termen rezonabil, pentru ca acesta din urmă să aibă libertatea de a rezilia contractul.

În primul caz derogarea este justificată prin specificul operațiunilor financiare care depind de factori exteriori instituțiilor bancare, factori care se interconectează la nivelul pieței financiare caracterizată prin evoluția sa imprevizibilă cu consecințe directe

⁷ Semnificativ în acest sens este un exemplu dat de jurisprudența franceză, prin decizia Tribunalului Paris din 4 februarie 2003, în speță fiind considerată drept clauză abuzivă următoarea prevedere contractuală: „Père-Noël.fr (societatea pârâtă), își rezervă posibilitatea de a modifica oricând prezentele condiții generale de vânzare. Noile condiții generale vor fi aduse la cunoștința clientului printr-o nouă ediție a catalogului”.

asupra fluctuațiilor monetare. Motivația întemeiată trebuie să existe și în acest caz, numai obligația de informare este ulterioară producerii evenimentului, iar opțiunea consumatorului pentru rezilierea imediată a contractului trebuie să fie garantată.

În cel de-al doilea caz, se au în vedere contractele încheiate între comerciant și consumator pe o perioadă nelimitată. Dacă avem în vedere faptul că dreptul comercial este „ramura cea mai dinamică a dreptului privat”, putem spune că este de esență relațiilor care se stabilesc în această ramură juridică de a suferi transformări și de a se modifica spre noi și noi forme, spre a oferi participantului la viața comercială posibilitatea atingerii scopului propus: profitul. Astfel, prin derogarea amintită se oferă comerciantului posibilitatea de a modifica unilateral clauzele unui contract încheiat pe o perioadă nedeterminată, dar numai cu respectarea obligației de informare („notificare prealabilă”) executată într-un termen rezonabil și cu garantarea dreptului consumatorului de a cere rezoluțiunea contractului în măsura în care interesele sale o impun.

În cadrul paragrafului (2) al listei-anexă sunt menționate două situații în care prevederile literei a) din anexă nu se aplică:

- în cazul tranzacțiilor cu valori mobiliare, instrumentelor financiare și altor produse și servicii, în cazul în care prețul este legat de fluctuațiile cotației bursiere sau ale indicelui bursier ori ale unei rate de schimb pe piața financiară, pe care vânzătorul sau furnizorul nu le poate controla;

- în cazul contractelor pentru cumpărarea sau vânzarea de devize, cecuri de călătorie, ordine de plată internaționale emise în devize sau alte instrumente de plată internaționale.

Și aceste situații de neaplicare a legii sunt strâns legate de obiectul contractelor preconizate (operațiuni financiare, cu valori mobiliare sau cu instrumente de plată internaționale).

b) obligă consumatorul să se supună unor condiții contractuale despre care nu a avut posibilitatea reală să ia cunoștință la data semnării contractului.

Acordul de voință născut la încheierea unui contract presupune cunoașterea *ab initio* a condițiilor în care se vor exercita drepturile născute și se vor executa obligațiile asumate. În practica comercială se uzitează uneori inserarea în convenții a unor clauze care fac referire la situații de fapt considerate de notorietate în activitatea comercială sau definesc condițiile contractuale în funcție de împrejurări necunoscute la data încheierii contractelor.

Posibilitatea reală a consumatorului de a lua la cunoștință de anumite condiții contractuale, fie ele concepute prin referiri la situații necunoscute consumatorului sau prin exprimări echivoce care nu permit identificarea certă a acestora trebuie să fie apreciată *in concreto*, de la caz la caz, ținând seama și de faptul că întreaga reglementare a clauzelor abuzive tinde spre protecția persoanelor care nu au cunoștințe de specialitate în domeniu.

Momentul la care trebuie cunoscute aceste condiții contractuale este bine determinat, și anume data semnării contractului. Clauza va fi considerată abuzivă numai dacă impune consumatorului obligativitatea acceptării unor atare condiții. În cazul în care se prevede în subsidiar posibilitatea necomerciantului de a rezilia contractul în cazul în care împrejurările contractuale ar deveni împovărătoare, clauza își pierde caracterul abuziv, devenind perfect valabilă.

c) obligă consumatorul să își îndeplinească obligațiile contractuale, chiar și în situațiile în care comerciantul nu și le-a îndeplinit pe ale sale.

În contractele sinalagmatice, obligațiile părților sunt reciproce și interdependente. Reciprocitatea și interdependența dau măsura sancțiunilor și mijloacelor de apărare pe care o parte păgubită prin neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor de către partenerul său contractual le poate invoca în scopul protecției intereselor sale. Astfel, este cunoscută instituția „excepției de neexecutare a contractului” (*exceptio non adimpleti contractus*), descrisă ca un mijloc de apărare aflat la dispoziția uneia dintre părțile contractului sinalagmatic, în cazul în care i se pretinde executarea obligației ce-i incumbă, fără ca partea care pretinde această executare să și execute propriile obligații.

Prin introducerea unei astfel de clauze se urmărește anihilarea acestui mijloc de apărare al consumatorului și ruperea echilibrului contractual în favoarea comerciantului lăsându-i acestuia libertate discreționară în executarea propriilor obligații.

d) dau dreptul comerciantului să prelungească automat un contract încheiat pentru o perioadă determinată, prin acordul tacit al consumatorului, dacă perioada limită la care acesta putea să își exprime opțiunea a fost insuficientă.

Prin exemplificarea acestei clauze, legiuitorul a urmărit să dea valoare juridică „tăcerii” unei părți, valoare juridică echivalentă cu un consimțământ tacit în prelungirea unui acord încheiat pe o perioadă de timp determinată. Singura condiție de care depinde validitatea acestui consimțământ tacit se referă la o perioadă de timp rezonabilă, în care să se manifeste dreptul de opțiune al consumatorului.

În legătură cu interpretarea acestei clauze se impun unele precizări. Cu privire la durata prelungirii contractului de către comerciant în virtutea așa-zisului consimțământ tacit al consumatorului considerăm că, pentru a fi în prezența unei clauze abuzive, această durată ar trebui să fie stipulată ca fiind determinată. În caz contrar, clauza nu poate fi considerată abuzivă, deoarece simpla executare a prevederilor contractuale de către părți după ce contractul a fost considerat încheiat poate înceta prin notificarea făcută de consumator comerciantului în acest sens. Prelungirea contractului cu o perioadă determinată de timp, obligă consumatorul la respectarea acesteia, iar acest aspect este discutabil, mai ales în cazul în care acesta nu a avut la dispoziție o perioadă de timp rezonabilă pentru exercitarea dreptului de opțiune.

În ceea ce privește caracterul rezonabil al perioadei limită în care consumatorul ar putea să opteze pentru prelungirea contractului, acesta trebuie apreciat de la caz la caz, în funcție de natura prestațiilor efectuate de părți și a posibilităților de contact dintre consumator și comerciant. Dacă această perioadă de timp este considerată suficientă pentru a se exercita dreptul de opțiune, introducerea unei clauze care acordă valoare juridică tăcerii consumatorului în sensul asimilării acesteia cu un acord de voință tacit pentru prelungirea contractului este valabilă.

e) dau dreptul comerciantului să modifice unilateral, fără acordul consumatorului, clauzele privind caracteristicile produselor și serviciilor ce urmează a fi furnizate sau termenul de livrare a unui produs ori termenul de executare a unui serviciu.

Este vorba de o modificare unilaterală a termenilor contractuali, legiuitorul specificând în mod concret la ce se referă acești termeni:

- la caracteristicile produselor și serviciilor;
- la termenul de livrare a unui produs;
- la termenul de executare a unui serviciu.

La încheierea contractului dintre un consumator și un comerciant, caracteristicile produselor și serviciilor ce urmează a fi furnizate sau termenul lor de livrare constituie, de obicei, motive determinante pentru obținerea manifestării de voință a consumatorului, condiții contractuale în lipsa cărora acesta nu ar mai contracta. De aceea, prin reglementarea acestei clauze abuzive se limitează dreptul comerciantului de a modifica prevederile contractuale ce se referă la aceste aspecte, în mod unilateral, fără acordul consumatorului.

f) dau dreptul comerciantului să constate unilateral conformitatea produselor și serviciilor furnizate cu prevederile contractuale.

Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora⁸ definește noțiunea de „conformitate” a produselor cu prevederile contractuale. Astfel, se consideră că produsele sunt în conformitate cu contractul de vânzare-cumpărare dacă:

a) corespund descrierii făcute de vânzător și au aceleași calități ca și produsele pe care vânzătorul le-a prezentat cumpărătorului ca mostră sau model;

b) corespund oricărui scop specific solicitat de către consumator, scop făcut cunoscut vânzătorului și acceptat de acesta la încheierea contractului de vânzare-cumpărare;

c) corespund scopurilor pentru care sunt utilizate în mod normal produsele de același tip;

d) fiind de același tip, prezintă parametri de calitate și performanțe normale, la care consumatorul se poate aștepta în mod rezonabil, date fiind natura produsului și declarațiile publice privind caracteristicile concrete ale acestuia, făcute de vânzător, de producător sau de reprezentantul acestuia, în special prin publicitate sau prin înscriere pe eticheta produsului.

Din această reglementare, care pentru identitate de rațiune, se poate aplica prevederilor oricărui contract dintre un consumator și un comerciant, având ca obiect produse sau servicii, rezultă că obligația de a livra bunuri sau de a presta servicii în conformitate cu prevederile contractuale are pentru comerciant două laturi: în primul rând bunurile și serviciile trebuie să fie conforme cu cele de care consumatorul a luat cunoștință prin diverse mijloace (publicitate, mostre, modele etc.) și care au constituit scopul mediat (*causa remota*) la încheierea contractului, iar în al doilea rând, având în vedere specificul activității comerciale, bunurile și serviciile trebuie să se conformeze unui etalon valabil acceptat, în sensul că trebuie să prezinte caracteristici și performanțe apropiate de alte bunuri și servicii de același fel existente pe piață.

⁸ Legea nr. 449/2003 a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 812 din 18 noiembrie 2003, fiind modificată prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 174/2008. Această lege a transpus în legislația românească prevederile Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 mai 1999 privind anumite aspecte ale vânzării de bunuri de consum și garanțiile conexe, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOCE) nr. L 171 din 7 iulie 1999.

Prin prevederea clauzei abuzive de la litera f) se urmărește evitarea constatării unilaterale a conformității bunurilor livrate și serviciilor prestate cu clauzele contractuale de către comerciant, datorită faptului că numai consumatorul este în măsură să decidă dacă bunurile și serviciile obiect al contractului încheiat corespund descrierii oferite la încheierea contractului și sunt proprii scopului pentru care s-a încheiat contractul.

g) dau dreptul exclusiv comerciantului să interpreteze clauzele contractuale.

Art. 977 C. civ. prevede că „interpretarea contractelor se face după intenția comună a părților”. Dreptul exclusiv al unei părți de a interpreta clauzele i-ar da acesteia posibilitatea de a adăuga eventual noi prevederi contractuale mascate prin interpretare extensivă sau a modifica unilateral condițiile de executare din cuprinsul contractului. În legătură cu specificul clauzelor susceptibile de a fi interpretate de comerciant, nu credem că este vorba despre clauze îndoielnice, deoarece interpretarea acestora se va face întotdeauna în favoarea consumatorului.

Clauzele asupra cărora ar putea fi prevăzut un eventual drept exclusiv de interpretare a comerciantului sunt cele în care sunt uzitați temeni de specialitate sau eventuale formulări cu caracter profesional asupra cărora comerciantul să-și rezerve unilateral posibilități de interpretare. Interpretarea făcută exclusiv de către o parte are implicații asupra modului de executare al clauzelor contractuale și asupra condițiilor generale legate de nașterea drepturilor și de îndeplinirea obligațiilor.

h) restrâng sau anulează dreptul consumatorului să pretindă despăgubiri în cazurile în care comerciantul nu își îndeplinește obligațiile contractuale.

În materie de răspundere contractuală, în cazul contractelor comerciale se aplică regulile dreptului civil, atunci când nu există reglementări derogatorii de la acesta. Prin redactarea acestei clauze cu caracter abuziv într-un contract încheiat cu un consumator, comerciantul urmărește să se descarce nejustificat de obligația ce-i revine, ca parte contractantă, obligație ce constă în plata unor despăgubiri în cazul neexecutării culpabile a obligațiilor liber asumate prin convenția respectivă.

Părțile pot face renunțări asupra răspunderii ce le revine în astfel de cazuri, dar în situația de față, fiind vorba despre contracte de adeziune cu clauze impuse, apare ca neechitabil și profund împovărător pentru consumator obligarea acestuia să accepte paguba ce este cauzată prin neexecutarea întocmai a obligațiilor asumate de către comerciant și, în același timp să fie lipsit și de reparațiile bănești care i se cuvin. Pe de altă parte, prin prevederea unei astfel de clauze, comerciantul n-ar mai fi constrâns de amenințarea unor despăgubiri și ar avea o capacitate de decizie nelimitată cu privire la executarea propriilor obligații.

i) obligă consumatorul la plata unor sume disproporționat de mari în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către acesta, comparativ cu pagubele suferite de comerciant.

În practica contractuală, atât civilă cât și comercială, părțile pot stabili anticipat cuantumul despăgubirilor ce urmează a fi plătite de către partea care nu își va îndeplini obligațiile contractuale prin intermediul clauzei penale. Clauza penală este definită ca

fiind „acea convenție accesorie prin care părțile determină anticipat echivalentul prejudiciului suferit de creditor ca urmare a neexecutării, executării cu întârziere sau necorespunzătoare a obligației de către debitorul său”.

Ceea ce este de remarcat în cazul problematicii clauzei penale este faptul că instanța de judecată nu are dreptul să-i reducă sau să-i mărească cuantumul. Ea nu poate nici să verifice întinderea prejudiciului suferit de creditor și nici să ceară creditorului să dovedească întinderea prejudiciului efectiv suferit.

Dacă avem în vedere reglementarea românească în materia clauzei penale, apare pe deplin justificată prevederea caracterului abuziv a unei clauze contractuale care rupe echilibrul între prejudiciul suferit de comerciant ca urmare a neexecutării obligațiilor de către consumator și despăgubirile ce trebuiesc plătite de acesta din urmă.

j) restrâng sau interzic dreptul consumatorului de a rezilia contractul, în cazurile în care:

- comerciantul a modificat unilateral clauzele menționate la litera e);
- comerciantul nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale;
- comerciantul a impus consumatorului, prin contract, clauze referitoare la plata unei sume fixe în cazul denunțării unilaterale.

Dreptul de a rezilia un contract constituie cel mai eficient mijloc de apărare al părții care își vede periclitată interesele ce au constituit motivul determinant al încheierii convenției. Rezilierea, în cazul de față, este o sancțiune care lipsește de efecte un contract cu executare succesivă, în sensul că prestațiile la care consumatorul s-a obligat la încheierea convenției nu se mai execută. Restrângerea sau anularea dreptului consumatorului de a cere rezilierea în cazurile mai sus menționate prejudiciază grav raporturile contractuale ce se stabilesc între acesta și comerciant, de aceea exemplificarea acestei clauze abuzive ni se pare pe deplin justificată.

k) exclud sau limitează răspunderea legală a comerciantului în cazul vătămării sau decesului consumatorului, ca rezultat al unei acțiuni sau omisiuni a comerciantului privind utilizarea produselor și serviciilor.

Răspunderea la care ne referă legea are ca obiect obligația de informare a consumatorului asupra caracteristicilor și modului de funcționare a produselor livrate și a serviciilor executate, obligație ce se execută prin intermediul instrucțiunilor de utilizare furnizate în documentele tehnice care însoțesc produsul sau serviciul. Acțiunea sau omisiunea comerciantului în legătură cu utilizarea produselor și serviciilor trebuie să aibă ca efect vătămarea sau decesul consumatorului, deci consecințe grave, pentru a fi considerată clauză abuzivă prevederea unei exonerări în acest sens.

l) exclud dreptul consumatorului de a întreprinde o acțiune legală sau de a exercita un alt remediu legal, solicitându-i în același timp rezolvarea disputelor în special prin arbitraj.

Din punct de vedere procedural, arbitrajul se înfățișează ca o modalitate privată de soluționare a litigiului dintre părți de către o persoană aleasă de către acestea. Arbitrajul privat este folosit frecvent în raporturile de drept comercial. Explicația rezidă

în interesul acut al comercianților de a recurge la o cale procedurală eficientă și mai rapidă de soluționare a litigiilor.

Însă în contractele încheiate între un comerciant și un consumator, recurgerea exclusivă la arbitraj ar aduce consumatorul pe „terenul” comerciantului, care cunoaște mai bine instituția și poate avea un avantaj inițial. Din alt punct de vedere, procedura arbitrajului are temei contractual, adică de voința liber exprimată, ceea ce nu se verifică în cazul clauzelor impuse în contractele de adeziune, care nu sunt negociate direct.

m) permit în mod nejustificat impunerea unor restricții în administrarea probelor evidente de care dispune consumatorul sau solicitarea unor probe care, potrivit legii, fac obiectul unei alte părți din contract.

Sistemul probator în materie comercială este, într-o oarecare măsură, diferit de dreptul comun și este firesc ca legiuitorul să facă unele concesii în această materie pentru a asigura creditul, securitatea și celeritatea operațiunilor comerciale. Sistemul probator în materie comercială este diferit cantitativ față de cel civil (în sensul că sunt permise și alte mijloace de probă în plus) și este mai puțin restrictiv.

Prin introducerea unei clauze prin care s-ar limita dreptul consumatorului de a administra probe sau i s-ar cere probe care fac obiectul unei alte părți din contract, comerciantul ar urmări de fapt sustragerea de la răspunderea legală sau contractuală, sustragere care face obiectul unor clauze abuzive descrise la punctele anterioare (căci „ceea ce nu poate fi probat nu există”). Această limitare a dreptului de probațiune este permisă în condițiile de existență a unor motive întemeiate. Credem că un astfel de motiv ar ține de divulgarea unor secrete profesionale ale comerciantului, în cazul în care s-ar permite administrarea probei.

n) dau dreptul comerciantului să transfere obligațiile contractuale unei terțe persoane – agent, mandatar etc. – fără acordul consumatorului, dacă acest transfer servește la reducerea garanțiilor sau a altor răspunderi față de consumator.

În general, contractele comerciale nu sunt contracte încheiate *intuitu personae*. Odată ce bunul ce trebuie livrat are caracteristicile stabilite prin contract sau serviciul trebuie executat într-un anume fel prevăzut convențional, oricine poate executa obligația comerciantului. Problema abuzului se pune doar în cazul clauzelor care prin substituirea comerciantului cu un agent sau un mandatar reduc garanțiile sau răspunderile (contractuale, legale) față de consumator. Aceasta clauză poate fi introdusă numai cu acordul consumatorului și numai după o negociere directă a noilor garanții sau răspunderi.

o) interzic consumatorului să compenseze o datorie către comerciant cu o creanță pe care el ar avea-o asupra comerciantului.

Compensația este modul de stingere a obligațiilor (civile sau comerciale) care constă în stingerea a două obligații reciproce, până la concurența celei mai mici dintre ele. Compensația operează de drept dacă sunt întrunite condițiile:

- obligațiile să fie reciproce;

- creanțele să aibă ca obiect sume de bani sau anumite bunuri fungibile de aceeași natură;

- creanțele ce urmează a se compensa să fie certe, lichide și exigibile⁹.

Avantajele practice ale compensației le reprezintă evitarea plății duble și garantarea realizării creanței creditorului. În activitatea comercială, unde creditul joacă un rol important și este nevoie de lichidități pentru derularea operațiunilor comerciale, comerciantul ar putea fi tentat să interzică printr-o clauză expresă compensația, obligând astfel consumatorul să facă un efort pentru plata integrală a creanței, deși ar fi îndeplinite condițiile compensației.

p) prevăd că prețul produselor este determinat la momentul livrării sau permit vânzătorilor de produse ori furnizorilor de servicii dreptul de a crește prețurile, fără ca, în ambele cazuri, să acorde consumatorului dreptul de a anula contractul în cazul în care prețul final este prea mare în raport cu prețul convenit la momentul încheierii contractului.

Conținutul acestei clauze abuzive cuprinde două situații distincte:

- cazul în care între momentul încheierii contractului și executarea efectivă a obligației comerciantului se scurge un anumit termen, iar prețul produselor se determină la momentul livrării;

- cazul în care vânzătorii de produse ori furnizorii de servicii majorează unilateral prețurile.

În ambele cazuri, clauza este considerată abuzivă dacă nu se acordă consumatorului dreptul de a anula contractul în cazul în care prestația sa finală devine prea oneroasă în raport cu cea stabilită la momentul încheierii contractului. În prima situație contractul este afectat de fenomenul impreviziunii, iar în cel de-al doilea caz comerciantul își ajustează unilateral strategia de obținere a profitului.

Impreviziunea este determinată de fenomenul economic al deprecierii monetare, prin inflație, produs ulterior încheierii contractului, și se pune problema posibilității de adaptare a contractului la noile împrejurări. De aceea, legiuitorul specifică în continuare că „prevederile acestei litere nu se opun clauzelor de indexare a prețului, atât timp cât sunt legale, cu condiția ca metoda prin care prețurile variază să fie descrisă în mod explicit.”.

Prevederile acestei litere nu se aplică:

- în cazul tranzacțiilor cu valori mobiliare, instrumentelor financiare și altor produse și servicii, în cazul în care prețul este legat de fluctuațiile cotației bursiere sau ale indicelui bursier ori ale unei rate de schimb pe piața financiară, pe care vânzătorul sau furnizorul nu le poate controla;

- în cazul contractelor pentru cumpărarea sau vânzarea de devize, cecuri de călătorie, ordine de plată internaționale emise în devize sau alte instrumente de plată internaționale, pentru motivele arătate la punctul a).

⁹ Compensația ca mijloc de stingere a obligațiilor este reglementată de art. 1.616 – 1.623 din noul Cod civil.

r) permit comerciantului obținerea unor sume de bani de la consumator, în cazul neexecutării sau finalizării contractului de către acesta din urmă, fără a prevedea existența compensațiilor în sumă echivalentă și pentru consumator, în cazul neexecutării contractului de către comerciant

Prin procedeul descris prin această exemplificare a unei clauze abuzive comerciantul încearcă să introducă în cuprinsul contractului o clauză penală imperfectă, care își produce efectele unilateral, numai în favoarea sa. Excluderea consumatorului de la obținerea echivalentului pagubei produse prin neexecutarea sau renunțarea la contract din partea comerciantului constituie o rupere a echilibrului contractual, prejudiciind grav interesele primului.

Clauza penală, fiind o convenție accesorie, este rodul acordului de voință a părților în ceea ce privește cuantumul despăgubirilor ce sunt datorate ca urmare a neexecutării obligațiilor contractuale de către una dintre părți, și pentru a-și îndeplini funcția sa juridică într-un contract de adeziune ea trebuie să-și producă efectele în ambele sensuri.

s) dau dreptul comerciantului să anuleze contractul în mod unilateral, fără să prevadă același drept și pentru consumator.

La prima vedere se pare că legiuitorul interzice comerciantului să introducă în contractul încheiat cu un consumator o clauză de denunțare unilaterală a contractului. Dar din formularea folosită de legiuitor, puțin imprecisă de altfel, se pare că adevărata interdicție se adresează unei clauze care să prevadă dreptul unilateral al comerciantului de a cere în instanță anularea unui contract lovit de nulitate relativă. Spunem că formularea este imprecisă pentru că, dacă într-adevăr s-a dorit reglementarea clauzei abuzive în acest sens, comerciantul nu are dreptul de a anula de la sine putere contractul, ci trebuie să se adreseze instanței pentru constatarea nulității relative și anularea sa.

t) dau dreptul comerciantului să înceteze contractul încheiat pentru o durată nedeterminată fără o notificare prealabilă rezonabilă, cu excepția unor motive întemeiate.

Un contract cu executare succesivă încheiat pe o perioadă nedeterminată poate fi denunțat unilateral de una dintre părți, cu condiția emiterii către cealaltă parte a unei notificări prealabile. Notificarea este necesară părții cocontractante pentru a fi înștiințată despre intențiile partenerului său contractual și a putea evita eventualele pierderi ce s-ar putea ivi în urma încetării contractului. Pentru a-și putea îndeplini scopul, notificarea trebuie făcută într-un termen rezonabil față de momentul proiectat al încetării contractului. Lipsa notificării ar duce la rezilierea intempestivă a contractului, aducând prejudicii consumatorului care ar fi luat prin surprindere de noua situație creată.

Totuși, specificul unor activități comerciale a obligat legiuitorul să admită situații de neaplicare a acestei litere. Astfel, nu sunt considerate clauze abuzive prevederile contractuale care includ cele arătate la litera t) în cazul în care:

- furnizorul de servicii financiare își rezervă dreptul de a dispune în mod unilateral încetarea unui contract încheiat pe o perioadă nedeterminată și fără o notificare prealabilă în cazul unui motiv întemeiat, cu condiția ca furnizorul să fie obligat să informeze imediat celelalte părți contractante.

Această derogare de la prevederile literei t) este justificată tocmai prin specificul activității bancare, prin rapiditatea operațiunilor bancare și prin imprezizibilitatea lor,

aspecte care nu sunt imputabile furnizorului de servicii financiare și care îl obligă pe acesta să acționeze rapid forțat de împrejurări pe care nu le poate controla. Totuși, și în acest caz subzistă o obligație de informare a celorlalte părți contractuale, obligație ulterioară de această dată denunțării unilaterale a contractului și care trebuie executată de îndată.

- în cazul tranzacțiilor cu valori mobiliare, instrumentelor financiare și altor produse și servicii, în cazul în care prețul este legat de fluctuațiile cotației bursiere sau ale indicelui bursier ori ale unei rate de schimb pe piața financiară, pe care vânzătorul sau furnizorul nu le poate controla;

- în cazul contractelor pentru cumpărarea sau vânzarea de devize, cecuri de călătorie, ordine de plată internaționale emise în devize sau alte instrumente de plată internaționale.

Este de menționat că judecătorului îi este recunoscut de jurisprudența comunitară dreptul de a se sesiza *din oficiu* cu privire la caracterul abuziv al unei clauze contractuale. Curtea de Justiție a UE a apreciat că „obiectivul urmărit prin art. 6 al directivei, care impune statelor membre să prevadă că stipulațiile abuzive nu-i leagă pe consumatori, nu ar putea fi atins dacă cei din urmă ar fi obligați să invoce ei înșiși caracterul abuziv al unor asemenea clauze” și că „o protecție efectivă a consumatorului nu ar putea fi atinsă decât dacă judecătorului național i se recunoaște facultatea de a aprecia din oficiu o astfel de clauză”¹⁰.

Fără a analiza în prezentul studiu sistemul sancționator prevăzut de directivă, menționăm în final importanța cunoașterii de către profesioniștii dreptului a prevederilor Legii nr. 193/2000, având în vedere implicațiile deosebit de importante ale directivei europene, în condițiile în care, potrivit jurisprudenței constante a CJUE, sistemul de protecție pus în aplicare prin Directiva 93/13 se bazează pe ideea că un consumator se găsește într-o situație de inferioritate față de un vânzător sau un furnizor în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și nivelul de informare, situație care îl conduce la adeziunea la condițiile redactate în prealabil de vânzător sau furnizor, iar clauzele abuzive nu creează obligații pentru consumator, aceasta reprezentând o dispoziție imperativă, o normă echivalentă cu normele naționale care ocupă, în cadrul ordinii juridice interne, rangul de norme de ordine publică¹¹.

¹⁰ CJCE 27 iunie 2000, aff. C-240/98 – C-244, Océano Grupo Editorial SA c. Roció Marciano Quintero, Rec. 2000, p. 4941 și urm., pct. 26. Curtea, evident, nu a putut să-și fundamenteze decizia pe nicio dispoziție a directivei, ci, așa cum a mai procedat și în alte cazuri, pe „spiritul” textului. Pentru a-și justifica imixtiunea în procedura civilă a statelor, ea a pus accentul pe existența unei ordini publice economice europene care guvernează sistemele naționale de drept. Ulterior, autonomia procedurală a judecătorului a fost nu numai reconfirmată, ci consolidată. Astfel, CJCE a decis că „în procedurile care au ca obiect executarea clauzelor abuzive, introduse de profesioniștii împotriva consumatorilor, fixarea unei limite temporale puterii judecătorului de a îndepărta, din oficiu sau ca urmare a unei excepții ridicate de consumator, asemenea clauze este de natură să aducă atingere efectivității protecției voite prin art. 6 și 7 ale directivei” (CJCE, 21 noiembrie 2002, aff. C-473/00, Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout, Rec. 2002 I, p. 10875). Cu alte cuvinte, Curtea a autorizat judecătorul să înfrângă dispozițiile dreptului național. Și de această dată motivarea deciziei nu a urmat litera, ci spiritul prevederilor comunitare.

¹¹ Hotărârea din 27 iunie 2000, Océano Grupo Editorial și Salvat Editores, C240/98-C244/98, Rec., p. I4941, punctul 25; Hotărârea din 26 octombrie 2006, Mostaza Claro, C168/05, Rec., p. I10421, punctul 25; Hotărârea din 6 octombrie 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, Rep., p. I9579, punctul 29.

Gestiunea bunurilor comune ale soților în sistemul Codului civil român – continuitate sau reformă?

*Lector univ. dr. Cristina NICOLESCU
Facultatea de Drept, Universitatea din București*



Management of the spouses' common assets in the system of the Romanian Civil Code – continuity or reform?

Abstract: The administration of the community assets, based on the principle of equality between spouses, is generally considered one of the most important problems related to legal and conventional community of property.

Following the main rule of art. 345 of the Romanian Civil Code each spouse has, in principle, the power to individually administer and dispose of community assets. Thus, the traditional provision of joint administration regulated by the Family Code is amended, the new rule being a modern one.

However this main rule of concurrent administration is subject to some exceptions. Indeed, for some acts concerning some community assets the power of administration may belong only to one spouse and for others the consent of the other spouse may be needed.

Keywords: administration of the community assets, concurrent administration, joint administration, sole administration.

§ 1. Preliminarii

Principiul pluralității regimurilor matrimoniale consacrat în sistemul Codului civil român a deschis soților noi spații de libertate, oferindu-le acestora oportunitatea de a-și organiza, așa cum cred de cuviință, aspectele patrimoniale ale vieții lor conjugale.

Regimul comunității de bunuri, cu unele modificări, și-a păstrat rangul de *regim matrimonial legal*¹, dar spre deosebire de reglementarea din Codul familiei prezintă un *caracter flexibil*, fiind aplicabil doar în cazurile în care soții nu au optat pentru un alt

¹ Este util de precizat în context că dispozițiile Noului Cod civil în materia relațiilor personale și patrimoniale dintre soți își întind aripa modelatoare și asupra căsătoriilor în ființă la data de 1 octombrie 2011, art. 27 LPA statuând următoarele: „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.”.

regim matrimonial prin convenție matrimonială, respectiv pentru regimul separației de bunuri sau pentru regimul comunității convenționale.

Comunitatea legală de bunuri constituie cel mai prețios element de continuitate între reglementarea din Codul familiei și reglementarea regimurilor matrimoniale din Codul civil. În consecință, soluțiile cristalizate în doctrină și în jurisprudență sub imperiul Codului familiei își păstrează actualitatea și pot fi valorificate în practica judecătorească și notarială.

Codul civil aduce însă și contribuții semnificative, mult mai flexibile în raport cu reglementarea anterioară, ceea ce sporește atractivitatea acestui regim, devenind mult mai adaptat dinamicii pe care actualele condiții economice și sociale o imprimă raporturilor patrimoniale dintre soți².

* *
*

În continuare vor fi prezentate elementele esențiale vizând gestiunea³ bunurilor comune ale soților în reglementarea Codului familiei, respectiv în sistemul Codului civil. Pe baza acestor jaloane trasate, cititorul va putea degaja și un răspuns la întrebarea din titlul studiului: continuitate sau reformă în această materie?

§ 2. Mecanisme de gestiune a bunurilor comune ale soților

Una dintre cele mai importante probleme ale regimurilor comunitare vizează gestiunea bunurilor comune, la baza căreia stă principiul egalității soților.

Care este cel mai adecvat mecanism de a pune în aplicare acest principiu, astfel încât să se asigure atât dreptul fiecărui soț de a participa la gestiunea bunurilor comune, cu respectarea principiului egalității dintre soți, cât și fluenta circuitului civil?

Din punct de vedere teoretic pot fi concepute trei mecanisme de gestiune a acestei categorii de bunuri⁴:

- *gestiunea comună/conjunctă* (cogestiune), ceea ce înseamnă că toate actele asupra bunurilor comune se săvârșesc de cei doi soți împreună;

- *gestiunea paralelă* (concurrentă), caracterizată de puterea fiecărui soț de a gestiona singur comunitatea de bunuri⁵;

² Pentru o analiză comparativă a regimului comunității legale de bunuri sub imperiul Codului familiei și cel al Codului civil, a se vedea M. Avram, C. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 171 și urm.

³ Precizăm că în cuprinsul acestei lucrări noțiunea de „gestiune” este utilizată într-un sens larg, acoperind și actele juridice de dispoziție asupra bunurilor, iar nu doar pe cele de administrare, așa cum ar lăsa să se înțeleagă accepțiunea comună a acestui concept. Noțiunea evocă, totodată, puterile pe care soții le au asupra bunurilor comune și modalitatea în care aceste puteri sunt repartizate între ei, fiind utilizată în doctrina juridică de specialitate din alte state.

⁴ Pentru dezvoltări cu privire la caracteristicile acestor sisteme de gestiune a bunurilor comune, inclusiv dintr-o perspectivă comparativă, v. M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 228 și urm.

⁵ Acest sistem a fost adoptat în Belgia în anul 1976, fără a ridica probleme speciale în practică și preluat de Franța în 1985 – anul substanțialei reforme în materia regimurilor matrimoniale.

- *gestiunea separată* – fiecare soț nu are putere decât asupra bunurilor proprii și asupra bunurilor comune pe care le-a dobândit.

La acestea se poate adăuga, cu titlu excepțional, așa-numita *gestiune exclusivă* – un soț are o putere exclusivă, ținând seama de natura juridică a actului sau a bunului.

a) Gestiunea comună (cogestiunea)

În cadrul acestui sistem, toate actele asupra bunurilor comune se săvârșesc de cei doi soți împreună, fiind deci necesar, întotdeauna, consimțământul ambilor. Acest sistem asigură coeziunea patrimonială dintre soți, pentru că, prin ipoteză, toate deciziile se iau în comun de cei doi soți. I s-ar putea reproșa faptul că nu răspunde suficient dinamicii circuitului civil.

Pentru a corecta acest neajuns, se poate recurge la mecanismul complementar al *mandatului tacit reciproc între soți*: deși actul este încheiat doar de unul dintre soți, acesta acționează atât în numele său, cât și al celuilalt soț, care devine astfel parte în contract, fiind deci presupus și consimțământul său. Mandatul tacit, de regulă, corespunde realității, după cum sunt situații în care se transformă în ficțiune.

b) Gestiunea paralelă (concurrentă)

Aceasta presupune că fiecare soț are, în principiu, puterea de a gestiona singur comunitatea de bunuri, altfel spus fiecare este în egală măsură „șef al comunității”.

Egalitatea dintre soți se traduce, așadar, într-o *independentă reciprocă* a lor în ceea ce privește gestiunea bunurilor comune. Fiecare soț poate săvârși acte asupra bunurilor comune în virtutea propriei sale puteri conferite de lege, iar nu și în calitate de reprezentant al celuilalt soț. Acest mecanism elimină practic dificultățile generate de prezumția mandatului tacit reciproc, dar prezintă riscul săvârșirii unor acte dezordonate, contradictorii, deoarece fiecare soț poate să acționeze pe cont propriu asupra bunurilor comune. Teoretic, nu este exclusă chiar și ipoteza în care fiecare soț să încheie acte juridice singur asupra aceluiași bun comun. Întrucât gestiunea paralelă presupune că fiecare soț are puterea să acționeze singur *în interesul comunității*, legea instituie principiul *responsabilității fiecăruia dintre soți* pentru actele încheiate singur și prin care se prejudiciază interesele celuilalt soț legate de comunitatea de bunuri.

c) Gestiunea exclusivă

Gestiunea exclusivă reprezintă o excepție de la gestiunea concurrentă și de la cogestiune și intervine atunci când actul prezintă un caracter personal. Astfel, sunt considerate că intră în sfera acestui mecanism: legatul; partajul unei succesiuni care intră în comunitate (și care poate fi cerut doar de soțul moștenitor); actele de gestiune asupra bunurilor comune care au fost afectate exercitării profesiei unuia dintre soți și care nu pot fi făcute decât de soțul care exercită profesia, fără nicio ingerință din partea celuilalt soț, sub condiția să fie vorba de acte curente.

d) Gestiunea separată

În cadrul acestui mecanism, fiecare soț exercită puteri doar asupra bunurilor proprii, precum și asupra bunurilor comune pe care le-a dobândit.

S-a arătat că acest sistem prezintă un dublu inconvenient: pe de o parte, distruge orice spirit comunitar în timpul căsătoriei, iar, pe de altă parte, prezintă serioase dificultăți practice deoarece presupune să se determine pentru fiecare bun în parte care dintre soți l-a dobândit⁶. Acest mecanism nu este consacrat de Codul civil român.

§ 3. Gestiunea bunurilor comune potrivit Codului familiei

Art. 35 alin. (1) C. fam. statua următoarele: „Soții administrează și folosesc împreună bunurile comune și dispun tot astfel de ele.” (s.n.). În continuare, alin. (2) prevedea „Oricare dintre soți, exercitând singur aceste drepturi, este socotit că are și consimțământul celuilalt soț. Cu toate acestea, niciunul dintre soți nu poate înstrăina și nici nu poate greva un teren sau o construcție ce face parte din bunurile comune, dacă nu are consimțământul expres al celuilalt soț.”⁷.

Sistemul consacrat de art. 35 alin. (1) C. fam. era, în principiu, un *sistem al gestiunii comune*.

Pentru a tempera efectele inhibitoare asupra circuitului civil ale unui atare sistem, art. 35 alin. (2) teza I C. fam. a instituit *prezumția de mandat tacit reciproc* între soți.

Legea presupunea că soțul care încheie singur un act de administrare, folosință sau dispoziție asupra unui bun comun acționează atât în nume propriu, cât și ca reprezentant, ca mandatar, al celuilalt soț, astfel încât, în virtutea prezumției de mandat tacit reciproc, deși actul era încheiat doar de unul dintre soți, se considera că ambii soți sunt părți în actul respectiv.

De aici rezultau următoarele consecințe:

a) oricare dintre soți care încheia actul singur îl reprezenta pe celălalt soț în temeiul unui mandat tacit. Deci dreptul de reprezentare reciprocă a soților nu izvora din lege, ci era convențional;

b) existența mandatului tacit reciproc nu trebuia dovedită, deoarece era presupusă de legiuitor.

Aplicarea mandatului tacit reciproc era limitată sau îngrădită atunci când anumite acte juridice nu se puteau încheia decât cu consimțământul expres al ambilor soți, și anume: în cazul actelor de dispoziție cu privire la bunurile imobile [limita legală expresă consacrată de art. 35 alin. (2) teza a II-a C. fam.], precum și în ipoteza actelor juridice cu titlu gratuit *inter vivos* (limită legală virtuală care rezulta din ansamblul prevederilor legale).

În astfel de situații, fiecare soț trebuia să-și exprime consimțământul, fie personal (prin prezența la încheierea actului), fie printr-un mandat expres și special, dat pentru încheierea actului juridic respectiv.

Prin excepție, în cazul actelor de conservare se aplica *mecanismul gestiunii paralele*, în sensul că aceste acte puteau fi săvârșite de un singur soț, fără consimțământul

⁶ A se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Ed. Defrénois, Paris, 2007, p. 179.

⁷ Pentru dezvoltări cu privire la mecanismele de gestiune a bunurilor comune ale soților reglementate de Codul familiei, a se vedea I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a VIII-a, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 144 și urm.

celuilalt și chiar dacă acesta din urmă s-ar fi opus. Soluția era desprinsă din interpretarea art. 35 C. fam., potrivit căruia intrau sub incidența cogestiunii actele de administrare, folosință și dispoziție, în timp ce cu privire la actele de conservare textul nu prevedea că se săvârșesc de soți împreună, de unde soluția posibilității încheierii acestora doar de unul dintre soți. În plus, regula era justificată de faptul că aceste acte profită întotdeauna comunității de bunuri.

Gestiunea exclusivă putea fi regăsită în cazul testamentului, fiind general admis că un soț poate dispune singur, prin testament, de partea sa din bunurile comune, ținând cont de faptul că testamentul produce efecte la data morții soțului testator, când încetează și comunitatea de bunuri. De asemenea, se putea discuta de o gestiune exclusivă a bunurilor în cazul sumelor de bani (bunuri comune), depuse de unul dintre soți la o bancă, având în vedere caracterul personal al raporturilor dintre bancă și client.

§ 4. Gestiunea bunurilor comune în sistemul Codului civil – comunitatea legală

4.1. Aspecte generale. Codul civil consacră un *mecanism mixt* de gestiune a bunurilor comune⁸: *gestiunea paralelă* în cazul majorității actelor juridice care au ca obiect bunuri comune ale soților, temperată de instituirea unei *gestiuni comune* pentru ipoteza încheierii unor acte juridice grave pentru comunitate, care în principiu necesită consimțământul ambilor soți.

Pentru anumite categorii de acte juridice, dat fiind caracterul personal al acestora, devine funcțional mecanismul *gestiunii exclusive*.

a) *Gestiunea paralelă*. Pentru majoritatea actelor juridice care au ca obiect bunuri comune ale soților, legiuitorul a consacrat mecanismul gestiunii paralele (concurrente), comunitatea fiind dotată cu un „executiv bicefal”⁹.

Art. 345 și art. 346 C. civ. permit identificarea domeniului de aplicare a sistemului gestiunii paralele, atât din punctul de vedere al bunurilor, cât și al naturii actelor juridice asupra acestora. Sunt supuse regulii gestiunii paralele următoarele categorii de acte având ca obiect bunuri comune:

- actele de conservare asupra bunurilor mobile și imobile;
- actele de folosință asupra bunurilor mobile și imobile;
- actele de administrare asupra bunurilor mobile și imobile;
- actele de dispoziție cu titlu oneros asupra bunurilor mobile care, potrivit legii, nu sunt supuse unor formalități de publicitate;
- darurile obișnuite;
- actele de dobândire a bunurilor comune.

⁸ Pentru dezvoltări cu privire la gestiunea bunurilor comune potrivit Codului civil, a se vedea M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 252 și urm., iar pentru o succintă prezentare, a se vedea și M. Soreață, *Particularități privind drepturile soților asupra bunurilor comune potrivit proiectului de Cod civil*, în *Revista de Științe Juridice* nr. 1-2/2005, pp. 76-80.

⁹ Pentru această sintagmă extrem de sugestivă, împrumutată din dreptul constituțional, a se vedea J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, Paris, 2001, p. 339.

b) *Gestiunea comună*. Prin excepție, rămân în câmpul de aplicare a mecanismului cogestiunii:

- actele ce presupun schimbarea destinației bunului comun;
- actele de dispoziție asupra unor mobile comune, supuse anumitor formalități de publicitate;
- actele de înstrăinare sau grevare a bunurilor imobile comune;
- actele juridice cu titlu gratuit *inter vivos* având ca obiect bunuri comune, cu excepția darurilor obișnuite;
- actele juridice prin care ar fi afectată folosința locuinței familiei - [art. 322 alin. (1)];
- actele materiale având ca obiect bunuri ce mobilează sau decorează locuința familiei, precum și actele de dispoziție asupra acestor bunuri [art. 322 alin. (2)];
- actele de dispoziție asupra unor bunuri mobile comune în ipoteza constituirii ca aport la o societate sau pentru dobândirea de părți sociale ori, după caz, de acțiuni [art. 349 alin. (1)].

c) *Gestiunea exclusivă*. Intră în această categorie:

- legatul (art. 350);
- gestiunea sumelor de bani sau a titlurilor aflate în conturile deschise doar pe numele unuia dintre soți [art. 317 alin. (2)];
- bunurile comune destinate exercitării profesiei unuia dintre soți și care nu au natura juridică a bunurilor proprii, respectiv elementele unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri [art. 340 lit. c), teza a II-a coroborat cu art. 327 care consacră independența profesională a soților];
- titlurile de valoare (acțiunile, părțile sociale) - deși sunt bunuri comune, soțul care este asociat exercită singur toate drepturile ce decurg din această calitate și poate realiza singur transferul titlurilor de valoare deținute [art. 349 alin. (2), teza a II-a].

4.2. Elemente novatoare raportate la reglementarea Codului familiei

Comparând reglementarea din Codul civil cu soluțiile aplicate sub imperiul Codului familiei, pot fi decelate o serie de elemente de continuitate. Spre exemplu, s-a conservat soluția anterioară, potrivit căreia în cazul actelor de dispoziție asupra bunurilor imobile, precum și în cazul actelor cu titlu gratuit între vii asupra bunurilor mobile, cu excepția darurilor obișnuite, este necesar consimțământul expres al ambilor soți, sancțiunea fiind nulitatea relativă. De asemenea, s-a menținut sistemul gestiunii paralele în cazul actelor de conservare având ca obiect bunuri comune ale soților.

Dincolo de aceste elemente comune, în sistemul Codului civil pot fi decelate o serie de soluții novatoare, moderne, de inspirație străină, care marchează un abandon al perspectivei tradiționale în materia gestiunii bunurilor comune ale soților și deci o ruptură în raport cu reglementarea anterioară din cuprinsul Codului familiei. Aceste elemente novatoare vizează:

a) *Extinderea mecanismului gestiunii paralele*. Față de aspectele învederate la pct. 1, rezultă îndubitabil că Noul Cod civil s-a îndepărtat de soluția tradițională din cuprinsul Codului familiei, respectiv sistemul cogestiunii, instituit prin dispozițiile art. 35 alin. (1).

Dacă sub imperiul Codului familiei singurele acte care intrau în sfera de aplicare a mecanismului gestiunii paralele erau actele de conservare, Codul civil extinde, după cum am arătat, câmpul de aplicare a gestiunii paralele.

b) *Renunțarea la prezumția mandatului tacit reciproc.* Consecința firească a noii perspective și opțiuni legislative în materia gestiunii bunurilor comune a fost renunțarea la prezumția mandatului tacit reciproc¹⁰, a cărei rațiune nu mai subzista, odată cu consacrarea sistemului gestiunii paralele¹¹.

Din păcate, o parte a doctrinei continuă să analizeze art. 345 C. civ. prin prisma mandatului tacit reciproc între soți, reglementat anterior de art. 35 C. fam. și chiar este criticată redactarea textului pentru că nu ar reflecta exact această instituție¹².

Considerăm că opinia formulată nu are suport în dispozițiile art. 345-346 C. civ. Din interpretarea literală a prevederilor art. 345, rezultă neîndoielnic faptul că opțiunea legiuitorului român a fost în sensul de a institui un alt mecanism de gestiune a bunurilor comune, fiind abandonată prezumția mandatului tacit reciproc.

Astfel, potrivit art. 35 alin. (1) C. fam., soții administrau, foloseau și dispuneau împreună de bunurile comune, așadar un sistem al gestiunii comune, temperat de prezumția mandatului tacit reciproc între soți.

Dimpotrivă, în ipoteza normativă a art. 345 alin. (1) și (2) C. civ. se statuează neechivoc că *fiecare soț* are dreptul să încheie respectivele acte juridice „fără consimțământul expres al celuilalt soț.”

Așadar, deosebirea de redactare între cele două texte nu denotă o lipsă de inspirație/rigoare a legiuitorului, ci ating însăși substanța reglementării. Faptul că legiuitorul nu mai prevede expres că soțul care încheie singur actul „este socotit” că are și consimțământul celuilalt soț, ci instituie puterea fiecăruia dintre soți de a încheia singur anumite categorii de acte juridice, exprimă fără niciun echivoc voința de a abandona prezumția de mandat tacit reciproc. Prin urmare, în noul context legislativ fiecare soț poate săvârși acte asupra bunurilor comune în virtutea propriei sale puteri conferite de lege, iar nu și în calitate de reprezentant al celuilalt soț.

Admitem că pot fi formulate diverse judecăți de valoare cu privire la această nouă soluție legislativă, însă noul mecanism trebuie înțeles și acceptat ca atare. Căci numai

¹⁰ În sensul că „este utilă menținerea dispozițiilor referitoare la prezumția de mandat tacit reciproc, rostul acestei prezumții fiind ca operațiile juridice să se desfășoare mai ușor, atât din punct de vedere al soților, cât și al tertilor de bună-credință”, a se vedea C. Roșu, *Contractul de mandat în dreptul privat intern*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 208.

¹¹ Pentru considerentele care au stat la baza înlăturării mecanismului reprezentării mutuale în sistemul de drept francez, cu ocazia reformei din anul 1985, a se vedea J. Flour, G. Champenois, *op. cit.*, pp. 647-648.

¹² În sensul că mandatul tacit este menținut de art. 345 și art. 346 C. civ., într-o formă asemănătoare celei existente în Codul familiei, a se vedea T. Bodoască, A. Drăghici, I. Puie, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 99-100. Pentru opinia potrivit căreia „în viitoarea reglementare mandatul tacit reciproc al sotilor nu a fost eliminat, ci menținut, într-o formă îmbunătățită, în cadrul comunității legale de bunuri (art. 345-346)”, a se vedea T. Bodoască, *Aspecte privind reglementarea generală a regimului juridic matrimonial în noul Cod civil român*, în *Dreptul nr. 5/2010*, pp. 72-73, nota 46. În același sens, a se vedea *Idem*, *Unele opinii în legătură cu bunurile comune ale soților dobândite în timpul căsătoriei, în lumina noului Cod civil*, în *Dreptul nr. 10/2011*, p. 92.

așa se va putea asigura în timp, într-o materie atât de importantă pentru circuitul civil, o aplicare coerentă și unitară a textelor.

De asemenea, nu putem fi de acord nici cu punctul de vedere exprimat în literatura de specialitate în sensul că „reglementarea nouă conferă posibilități mult prea largi unui singur soț cu privire la actele juridice pe care le poate săvârși raportat la comunitatea de bunuri, ceea ce nu asigură stabilitate și securitate patrimoniului comun, putând conduce la apariția unor situații extrem de complicate”¹³. Este adevărat că la nivel teoretic sistemul gestiunii paralele prezintă riscul săvârșirii unor acte contradictorii, însă, din punct de vedere practic, s-a constatat că acest risc este relativ scăzut în legislațiile care îl consacră (Franța, Belgia etc.), iar soluționarea acestor potențiale cazuri nu presupune crearea unor noi mecanisme, fiind suficiente cele din dreptul comun.

c) *Răspunderea pentru actele care prejudiciază comunitatea.* Corelativ regulii gestiunii paralele, Codul civil instituie principiul responsabilității între soți pentru gestiunea bunurilor comune [art. 345 alin. (4)], în sensul că, în măsura în care interesele sale legate de comunitatea de bunuri au fost prejudiciate printr-un act juridic, soțul care nu a participat la încheierea actului nu poate pretinde decât daune-interese de la celălalt soț, fără a fi afectate drepturile dobândite de terții de bună-credință.

Actul rămâne valabil, astfel încât drepturile terților de bună-credință nu pot fi afectate (desființate), dar soțul care a încheiat singur actul poate fi obligat la despăgubiri față de celălalt soț. Cu privire la natura juridică a acestei răspunderi, se poate considera că textul este o aplicație a principiului răspunderii civile delictuale (art. 1349 C. civ.), neexistând niciun temei pentru o răspundere civilă contractuală (art. 1350 C. civ.).

Se poate pune în discuție, în context, problema determinării mijlocului juridic prin care soțul care nu a participat la încheierea actului poate acționa împotriva terțului de rea-credință. Întrucât acest soț nu a participat la încheierea actului și nici nu era necesar consimțământul său, el nu poate ataca actul cu o acțiune în anulare pe motivul că nu a consimțit la încheierea actului, deoarece în sistemul gestiunii paralele, prin ipoteză, un asemenea consimțământ nu este cerut. O eventuală acțiune în anulare inițiată de acest soț ridică și problema lipsei calității procesuale active a acestuia.

Or, în sistemul Codului familiei, soluțiile doctrinare și jurisprudențiale erau în sensul că este lovit de nulitate actul săvârșit de un singur soț, în cadrul mandatului prezumat, dar împotriva voinței celuilalt soț, care s-a opus la încheierea actului juridic, iar această împotrivire a fost cunoscută ori trebuia să fie cunoscută de terțul contractant¹⁴.

¹³ A se vedea M. Soreată, *Regimul matrimonial în sistemul de drept românesc*, în *Revista de Științe Juridice* nr. 1/2006, p. 99. Pentru o opinie mai nuanțată, de natură prospectivă, a se vedea C.-M. Crăciunescu, *Dreptul de dispoziție al soților asupra bunurilor ce le aparțin, în diferite regimuri matrimoniale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 213, autoarea considerând că „Viitorul va demonstra dacă acest surplus de libertate acordată soților în exercitarea prerogativelor caracteristice regimului matrimonial al comunității de bunuri este benefică sau nu pentru coeziunea și armonia atât de necesare familiei.”

¹⁴ A se vedea, în acest sens, I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 150 și sursele doctrinare și jurisprudențiale la care se face referire.

În reglementarea Codului civil, care a consacrat sistemul gestiunii paralele, preluarea soluției anulării actului din doctrina și jurisprudența anterioare nu poate fi acceptată. Soluția decurge din conținutul normativ al art. 347 alin. (1) C. civ., potrivit căruia actul încheiat fără consimțământul expres al celuilalt soț, atunci când el este necesar potrivit legii, este anulabil. *Per a contrario*, anularea actului nu poate fi cerută în ipoteza în care consimțământul celuilalt soț nu este necesar, ca în sistemul gestiunii paralele.

Având în vedere faptul că împotriva sotului care a încheiat actul prejudiciabil celălalt soț are o acțiune în răspundere civilă delictuală, o posibilă soluție logică ar fi în sensul că, în măsura în care terțul a fost de rea-credință, soțul care nu a participat la încheierea actului poate acționa și împotriva acestuia tot pe temeiul răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie, în condițiile art. 1.357 C. civ., coroborat cu art. 1.382 C. civ., ceea ce înseamnă că terțul va răspunde solidar cu soțul care a încheiat actul prejudiciabil.

Desigur, la nivel teoretic s-ar putea discuta dacă soțul care nu a participat la încheierea actului ar putea formula o acțiune în nulitate, cu precizarea că temeiul unei asemenea acțiuni nu l-ar putea constitui lipsa consimțământului la încheierea actului juridic, pentru că acesta nu este necesar, ci eventual cauza ilicită, în măsura în care se dovedește conivența frauduloasă dintre sotul care a încheiat actul și terț. Temeiul l-ar constitui, așadar, art. 1.238 alin. (2) C. civ., respectiv cauza ilicită comună a celor care au încheiat actul¹⁵.

d) Extinderea sferei actelor juridice care pot fi încheiate doar cu consimțământul expres al ambilor soți. Codul civil extinde sfera de aplicare a condiției consimțământului expres al ambilor soți în cazul anumitor categorii de acte juridice care în reglementarea Codului familiei puteau fi săvârșite de un singur soț, în baza mandatului tacit reciproc.

(i) schimbarea destinației bunurilor comune

Chiar dacă unul dintre soți are dreptul de a folosi un bun comun fără consimțământul expres al celuilalt, totuși, „schimbarea destinației bunului comun nu se poate face decât prin acordul soților” – art. 345 alin. (1) teza a II-a, ceea ce presupune aplicarea pentru această ipoteză specială a mecanismului cogestiunii.

Soluția este nouă față de reglementarea anterioară. Trebuie precizat faptul că schimbarea destinației se poate realiza fie prin acte materiale, fie prin acte juridice, caz în care, în lipsa consimțământului expres al ambilor soți, este afectată valabilitatea actului juridic. De exemplu, închirierea pe o durată de 2 ani a unui imobil bun comun – o locuință secundară a soților, care, prin ipoteză, nu este supusă regimului special de protecție configurat de art. 322 C. civ. – poate fi făcută de un singur soț. Însă, în măsura în care prin închiriere se schimbă și destinația imobilului, care ar urma să fie utilizat ca spațiu comercial sau ca birou notarial, atunci este necesar consimțământul expres al ambilor soți.

¹⁵ Potrivit art. 1.238 alin. (2) C. civ., „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.”

(ii) *actele de înstrăinare cu titlu oneros a bunurilor mobile comune supuse unor formalități de publicitate*

Sunt avute în vedere unele bunuri mobile corporale (de exemplu, nave¹⁶, aeronave¹⁷ etc.), soluția fiind inspirată din art. 1424 C. civ. fr.

(iii) *actele juridice prin care ar fi afectată folosința locuinței familiei* - [art. 322 alin. (1)]

Aplicabile de drept, prin efectul încheierii căsătoriei, indiferent de regimul matrimonial concret căruia soții îi sunt supuși, dispozițiile art. 322 C. civ. organizează o veritabilă cogestiune a locuinței familiei, aceste prevederi intrând în structura regimului primar imperativ, acel „nucleu dur”, de ordine publică, de la care nu sunt permise derogări convenționale.

(iv) *actele materiale având ca obiect bunuri ce mobilează sau decorează locuința familiei, precum și actele de dispoziție asupra acestor bunuri* - [art. 322 alin. (2)]

Și în privința bunurilor care mobilează sau decorează locuința familiei sunt limitate puterile unuia dintre soți de a dispune prin acte juridice sau materiale asupra acestor bunuri mobile, chiar dacă regimul matrimonial concret i-ar conferi acest drept. În cazul regimului comunității, prin această dispoziție imperativă se derogă de la regula potrivit căreia un soț poate dispune singur, cu titlu oneros, de bunurile mobile comune a căror înstrăinare nu este supusă, potrivit legii, anumitor formalități de publicitate – art. 346 alin. (2) teza I C. civ.

(v) *actele de dispoziție asupra unor mobile comune în ipoteza constituirii ca aport la o societate sau pentru dobândirea de părți sociale ori, după caz, de acțiuni* - [art. 349 alin. (1)]

Sub imperiul Codului familiei, se făcea distincție după cum bunul este mobil sau imobil. Dacă bunul constituit ca aport era *mobil*, atunci aportul putea fi realizat de un singur soț, în temeiul mandatului tacit reciproc între soți [art. 35 alin. (2) teza I C. fam.]. În schimb, în cazul *imobilelor*, era necesar consimțământul expres al ambilor soți, fiind în prezența unei limite a mandatului tacit reciproc între soți.

¹⁶ Potrivit art. 51¹¹ din O.G. nr. 42/1997 privind transportul maritim și pe căile navigabile interioare, republicată, cu modificările și completările ulterioare, constituirea și/sau transmiterea de drepturi reale asupra navelor, precum și stingerea acestor drepturi, care nu sunt transcrise în registrele prevăzute la art. 51¹ și 51⁷, nu sunt opozabile terților. Registrele prevăzute la art. 51¹ sunt Registrul matricol al navelor maritime, Registrul matricol al navelor de navigație interioară, Registrul matricol al navelor de navigație interioară, Registrul matricol al navelor de navigație interioară, iar art. 51⁷ are în vedere Registrul de evidență a navelor în construcție.

Constituirea, transmiterea sau stingerea drepturilor reale asupra navelor care arborează pavilionul român se transcrie, la solicitarea persoanelor juridice sau fizice titulare ale acestor drepturi, făcându-se mențiunile corespunzătoare și în actul de naționalitate.

¹⁷ Potrivit art. 22 din Codul aerian – O.G. 29/1997, cu modificările și completările ulterioare, actele de proprietate sau de transmitere a proprietății, de constituire de ipotecă sau a altor drepturi reale care privesc o aeronavă civilă sunt reglementate de legislația națională și se înscriu în Registrul unic de înmatriculare a aeronavelor civile. Înscrierea în Registrul unic de înmatriculare a aeronavelor civile nu este constitutivă de drepturi și are ca efect numai opozabilitatea față de terți a dreptului înscris.

Soluția reglementată de art. 349 alin. (1) C. civ. este diferită față de aceea consacrată anterior de Codul familiei, textul instituind regula cogestiunii, adică acordul expres al ambilor soți, indiferent de natura mobilă sau imobilă a bunului comun¹⁸.

§ 5. Gestiunea bunurilor comune în cadrul regimului comunității convenționale

Dacă prin convenție matrimonială soții au optat pentru regimul comunității convenționale, ei au posibilitatea de a institui anumite derogări de la regulile în materia gestiunii bunurilor comune aplicabile în cadrul comunității legale. Potrivit art. 367 lit. c) teza I C. civ., în cuprinsul convenției matrimoniale se poate stipula „obligativitatea acordului ambilor soți pentru încheierea anumitor acte de administrare”. Unele precizări sunt necesare.

În primul rând, trebuie menționat că administrarea conjunctă poate avea ca obiect numai bunurile care fac parte din activul comunitar, fiind interzise acele clauze privind administrarea comună a bunurilor proprii ale unuia dintre soți. Art. 342 C. civ., plasat în cadrul secțiunii „Regimul comunității legale”, dispune că „fiecare soț poate folosi, administra și dispune liber de bunurile sale proprii”; această regulă fiind de ordine publică, nu sunt admise derogări pe cale convențională, întrucât s-ar ajunge la încălcarea principiului egalității dintre bărbat și femeie, reînviindu-se practic vechile regimuri (regimul dotal, regimul fără comunitate) bazate pe poziția de subordonare a femeii față de bărbat.

În al doilea rând, semnificația textului este aceea de a permite soților ca prin voința lor să sustragă din câmpul de aplicare a mecanismului gestiunii paralele o serie de acte juridice, condiționând astfel validitatea acestor acte de existența consimțământului expres al ambilor. În opinia noastră, pentru a fi valabilă, o asemenea stipulație trebuie să fie concretă, respectiv să se refere la anumite acte juridice și la anumite bunuri. Prin urmare, nu va fi valabilă o clauză generală, prin care soții să înlăture total mecanismul gestiunii paralele instituit de legiuitor în privința actelor de administrare, întrucât o asemenea stipulație ar intra sub incidența art. 366 coroborat cu art. 359 C. civ.¹⁹.

În al treilea rând, deși textul folosește *in terminis* noțiunea de „administrare”, nu credem că intenția legiuitorului a fost una restrictivă. Este adevărat că prevederile din această materie au un caracter de excepție, dar, dacă se permite o derogare convențională referitoare la actele de administrare, *a fortiori* considerăm că soluția ar trebui admisă și în privința actelor de dispoziție²⁰, în cazul lor rațiunile putând fi mult mai puternice.

În al patrulea rând, în situația în care unul dintre soți nesocotește această exigență de sorginte convențională, sancțiunea care intervine este nulitatea relativă, soluția în acest sens rezultând din coroborarea dispozițiilor art. 368 cu cele ale art. 347 C. civ.²¹.

¹⁸ Pentru dezvoltări, a se vedea M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 268 și urm.

¹⁹ Nefiind admisă o derogare sub acest aspect de la dispozițiile regimului comunității legale, convenția generală ar fi lovită de nulitate absolută conform art. 359.

²⁰ Desigur, avem în vedere actele de dispoziție sustrate sistemului cogestiunii, în condițiile alin. (2) al art. 346, pentru celelalte legea impunând oricum acordul ambilor soți.

²¹ Conform art. 347 alin. (1), plasat în cadrul Secțiunii a II-a „Regimul comunității legale”, „Actul încheiat fără consimțământul expres al celui alt soț, atunci când el este necesar potrivit legii, este anulabil”.

În al cincilea rând, potrivit art. 367 lit. c) teza a II-a, „dacă unul dintre soți se află în imposibilitate de a-și exprima voința sau se opune în mod abuziv, celălalt soț poate să încheie singur actul, însă numai cu încuviințarea prealabilă a instanței de tutelă”. În ce privește noțiunea de „imposibilitate de a-și exprima voința” pot fi concepute două tipuri de situații, imposibilitatea putând fi de natură *fizică* (ipoteza în care voința unuia dintre soți nu se poate forma în mod valabil: spre exemplu, alienație, debilitate mintală, comă etc.) sau de natură *socială* (absență îndelungată, dispariție – caz în care voința celuilalt soț nu poate fi cunoscută). Nu este necesar ca aceste cauze să fie absolute: important este ca impedimentul să fie constatat la momentul la care consimțământul unuia dintre soți este necesar a fi exprimat.

În al șaselea rând, precizăm faptul că ipoteza analizată se deosebește de cea reglementată la art. 315 (mandatul judiciar)²², deoarece, în măsura în care instanța acordă încuviințarea, potrivit art. 367 lit. c) teza a II-a actul se încheie de soțul care a solicitat încuviințarea singur, iar nu în temeiul unui mandat judiciar, ceea ce înseamnă practic revenirea la regula gestiunii paralele, în condițiile în care gestiunea comună convenită de părți nu poate funcționa din motive obiective (imposibilitatea unuia dintre soți de a-și exprima voința) sau subiective (opunerea abuzivă).

În fine, la același rezultat practic, respectiv extinderea domeniului de aplicare a regulii cogestiunii bunurilor comune, se poate ajunge în condițiile art. 316 C. civ., chiar în absența unei stipulații în acest sens în cuprinsul unei convenții matrimoniale. Prin această dispoziție se instituie o veritabilă limită cu caracter judiciar a dreptului unuia dintre soți de a dispune singur de anumite bunuri, chiar și în situația în care regimul matrimonial concret i-ar conferi acest drept²³.

Trebuie precizat faptul că și în sistemul Codului familiei la nivel doctrinar și jurisprudențial au fost validate așa-numitele *limite convenționale* ale mandatului tacit reciproc, considerându-se valabilă convenția soților prin care aceștia decideau ca anumite acte cu privire la anumite bunuri să fie încheiate numai cu consimțământul expres al ambilor soți. Se observă faptul că, printr-o asemenea convenție, soții extrăgeau anumite acte juridice din câmpul de aplicare a prezumției de mandat tacit reciproc. În mod judicios, s-a arătat că nu ar fi valabilă o convenție generală prin care soții să înlăture total aplicarea prezumției de mandat tacit reciproc, deoarece ar intra sub incidența art. 30 alin. (2) C. fam., fiind o convenție contrară regimului comunității legale de bunuri²⁴.

§ 6. Concluzii

În materia gestiunii bunurilor comune ale soților Codul civil a menținut unele din soluțiile aplicate sub imperiul Codului familiei (spre exemplu, necesitatea

²² Pentru un succint comentariu al art. 315, a se vedea și C.M. Nicolescu, în „Noul Cod civil. Comentariu pe articole” de Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 324-325.

²³ Este vorba de acele ipoteze în care unul dintre soți încheie acte juridice prin care pune în pericol grav interesele familiei. Pentru dezvoltări, a se vedea C. Nicolescu, *Adaptarea regimului matrimonial în situația de criză familială*, în C. Jud. nr. 10/2008, pp. 27-28.

²⁴ A se vedea M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 240.

consimțământului expres al ambilor soți în cazul actelor de dispoziție asupra bunurilor imobile, precum și în cazul actelor cu titlu gratuit între vii asupra bunurilor mobile, cu excepția darurilor obișnuite).

Dincolo de aceste elemente de continuitate, se poate afirma, fără teama de a greși, că noul Cod civil a deschis soților noi spații de libertate în exercitarea prerogativelor caracteristice regimului matrimonial al comunității de bunuri, fiind asigurat însă echilibrul necesar între dreptul fiecărui soț de a participa la gestiunea bunurilor comune, cu respectarea principiului egalității dintre soți și fluenta circuitului civil.

Soluțiile novatoare, moderne și flexibile marchează, fără îndoială, o abandonare a perspectivei tradiționale cristalizate sub imperiul Codului familiei.

Dreptul de superficie în reglementarea Codului civil român

*Asist. univ. drd. Tudor Vlad RĂDULESCU
Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*



The superficies right in the regulation of the Romanian civil Code

Abstract: The new Romanian civil Code, entered into force in 2011, expressly acknowledges for the first time the existence of five dismemberments of the right of ownership, by enshrining the right of superficies, which is assigned an impressive number of articles compared to the prior legal vacuum.

Mostly, the 2009 Romanian legislator embraces a legal regime of the right of superficies which was outlined previously by the doctrine and jurisprudence, but in the same time, chooses to add some new elements to this, using as inspirational sources some foreign civil codes, such as the Italian Civil Code, the Swiss Civil Code, the Québécoise Civil Code etc.

This article proposes to deal with this regime, which has now become legal, highlighting the possible inconsistencies crept into the text code, starting with the notion of the right of superficies, through the effects of this right and ending with the causes of termination of superficies and their consequences on other juridical relations which arose in connection with this dismemberment.

Keywords: new Romanian Civil Code, dismemberments, superficies.

Dreptul de superficie a primit în Codul civil român din 2009 o reglementare amănunțită, legiuitorul recunoscând astfel existența acestui drept și încadrându-l în categoria dezmembrămintelor dreptului de proprietate. S-au pus astfel capăt discuțiilor purtate în literatura de specialitate care, plecând de la ideea că drepturile reale, spre deosebire de cele de creanță, trebuie să fie consacrate de legiuitor, au contestat inițial existența acestui drept, Codul civil de la 1864 neconținând dispoziții speciale referitoare la superficie¹. Pe de altă parte, includerea dreptului de superficie printre dezmembrămintele dreptului de proprietate privată (art. 693-702 C. civ.) face controversa privitoare la natura juridică a acestui drept să devină caducă, opiniile potrivit cărora superficia ar fi ori o modalitate juridică a dreptului de proprietate, ori

¹ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. I, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 555.

un veritabil drept de proprietate, ori un drept real complex, rămânând astăzi fără o susținere legală².

Regimul juridic al acestui dezmembrământ, așa cum apare el conturat de cele zece articole din Codul civil, nu este unul complet nou, legiutorul inspirându-se, în mare măsură, din soluțiile doctrinare exprimate anterior intrării în vigoare a noii reglementări, dar și din legislațiile altor state, care conțin în codurile lor civile reglementări mai mult sau mai puțin detaliate ale acestui drept real. Astfel, acest articol își propune să evedentieze, acolo unde este cazul, influențele străine ale Codului civil român în această materie, și modul în care ele au fost adaptate realităților juridice românești de la început de mileniu trei.

Definiția dreptului de superficie

Articolul 693 C. civ., cu denumirea marginală „Noțiune”, definește, în primul său alineat, dreptul de superficie ca fiind „dreptul de a avea sau de a edifica o construcție pe terenul altuia, deasupra ori în subsolul aceluși teren, asupra căruia superficialul dobândește un drept de folosință”. O exprimare asemănătoare o găsim și în Codul civil elvețian, care, în articolul 779, situat în Cartea a II-a, Titlul XXI, Capitolul 2, dedicat „Dreptului de uzufruct și altor servitute” arată că „proprietarul poate stabili în favoarea unui terț o servitute prin care îi conferă acestuia dreptul de a avea sau de a edifica o construcție, fie deasupra terenului grevat, fie în subsolul acestuia”³.

Codul civil al Republicii Moldova conține și el o definiție asemănătoare celei din Codul civil român, reținând că „*Superficia este dreptul real imobiliar de a folosi terenul altuia în vederea edificării și exploatării unei construcții, deasupra și sub acest teren, sau a exploatării unei construcții existente*” [art. 443 alin (1)].

După cum se poate observa, în toate aceste reglementări, dreptul de superficie este privit ca un drept real imobiliar, fie de sine stătător, fie o categorie de servitute, care înglobează în conținutul său, obligatoriu, un drept de folosință asupra unui teren ce aparține unei alte persoane și, în forma sa completă, dreptul de proprietate a superficialului asupra construcțiilor edificate pe sau în subsolul aceluși teren.

Așa cum s-a arătat în literatura de specialitate, plecând de la conținutul său, dreptul de superficie se poate înfățișa sub o **formă principală**, care presupune existența clădirii, plantației sau lucrării pe terenul asupra căruia superficialul dobândește un drept de folosință în momentul constituirii dreptului de superficie, sau sub o **formă secundară** (incipientă), prin care superficialul obține dreptul de a edifica o construcție pe terenul altuia, în momentul constituirii dreptului de superficie construcția, plantația ori lucrarea neavând încă existență materială⁴.

² Pentru o scurtă prezentare a teoriilor privitoare la natura juridică a dreptului de superficie, a se vedea I. Sferdian, *Discuții referitoare la dreptul de superficie*, în *Dreptul nr. 6/2006*, pp. 58-64.

³ Art. 779 alin. (1) C. civ. elvețian: „*Le propriétaire peut établir en faveur d'un tiers une servitude lui conférant le droit d'avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds grevé, soit au-dessous*”.

⁴ S. Cercel, *Dezmembrămintele dreptului de proprietate*, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 749. În același sens, a se vedea V. Stoica, *op. cit.*, p. 555, C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 257.

Așa cum am arătat și în rândurile de mai sus, superficiarul, în exercitarea dreptului său, are, pe de o parte, un drept de folosință asupra unui teren care nu este al său, drept care este de esența acestui dezmembrământ, și, pe de altă parte, un drept de proprietate asupra unei construcții, lucrări sau plantații care, fie există la momentul constituirii dreptului de suprafață, fie a fost edificată, ca efect al suprafeței. Oricum ar fi, se poate observa că în concepția legiuitorului român, construcția nu este de esența dreptului de suprafață; cu alte cuvinte, un astfel de drept poate exista numai în forma sa incipientă, secundară, pe toată durata de timp pentru care a fost constituit, existând posibilitatea ca **dreptul de a edifica** să nu fie exercitat niciodată de superficiar. Această concepție are efect în privința modurilor de stingere ale dreptului de suprafață, acesta fiind singurul dezmembrământ care nu se stinge prin neuz.

O orientare total opusă o regăsim în Codul civil al Republicii Moldova, care stabilește că o componentă esențială a dreptului de suprafață este construcția [art. 443 alin. (5)], motiv pentru care în cazul în care superficiarul nu a ridicat edificiul în termenul specificat în actul juridic privind instituirea suprafeței, proprietarul are dreptul să ceară stingerea dreptului (art. 450 C. civ. RM).

Considerăm oportună o astfel de prevedere legală, chiar dacă părțile, prin actul constitutiv al suprafeței ar putea să stabilească ele însele sancțiunea pentru nerespectarea obligației de a edifica într-un anumit termen. Totuși, în lipsa unei astfel de clauze, intervenția legiuitorului ar fi binevenită, evitându-se astfel lipsa de exploatare a unui teren, care ar putea duce, în timp, la o degradare a calității acestuia și, eventual, la o scădere de valoare.

O viziune diferită asupra acestui drept o regăsim în C. civ. din Québec, din care legiuitorul român s-a inspirat în elaborarea noii legislații civile intrată în vigoare în anul 2011, care definește **proprietatea superficiară**, ca modalitate a dreptului de proprietate, ca fiind „aceea a construcțiilor, lucrărilor și plantațiilor situate pe un imobil aparținând unei alte persoane, care este proprietarul solului și al subsolului” (art. 1011 CCQ). Această modalitate a dreptului de proprietate poate să se nască fie din divizarea obiectului dreptului de proprietate asupra unui imobil (teren), fie din cesiunea dreptului de accesiune, fie din renunțarea la beneficiul acestui drept⁵.

În această concepție, a dreptului québécoise, se face deci distincție între două instituții diferite, care însă nu au primit de cele mai multe ori în practica instanțelor canadiene delimitarea necesară, respectiv **proprietatea superficiară**, care poartă asupra solului terenului, excluzând subsolul, dar incluzând un drept de accesiune și **dreptul de suprafață**, care conferă proprietatea asupra clădirilor ori îmbunătățirilor aduse unui teren, dar care însă nu implică și un transfer de proprietate de la cel care detine terenul către superficiar⁶. Acest din urmă drept a fost privit ca un veritabil dezmembrământ al proprietății, în timp ce proprietatea superficiară a primit, prin Codul civil din Québec intrat în vigoare în anul 1994, o reglementare proprie, fiind, alături de coproprietate, o modalitate a dreptului de proprietate privată⁷.

⁵ S. Normand, *Du droit de superficie à la propriété superficière*, în *Revue Générale de Droit*, nr. 38/2008, p. 244.

⁶ J. Goulet, *Les droits de superficie et l'imprécision du langage juridique*, în *Cahiers de Droit* nr. 19/1978, p. 1109.

⁷ Pentru o prezentare istorică a evoluției instituției suprafeței, a se vedea S. Normand, *op. cit.*, pp. 235-238.

După cum se poate observa din definițiile la care am făcut trimitere, în unanimitate se vorbește despre dreptul de a avea sau edifica o construcție, lucrare sau plantație pe **terenul** altuia, acest dezmembrământ părând a privi exclusiv această categorie de bunuri imobile, excluzând posibilitatea dobândirii unui drept de suprafață pe **construcția** aparținând unei alte persoane decât suprafațiarul. Cu toate acestea, atât în practica de specialitate din țara noastră, cât și în doctrină, a fost exprimată ideea existenței suprafaței sub forma unui drept de supraetajare, o soluție din ce în ce mai de actualitate, având în vedere lipsa de spațiu din localitățile urbane, precum și faptul că planurile actuale de urbanism prevăd o extindere a orașelor pe verticală, nu numai pe orizontală⁸. În jurisprudență s-a arătat că limitarea stabilirii unui drept de suprafață doar la situația în care construcția este aderentă la sol, fără a fi primită în cazul construcției unui etaj, este inacceptabilă deoarece legătura dintre construcție și teren este realizată prin părțile comune ale construcției. Astfel, nu se poate ignora un element esențial al dreptului de suprafață, rezultat din suprapunerea și coexistența dreptului de proprietate al constructorului cu dreptul de folosință asupra terenului pe care s-a construit, proprietatea altei persoane, suprapunere în absența căreia dreptul constructorului nu ar putea fi exercitat⁹. Altfel spus, dreptul de suprafață „ia aspectul unui cub de aer delimitat nu numai în lungime și lățime (cum este cunoscut de obicei), ci de asemenea în înălțime și în adâncime”¹⁰, putând exista o suprapunere a mai multor proprietăți imobiliare asupra aceluiași teren¹¹.

Pentru aceste motive, considerăm ca oportună o modificare a definiției dreptului de suprafață în sensul înlocuirii termenului *teren* cu acela de *imobil*, în felul acesta acoperindu-se toate situațiile posibile de existență a acestui dezmembrământ.

Moduri de constituire a dreptului de suprafață

Potrivit art. 693 alin. (2) C. civ., dreptul de suprafață se poate dobândi prin act juridic (unilateral sau bilateral, *inter vivos* sau *mortis causa*), prin uzucapiune, sau prin alt mod prevăzut de lege. De asemenea, dreptul de suprafață se poate înscrie în Cartea Funciară în favoarea constructorului pe terenul altuia, dacă proprietarul terenului renunță la dreptul său de a invoca accesiunea, precum și în favoarea unui terț, în cazul în care proprietarul terenului îi cedează acestuia dreptul de a invoca accesiunea [art. 693 alin. (4) C. civ.].

Dacă actul juridic de dobândire a dreptului de suprafață este unul *inter vivos*, dreptul se va naște o dată cu îndeplinirea formalităților de publicitate imobiliară. Dacă însă suprafața se constituie prin testament, existența acestui drept nu mai este condiționată de înscrierea în Cartea Funciară, potrivit art. 887 C. civ. Cât privește forma actului de constituire, noul Cod civil impune solemnitatea acestuia, îndeplinirea formalităților de publicitate imobiliară fiind condiționată de existența unui act autentic.

⁸ I. Sferdian, *op. cit.*, p. 77;

⁹ C. Ap. Brașov, dec. civ. nr. 319/R/1995 pe www.legenet.indaco.ro.

¹⁰ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Tratat de drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 578.

¹¹ *Idem*.

În cazul dreptului de suprafață în forma sa deplină, legiuitorul instituie o serie de moduri speciale de dobândire; pe de o parte, potrivit art. 693 alin. (3) C. civ. dreptul se constituie prin înstrăinarea construcției, dar păstrarea terenului, iar pe de altă parte, suprafața se poate naște prin transmiterea de către proprietar a terenului și a construcției, în mod separat, către două persoane diferite. În ambele cazuri, cel care dobândește construcția, fără teren, dobândește și dreptul de suprafață, chiar dacă nu s-a stipulat expres constituirea suprafaței¹².

Ultimul alineat al aceluiași art. 693, inspirându-se din Codul civil din Québec, prevede două cazuri speciale de naștere a dreptului de suprafață: **a)** primul caz se referă la înscrierea dreptului de suprafață în favoarea celui care a construit pe terenul altuia, în baza renunțării proprietarului aceluși teren la dreptul de a invoca accesiunea. În literatura de specialitate s-a arătat că această renunțare poate fi prevăzută și în avans, pentru o construcție sau plantație viitoare¹³, după cum poate privi, ca regulă de altfel, și o construcție care deja este ridicată pe un teren care nu aparține constructorului. În acest caz, ne aflăm în fața exercitării în mod negativ, expres însă, a dreptului potestativ de a invoca accesiunea, drept recunoscut proprietarului unui teren pe care un tert ridică o construcție, plantație sau altă lucrare. În acest caz, dreptul de suprafață se va înscrie în Cartea Funciară ca urmare a renunțării făcută printr-o declarație autentică notarială de către proprietarul terenului, renunțare făcută în favoarea constructorului.

În ceea ce privește natura juridică, unilaterală sau bilaterală, a actului prin care se renunță la dreptul de a invoca accesiunea, noi considerăm că întotdeauna acesta este un contract, având în vedere dispozițiile art. 693 alin. (4) C. civ.: „*În situația în care s-a construit pe terenul altuia, suprafața se poate înscrie pe baza renunțării proprietarului terenului la dreptul de a invoca accesiunea, în favoarea constructorului*”. Textul este înșelător, întrucât lasă impresia unui act unilateral, prin care proprietarul terenului renunță, în mod irevocabil, la dreptul său, renunțare care se produce independent de vreo acceptare din partea constructorului. Totuși, nu credem că dreptul de suprafață s-ar putea înscrie în Cartea Funciară prin simpla renunțare din partea proprietarului terenului, ci ar fi nevoie și de voința constructorului în acest sens, având în vedere că renunțarea este făcută **în favoarea sa**.

În literatura de specialitate au fost conturate două noțiuni juridice distincte în materia actului prin care se renunță la un drept, noțiuni care explică natura juridică a acestui act, precum și efectele sale: extinctive sau translativ. Astfel, se vorbește despre renunțarea abdicativă și renunțarea *in favorem*. Dintre acestea, s-a arătat că numai renunțarea abdicativă este o renunțare propriu-zisă, ca act unilateral de voință, cu existență de sine stătătoare, care stinge dreptul autorului renunțării. Pe de altă parte, renunțarea *in favorem* nu este un act unilateral de voință, ci un contract translativ de drepturi, cu titlu gratuit sau cu titlu oneros, după caz, deoarece titularul dreptului renunță în favoarea unei persoane determinate care devine astfel succesorul în drepturi al renunțătorului. Renunțarea își pierde astfel identitatea, fiind absorbită în conținutul unui contract, astfel încât se poate vorbi de o renunțare numai în sens figurat și ca o

¹² F. Morozan, *Dezmembrămintele dreptului de proprietate*, în Colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*. Vol. I. Art. 1-952, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 999.

¹³ O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 588.

concesie făcută în planul terminologiei juridice concepției contractualiste privind renunțarea¹⁴.

În aceste condiții, suntem de părere că, indiferent dacă renunțarea este cu titlu gratuit ori oneros (întrucât legea nu face nicio precizare în acest sens), înscrierea dreptului de suprafață în acest mod presupune existența unui contract, și nu a unui act unilateral.

O problemă însă ni s-ar părea că poate fi ridicată în legătură cu acest mod de constituire. Având în vedere caracterul temporar al dreptului de suprafață (ce poate fi constituit pe **cel mult** 99 ani, cu posibilitatea reînnoirii – *sic!* – art. 694 C. civ.), ne întrebăm care va fi soarta construcției la expirarea termenului pentru care s-a constituit acest dezmembrământ, cunoscut fiind faptul că renunțarea la un drept nu poate fi decât definitivă.

Având în vedere efectele totale pe care renunțarea la un drept le presupune, legiuitorul român a prevăzut și un regim juridic special acestui act abdicativ, începând cu dispozițiile art. 13 C. civ. potrivit cărora „Renunțarea la un drept nu se prezumă”¹⁵, continuând cu forma pe care renunțarea la un drept trebuie să o îmbrace, cu acele drepturi la care nu se poate renunța (de exemplu, în materia stării civile), și terminând cu capacitatea cerută pentru renunțare.

Or, dacă renunțarea la dreptul de a invoca accesiunea produce asemenea efecte totale, definitive, ce se va întâmpla cu lucrarea, plantația sau construcția la expirarea termenului pentru care a fost constituită suprafața? Proprietarul terenului (sau, după caz, moștenitorii acestuia) nu va putea pretinde imobilul edificat, întrucât a renunțat la acest drept, iar dreptul de proprietate al suprafațiarului asupra construcției va înceta o dată cu ajungerea la termen, fie cel prevăzut în actul constitutiv, fie cel legal, de 99 de ani.

În literatura de specialitate¹⁶ s-a arătat că un astfel de termen, de 99 de ani, echivalează de fapt, tot cu un drept perpetuu, întrucât ar exista posibilitatea reînnoirii lui. Este adevărat, această posibilitate există, dar sub forma unei prerogative, nu a unei obligații. Cu alte cuvinte, este posibil ca moștenitorii proprietarului terenului în timpul vieții căruia s-a născut dreptul de suprafață, să refuze încheierea unui nou act prin care să prelungească durata acestui dezmembrământ.

În această situație, ne întrebăm dacă într-adevăr, în acest caz ar fi vorba de o veritabilă renunțare, în sensul cunoscut și acceptat de jurisprudență și de doctrină, cu efectele sale specifice, ori de un contract încheiat între proprietarul terenului și cel care construiește sau a construit deja pe acel teren, contract ce conține obligația primului de a nu invoca dreptul său de accesiune, obligație afectată de un termen extinctiv, și care poate, sau nu, să fie condiționată de existența unei contraprestații din partea constructorului.

b) Al doilea caz specific de constituire a dreptului de suprafață este preluat din același Cod civil québécoise și presupune cesiunea către un terț a dreptului de a invoca accesiunea. În acest caz, toate obligațiile care reveneau proprietarului terenului, referitoare la indemnizarea constructorului de bună-credință (acesta ar fi cazul care ne interesează în

¹⁴ M. Avram, *Actul unilateral în dreptul privat*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 250.

¹⁵ În ciuda formulării imperative a acestei dispoziții legale, totuși în Cod există norme care încalcă această interdicție, cum este cazul art. 1.112, cu denumirea marginală chiar *Prezumția de renunțare*.

¹⁶ C. Birsan, *op. cit.*, p. 258.

spetă), se transmit cesionarului dreptului de a invoca accesiunea. S-a spus că proprietarul terenului ar putea opta pentru această variantă când nu ar fi interesat sau nu ar avea mijloacele necesare, cel puțin pentru moment, să invoce el accesiunea imobiliară, din cauza costurilor, de cele mai multe ori ridicate, pe care ar trebui să le suporte¹⁷, dar nici nu ar vrea să renunțe la teren, solicitând instanței obligarea constructorului la cumpărarea imobilului la valoarea pe care acesta l-ar fi avut dacă lucrarea nu s-ar fi efectuat [art. 581 lit. b)]. În această situație, cesionarul se află într-un raport juridic atât cu proprietarul terenului, cât și cu autorul construcției¹⁸. Teoretic, întrucât textul nu face nicio distincție, cesiunea acestui drept poate fi atât cu titlu oneros, cât și cu titlu gratuit; practic însă, o cesiune cu titlu oneros ar fi prea împovăraătoare pentru cesionar, care s-ar vedea obligat la o cheltuială dublă: pe de o parte, către cedent, în schimbul dreptul primit, iar pe de altă parte, către constructor, în temeiul obligațiilor născute din accesiune. Din punctul nostru de vedere, această cesiune ar prezenta avantaje pentru proprietarul terenului, din două puncte de vedere: 1. ar însemna o amânare a executării unei obligații și 2. ar presupune și o „transformare” a unei obligații inițiale într-una nouă. Astfel, dacă, prin efectul accesiunii, proprietarul terenului ar fi fost obligat să plătească, la cererea constructorului (deci poate nu în cel mai bun moment, din punct de vedere financiar, pentru proprietar), fie valoarea materialelor și a manoperei, fie sporul de valoare adus imobilului prin edificarea construcției¹⁹, prin cesiune, această obligație de plată ar fi amânată pentru un interval de timp convenit între cedent și cesionar, iar, pe de altă parte, cuantumul obligației de plată nu ar mai fi același, ci proprietarul terenului ar fi obligat să plătească superficiarului o sumă reprezentând valoarea de circulație a construcției de la momentul expirării termenului de superficie [art. 699 alin. (1)].

În loc de concluzie în această materie, a modurilor de dobândire sau de constituire a dreptului de superficie, putem spune că acest dezmembrământ se poate dobândi prin înscriere în Cartea Funciară în temeiul unui contract, cu titlu oneros sau cu titlu gratuit, prin uzucapiune, ori în temeiul legii, literatura de specialitate exemplificând pentru acest ultim mod cazul soților care au ales ca regim matrimonial regimul comunității legale de bunuri și realizează împreună o construcție ori o plantație pe terenul proprietatea exclusivă a unuia dintre ei²⁰. Fără înscriere în Cartea Funciară, dreptul de superficie se poate dobândi prin testament [art. 887 alin. (1) C. civ.].

În ceea ce privește dobândirea dreptului de superficie prin uzucapiune, având în vedere formele uzucapiunii prezente în Codul civil român în vigoare, apreciem că doar uzucapiunea tabulară poate reprezenta, practic, o modalitate de naștere a acestui drept. Într-adevăr, așa cum s-a arătat și în literatură, este greu de crezut că o persoană va stăpâni un imobil timp de 10 ani cu intenția de a dobândi numai dreptul de superficie, iar nu dreptul de proprietate, astfel încât să fie îndeplinite condițiile uzucapiunii extratabulare, prevăzute de art. 930 C. civ.²¹.

¹⁷ F. Morozan, *op. cit.*, p. 999.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Ne referim în primul rând la situația unui constructor de bună-credință, întrucât dacă cel care a edificat construcția a fost de rea-credință, proprietarul terenului are posibilitatea de a solicita instanței obligarea acestuia la demolarea a ceea ce a construit, pe cheltuiala sa.

²⁰ C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 260; V. Stoica, *op. cit.*, p. 562; S. Cercel, *op. cit.*, p. 752.

²¹ S. Cercel, *op. cit.*, p. 751.

Mai considerăm demn de menționat că dreptul de suprafață nu se poate naște prin hotărâre judecătorească, pentru că instanța de judecată nu are posibilitatea să dezmembreze dreptul de proprietate în lipsa unui text expres de lege²², și nici în temeiul legii, întrucât legea nu este niciodată, prin ea însăși, un izvor de raporturi juridice concrete. Legea produce efecte juridice numai indirect, legându-le de anumite fapte juridice în sens restrâns, fie că acestea sunt în curs de desfășurare în momentul apariției legii, fie că apar ulterior²³.

Un mod deosebit de dobândire al dreptului de suprafață îl regăsim în Codul Civil al Republicii Moldova, care, în art. 329, cu denumirea marginală *Accesiunea imobiliară artificială*, a soluționat diferit față de legiuitorul român problema lucrărilor realizate parțial asupra imobilului autorului construcției (art. 587 C. civ.). Astfel, potrivit alin. (5) al art. 329 C. civ. R.M. „În cazul în care construcția este ridicată în parte pe terenul constructorului și în parte pe un teren învecinat, proprietarul vecin poate dobândi proprietatea asupra întregii construcții, plătind constructorului o despăgubire, numai dacă cel puțin 1/2 din suprafața construită se află pe terenul său. În acest caz, el va dobândi și un drept de suprafață asupra terenului aferent pe toată durata de existență a construcției. Despăgubirea trebuie să acopere valoarea materialelor și costul muncii, precum și contravaloarea folosinței terenului aferent.” Considerăm preferabilă această soluție celei adoptată de legiuitorul român care prevede nașterea unui drept de coproprietate între vecini, întrucât, pe lângă faptul că relațiile dintre părți sunt, de cele mai multe ori alterate deja, legea îi obligă și la un demers în plus, partajul²⁴.

Pe lângă acest mod original de dobândire, Codul civil al Republicii Moldova stabilește că actul prin care se constituie dreptul de suprafață nu poate fi afectat de condiție, nici rezolutorie, nici suspensivă, restricție care în dreptul român nu poate fi reținută; dimpotrivă, în literatura de specialitate din țara noastră s-a arătat că atunci când „*actul juridic este încheiat sub condiție rezolutorie (...) nu este afectat de la început caracterul perpetuu al dreptului de suprafață, ci însăși existența actului juridic*”²⁵.

Durata dreptului de suprafață

Renunțând la concepția existentă sub imperiul vechiului Cod civil, potrivit căreia dreptul de suprafață este un drept perpetuu, existența lui fiind în strânsă legătură cu lucrarea, construcția sau plantația cu privire la care suprafațiarul are un drept de proprietate, Codul civil din 2009 stabilește că durata maximă a dreptului de suprafață este de 99 de ani, cu posibilitatea reînnoirii sale. Dacă părțile, prin actul constitutiv de suprafață, nu prevăd durata termenului, sau dacă durata acestuia este strâns legată de existența construcției, dreptul de suprafață va expira automat la împlinirea termenului de 99 de ani.

²² *Ibidem.*, p. 752;

²³ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 244; Î.C.C.J., *secția civilă și de proprietate intelectuală, dec. civ. nr. 215 din 16 ianuarie 2008*, pe www.scj.ro. În sens contrar, a se vedea C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 299; M. Galan, *Recunoașterea dreptului de suprafață cu privire la o construcție ce a făcut obiectul unui contract de vânzare-cumpărare, anterior clarificării situației juridice a terenului aferent*, în *Dreptul nr. 11/2005*, p. 134 ș.u.

²⁴ O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 626.

²⁵ V. Stoica, *op. cit.*, p. 560.

Concepția adoptată de legiuitorul român nu este singulară printre legislațiile europene; termenul legal de existență a acestui drept mai este întâlnit în Codul civil elvețian (100 de ani, cu posibilitatea reînnoirii sale – art. 779¹ C. civ. elvețian), în legislația belgiană²⁶, care îl limitează la 50 de ani, în articolul 35 alineatul (2) din Legea nr. 8/2007 care prevede că în dreptul spaniol superficia poate fi constituită pe o durată maximă de 99 de ani, fără posibilitatea reînnoirii sale, și în Codul civil al Republicii Moldova, care stabilește același termen de 99 de ani, fără însă a face nicio mențiune despre posibilitatea prelungirii acestui termen [art. 444 alin. (2) C. civ. R.M.].

Întinderea și exercitarea dreptului de superficie

Întinderea și modurile de exercitare ale dreptului de superficie vor fi stabilite, în principiu, de părți, prin actul constitutiv al dezmembrământului. Aceasta înseamnă că părțile vor determina dacă dreptul de superficie se va exercita numai asupra solului, sau și asupra subsolului, care va fi întinderea terenului asupra căruia va purta acest drept, în cazul în care numai cu privire la o porțiune din terenul proprietarului va exista un drept de folosință al superficiarului, care vor fi atributele pe care le va avea superficiarul, respectiv dacă acestuia i se recunoaște numai dreptul de a avea sau și pe cel de a edifica construcții pe terenul care nu îi aparține etc.

Dacă dreptul de superficie se constituie numai asupra unei porțiuni din teren, art. 94 alin. (2) din Regulamentul de organizare și funcționare a birourilor de cadastru și publicitate imobiliară²⁷ dispune că acesta se va dezmembra, în sensul că porțiunea grevată cu dreptul de superficie va forma obiectul unui imobil distinct²⁸.

Fiind consecvent unei jurisprudențe mai vechi a instanței supreme române²⁹, legiuitorul din 2009 a prevăzut că, *în lipsa unei stipulații contrare a părților, exercitarea dreptului de superficie este delimitată nu numai de suprafața de teren pe care urmează să se construiască, ci și de cea necesară exploatării construcției sau, după caz, de suprafața de teren aferentă și de cea necesară exploatării construcției edificate* [art. 695 alin. (1) C. civ.].

Articolul 695 alin. (2) și (3) C. civ. stabilesc, în sarcina superficiarului, o serie de obligații, care sunt de strictă interpretare și aplicare, exclusiv situației în care dreptul de superficie s-a constituit potrivit art. 693 alin. (3) C. civ.: *„Superficia se poate înscrie și în temeiul unui act juridic prin care proprietarul întregului fond a transmis exclusiv construcția ori a transmis terenul și construcția, în mod separat, către două persoane, chiar dacă nu s-a stipulat expres constituirea superficiei.”*

Astfel, în această situație, în lipsă de stipulație contrară, superficiarul nu poate modifica structura construcției, însă o poate demola, cu obligația de a o reconstrui în forma inițială [art. 695 alin. (2) C. civ.]. După cum se poate observa, dacă dreptul de superficie s-a constituit prin una dintre modalitățile prevăzute de art. 693 alin. (3)

²⁶ Legea din 10 ianuarie 1824 privitoare la dreptul de superficie.

²⁷ Aprobat prin Ordinul Directorului general al Agenției Naționale de Cadastru și Publicitate imobiliară nr. 633/2006, publicat în M. Of. nr. 1049 din 29 decembrie 2006.

²⁸ C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 260; S. Cercel, *op. cit.*, p. 754.

²⁹ Prin dec. nr. 1515 din 14 iunie 1973 a Tribunalului Suprem s-a statuat că superficiarului trebuie să i se asigure, dacă părțile nu au convenit altfel, o porțiune de teren strict necesară a permite accesul la construcție, în F. Morozan, *op. cit.*, jurisprudența de la pct. 1, p. 1004.

C. civ., în conținutul său intră, în temeiul legii, *atât dreptul de a avea, cât și cel de a ridica din nou acea construcție în caz de demolare a acesteia*. Precizarea ni se pare importantă, întrucât Codul civil definește suprafața ca fiind *dreptul de a avea sau de a edifica o construcție, lucrare sau plantație*. În alte cuvinte, este posibil ca părțile, prin acordul lor de voințe materializat prin actul constitutiv, să prevadă că suprafațiarul poate fie să se bucure doar de o construcție deja edificată, fie să ridice o nouă construcție pe terenul altuia fie, în forma cea mai completă, și să profite de pe urma unei construcții deja existente și să edifice alta nouă, alături de aceasta.

Considerăm și noi, alături de un alt autor³⁰, că în această materie noțiunile de „*structură a construcției*” și „*formă a construcției*” primesc același înțeles.

Potrivit alineatului (3) al articolului 695 C. civ. „*În cazul în care suprafațiarul modifică structura construcției, proprietarul terenului poate să ceară, în termen de 3 ani, încetarea dreptului de suprafață sau repunerea în situația anterioară. În al doilea caz, curgerea termenului de prescripție de 3 ani este suspendată până la expirarea duratei suprafaței*”. Această dispoziție a fost interpretată în literatura de specialitate din țara noastră în sensul că „*dacă suprafațiarul modifică structura construcției, o demolează și nu o mai reconstruiește sau o reconstruiește fără a respecta forma inițială, proprietarul terenului are dreptul să opteze între două soluții posibile: 1. să ceară **încetarea dreptului de suprafață**; 2. să pretindă **repunerea în situația anterioară** pe cheltuiala suprafațiarului. În ambele situații, dreptul proprietarului trebuie exercitat într-un termen de prescripție de 3 ani. De menționat că art. 695 alin. (3) teza a II-a reglementează un caz special de suspendare a prescripției extinctive; dacă proprietarul terenului pretinde repunerea în situația anterioară, curgerea termenului de prescripție de 3 ani este suspendată până la expirarea duratei suprafaței*”³¹.

Din punctul nostru de vedere, această interpretare este eronată, întrucât teza a doua a art. 695 alin. (3) C. civ. nu se referă la prescripția acțiunii prin care proprietarul terenului ar solicita repunerea în situația anterioară, ci la prescripția acțiunii în cazul în care suprafațiarul demolează construcția, fără a o mai edifica sau o edifica, fără însă a respecta forma sa inițială. Justificarea acestei interpretări constă în aceea că dacă am interpreta în sensul arătat mai sus, și anume că teza a doua a articolului în discuție se referă la situația în care proprietarul terenului cere repunerea în situația anterioară, atunci ipoteza prezentată de alineatul al doilea al aceluiași articol, respectiv demolarea fără reconstruire în forma inițială, ar rămâne fără nicio sancțiune legală. De aceea, considerăm că în cazul modificării structurii construcției, proprietarul terenului poate să ceară **încetarea sau repunerea în situația anterioară**, într-un termen de 3 ani de la data constatării modificării, iar în caz de demolare, termenul de prescripție, care este tot de 3 ani, pentru acțiunea prin care proprietarul ar putea cere, de această dată, **numai repunerea în situația anterioară**³², este suspendat până la expirarea duratei

³⁰ S. Cercel, *op. cit.*, p. 754.

³¹ *Ibidem*, p. 755; în același sens, a se vedea F. Moroșan, *op. cit.*, p. 1003, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 261; G. Boroș, C.A. Angheliescu, B. Nazat, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 136.

³² Deși Codul prevede că, pentru cel de-al doilea caz, „*curgerea termenului de prescripție este suspendată până la expirarea duratei suprafaței*”, în realitate, acesta nu este un caz de suspendare, ci unul de amânare a curgerii termenului de prescripție extintivă. În același sens, a se vedea și F. Moroșan, *op. cit.*, p. 1003, nota 4. Diferența este relevantă, întrucât suspendarea prescripției produce efecte diferite, generale și, dacă este cazul, speciale. A se vedea art. 2.534 C. civ.

superfíciei. Important de menționat este faptul că proprietarul poate să ceară numai repunerea în situația anterioară, în acest ultim caz, deoarece superficiarul poate să își îndeplinească obligația de a reconstrui în forma inițială pe toată durata pentru care a fost constituit dreptul său real.

O ultimă observație în legătură cu interpretarea și aplicarea acestor două alineate ale articolului 695 C. civ. considerăm necesar a fi făcută: deși textul se referă exclusiv la posibilitatea *demolării* construcției, cu obligația de a o ridica la loc, în aceeași formă, credem că această obligație subzistă și dacă bunul imobil a pierit *in mod fortuit*, aceasta fiind o aplicație a principiului potrivit căruia proprietarul (în cazul nostru superficiarul) suportă riscul pieririi bunului (art. 558 C. civ.).

După cum se poate observa, această acțiune pe care o are la îndemână proprietarul terenului este permisă doar în cazul expres prevăzut de art. 695 C. civ., respectiv doar pentru un anumit mod de constituire a dreptului de suprafață și pentru nerespectarea anumitor obligații, stabilite de lege. Suntem însă de părere că încetarea anticipată a dreptului de suprafață ar trebui să aibă loc și prin introducerea unei cereri de chemare în judecată formulată de proprietarul terenului în cazul în care superficiarul nu respectă și alte obligații stabilite prin actul constitutiv, sau chiar în cazul exercitării abuzive a dreptului său. În acest sens, amintim dispozițiile din materia uzufructului, care dau dreptul nudului proprietar să ceară încetarea acestui drept în cazul în care uzufructuarul abuzează de folosința bunului, aduce stricăciuni acestuia ori îl lasă să se degradeze [art. 747 alin. (1) C. civ.], și facem trimitere la alte coduri civile europene care permit sancționarea superficiarului pentru exercitarea cu rea-credință a dreptului său.

Astfel, potrivit Codului civil elvețian, „*dacă superficiarul depășește grav limitele dreptului său real ori încalcă sever obligațiile sale contractuale, proprietarul poate solicita restituirea anticipată prin transferarea în numele său a dreptului de suprafață, cu toate drepturile și obligațiile care îi sunt atașate*”³³ (art. 779^f C. civ. elvețian); și în legislația spaniolă există o reglementare similară, dreptul de suprafață putându-se stinge, anticipat, cu titlu de sancțiune, în cazul în care nu sunt respectate dispozițiile speciale referitoare la planurile regionale sau locale de urbanism³⁴ [art. 36 alin. (5) din Legea solului nr. 8/2007]. Și Codul civil al Republicii Moldova recunoaște proprietarului terenului dreptul de a cere instanței încetarea anticipată a dreptului de suprafață pentru abuz de folosință din partea superficiarului și pentru nerespectarea de către acesta a unei obligații esențiale – aceea de a ridica o construcție în termenul stabilit de părți: „*Dacă superficiarul nu a ridicat construcția în termenul specificat în actul juridic privind instituirea suprafeței sau **dacă încalcă obligația privind conservarea construcției**, proprietarul terenului are dreptul să ceară stingerea dreptului de suprafață.*” (art. 450 C. civ. R.M.).

³³ Art. 779^f C. civ. elvețian: *Si le superficiaire excède gravement son droit réel ou viole gravement des obligations contractuelles, le propriétaire peut provoquer le retour anticipé en demandant le transfert à son nom du droit de suprafață avec tous les droits et charges qui y sont attachés.*

³⁴ Art. 36 alin. (5) din Ley del Suelo: *El derecho de suprafață se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.*

Cazurile de încetare a superficiei

Dreptul de superficie încetează prin radierea sa din Cartea Funciară, potrivit art. 698 C. civ., pentru una dintre următoarele cauze: a) expirarea termenului; b) consolidarea, dacă terenul și construcția devin proprietatea aceleiași persoane; c) pieirea construcției, dacă există stipulație expresă în acest sens și d) în alte cazuri prevăzute de lege.

După cum se poate observa, pieirea construcției constituie o cauză de încetare a dreptului de superficie numai dacă părțile au prevăzut în mod expres acest lucru. *Per a contrario*, dacă dreptul s-a născut prin uzucapiune, dispariția construcției nu duce și la încetarea superficiei, ceea ce pare contrar înțelesului noțiunii de dobândire a dreptului prin acest mod originar. Astfel, dacă am avea în vedere o posesie începută ulterior intrării în vigoare a acestui nou Cod civil (întrucât dispozițiile Codului civil român în vigoare se aplică numai drepturilor de superficie constituite după acest moment), dobândirea dreptului de superficie ar putea avea loc, teoretic, fie prin uzucapiune extratabulară (art. 930 C. civ.), fie, practic, prin uzucapiune tabulară (art. 931 C. civ.).

Să le analizăm pe rând. Dacă ar fi vorba despre o uzucapiune extratabulară (problemă mai mult teoretică, așa cum s-a arătat) ar însemna ca cineva să exercite asupra unei construcții situată pe un teren care aparține unei alte persoane, exact acele prerogative ale dreptului de superficie (respectiv cele corespunzătoare dreptului de proprietate asupra construcției, și cele corespunzătoare dreptului de folosință asupra terenului). Or, în cazul în care construcția, pe care a posedat-o sub nume de proprietar, ar dispărea, ar fi greu de crezut că acel superficialar va mai continua să se comporte ca și cum ar fi titularul unui atare dezmembrământ.

Pe de altă parte, dacă este vorba despre o uzucapiune tabulară, vorbim despre un drept de superficie înscris în Cartea Funciară **fără cauză legitimă**. Această expresie desemnează un titlu viciat. De principiu, viciul titlului poate proveni din orice cauză imaginabilă, întrucât textul legal nu introduce nicio limitare³⁵. Totuși, în urma unui proces de analiză, se va concluziona că problema invocării uzucapiunii se va pune față de persoanele de bună-credință care au statut de dobânditori nemijlociți de la adevăratul titular al dreptului, prin însuși titlul viciat de o **cauză de nulitate absolută**³⁶. În această situație, putem spune că eventuala clauză din titlul viciat de nulitate absolută, care ar stabili ca mod de încetare a superficiei pieirea construcției, și-ar putea produce efecte? Noi credem că nu.

Mai mult, considerăm că pieirea construcției ar trebui să constituie un mod de încetare, chiar dacă nu s-a prevăzut în mod expres acest lucru. Asta dacă avem în vedere definiția oferită de Cod dreptului de superficie: *dreptul de a edifica sau de a avea o construcție pe terenul altuia* [art. 693 alin. (1) C. civ.]. Așadar, este posibil ca proprietarul terenului, prin actul constitutiv de superficie, să confere titularului dezmembrământului **doar dreptul de a avea o construcție** (deja existentă pe terenul cu privire la care superficialarul are un drept de folosință). Dreptul de a o demola și de a o ridica la loc, în aceeași formă, îl are doar superficialarul care și-a constituit dreptul prin modalitatea prevăzută de art. 693 alin. (3) C. civ. Dar celelalte moduri de constituire

³⁵ C. Drăgușin, *Comentariile Codului civil: Posesia. Uzucapiunea*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 174.

³⁶ *Ibidem*, p. 176.

conferă acest drept superficiarului? Noi credem că nu, atâta timp cât proprietarul terenului s-a limitat în a-i oferi doar dreptul de a avea o construcție, nu și de a edifica.

Prin urmare, părerea noastră este în sensul revenirii la concepția anterioară intrării în vigoare a actualului Cod civil, care considera că există o strânsă legătură între dreptul de superficție și durata de viață a construcției.

În fine, observăm de asemenea că dreptul de superficție este singurul dezmembrământ care nu se stinge prin neuz. *De lege ferenda*, un asemenea mod de stingere ar fi binevenit, în special în cazul în care dreptul de superficție ar presupune dreptul de a edifica o construcție pe terenul unei alte persoane. În acest caz, în lipsa unui text legal, ne punem întrebarea dacă părțile, prin acordul lor de voințe, ar putea să prevadă că nerespectarea obligației de a edifica o construcție în termenul stabilit de ei ar da dreptul proprietarului terenului să solicite încetarea anticipată a dreptului de superficție. După formularea art. 698 C. civ. s-ar părea că nu, însă în acest caz s-ar aduce atingere pe de o parte, libertății de voință a părților, și pe de altă parte, dreptului proprietarului terenului, care și-ar vedea terenul neutilizat, pierzându-și astfel, poate, din valoare, fără a avea posibilitatea să întreprindă vreo măsură în acest sens.

În ceea ce privește stingerea dreptului de superficție prin alte cazuri prevăzute de lege, amintim aici exproprierea pentru cauză de utilitate publică a terenului pe care s-a ridicat construcția, lucrarea sau plantația [a se vedea în acest sens art. 28 alin. (3) din Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică], apoi dobândirea, pe calea uzucapiunii, a dreptului de proprietate asupra terenului de către o altă persoană decât cel care și-a dat consimțământul inițial la constituirea superficției, și, bineînțeles, prin desființarea cu efect retroactiv, pe orice cale, a titlului de constituire a dreptului de superficție (pentru cauze care pot atrage nulitatea, rezoluțiunea actului constitutiv).

În loc de concluzie, socotim că reglementarea dreptului de superficție în actualul Cod civil român este, pe cât de așteptată de teoreticienii și practicienii dreptului, pe atât de perfectibilă. Poate că un proces mai atent de „explorare” a dreptului altor state în această materie ar fi fost binevenită. S-ar fi întâlnit regimuri juridice diferite, de la unele excesiv legalizate, vezi Codul civil elvețian, la altele laconic schițate, vezi Codul civil italian. Legiuitorul român a ales, se pare, calea de mijloc, ca de obicei, reglementând amănunțit unele aspecte, în timp ce pe altele le-a lăsat descoperite. Va fi, probabil, din nou, sarcina doctrinei și a jurisprudenței să contribuie la acoperirea unor lacune, în cazul în care Noul Cod civil nu va suferi modificări în viitorul mai mult sau mai puțin apropiat.

BIBLIOGRAFIE

J. Goulet, *Les droits de superficție et l'imprécision du langage juridique*, în *Cahiers de Droit* n^o. 19/1978;

C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, București, 2001;

V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. 1, Ed. Humanitas, București, 2004;

M. Galan, *Recunoașterea dreptului de suprafață cu privire la o construcție ce a făcut obiectul unui contract de vânzare-cumpărare, anterior clarificării situației juridice a terenului aferent*, în revista *Dreptul* nr. 11/2005;

I. Sferdian, *Discuții referitoare la dreptul de suprafață*, în revista *Dreptul* nr. 6/2006;

M. Avram, *Actul unilateral în dreptul privat*, Ed. Hamangiu, București, 2006;

O. Ungureanu, C. Munteanu, *Tratat de drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2008;

S. Normand, *Du droit de suprafață à la propriété superficière*, în *Revue Générale de Droit*, nr. 38/2008;

V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009;

Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012;

Colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*. Vol. I. Art. 1-952, Ed. Hamangiu, București, 2012;

C. Drăgușin, *Comentariile Codului civil: Posesia. Uzucapiunea*, Ed. Hamangiu, București, 2012;

C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013;

G. Boroș, C.A. Anghelescu, B. Nazat, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2013.

Conținutul normativ al Constituției și reforma constituțională

*Lector univ. dr. Marius ANDREESCU
Facultatea de Științe Juridice și Administrative,
Universitatea din Pitești*



The normative content of the Constitution and the constitutional reform

Abstract: The fundamental modification of a state represents a very special political and juridical act with major significances and implications in the political social system as in the state's one, but also at each individual level. That's why such an attempt needs to be well justified, to answer to some juridical and political social needs well defined, but mainly to correspond to the principles and rules specific to a constitutional and state's democratic system providing to the state the stability and functionality it needs. In this study we analyze the necessity of such a constitutional reform in Romania, and also some provisions from the report of the Presidential Commission for the analysis of the political and constitutional regime in our country. We formulate our opinions in relation to the justifying some constitutional regulations. In this context, we consider that there are arguments for the maintaining of the bicameral parliamentary system and an eventual revising of the fundamental law needs to consider the measures needed to guarantee the political and constitutional institutions specific to the lawful state.

Keywords: Revising of the Constitution, limits of the constitutional revising, bicameral system, power excess, guaranteeing of the fundamental liberties, constitutional norms.

§ 1. Stabilitate și reformă constituțională

Una dintre cele mai controversate și importante probleme juridice o reprezintă relația dintre stabilitate și inovație în drept. Stabilitatea normelor juridice este incontestabil o necesitate pentru predictibilitatea conduitei subiectelor de drept, pentru securitatea și buna funcționare a relațiilor economice și juridice precum și pentru a da substanță principiilor supremației legii și a Constituției.

Pe de altă parte este necesar de a adapta norma juridică și în general dreptul la fenomenele sociale și economice care se succed cu atâta rapiditate. De asemenea, norma juridică internă trebuie să răspundă standardelor impuse de instrumentele juridice internaționale într-o lume în care „globalizarea” și „integrarea” devin tot mai pregnante cu consecințe importante și în plan juridic. Este necesar ca permanent legiuitorul să fie preocupat de a elimina tot ceea ce este „vetust în drept”, a ceea ce nu corespunde realităților.

Raportul dintre stabilitate și inovație în drept constituie o problemă complexă și dificilă ce trebuie abordată cu toată atenția luându-se în considerare o largă paletă de factori, care pot determina o poziție favorabilă sau defavorabilă modificării legislative¹.

Unul dintre criteriile care ajută la soluționarea acestei probleme este principiul proporționalității. Între norma juridică opera de interpretare și aplicarea acesteia, iar pe de altă parte realitatea socială în toată complexitatea ei fenomenală trebuie să se realizeze un raport adecvat, altfel spus dreptul să fie un factor de stabilitate și dinamism al statului și societății, să corespundă scopului de a satisface cât mai bine posibil cerințele interesului public dar și acela de a permite și garanta individului posibilitatea unui comportament liber și previzibil, de a se realiza pe sine în context social. Prin urmare, dreptul inclusiv în dimensiunea sa normativă pentru a fi viabil și pentru a reprezenta un factor de stabilitate dar și de progres trebuie să fie adecvat realităților sociale, dar și scopurilor pentru care norma juridică este adoptată, sau după caz interpretată și aplicată. Acesta nu este o constatare nouă. În urmă cu multe secole Solon fiind chemat să elaboreze o constituție, a pus fruntașilor cetății sale întrebarea: „Spuneți-mi pentru care timp și pentru ce popor”, pentru că mai târziu același mare înțelept să afirme că nu a dat cetății o constituție perfectă, ci numai una adecvată timpului și locului.

Relația dintre stabilitate și inovație în drept are o importanță deosebită atunci când se pune problema menținerii sau modificării unei constituții, deoarece constituția este așezământul politic și juridic al unui stat² în baza căreia să structureze întreg eșafodajul statului și al societății.

De esența unei constituții este stabilitatea sa în timp pentru că numai în acest fel se poate asigura în bună măsură stabilitatea întregului sistem normativ al unui stat, certitudinea și predictibilitatea conduitei subiecților de drept, dar și pentru a asigura stabilitatea juridică, politică și economică a sistemului social în ansamblul său³.

Stabilitatea este o cerință pentru garantarea principiului supremației constituției și a implicațiilor sale. În acest sens, profesorul Ioan Muraru afirma că supremația constituției nu reprezintă numai o categorie strict juridică, ci una *politico-juridică* relevând că legea fundamentală este rezultatul realităților economice, politice, sociale și juridice. „Ea marchează (definește, conturează) o etapă istorică din viața unei țări, ea consfințește victoriile și dă expresie și stabilitate politico-juridică realităților și perspectivelor etapei istorice în care a fost adoptată”⁴.

¹ V. Duculescu, G. Duculescu, *Revizuirea Constituției*, Ed. Lumina Lex, București, 2002 p. 12.

² I. Deleanu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Europa Nova, București, 1996, vol. I, p. 260.

³ E.S. Tănăsescu, în *Constituția României, Comentarii pe articole*, coordonatori I. Muraru, E.S. Tănăsescu, Ed. All Beck, București, 2008, pp. 1467-1469.

⁴ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice* ed. a XI-a, Ed. All Beck, București, 2003, p. 80.

Pentru a asigura stabilitatea constituției au fost utilizate variate modalități tehnice de garantare a unui anumit grad de rigiditate a legii fundamentale, dintre care enumerăm: a) stabilirea unor condiții speciale de exercitare a inițiativei de revizuire a constituției, cum ar fi limitarea subiectelor care pot avea o asemenea inițiativă, controlul de constituționalitate din oficiu asupra inițiativei de revizuire a constituției; b) interdicția revizuirii constituției de către adunările legislative obișnuite sau altfel spus recunoașterea competenței revizuirii constituției numai în favoarea unei adunări constituante c) instituirea unei proceduri speciale de dezbateri și adoptare a inițiativei de revizuire; d) necesitatea soluționării revizuirii prin referendum; e) fixarea unor limite materiale pentru revizuire, în special prin stabilirea unor reglementări constituționale care nu pot fi supuse revizuirii⁵.

Pe de altă parte o constituție, nu este și nu poate fi eternă sau imuabilă.

Încă de la apariția fenomenului constituțional, legile fundamentale au fost concepute ca supuse schimbărilor impuse inevitabil de trecerea timpului și dinamica realităților statale, politice, economice și sociale. Această idee a fost consacrată de Constituția franceză din 1971 potrivit căreia „Un popor are întotdeauna dreptul de a revedea, de a reforma și de a modifica constituția sa, iar în perioada contemporană atât „Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale”, cât și cel privitor la drepturile civile și politice adoptate de ONU în 1966 prevăd în art. 1: „Toate popoarele au dreptul de a dispune de ele însele. În virtutea acestui drept ele își determină liber statutul juridic.

Reputatul profesor Constantin G. Rarincescu afirma în acest sens: „O constituție deși este menită să reglementeze în viitor pentru un timp mai mult sau mai puțin îndelungat, viața politică a unei națiuni ea nu este destinată a fi imobilă, sau veșnică perpetuă, căci, pe de o parte o constituție în mersul timpului își poate arăta imperfecțiunile, și nicio operă omenească nu este perfectă, imperfecțiuni a căror modificare se impune, pe de altă parte o constituție trebuie să fie în curent cu necesitățile sociale și cu concepțiunile noi politice, care se pot schimba mai frecvent în cadrul unui stat sau a unei societăți”⁶. Subliniind aceeași idee, profesorul Tudor Drăganu preciza: „Constituția nu poate fi concepută cu un monument peren destinat să reziste vicisitudinilor secolelor și nici măcar ale deceniilor. Ca toate celelalte reglementări juridice, constituția reflectă condițiile economice, sociale și politice existente într-o societate la un moment dat al istoriei și urmărește să creeze structurile și formele organizatorice cele mai adecvate dezvoltării ei ulterioare. Societatea umană este într-o continuă schimbare. Ceea ce este valabil astăzi, mâine poate deveni perimat. Pe de altă parte, una dintre caracteristicile reglementărilor juridice constă în faptul că ele prefigurează anumite făgașuri menite să canalizeze dezvoltarea societății într-o direcție sau alta. Atât aceste direcții cât și modalități de înlăptuire a scopurilor urmărite se pot dovedi, însă, confruntate cu realitățile necorespunzătoare. Tocmai din acest motiv,

⁵ Pentru dezvoltări a se vedea: I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *op. cit.* pp. 52-55, T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, Vol. I, pp. 45-47, M. Andreescu, F. Mitrofan, *Drept constituțional. Teoria generală*, Ed. Universității din Pitești, 2006, pp. 43-44, V. Duculescu, G. Duculescu, *op. cit.* pp. 28-47, I. Deleanu, *op. cit.*, pp. 275-278.

⁶ C.G. Rarincescu, *Curs de drept constituțional*, București, 1940, p. 203.

constituțiile ca și alte reglementări juridice, nu pot rămâne imuabile, ci trebuie să se adapteze dinamicii sociale”⁷.

În lumina acestor considerente apreciem că relația dintre stabilitate și revizuire constituțională trebuie interpretată și soluționată după cerințele principiului proporționalității⁸. Legea fundamentală este viabilă atâta timp cât este adecvată realităților statului și unei anumite societăți la un anumit moment istoric determinat. Mai mult – afirmă profesorul Ioan Muraru – „o constituție este viabilă și eficientă dacă realizează echilibrul între cetățeni (societate) și autoritățile publice (stat) pe de o parte, apoi între autoritățile publice și desigur chiar între cetățeni. Important este de asemenea, ca reglementările constituționale să realizeze ca autoritățile publice să fie în serviciul cetățenilor, asigurându-se protecția individului contra atacurilor arbitrare ale statului împotriva libertăților sale”⁹.

În situațiile în care un asemenea raport de proporționalitate nu mai există fie datorită imperfecțiunilor constituției sau datorită inadecvării reglementărilor constituționale la noile realități statale și sociale, apare necesitatea juridică și politică a revizuirii constituționale.

Cu toate acestea, în relația dintre stabilitate și revizuire constituțională, spre deosebire de relația generală stabilitate – inovație în drept cei doi termeni nu au aceeași valoare logică și juridică. Este vorba de un raport de contrarietate (și nu de contradicție) în care stabilitatea constituției este termenul dominant. Această situație este justificată de faptul că stabilitatea este o cerință esențială a garantării principiului supremației constituției, cu toate consecințele sale. Numai prin primatul stabilității față de inițiativele de revizuire o constituție își poate exercita funcțiile sale și rolul de a asigura stabilitatea, echilibrul și dinamica componentelor sistemului social, afirmarea tot mai puternică a principiilor statului de drept. Supremația constituției conferită și de stabilitatea acesteia reprezintă o garanție împotriva arbitrariului și puterii discreționare, a autorităților statului, prin regulile constituționale prestabilite și predictibile, care reglementează organizarea, funcționarea și atribuțiile organelor statale. De aceea, mai înainte, de a se pune problema revizuirii constituției, important este ca autoritățile statului să realizeze interpretarea și aplicarea corectă a dispozițiilor normative constituționale în litera și spiritul lor. Opera de interpretare a textelor constituționale realizată de instanțele constituționale, dar și de celelalte autorități ale statului cu respectarea competențelor conferite de lege este de natură să releve sensurile și semnificațiile principiilor și reglementărilor constituției și în acest fel să contribuie la procesul de adecvare a acestor norme la realitatea socială, politică și statală a cărei dinamică nu trebuie neglijată. Justificarea interpretării se regăsește în necesitatea aplicării unei text constituțional general la o situație de fapt concretă”¹⁰.

⁷ T. Drăganu, *op. cit.*, pp. 45-47.

⁸ Pentru dezvoltări a se vedea M. Andreescu, *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2007.

⁹ I. Muraru, *Protecția constituțională a libertăților de opinie*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 17.

¹⁰ I. Muraru, M. Constantinescu, E.S. Tănăsescu, M. Enache, G. Iancu, *Interpretarea constituției*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 14.

Decizia de declanșare a procedurii de revizuire a constituției unei țări este fără îndoială una politică, dar în același timp trebuie să fie fundamentată juridic și să corespundă unei necesități istorice, a sistemului social organizat statal din perspectiva evoluției sale ulterioare. Prin urmare, actul de revizuire a Legii fundamentale nu trebuie subordonat intereselor politicianiste ale momentului, oricât de frumos ar fi prezentate, ci interesul general social, bine conturat și posibil de exprimat juridic.

Profesorul Antonie Iorgovan preciza cu deplin temei: „În materie de revizuire a Constituției, îndrăznim să spunem că acolo unde există o viață politică normală, se dă dovadă de prudentă de reținere, imperfecțiunile textelor la confruntarea cu viața, cu realitățile ulterioare, sunt corectate prin interpretările Curților Constituționale, respectiv prin uzanțele sau cutumele parlamentare, motiv pentru care în literatura occidentală nu se vorbește numai despre Constituție, ci despre blocul constituționalității”¹¹.

Răspunsul la întrebarea dacă în acest moment istoric se justifică declanșarea procedurilor politice și juridice pentru modificarea Legii fundamentale a României poate fi nuanțat în raport cu motivele și scopul urmărit. Revizuirea Constituției nu poate avea ca finalitate satisfacerea intereselor politicianiste ale deținătorilor de moment al puterii în direcția de întărire a puterii discreționare a Executivului, cu consecința inadmisibilă a lezării unor valori și principii constituționale democratice, cu deosebire a pluralismului politic și instituțional, a principiului separației puterilor în stat a principiului supremației legislative a Parlamentului.

Pe de altă parte, așa cum istoria celor două decenii de viață democratică în România a demonstrat puterea, prin deciziile luate de multe ori a denaturat principii și reguli constituționale prin interpretări contrare spiritului democratic a Legii fundamentale sau, și mai grav, nu a respectat dispozițiile constituționale pentru scopuri politice și susținerea unor interese conjuncturale.

Consecințele au fost și sunt evidente: restrângerea sau încălcarea unor drepturi și libertăți fundamentale, generarea unor tensiuni sociale, nerespectarea rolului constituțional al instituțiilor statului într-un cuvânt acțiuni politice, unele îmbrăcate în haină juridică, contrare constituționalismului care trebuie să caracterizeze statul de drept în România.

În aceste condiții, un posibil demers al revizuirii Legii fundamentale ar trebui să fie axat pe necesitatea întăririi și sporirii garanțiilor constituționale pentru respectarea cerințelor și valorilor statului de drept, pentru evitarea excesului de putere specific politicianismului subordonat exclusiv unor interese de grup, de multe ori conjuncturale și contrare intereselor poporului român, care conform art. 2 alin. (1) din Constituție deține suveranitatea națională.

În opinia noastră, preocuparea clasei politice și a autorităților statului în perioada actuală, în raport de conținutul actual al Legii fundamentale, ar trebui orientat nu atât spre modificarea Constituției, cât mai ales în direcția interpretării și aplicării corecte a acesteia și respectarea finalității democratice a instituțiilor constituționale. Pentru consolidarea statului de drept în România, este necesar ca formațiunile politice, cu deosebire cele care dețin puterea, toate autoritățile statului să acționeze sau să-și exercite atribuțiile în limitele unui *comportament constituțional loial* care implică respectarea sensului și semnificațiilor democratice ale Constituției.

¹¹ A. Iorgovan, *Revizuirea Constituției și bicameralismul*, în *Revista de Drept Public* nr. 1/2001, p. 23.

În prezent, realitatea politică și juridică din România se confruntă cu un demers politic amplu pentru revizuirea Legii fundamentale, materializat în rezultatele unui referendum organizat în anul 2009 având ca obiect reducerea numărului de parlamentari și trecerea la un sistem parlamentar unicameral, în „Raportul Comisiei Prezidențiale de Analiză și Regimului Politic și Constituțional din România”¹², în elaborarea de către Guvern a „Proiectului de lege privind revizuirea Constituției” dat publicității la 28 aprilie 2010, inițiativa Președintelui României de revizuire a Legii fundamentale la propunerea Guvernului și Decizia nr. 799 din 17 iunie 2011 a Curții Constituționale vizând proiectul de lege de revizuire a Constituției României¹³.

Aceasta este până în prezent singura inițiativă politică care a fost materializată într-un proiect legislativ de revizuire a Legii fundamentale înaintat Parlamentului. În contextul social și politic actual sunt expuse de guvernanți și alte propuneri, idei de modificare a Constituției fără a fi încă materializate într-o nouă inițiativă legislativă.

Doctrina și-a adus contribuția la analiza propunerilor de revizuire, dar și prin elaborări teoretice în legătură cu instituția juridică a revizuirii constituționale

Demersul nostru științific are în vedere, dintr-o perspectivă critică, în mod deosebit inițiativa politică de revizuire a Constituției care are deja forma unui proiect legislativ, chiar dacă nu este încă pe rolul Parlamentului pentru dezbateri.

Dorim totodată să subliniem câteva teme importante care în opinia noastră necesită o reflecție mult mai aprofundată, inclusiv în privința conținutului normativ al Constituției. În această epocă de intense preocupări ale clasei politice de modificare a Legii fundamentale este important a reflecta din perspectiva exigențelor științei dreptului constituțional asupra conținutului normativ al Constituției. Stabilirea pe baza unor criterii științifice a ce anume trebuie să cuprindă legea fundamentală a unui stat este esențial pentru a evita ca prin entuziasmul politic să se ignore aspecte de bază privind specificul conținutului normativ al Constituției ce explică de altfel și supremația acesteia.

Propunerile de revizuire a Constituției au ca finalitate evidentă trecerea sistemului constituțional al României de la bicameralism la unicameralism și întărirea puterii executive, în special a instituției prezidențiale.

Doctrina de specialitate subliniază faptul că în statele unitare cum este și România atât sistemul parlamentar unicameral, cât și cel bicameral au avantaje și dezavantaje¹⁴. Nu există o soluție ideală constituțională în acest sens. Important este faptul că structura parlamentului pe care o consfințește Constituția să fie adecvată realităților sociale, politice și economice ale unei țări, să fie funcțională și să integreze armonios în sistemul de autorități ale statului cu respectarea principiilor democrației constituționale și ale statului de drept. Totuși, autori de prestigiu precum profesorul Herbert Schambeck remarcă importanța sistemului parlamentar: „De la Camera a doua de acest tip se așteaptă să emane *auctoritas*, care în mod specific conferă reputație personală, în plus

¹² Publicat de Ed. C.H. Beck, București, 2009.

¹³ M. Of. nr. 440 din 23 iunie 2011.

¹⁴ Pentru dezvoltări, a se vedea I. Muraru, M. Constantinescu, *Drept parlamentar românesc*, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 72-79.

față de *potestas* sau puterea politică. Camera a doua sau Camera superioară a existat dintotdeauna în aria de tensiune dintre tradiția moștenită și responsabilitatea politică prezentă. Ea reprezintă o parte a organizării constituționale de bază și o realitate politică a statului”¹⁵.

Răspunzând necesităților politice ale anului electoral 2009, Președintele României a supus referendumului problema opțiunii pentru un sistem unicameral și pentru un număr mai mic de parlamentari. Corpul electoral s-a arătat favorabil acestei idei. Din punct de vedere juridic rezultatul referendumului are valoare consultativă. Totuși, nu trebuie neglijat faptul că, potrivit art. 2 alin. (1) din Constituție, suveranitatea națională se exercită direct de către titularul acesteia prin referendum, și prin urmare voința corpului electoral exprimată în această procedură reprezintă un act de putere.

Condițiile concrete ale organizării referendumului, fără o dezbatere aprofundată în cadrul electoratului a problemelor supuse consultării referendare și mai ales desfășurarea referendumului în aceeași zi cu alegerile pentru funcția de Președinte al României, în situația în care titularul acestei demnități publice era unul dintre candidați, generează serioase îndoieli asupra legitimității acestei proceduri și a rezultatelor constatate inclusiv sub aspectul constituționalității.

Această situație este un argument pentru a sublinia necesitatea ca instanța noastră constituțională să aibă în atribuții și verificarea constituționalității decretelor Președintelui de declanșare a procedurii referendumului.

Apreciem că referendumul din decembrie 2009 nu a fost destinat scopului ca voința poporului astfel exprimată să vizeze o problemă de interes național, cât mai ales pentru realizarea unor interese politice ale momentului, care în niciun caz nu pot fi identificate cu interesul național așa cum arată dispozițiile art. 90 din Constituție.

Trecând peste aspectul legitimității referendumului, se pune problema dacă voința corpului electoral exprimată prin referendum este conformă tradițiilor democratice ale poporului român care în conformitate cu dispozițiile art. 1 alin. (3) din Constituție, constituie valori ale României, ca stat de drept democratic și social. Consultând istoria constituțională a României se constată că bicameralismul face parte din tradițiile democratice ale statului, opus unicameralismului specific statului totalitar comunist¹⁶.

Abordând această temă, profesorul Dan Claudiu Dănișor concluziona: „Deci voința constant exprimată în *sensul democrației* de generațiile anterioare, prevalează asupra voinței corpului electoral dintr-un moment și îi revine Curții Constituționale rolul de a opera controlul respectării limitelor cuprinse în art. 152 interpretate în sensul tradițiilor democratice ale poporului român”¹⁷.

Revenind la fondul problemei, alături de alți autori¹⁸, apreciem că în România bicameralismul este adecvat sistemului statal și social în acest moment istoric și

¹⁵ H. Schambeck, *Reflecții asupra importanței sistemului Parlamentar bicameral*, în Revista de Drept Public nr. 1/2010 p. 3.

¹⁶ A. Iorgovan, *Filosofia bicameralismului între aspectele doctrinare și nevoi politice reale*, în Revista de Drept Public nr. 1/2004, pp. 3-7.

¹⁷ D.C. Dănișor, *O dispută între doi clerici. Tudor Drăgan și Antonie Iorgovan despre bicameralism*, în Revista de Drept Public nr. 3/2010, p. 16.

¹⁸ A se vedea I. Muraru, M. Constantinescu, *op. cit.*, pp. 2-37; A. Iorgovan, *loc. cit.*, pp. 3-7; F.B. Vasilescu, *Întrebări despre bicameralism*, în Revista Română de Drept Public nr. 3/2010, pp. 28-51;

corespunde mai bine necesității de a realiza nu atât eficiența procedurilor legislative parlamentare, cât mai ales „ponderarea normării” și calității actului legislativ. Bicameralismul este o necesitate pentru România pentru ca Parlamentul să reprezinte o contrapondere viabilă față de Executiv, în contextul exigențelor și echilibrului puterilor într-un stat democratic.

Cu deplin temei regretatul profesor Antonie Iorgovan sublinia: „Ar fi fost un risc politic foarte mare, în acea tensiune postrevoluționară, ca în România să fi fost proiectat un Parlament unicameral și un asemenea risc există și la ora actuală, în condițiile în care nu se poate vorbi despre o viață politică așezată în culoarele firești ale doctrinelor democratice acceptate în Occident (doctrina social-democratică, doctrina creștin-democratică, doctrinele liberale și doctrinele ecologiste”¹⁹).

Unicameralismul într-un sistem constituțional semi-prezidențial cum este cel al României, în care puterile șefului de stat și în general cele ale Executivului sunt semnificative, ținând cont de politicianismul excesiv al momentului, ar avea drept consecință deteriorarea gravă a echilibrului instituțional dintre Legislativ și Executiv, cu consecința creșterii puterii discreționare a Executivului și minimizarea rolului Parlamentului ca organ suprem reprezentativ și al poporului român, ca unica autoritate legiuitoare a țării, așa cum prevăd dispozițiile art. 61 alin. (1) din Constituție.

Trecerea la un Parlament unicameral nu trebuie tratată simplist așa cum din nefericire rezultă din conținutul proiectului de Lege privind revizuirea Constituției elaborat de Guvern, ci necesită o modificare de ansamblu a sistemului constituțional român, o reconfigurare a rolului și atribuțiilor autorităților statului pentru ca echilibrul între Legislativ și Executiv să fie menținut și să nu se creeze posibilitatea unei evoluții spre o preponderență exagerată a instituției șefului de stat în raport cu Parlamentul.

Subliniem faptul că toate statele cu structură unitară din Europa care au un Parlament unicameral au totodată un sistem constituțional de tip parlamentar în care atribuțiile șefului de stat privind guvernarea sunt reduse.

Nu dorim să realizăm o analiză amănunțită a acestei probleme constituționale, subliniem numai concluzia că unicameralismul ar putea fi justificat politic și constituțional în România și adecvat valorilor democrației într-un stat de drept numai dacă legitimitatea și rolul Președintelui României ca instituție constituțională este schimbat în mod fundamental. Alegerea Președintelui ar trebui să se realizeze de către Parlament. Totodată, în situația unei structuri unicamerale a Parlamentului este necesar să se reducă semnificativ atribuțiile Președintelui în raport cu executivul și cele de guvernare.

Într-o astfel de reconfigurare a instituțiilor statului trebuie să crească rolul și atribuțiile Curții Constituționale și ale justiției, acestea fiind garanții ale supremației legii și Constituției și pentru evitarea excesului de putere din partea celorlalte autorități ale statului. Într-un cuvânt, în opinia noastră, unicameralismul nu ar putea fi asociat în România decât cu existența unui sistem constituțional de tip parlamentar.

Propunerea legislativă de revizuire a Constituției este de natură să creeze o

I. Alexandru, *Reflecții privind bicameralismul și asimetria distribuției competențelor*, în Revista Română de Drept Public nr. 3/210 pp. 51-60; C. Gilia, *Reforma Parlamentului din România - o necesitate*, în Revista Română de Drept Public nr. 3/2010 pp. 60-77.

¹⁹ A. Iorgovan, *op. cit.*, pp. 18-19.

disproporție între Parlament și executiv prin faptul că structura unicamerală a Parlamentului nu reprezintă o garanție suficientă pentru a constitui o contrapondere eficientă în raport cu Executivul, mai ales că atribuțiile Președintelui sunt evident amplificate.

Disputa dintre bicameralism sau unicameralism cu aplicare la condițiile României este bine caracterizată de regretatul profesor Antonie Iorgovan: „... orice sistem parlamentar bicameral sau unicameral poate să ducă la grave disfuncționalități cum se exprimă profesorul Tudor Drăganu, oricât de reușite ar fi soluțiile constituționale, dacă în practica parlamentară se dă dovadă de politicianism, de demagogie, de lipsă de responsabilitate”²⁰.

Actualul sistem parlamentar al României corespunde oare exigențelor tradițiilor democratice ale bicameralismului și este oare adecvat realizării rolului și funcțiilor Parlamentului?

Profesorul Tudor Drăganu, într-o logică argumentativă fără cusur, într-un amplu studiu, răspundea la această întrebare: „Constituția revizuită instaurează un sistem care se pretinde bicameral, dar funcționează în mod curent ca un sistem unicameral, condamnat să încalce prin anumite aspecte ale lui cele mai elementare principii ale regimului parlamentar și care cuprinde în sine pericolul producerii în viitor a unor grave disfuncționalități în desfășurarea activității legislative”²¹.

Ilustrul profesor avea în vedere faptul că legea de revizuire a Constituției nu cuprinde referiri exprese cu privire la numărul deputaților și senatorilor; pune problema legitimității de fond a celor două camere, deoarece membrii lor sunt desemnați de același corp electoral și prin același tip de sistem și de scrutin electoral; atribuțiile camerelor în materie legislativă nu sunt suficient de bine diferențiate; exercitarea dreptului la inițiativă legislativă a senatorilor și deputaților, așa cum este reglementat, generează contradicții constituționale.

Împreună cu alți autori²² susținem, în perspectiva unei viitoare revizuiri constituționale, să se reglementeze diferențierea dintre cele două Camere și prin tipuri deosebite de reprezentare. Dreptul comparat oferă suficiente exemple de acest fel (Spania, Italia, Franța) și chiar Legea electorală a României din 27 martie 1926 oferă un punct de reper în acest sens. Senatul poate reprezenta interesele colectivităților locale. Astfel, senatorii ar putea fi aleși de un colegiu electoral format din membrii aleși ai consiliilor locale. Interesant de subliniat este faptul că în proiectul Constituției din 1991 Senatul era conceput ca reprezentant al colectivităților locale, grupate în județele țării și în municipiul București.

Este justă critica profesorului Tudor Drăganu potrivit căreia actuala reglementare constituțională nu realizează o diferență funcțională între cele două camere. Acest aspect a fost remarcat și de către Curtea Constituțională care, referindu-se la procedura legislativă parlamentară introdusă prin proiectul de revizuire a Constituției, sublinia:

²⁰ A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 16.

²¹ T. Drăganu, *Câteva considerații critice asupra sistemului bicameral instituit de legea de revizuire a Constituției adoptată de camera Deputaților și în Senat*, în *Revista de Drept Public* nr. 4/2003 pp. 55-66.

²² D.C. Dănișor, *op. cit.*, pp. 23-24.

„Examinarea în cascadă a proiectelor de lege, într-o cameră în primă lectură, iar în cealaltă, în a doua lectură transformă Parlamentul bicameral într-unul unicameral”²³. Prin urmare o nouă inițiativă de modificare a Legii fundamentale ar trebui să aibă în vedere și acest aspect și să realizeze o reală diferențiere funcțională a celor două Camere.

În cele ce urmează prezentăm succinte comentarii critice la unele aspecte și dispoziții ale proiectului legii de revizuire a Constituției inițiat de Președintele României la propunerea Guvernului:

1. *Guvernul a adoptat în forma unui proiect de lege propunerea de revizuire a Constituției, proiect pe care l-a transmis Președintelui României. Șeful statului a decis inițierea procedurii de revizuire a Legii fundamentale și a transmis Curții Constituționale proiectul de lege privind revizuirea Constituției care include o serie de modificări și completări la proiectul elaborat de Guvern.*

Problema pe care o semnalăm și pe care a analizat-o și Curtea Constituțională este aceea dacă intervenția Președintelui, respectiv modificarea și completarea proiectului Legii de revizuire propus de Guvern, este constituțională.

Interpretând dispozițiile art. 150 din Constituție care reglementează titularii dreptului de inițiere a revizurii Legii fundamentale, Curtea Constituțională reține: „... textul constituțional nu distinge referitor la competențele Președintelui României în calitate de titular al dreptului de inițiativă a revizurii Constituției și nici nu instituie vreo obligație sau interdicție în ceea ce-l privește. Prin urmare, Președintele României primind propunerea Guvernului de revizuire a Constituției are deplina libertate de a decide să inițieze revizuirea Constituției sau să nu o inițieze, iar, în cazul în care decide inițierea acesteia să își însușească întocmai, numai în parte sau să completeze propunerea Guvernului”.

O astfel de interpretare a textului constituțional se înscrie în orientarea jurisprudențială constantă din ultimii ani a Curții Constituționale de a interpreta reglementările Legii fundamentale privind rolul și atribuțiile Președintelui României în sensul de a recunoaște acestuia puteri sporite, chiar cu riscul ca instanța constituțională să se transforme într-un legiutor pozitiv și să creeze norme constituționale. Cu titlu de exemplu amintim Decizia nr. 98 din 7 februarie 2008²⁴ prin care Curtea Constituțională a soluționat conflictul juridic de natură constituțională dintre Președintele României și Guvern, stabilind că în aplicarea art. 85 alin. (2) din Constituție, „Președintele României, neavând drept de veto, poate să ceară primului-ministru o singură dată, motivat, să facă o nouă propunere de numire a altei persoane în funcția de ministru”. O astfel de soluție nu rezultă din conținutul dispozițiilor art. 85 alin. (2) din Constituție, reprezentând în fapt o normă juridică consacrată de Curtea Constituțională, cu depășirea evidentă a rolului și atribuțiilor conferite de Constituție.

În opinia noastră dispozițiile art. 150 alin. (1) din Constituție nu abilitază Președintele României să modifice și să completeze proiectul Legii de revizuire propus de Guvern. Dacă legiutorul constituant ar fi înțeles să confere șefului statului o astfel de atribuție trebuia să fie prevăzută expres pentru că atribuțiile unei autorități publice nu pot fi deduse pe cale de interpretare din conținutul unui text normativ. Interpretarea

²³ Decizia nr. 148 din 16 aprilie 2003 (M. Of. nr. 317 din 12 mai 2003).

²⁴ M. Of. nr. 140 din 22 februarie 2008.

strictă a dispozițiilor art. 150 alin. (1) din Constituție arată că Președintele României are următoarele posibilități, în ceea ce privește proiectul legii de revizuire a Constituției propus de Guvern: de a accepta proiectul și de a iniția procedura de revizuire a Legii fundamentale sau de a respinge proiectul și eventual de a recomanda Guvernului modificarea și completarea acestuia.

Interpretarea conferită de Curtea Constituțională reglementărilor de mai sus transformă propunerea guvernamentală de revizuire a Legii fundamentale într-un act formal. Într-o astfel de interpretare Președintele ar putea să modifice nu numai în parte, ci și în totalitate proiectul elaborat de Guvern. Soluția este contrară dispozițiilor art. 150 alin. (1) din Constituție care se referă în mod explicit la propunerea, respectiv proiectul legii de revizuire a Constituției, ce poate forma sau nu obiectul exercitării inițiativei Președintelui României de revizuire a Legii fundamentale. De asemenea, interpretarea instanței constituționale este în contradicție și cu caracterul semi-prezidențial al sistemului constituțional existent în prezent în România, bazat pe dualitatea conducerii Executivului (președintele României și primul-ministru), dar și pe echilibrul și cooperarea în conformitate și în limitele atribuțiilor conferite de Constituție între Instituția Prezidențială și Guvern, excluzând poziția supraordonată a Președintelui României în raport cu Guvernul.

2. Este propusă modificarea alin. (3) al art. 23 – libertatea individuală – în sensul măririi duratei maxime a reținerii de la cel mult 24 de ore, la cel mult 48 de ore.

Referitor la această propunere, Curtea Constituțională consideră că: „Noua redactare a textului constituțional, reglementând durata maximă a reținerii, printr-o normă clară, nesusceptibilă de interpretare, iar termenul prevăzut în acest sens fiind unul de natură să permită o ingerință minimă în ceea ce privește libertatea persoanei, respectă exigențele menționate și nu poate fi interpretat ca având ca efect suprimarea garanțiilor unui drept fundamental în sensul art. 152 alin. (2) din Constituție... Reținerea cu o durată maximă de 48 de ore se justifică pentru efectivitatea măsurii și eficiența acesteia”.

Potrivit dispozițiilor art. 143 alin. (1) C. proc. pen., măsura reținerii poate fi dispusă în faza de urmărire a procesului penal de către procuror. Prin urmare noua reglementare constituțională propusă instituie posibilitatea și dreptul procurorului de a dispune ca măsură preventivă reținerea învinuitului sau inculpatului pe o durată dublă față de cea actuală, interval de timp în care persoana în cauză nu este prezentată unui judecător.

În opinia noastră, această propunere de revizuire constituțională nu este conformă cu reglementările internaționale în materie, nu este justificată de cerințele instrucției penale în faza de urmărire penală fiind contrară principiului celerității desfășurării acestei procedurii și mai ales este neconstituțională în raport cu dispozițiile art. 152 alin. (2) din Constituție, deoarece are ca efect diminuarea garanțiilor unor drepturi și libertăți fundamentale.

Dispozițiile art. 5 alin. (3) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale precum și cele ale art. 9 pct. (3) din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice instituie regula potrivit căreia orice persoană arestată sau deținută trebuie adusă de îndată înaintea unui judecător și are dreptul de a fi judecat într-un termen rezonabil sau eliberat în cursul procedurii. În concordanță cu

aceste reglementări dispozițiile art. 21 din Constituția României garantează dreptul unei persoane de a se adresa unei instanțe de judecată pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime.

Trebuie amintit faptul că procurorul, deși face parte din categoria magistraților, nu are același statut profesional cu al judecătorului, deoarece în exercitarea atribuțiilor nu se bucură de independența conferită de lege judecătorilor, aspecte subliniate de altfel în mod constant în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții Constituționale.

Prin urmare, propunerea de modificare a dispozițiilor alin. (3) al art. 23 din Constituție reprezintă suprimarea unei garanții a dreptului fundamental al persoanei deținute de a avea acces de îndată la o instanță și implicit a garanțiilor conferite libertății individuale de dispozițiile art. 23 din Legea fundamentală. Apreciem că această propunere este neconstituțională, fiind contrară dispozițiilor art. 152 alin. (2) din Constituție.

3. Propunerea de a se elimina din reglementările art. 44 alin. (8) din Constituție a prezumției caracterului licit a dobândirii averii este evident neconstituțional. Propunerea de revizuire constituțională nu poate fi justificată de necesitatea instituirii unor mijloace juridice mai eficiente pentru confiscarea bunurilor și averilor ilicit dobândite, respectiv a reducerii sarcinii probei în ceea ce privește sursa bunurilor deținute de o persoană că a săvârșit infracțiuni care au consecințe patrimoniale.

Eliminarea prezumției caracterului licit al dobândirii averii încalcă în mod vădit principiile democratice privind garantarea dreptului de proprietate privată, deoarece în lipsa acestei prezumții proprietarul este nevoit să facă dovada în orice situație a dobândirii licite a bunurilor sale. Noua reglementare constituțională propusă înlătură o garanție importantă a dreptului de proprietate privată, fiind în contradicție cu dispozițiile art. 152 alin. (2) din Constituție.

Curtea Constituțională a constatat neconstituționalitatea propunerii de modificare a alin. (8) al art. 44 precizând următoarele: „Reținând că prin propunerea de revizuire se urmărește răsturnarea sarcinii probei privind caracterul licit al averii, în sensul că averea unei persoane este prezumată ca fiind dobândită licit până la dovada contrarie făcută titularului ei, precum și faptul că securitatea juridică a dreptului de proprietate asupra bunurilor ce alcătuiesc averea unei persoane este indisolubil legată de prezumția dobândirii licite a averii, iar înlăturarea acestei prezumții are semnificația suprimării unei garanții constituționale a dreptului de proprietate”. Această opinie se încadrează de altfel în jurisprudența constantă a instanței constituționale²⁵.

Cu toate acestea, instanța noastră constituțională admite posibilitatea ca Parlamentul sau Guvernul să adopte norme care să nu se bazeze pe această prezumție, dar care sunt în concordanță cu reglementări din dreptul Uniunii Europene: „Curtea subliniază totodată că reglementarea acestei prezumții nu împiedică legiuitorul primar sau delegat, ca în aplicarea dispozițiilor art. 148 din Constituție – Integrarea în Uniunea Europeană, să adopte reglementări care să permită deplina respectare a legislației Uniunii în

²⁵ A se vedea Decizia nr. 148/2003 (M. Of. nr. 317 din 13 mai 2003); Decizia nr. 85/1996 (M. Of. nr. 211 din 6 septembrie 1996) și Decizia nr. 453/2008 (M. Of. nr. 374 din 16 mai 2008).

domeniul luptei împotriva criminalității”. O astfel de soluție pune în discuție problema raportului dintre principiul priorității dreptului Uniunii Europene, iar, pe de altă parte, al supremației Constituției. Tratarea acestei probleme excedează însă acestui studiu²⁶.

4. *Dispozițiile art. 52 alin. (3) – dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică – în formularea actuală prevăd răspunderea patrimonială a magistraților pentru erorile judiciare dacă și-au exercitat funcția cu rea-credință sau cu gravă neglijență. Este propusă modificarea acestor dispoziții și eliminarea condiției de rea-credință sau gravă neglijență pentru răspunderea materială a magistraților în cazul erorilor judiciare.*

Curtea Constituțională apreciază că această propunere este constituțională: „Nu sunt puse în discuție limite ale revizuirii Constituției, întrucât principiul constituțional al independenței justiției nu poate fi interpretat ca exonerând pe cei care o înfăptuiesc de răspundere pentru erorile judiciare pe care le săvârșesc, având în vedere consecințele acestor erori atât pentru justițiabili cât și pentru statul român”. Instanța constituțională apreciază că textul ar trebui reformulat pentru a se face referire expres la lege atât în ceea ce privește răspunderea patrimonială a statului, cât și a magistraților pentru erorile judiciare. Se propune următoarea formulare: „În condițiile legii organice, răspunderea statului nu înlătură răspunderea magistraților pentru erorile judiciare săvârșite”.

În opinia noastră, propunerea de revizuire a dispozițiilor alin. (3) al art. 52 aduce atingere independenței magistraților și, implicit, independenței justiției. Actuala formulare a textului constituțional instituie o garanție importantă și anume existența vinovăției sub forma intenției sau a culpei grave în exercitarea atribuțiilor de serviciu pentru ca magistrații să răspundă material în cazul unor erori judiciare. Este evident că aspectele concrete procedurale ale unei astfel de răspunderi se stabilesc prin lege de către legiuitorul derivat. De aceea propunerea instanței constituționale să facă referire expresă la „legea organică” apare ca formală și nu ca o garanție a respectării independenței justiției.

Eliminarea garanțiilor constituționale privind condițiile de vinovăție în cazul răspunderii materiale a magistraților creează posibilitatea reglementării prin lege de către legiuitorul derivat a unei astfel de forme de răspundere juridică chiar în situația în care magistrații și-au exercitat atribuțiile în mod corespunzător și cu bună-credință, ceea ce ar însemna instituirea unei răspunderi obiective. O astfel de reglementare este însă contrară regulilor și principiilor internaționale privind raportul dintre principiul independenței justiției și răspunderea magistraților. Amintim în acest sens Recomandarea nr. R (94) 12 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei cu privire la independența, eficiența și rolul judecătorilor care în Principiul VI parag. (1) arată: „În cazul în care judecătorii nu își îndeplinesc funcțiile în mod adecvat și eficient sau în cazul abaterilor disciplinare, ar trebui să fie luate toate măsurile necesare, sub rezerva de a nu se aduce atingere independenței justiției”. Propunerea de revizuire constituțională care implică o răspundere obiectivă (fără culpă), patrimonială a magistraților este în contradicție cu această reglementare internațională, deoarece aduce atingere independenței justiției.

Contrar opiniei exprimate de Curtea Constituțională, apreciem că propunerea de modificare a alin. (3) al art. 52 este neconstituțională, deoarece contravine dispozițiilor

²⁶ Pentru dezvoltări, a se vedea M. Andreescu, *Principiul priorității dreptului Uniunii Europene față de dreptul național*, în *Curierul Judiciar* nr. 4/2010, pp. 236-240.

art. 152 alin. (1) din Constituție ce interzic orice revizuire a textului Legii fundamentale care ar afecta reglementările deja existente privind independența justiției.

5. *Referitor la completarea art. 85 cu un nou alin. (2¹)*, potrivit căruia „Propunerea primului-ministru de revocare și numire a unor membri ai Guvernului se poate face numai după consultarea prealabilă a Președintelui” o apreciem ca fiind de natură să creeze o poziție supraordonată a Șefului statului, nejustificată, în raporturile sale cu Guvernul. Actuala reglementare a dispozițiilor art. 85 cu denumirea marginală „Numirea Guvernului” o apreciem ca fiind adecvată unui echilibru funcțional între Primul-ministru și Șeful statului în ceea ce privește numirea și revocarea Guvernului.

6. *Redactarea propusă pentru dispozițiile art. 95 alin. (1²)*, referitoare la procedura de suspendare din funcție a Președintelui României, potrivit căreia: „În cazul unui aviz negativ din partea Curții Constituționale, procedura de suspendare va înceta”, este apreciată de instanța constituțională ca fiind oportună și constituțională: „În altă ordine de idei modificarea operată atribuie efecte determinante avizului Curții Constituționale, sporind rolul acestei instituții în cadrul procedurii de suspendare a Președintelui. În exercitarea competenței atribuite de Constituție, respectiv analizarea săvârșirii unor fapte grave prin care Președintele încalcă prevederile Constituției și pronunțarea unei soluții cu privire la aceste aspecte, Curtea Constituțională își asumă rolul de garant al supremației Constituției”.

Apreciam această propunere de modificare a Legii fundamentale ca fiind contrară principiilor de funcționare a Parlamentului și naturii juridice a avizelor instanței constituționale.

Parlamentul, definit ca organ suprem reprezentativ al statului, se bucură de autonomie decizională și, în consecință, are deplină competență pentru a decide asupra problemelor cu care a fost învestit. Prin urmare, soluția propusă în legea de revizuire este inadecvată principiului autonomiei parlamentare, deoarece conferă Curții Constituționale posibilitatea de a decide asupra suspendării Președintelui. Conform regulilor parlamentare, dar și a principiului răspunderii politice a Șefului statului față de Parlament, decizia privind suspendarea Președintelui trebuie să aparțină numai forului legislativ indiferent care ar fi opinia instanței constituționale.

Așa cum însăși denumirea o precizează „avizele” Curții Constituționale au valoare consultativă, nu obligatorie. Prin urmare, instanța constituțională nu poate decide definitiv asupra suspendării președintelui prin emiterea unui astfel de aviz.

7. *Dispozițiile art. 109 alin. (2)*, potrivit cărora „Răspunderea penală a membrilor Guvernului pentru fapte săvârșite în exercițiul funcțiilor se stabilește prin lege organică”, contravine în opinia noastră principiului egalității și non-discriminării. Nu există nicio justificare rezonabilă pentru ca răspunderea penală a membrilor Guvernului să fie derogatorie de la dreptul comun. Prin această reglementare constituțională se creează posibilitatea stabilirii prin lege a unui regim bazat pe privilegii și discriminatoriu privind răspunderea penală a membrilor Executivului. Este de preferat, pentru a se evita eventualele abuzuri privind urmărirea penală a membrilor Guvernului să se stabilească prin Constituție unele imunități de natură procedurală. O astfel de reglementare este suficientă pentru a proteja mandatul membrilor executivului și persoana acestora și nu creează posibilitatea unor reglementări de amploare, derogatorii de la dreptul comun privind răspunderea penală.

8. *Propunerea de revizuire constituțională privind dispozițiile art. 126 alin. (6) care extind sfera actelor juridice exceptate de la controlul de contencios administrativ prin adăugarea unei noi categorii „actele care privesc politicile fiscale și bugetare” este în opinia noastră nejustificată și neconstituțională.*

Noțiunea de acte care privesc politicile fiscale și bugetare are un conținut vag și nedeterminat și, prin urmare, prin voința legiuitorului derivat ar putea fi incluse în această categorie acte juridice cu caracter financiar de o diversitate impresionantă.

Acest aspect a fost bine sesizat și de Curtea Constituțională: „Pe de altă parte, întrucât norma propusă prin legea de revizuire stabilește doar domeniul de reglementare – politicile fiscale și bugetare ale Guvernului, competența de a reglementa sfera actelor administrative supuse controlului judecătoresc aparține în exclusivitate legiuitorului primar sau delegat. Or, în cazul acestuia din urmă – Guvernul – există posibilitatea unei suprapuneri de calitate: aceea de legiuitor, care stabilește actele administrative excluse de la controlul judecătoresc și aceea de emitent al respectivelor acte, ceea ce contravine principiului separației puterilor în stat, consacrat de art. 1 alin. (4) din Constituție”.

Apreciem că o astfel de reglementare este în contradicție și cu dispozițiile art. 21 alin. (2) din Constituția României, potrivit căroră „Accesul liber la justiție nu poate fi îngrădit”. Prin adăugarea unei noi categorii de acte juridice ce nu pot fi controlate sub aspectul legalității de instanțele de contencios administrativ se diminuează în mod semnificativ garanțiile constituționale ale exercitării dreptului de acces la o instanță și prin urmare este în afara limitelor de revizuire constituțională stabilite de art. 152 alin. (2) din Constituție.

9. *Sunt criticabile propunerile de modificare a dispozițiilor art. 133 din Constituție.* Nu se justifică în niciun fel reducerea numărului membrilor Consiliului Superior al Magistraturii, aleși în adunările generale ale magistraților de la 14 la 10 și, pe cale de consecință, sporirea numărului reprezentanților societății civile de la 2 la 6.

Este îngrijorător faptul că, potrivit propunerii de revizuire constituțională, trei dintre reprezentanții societății civile vor fi numiți de Președintele României, ceea ce reprezintă evident o ingerință a executivului în activitatea Consiliului Superior al Magistraturii.

Reducerea numărului de membri aleși are drept consecință scăderea reprezentativității magistraților în acest for și, prin urmare, diminuarea rolului Consiliului Superior al Magistraturii de garant al independenței justiției.

Subscriem la argumentele Curții Constituționale care subliniază judicios: „Pe de altă parte, numirea celor șase reprezentanți ai societății civile de către Parlament, autoritatea legiuitoare, respectiv de către Președintele României, reprezentant al autorității executive, constituie o interferență a celorlalte puteri constituționale în activitatea autorității judecătorești, punând sub semnul întrebării rolul Consiliului Superior al Magistraturii de garant al independenței justiției. Astfel, majorarea numărului membrilor reprezentanților societății civile, deci a persoanelor din afara sistemului judiciar, și schimbarea proporției de reprezentare în Consiliu au consecințe negative asupra activității sistemului judiciar. Mai mult, se ajunge la situația în care acești membri dobândesc un rol important în domeniul răspunderii disciplinare a judecătorilor și procurorilor, ceea ce reprezintă o ingerință a politicului în justiție,

împrejurare ce este de natură a anihila garanția constituțională referitoare la independența justiției”.

În opinia noastră, aceste propuneri de modificare a Legii fundamentale sunt neconstituționale, deoarece contravin în mod vădit dispozițiilor art. 152 alin. (1) din Constituție, pentru că afectează în mod grav independența justiției.

§ 2. Scurte considerații privind conținutul normativ al Constituției

Constituția este o lege, dar în același timp prin forța juridică și conținutul său se deosebește de toate celelalte legi. Totodată, supremația legii fundamentale îi conferă acesteia calitatea de izvor formal principal pentru toate ramurile de drept.

Prin urmare, există trăsături specifice ale conținutului normativ al constituției în raport cu celelalte acte normative, inclusiv față de codurile existente. Specificul normativ al constituției, constituie un criteriu important pentru a explica științific supremația acesteia și rolul structurant al legii fundamentale, nu numai pentru sistemul de drept dar și pentru întreg sistemul social, politic și economic al unui stat. Așa cum se menționează în literatura de specialitate, supremația constituției este o calitate a acesteia exprimată prin forța juridică supremă, dar și prin conținutul său normativ.

Ca o primă observație precizăm că normele ce formează conținutul unei constituții au trăsăturile dreptului constituțional pe care le-a analizat mai sus. Această constatare nu este suficientă pentru a determina conținutul normativ al legii fundamentale, deoarece sfera normelor de drept constituțional este mai largă, incluzând și alte izvoare formale specifice acestei ramuri de drept.

La o analiză comparativă a reglementărilor cuprinse în constituțiile contemporane se constată că diversitatea istorică, politică, socială, națională, culturală, religioasă etc. a statelor nu are ca rezultat nemijlocit și o diversitate a conținutului normativ pentru legile fundamentale. Conținutul constituțiilor statelor moderne prezintă multe asemănări și uneori formulări aproape identice ale unora dintre instituțiile reglementate²⁷. Această asemănare este determinată în principal de identitatea obiectului de reglementare a normelor constituționale. De aceea în literatura de specialitate în multe cazuri, identificarea conținutului normativ al legii fundamentale se realizează prin enumerarea categoriilor de relații sociale care formează obiectul de reglementare al acestor norme. Se poate afirma că în mod constant, în constituțiile contemporane sunt reglementate aspecte precum: supremația națională, caracterele și atributele statului, valorile fundamentale și trăsăturile istorice care definesc identitatea națională, forma de guvernământ, structura de stat și regimul politic, organizarea, funcționarea și atribuțiile organismelor de guvernare, principiul reprezentării, organizarea teritoriului, cetățenia, drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor și nu în ultimul rând principiile aplicabile organizării și funcționării sistemului economic, social și financiar al statului.

Totuși, o astfel de enumerare nu corespunde pe deplin exigențelor criteriilor științifice care impun o formulare generală și de esență a specificului conținutului

²⁷ A se vedea C. Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pp. 208-209.

normativ al unei constituții care să poată justifica soluțiile concrete alese de puterea constituantă pentru conținutul normativ al legii fundamentale. Conținutul normativ trebuie să exprime în concret ceea ce este constituția, ca important act politic și juridic și în același timp trebuie să corespundă poziției supraordonate a legii fundamentale în sistemul normativ. De aceea analiza conținutului normativ trebuie să aibă în vedere perspectiva juridică dar și programele juridice, ideologice și interesele diferitelor formațiuni politice care își pun amprenta asupra formei și conținutului unei constituții. Simpla, enumerare a elementelor de conținut normativ bazată pe existența unor formule asemănătoare sau identice de reglementare în constituțiile multor state, nu evidențiază însă și un alt aspect la fel de important, și anume diversitatea de conținut normativ, în privința reglementărilor concrete constituționale pentru instituțiile mai sus enumerate.

Realitatea contemporană constituțională care subliniază și diversitatea de conținut normativ înlătură ideea unor standarde uniforme general valabile pentru constituțiile contemporane. În această privință este suficient să amintim că există în unele state și constituții ale căror prevederi sunt inspirate din percepte religioase. Diversitatea de conținut normativ este consecința faptului că legea fundamentală a unui stat este determinată sub aspectul conținutului de realități sociale, politice și economice, de caracterele și atributele statului respectiv exprimate istoric și în același timp de voința legiuitorului constituant, în esență o voință politică, la un anumit moment istoric.

Alături de alți autori, considerăm că definiția științifică a constituției, este principalul criteriu pentru identificarea conținutului normativ. Un astfel de criteriu asigură generalitatea necesară pentru a da un caracter științific elaborărilor științifice în materie și explică în același timp existența deosebiriilor dintre legile fundamentale ale statelor contemporane. Spațiul alocat acestui studiu, nu ne permite o analiză amplă a definițiilor propuse în literatura de specialitate. Pentru scopul acestui demers științific, reținem esența oricărei încercări de a defini legea fundamentală și anume: „Constituția este așezământul politic și juridic fundamental al unui stat”²⁸.

În accepție juridică, legea fundamentală este actul prin care se determină statutul puterii și totodată ansamblul regulilor juridice, având ca obiect reglementarea instaurării exercitării și menținerii puterii precum și reglementarea bazelor puterii, a bazelor organizării puterii. Concepția juridică asupra constituției se poate exprima în două sensuri diferite, respectiv în sens material și în sens formal.

În accepțiune „materială”, constituția cuprinde ansamblul regulilor de drept, indiferent de natura și forma lor, având ca obiect de reglementare organizarea și funcționarea puterii statale, raporturile dintre organele statului și societate. Prin urmare fac parte din corpul constituției, nu numai regulile constituționale propriu-zise, dar și norme cuprinse în legi ordinare și acte normative ale puterii executive dacă prin acestea se reglementează relații sociale specifice puterii statale. Într-o astfel de concepție are preeminență obiectul de reglementare al normei constituționale, iar nu forma de exprimare a acesteia. Teoria expusă mai sus a fost acceptată de Consiliul Constituțional al Franței care a elaborat conceptul de „bloc de constituționalitate”.

²⁸ I. Deleanu, *op. cit.*, p. 88.

În sens „formal”, constituția este ansamblul regulilor de drept, indiferent de obiectul lor de reglementare, elaborate într-o formă deosebită față de alte acte normative, de către un organ de stat anume constituit (adunarea constituantă) urmând o procedură specifică, derogatorie de la procedura legislativă obișnuită. Acest mod de a defini constituția pornește de la ideea corectă că o anumită „procedură” definește o formă juridică sau o categorie normativă. Prin urmare, categoriile de acte normative pot fi diferențiate după procedurile de adoptare.

Analizate separat, acceptiunea formală și respectiv materială nu pot fi un criteriu suficient pentru identificarea conținutului normativ al legii fundamentale. Acceptarea criteriului formal are drept consecință faptul că legea fundamentală ar putea să reglementeze orice fel de relații sociale, indiferent de importanța lor sau obiectul de reglementare²⁹. Criteriul material este de asemenea unilateral pentru că exclude elementele procedurale, necesare pentru o caracterizare științifică a legii fundamentale.

Demersul științific privind identificarea conținutului normativ al constituției trebuie să aibă în vedere cumulat atât acceptiunea formală, cât și materială la care se mai adaugă și dimensiunea politică de care am făcut vorbire mai sus. Prin urmare, considerăm că pot fi identificate trei criterii în vederea stabilirii conținutului normativ al unei constituții:

A. Stabilirea conținutului normativ al constituției se realizează în funcție de specificul, importanța și valoarea relațiilor sociale reglementate. Ne raliem opiniei exprimate în literatura de specialitate potrivit căreia, spre deosebire de alte categorii de acte normative, normele cuprinse în constituție trebuie să reglementeze relații sociale fundamentale care sunt esențiale pentru instaurarea, menținerea și exercitarea puterii, dar și cele referitoare la bazele puterii, respectiv bazele organizării puterii. Există trei asemenea categorii de relații sociale, ce pot forma obiectul de reglementare al normelor cuprinse într-o constituție și care permit identificarea acestora după cum urmează:

- norme constituționale, unele cu valoare de principiu, având rol determinant în stabilirea și funcționarea organelor de guvernare și în stabilirea formei statului, respectiv al caracterelor și atributelor acestuia;

- norme de consacrare și garantare a drepturilor și libertăților fundamentale și cele care reglementează îndatoririle fundamentale ale cetățenilor;

- dispoziții constituționale care nu au legătură directă cu procesul de guvernare și care reglementează bazele organizării puterii (suveranitatea, teritoriul, populația) și bazele puterii (economia, finanțele, aspecte sociale și culturale etc.)

B. Forma de adoptare a constituției sau a legilor constituționale are caracter solemn și se realizează după o procedură derogatorie de la procedura legislativă obișnuită și de către o autoritate statală special constituită sau de către parlament, care acționează ca putere constituantă și nu ca putere legislativă obișnuită;

C. Semnificația constituției ca document politic fundamental determină conținutul concret al unor reglementări constituționale, exprimând voința legiuitorului constituant din momentul istoric al adoptării sau după caz al revizuirii legii fundamentale. Dimensiunea politică a constituției evoca și caracterul complex și multiplu al determinărilor exterioare al acesteia, respectiv particularitățile istorice ale societății

²⁹ De exemplu Constituția Elveției, prin art. 25^{bis} instituie reguli de tăiere a bovinelor.

organizate statal, gradul de dezvoltare și civilizație etc. Conținutul normativ al unei constituții exprimă în forme juridice o anumită filozofie și ideologie caracteristice unei colectivități umane organizată statal și corespunzătoare voinței politice a legiuitorului constituant.

Este important a sublinia dinamismul constituțional. Legea fundamentală este un act dinamic, deschis și într-un continuu proces de cristalizare. Starea de constituționalitate se realizează printr-un proces continuu și complex de interpretare și aplicare a textelor cuprinse în corpul constituției de către autoritățile statului. Un rol deosebit în acest amplu proces de interpretare și realizare în concret a prevederilor constituționale, revine justiției constituționale. Activitatea de interpretare a textelor legii fundamentale este justificată, deoarece în conținutul normativ al constituției există categorii și concepte a căror sferă nu poate fi definită de legiuitorul constituant. De altfel, normele constituționale nu pot și nu trebuie să ofere definiții. De exemplu, și în Constituția României există astfel de concepte, definibile pe cale de interpretare și care au format obiectul de analiză al Curții Constituționale: „spirit de toleranță și respect reciproc” [art. 29, alin. (3)]; „identitate” [art. 30, alin. (6)]; „viață particulară” [art. 30, alin. (6)]; „principiile statului de drept” [art. 48, alin. (2)]; „utilitate publică” [art. 44, alin. (3)]; „proporționalitate și morală publică” (art. 53) sau „situații extraordinare” [art. 115, alin. (4)].

Interpretarea și aplicarea normelor constituționale implică ceea ce literatura de specialitate denumeste „comportament constituțional loial”, adică autoritățile statului au obligația în opera de interpretare a textului constituțional să respecte spiritul și mai ales finalitatea normei juridice. De aceea opera de interpretare și aplicare a legii fundamentale nu este legitimă dacă printr-o astfel de activitate finalitatea urmărită constă în realizarea intereselor partizane de natură politică. Interpretarea jurisprudențială a textului constituțional poate să releve noi norme constituționale. De exemplu, interpretarea jurisprudențială a Curții Constituționale a evidențiat un nou drept fundamental care nu are o formulare expresă în Constituție, respectiv „dreptul la propria imagine”.

Conținutul normativ al constituției trebuie înțeles și determinat și cu luarea în considerare a criteriului teleologic evidențiat în definiția mai sus exprimată. Și anume rolul structurant al legii fundamentale pentru întreg sistemul social, politic și statal, garant al drepturilor și libertăților fundamentale.

Remarcând o realitate politică și juridică încă prezentă, G. Bourdeau sublinia: „Constituția scrisă este opera teoreticienilor preocupați mai mult de eleganța și echilibrul juridic al mecanismului pe care îl construiesc, decât de eficacitatea lui politică.³⁰”. O astfel de constatare, o considerăm valabilă și pentru Constituția, respectiv constituționalismul românesc contemporan.

Justa determinare a conținutului normativ al unei constituții este exprimată de eficacitatea politică și juridică a acesteia. Legea fundamentală trebuie să realizeze echilibrul dinamic social, dar și stabilitatea și armonia instituțională, garantarea eficienței a drepturilor fundamentale, în esență cerințele unei reale democrații constituționale

³⁰ G. Bourdeau, *Traité de science politique*, LGDJ, 1969, p. 59.

bazate pe valorile statului de drept, a echilibrului instituțional și social și a proporționalității³¹. Ion Deleanu remarca foarte bine că: „Succesul constituției și al constituționalismului este totdeauna politic în măsura în care el este rezultatul unei tranzacții, al unei relații între ceea ce constituția oferă în termen de formalizare, de obiectivare a problemelor politice și ceea ce actorii politici cer sau caută la un moment dat pentru a atinge propriile lor obiective³²”.

§ 3. Concluzii

În partea finală a acestui studiu ne vom referi la unele aspecte, care considerăm că ar trebui avute în vedere într-o viitoare procedură de revizuire a Constituției.

Așa cum arătăm mai sus, față de politicianismul excesiv și manifestările discreționare de putere ale Executivului, contrare spiritului și chiar literei Constituției, cu consecința încălcării unor drepturi și libertăți fundamentale, manifestate pe parcursul ultimelor două decenii de democrație originară în România, apreciem că demersul științific și nu numai în materia revizuirii Legii fundamentale trebuie orientat spre a găsi soluții de garantare a valorilor statului de drept, de limitare a încălcării dispozițiilor constituționale în scopul unor interese particulare și pentru evitarea excesului de putere din partea autorităților statului.

1. Dispozițiile art. 114 alin. (1) din actuala redactare prevăd: „Guvernul își poate angaja răspunderea în fața Camerei Deputaților și a Senatului în ședință comună asupra unui program a unei declarații de politică generală sau a unui proiect de lege”.

Angajarea răspunderii Guvernului are un caracter politic și este un mijloc procedural prin care se evită fenomenul de „*disociere a majorităților*”³³ în situația în care în Parlament nu s-a putut întruni majoritatea necesară pentru a se adopta o anumită măsură inițiată de Guvern. Pentru a determina forul legislativ să adopte măsura, Guvernul, prin procedura asumării răspunderii, condiționează continuarea activității sale, solicitând un vot de încredere. Acest procedeu constituțional garantează că majoritatea cerută pentru demiterea Guvernului, în cazul depunerii unei moțiuni de cenzură, să coincidă cu aceea pentru respingerea legii, programului sau declarației politice de care Guvernul își leagă existența sa.

Adaptarea legilor ca urmare a angajării răspunderii politice a Guvernului are ca importantă consecință absența oricăror discuții sau deliberări parlamentare asupra proiectului de lege. În cazul în care Guvernul este sprijinit de o majoritate confortabilă în Parlament, prin această procedură poate obține adoptarea legilor prin „ocolirea Parlamentului”, ceea ce poate avea consecințe negative privind respectarea principiului separației puterilor în stat, dar și în privința rolului Parlamentului, așa cum este definit de art. 61 din Constituție.

³¹ Pentru dezvoltări privind aplicarea principiului constituțional al proporționalității la organizarea statală a puterii a se vedea M. Andreescu, *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, op. cit., pp. 267-298.

³² I. Deleanu, op. cit., p. 89.

³³ G. Iancu, *Drept constituțional și instituții publice*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 482.

În consecință, recurgerea la această procedură constituțională de către Guvern pentru adoptarea unei legi, trebuie să aibă un caracter excepțional, justificat de o situație politică și un imperativ social bine conturate.

Acest aspect deosebit de important pentru respectarea principiilor democratice ale statului de drept de către Guvern a fost bine evidențiat de Curtea Constituțională a României: „La această modalitate simplificată de legiferare trebuie să se ajungă *in extremis*, atunci când adoptarea proiectului de lege în procedură obișnuită sau în procedură de urgență nu mai este posibilă ori atunci când structura politică a Parlamentului nu permite adoptarea proiectului de lege în procedura curentă sau de urgență”³⁴.

Practica politică a Guvernului din ultimii ani este contrară acestor reguli și principii. Executivul a recurs în mod frecvent la asumarea răspunderii nu numai pentru o singură lege, ci și pentru pachete de legi fără o justificare în sensul celor arătate de Curtea Constituțională.

Politicianismul guvernului clar exprimat prin frecvența mare a recurgerii la această procedură constituțională aduce atingere gravă principiului pluralismului politic care este o valoare importantă a sistemului de drept consacrat de dispozițiile art. 1 alin. (3) din Constituție, dar și principiului dreptului parlamentar care arată că „opoziția se exprimă și majoritatea decide”³⁵. „A nega dreptul opoziției de a se exprima este sinonim cu negarea pluralismului politic care, potrivit art. 1 alin. (3) din Constituție constituie o valoare supremă și este garantat... principiul «majoritatea decide, opoziția se exprimă» presupune ca în toată organizarea și funcționarea Camerelor Parlamentului să se asigure, pe de o parte ca majoritatea să nu fie obstrucționată îndeosebi în desfășurarea procedurii parlamentare, iar, pe de altă parte, ca majoritatea să decidă numai după ce opoziția s-a exprimat”³⁶.

Cenzura Curtii Constituționale nu s-a dovedit suficientă și eficientă pentru a determina Guvernul să respecte aceste valori ale statului de drept.

În contextul acestor argumente, susținem propunerea de revizuire a acestor dispoziții constituționale care limitează dreptul Guvernului de a recurge la angajarea răspunderii sale pentru un singur proiect de lege într-o sesiune parlamentară. Totuși, în opinia noastră nu există nicio justificare pentru a exclude de la limitarea angajării răspunderii Guvernului situații care vizează proiectul Legii bugetului de stat și al asigurărilor sociale de stat.

2. Toate guvernele postdecembriste au recurs masiv la practica ordonanțelor de urgență, fapt amplu criticat în literatura de specialitate.

Condițiile și interdicțiile introduse prin Legea de revizuire din 2003 privind regimul constituțional al ordonanțelor de urgență se dovedesc în practică insuficiente pentru a limita această practică a Executivului, iar controlul Curtii Constituționale s-a dovedit de asemenea insuficient și chiar neeficient.

³⁴ Decizia nr. 1557 din 18 noiembrie 2009 (M. Of. nr. 40 din 19 ianuarie 2010).

³⁵ I. Muraru, M. Constantinescu, *op. cit.*, pp. 55-69.

³⁶ *Idem*, p. 56.

Consecința unei astfel de practici este încălcarea rolului Parlamentului ca „unica autoritate legiuitoare a țării” (art. 61 din Constituție) și crearea unui dezechilibru între Executiv și Legislativ prin accentuarea puterii discreționare a Guvernului care de multe ori s-a transformat în exces de putere.

Propunem, în perspectiva unei revizuirii a Legii fundamentale, ca art. 115 alin. (6) din Constituție să fie modificat în sensul de a se interzice adoptarea ordonanțelor de urgență în domeniul legilor organice. În acest fel se protejează un domeniu important de relații sociale considerate de legiuitorul constituțional ca esențiale pentru sistemul social și statal, de excesul de putere al Executivului prin practica emiterii de ordonanțe de urgență.

3. În condițiile actuale, caracterizate prin tendința Executivului de a profita de politicianismul evident și de a forța în mod nepermis și periculos limitele Constituției și ale constituționalismului democratic, este necesar a se crea mecanisme de control ale activității Executivului în măsură să garanteze în mod real supremația Constituției și principiile statului de drept.

În opinia noastră, este necesar ca rolul Curtii Constituționale de garant al Legii fundamentale să fie amplificat prin noi atribuții cu scopul de a limita excesul de putere al autorităților statului. Nu suntem de acord cu cele afirmate în literatura de specialitate că o posibilă ameliorare a justiției constituționale s-ar putea realiza prin reducerea atribuțiilor instanței de contencios constituțional³⁷. Este adevărat, Curtea Constituțională a pronunțat unele decizii discutabile sub aspectul respectării limitelor exercitării atribuțiilor care îi revin potrivit Constituției, prin asumarea rolului de legiuitor pozitiv³⁸. Reducerea atribuțiilor instanței constituționale pentru acest motiv nu este o soluție cu fundament juridic. Desigur, reducerea atribuțiilor unei autorități a statului are ca și consecință eliminarea riscului de exercitare defectuoasă a acelor atribuții. Nu în acest mod se realizează într-un stat de drept perfecționarea activității unei autorități a statului, ci prin căutarea unor soluții juridice de realizare în condiții mai bune a atribuțiilor care se dovedesc a fi necesare sistemului statal și social.

În atribuțiile Curtii Constituționale poate fi inclusă aceea de a se pronunța asupra constituționalității actelor administrative exceptate de la controlul de legalitate al instanțelor de contencios administrativ. Această categorie de acte administrative, la care se referă art. 126 alin. (6) din Constituție și dispozițiile Legii nr. 544/2004 a contenciosului administrativ sunt deosebit de importante pentru întregul sistem social și statal. Prin urmare, este necesar un control de constituționalitate, deoarece în lipsa acestuia, puterea discreționară a autorității administrative emitente este nelimitată, cu consecința posibilității restrângerii excesive a exercițiului drepturilor și libertăților fundamentale sau a încălcării unor valori constituționale importante.

Pentru aceleași argumente ar trebui ca instanța noastră constituțională să poată controla sub aspectul constituționalității și decretelor Președintelui de instituire a procedurii referendumului.

³⁷ G. Vrabie, *Natura juridică a Curților constituționale și locul lor în sistemul autorităților publice*, în *Revista de Drept Public* nr. 1/2010, p. 33.

³⁸ Ne referim cu titlu de exemplu la Decizia nr. 356/2007 (M. Of. nr. 322 din 14 mai 2007) și la Decizia nr. 98/2008 (M. Of. nr. 140 din 22 februarie 2008).

Înalta Curte de Casație și Justiție are competența, potrivit art. 414 C. proc. pen. și art. 329, 330 C. proc. civ. să adopte decizii în procedura recursului în interesul legii care sunt obligatorii pentru instanțe. În lipsa oricărui control de legalitate sau constituționalitate, practica a demonstrat că în numeroase situații Instanța Supremă și-a depășit atribuția de a interpreta legea și prin astfel de decizii a modificat sau completat acte normative, comportându-se ca un veritabil legiuitor, încălcând astfel principiul separației puterilor în stat³⁹.

În aceste condiții, cu scopul de a evita excesul de putere al Instanței Supreme, considerăm că se impune a se atribui Curții Constituționale competența de a se pronunța asupra constituționalității deciziilor Înaltei Curți de Casație și Justiție adoptate în procedura recursului în interesul legii.

4. Proportionalitatea este un principiu fundamental al dreptului consacrat explicit în reglementări constituționale, legislative și instrumente juridice internaționale. Este bazat pe valorile dreptului rațional ale justiției și echității și exprimă existența unui raport echilibrat sau adecvat între acțiuni, situații, fenomene, fiind un criteriu pentru limitarea măsurilor dispuse de autoritățile statului la ceea ce este necesar pentru atingerea unui scop legitim, în acest fel fiind garantate drepturile fundamentale și evitat excesul de putere al autorităților statului. Proportionalitatea este un principiu de bază al dreptului Uniunii Europene, fiind consacrat expres de dispozițiile art. 5 din Tratatul privind Uniunea Europeană⁴⁰.

Apreciem că reglementarea expresă a acestui principiu numai în conținutul dispozițiilor art. 53 din Constituție, cu aplicare în domeniul restrângerii exercitiului unor drepturi, este insuficient pentru a pune în valoare întreaga semnificație și importanță a principiului pentru statul de drept.

Este util ca la art. 1 din Constituție să se adauge un nou alineat care să prevadă că „*exercitarea puterii statale trebuie să fie proporțională și nediscriminatorie*”. Această nouă reglementare constituțională s-ar constitui ca o veritabilă obligație constituțională pentru toate autoritățile statului, de a-și exercita atribuțiile în așa fel încât măsurile adoptate să se înscrie în limitele puterii discreționare recunoscute de lege. Totodată, se creează posibilitatea pentru Curtea Constituțională de a sancționa, pe calea controlului de constituționalitate al legilor și ordonanțelor, excesul de putere în activitatea Parlamentului și a Guvernului, folosind drept criteriu principiul proporționalității.

³⁹ Pentru dezvoltări, a se vedea M. Andreescu, *Constituționalitatea recursului în interesul legii și ale deciziilor pronunțate*, în *Curierul Judiciar* nr. 1/2011, pp. 32-36.

⁴⁰ Pentru dezvoltări a se vedea M. Andreescu, *Proportionalitatea, principiu al dreptului Uniunii Europene*, în *Curierul Judiciar* nr. 10/2010, pp. 593-598.

Unele considerații privind reglementarea intoxicației în noul Cod penal

Prof. univ. dr. Marcel Ioan RUSU
Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”,
Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu



Certain considerations regarding the regulation of the intoxication in the new criminal Code

Abstract: The new penal code governing intoxication as a cause of nonimputation. Always intoxication with alcohol or other products (drugs, psychoactive substances in general), the physiological consequences it causes leads to a profound alteration of mental life, psychological balance, and therefore socially phenomenon of intoxication becomes a source or criminal cause. Romanian legislature, in 2009, considered that the period of intoxication is more suitable to be used and define the question of imputation, to the detriment of drunkenness term used in the penal code in force (art. 49 Criminal Code). Legislature to regulate this issue, to take account of the information and data supplied by medical science saying that in case of poisoning person must not convicted. But in addressing the issue of liability, the legislature provided regarding the circumstances associated intoxication episode itself and bring very different legal solutions, creating the appearance of a kind of inconsistency with himself. Legal practice has shown that altered senses the orientation in space of the subject to control a person's actions or inactions can be generated by products other than alcohol, such as narcotic drugs (morphine, heroin, hashish, opium,) or volatile substances (ether, acetone, and so on). For this reason we tried to find a time to cover them all, recourse to the notion of psychoactive substances.

Keywords: intoxication, drunken, psycho-active substances, cause of non imputation, criminal responsibility.

Nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana care, în momentul comiterii acesteia, nu putea să-și dea seama de acțiunile sau inacțiunile sale ori nu putea să le controleze, din cauza intoxicării involuntare cu alcool sau cu alte substanțe psihoactive. (art. 29 Cod penal).

O altă cauză care poate duce la inexistența răspunderii penale, ca urmare a lipsei caracterului imputabil al faptei este intoxicația. Totdeauna intoxicația cu alcool sau alte

produse (narcotice, în general substanțe psihoactive), prin consecințele de ordin fiziologic pe care le pricinuieste, conduce la o profundă alterare a vieții psihice, a echilibrului psihic, și prin aceasta socialmente, fenomenul intoxicației devine o sursă sau o cauză infractogenă.

Știința medicală ne arată că ingerarea de alcool duce la fenomenul biofiziologic al intoxicației, care poate fi mai acută sau mai redusă după cantitatea de alcool sau substanță psihoactivă, componența băuturilor ingerate, condițiile în care s-a făcut raportat la persoana făptuitorului, rezistența la alcool a acestuia. Fenomenul consumului de alcool fiind destul de răspândit în societatea noastră, legiuitorul nu se putea dispensa și nu putea trece cu vederea existența acestuia. Fenomenul acesta poate avea forme trecătoare sau de durată. Starea de ebrietate, intoxicația în general, poate fi episodică, sporadică sau cronică.

Intoxicația cronică este cea mai periculoasă deoarece duce la alienație mintală pe termen lung.

Legiuitorul român a apreciat că termenul de *intoxicație* este mai potrivit pentru a fi folosit și defini această cauză de neimputabilitate, în detrimentul termenului de *betie*, folosit în Codul penal anterior (art. 49 Cod penal anterior).

Actuala reglementare, (art. 29 Cod penal) se deosebește de reglementarea anterioară, (art. 49 Cod penal anterior) prin trei elemente și anume:

1. momentul săvârșirii faptei, în art. 29 este atunci când „*nu putea să-și dea seama de acțiunile sau inacțiunile sale ori nu putea să le controleze*”, iar în art. 49 era atunci când „*se găsea datorită unor împrejurări independente de voința sa, în stare de betie completă produsă de alcool sau alte substanțe*”;

2. cauza intoxicării o constituie la art. 29 Cod penal „*intoxicarea involuntară cu alcool sau cu alte substanțe psihoactive*” mai convingătoare explicația, decât în Codul penal anterior art. 49, „*stare de betie completă produsă de alcool sau alte substanțe*”;

3. spre deosebire de Codul penal anterior, Codul penal în vigoare nu mai face o evaluare a beției, a intoxicării complete sau nu, deoarece nu era necesară întrucât această precizare poate constitui o circumstanță atenuată potrivit art. 75 alin. (2) lit. b) sau agravantă art. 77 lit. f) Cod penal.

Necesitatea reglementării

Legiuitorul la reglementarea acestei problematici, a ținut cont de informațiile și datele furnizate de știința medicală apreciind că în caz de intoxicație persoana trebuie să nu răspundă penal. Dar în rezolvarea problemei responsabilității, legiuitorul asociază împrejurări ce țin de condiția episodului îmbătării ca atare și aduce soluții juridice cu totul diferite, creând în aparență un soi de inconsecvență cu el însuși.

Practica judiciară a demonstrat că alterarea simțurilor, a orientării în spațiu a subiectului a controlului asupra acțiunilor sau inacțiunilor unei persoane, poate fi generată și de alte produse decât alcoolul, cum ar fi substanțele stupefiante (morfină, heroină, hașiș, opium, etnobotanicele), sau substanțe volatile (eter, acetona etc.). Pentru acest motiv s-a încercat găsirea unui termen care să le cuprindă pe toate, recurgându-se la noțiunea de *substanțe psihoactive*.

Această cauză de neimputabilitate nu putea fi ignorată de către legiuitor, mai cu seamă că despre prezența sa se face vorbire încă în Codul penal din anul 1938¹.

Apoi intoxicația cu alcool sau alte substanțe psihoactive este prevăzută în textul de incriminare fiind inclusă în conținutul infracțiunii: art. 331 alin. (2) „*Cu aceeași pedeapsă se sancționează îndeplinirea îndatoririlor de serviciu de către un angajat având atribuții privind siguranța circulației mijloacelor de transport, intervenție sau manevră pe calea ferată, care are o îmbibatie alcoolică de peste 0,80 g/l alcool pur în sânge ori se află sub influența unor substanțe psihoactive*” sau art. 196 alin. (1) „*Fapta prevăzută în art. 193 alin. (2) săvârșită din culpă de către o persoană aflată sub influența băuturilor alcoolice ori a unei substanțe psihoactive sau în desfășurarea unei activități ce constituie prin ea însăși infracțiune se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă.*”.

Juriștii nu au putut ignora constatările științifice realizate de către colegii medici și biochimisti, cu privire la transformările pe care le suferă persoana fizică la nivelul neuropsihic, dacă se afla sub influența consumului de alcool sau alte substanțe psihoactive.

Modificările care intervin se concretizează în tulburări de percepție și tulburări de concentrare a atenției.

Se constată o rată ridicată a conducerii autovehiculelor de toate tipurile sub influența băuturilor alcoolice. Conducătorul auto care a ingerat alcool sau alte substanțe cu efecte similare parcurge trei timpi în evoluția intoxicației:

1. în primul timp se produce o puternică excitație cerebrală, fiind acea stare de euforie, de visare, cu o imaginație sporită.

2. în timpul doi, se produce o puternică inhibație cerebrală. Aceasta este beția avansată, când voința se diminuează, actele voluntare sunt dezordonate, iar autocontrolul se reduce la minimum.

3. în timpul trei, se instalează beția comatoasă. În aceste momente sunt în pericol funcțiile fiziologice, persoana aproape că este paralizată total din punct de vedere motor, cu o pleneră lipsă de sensibilitate periferică. Desigur această stare nu mai interesează din punctul de vedere al analizei noastre.

Conceptul și felurile intoxicației

Intoxicația este o stare psihofizică anormală în care se găsește o persoană fizică ca urmare a ingerării unor substanțe excitante sau stupefiante. Această stare anormală, nefirească a persoanei se exprimă într-un comportament nefiresc al acesteia, ca urmare a diminuării înțelegerii acțiunilor sau inacțiunilor sale, a controlului acesteia asupra activității sale, generate de afectarea facultăților psihice a persoanei respective ca urmare a consumului respectiv de substanțe. Aceste substanțe acționează direct asupra sistemului nervos și asupra simțurilor persoanei, diminuând funcțiile acestora sau eliminând total aceste funcții.

Printre „importurile” pe care le-a făcut țara noastră din țările civilizate, occidentalizate, au fost și importul de substanțe stupefiante, România fiind considerată chiar o țară de tranzit. Așa fiind, în cadrul politicii penale a guvernelor, s-au elaborat și o serie de strategii la nivel național privind prevenirea și combaterea traficului și consumului de droguri².

¹ A se vedea V. Dongoroz, *Drept penal Tratat*, reeditarea ediției din 1939 p. 314.

² T. Dima, A.G. Păun, *Drogurile ilicite. Legea nr. 143/2000 Jurisprudență și comentarii*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 36.

Pentru a determina cât mai exact gradul de influență pe care l-a avut starea de intoxicație asupra răspunderii penale, doctrina penală a discriminat mai multe forme de intoxicație, ținându-se seama de atitudinea psihică a persoanei în cauză față de provocarea stării de intoxicație, de gradul de intoxicație, de frecvența în care persoană fizică își provoacă starea de intoxicație etc.

După criteriul gradului de intoxicație: aceasta poate fi *totală* sau *parțială*. Intoxicația totală este de trei feluri: *psihopatică* (*delirium tremens* sau alcoolism cronic, adică alterare mintală); *epileptiformă* (intoxicarea alcoolică este persistentă, dar latentă) și *completă* (paralizia energiei musculare însoțită de stingerea totală a facultăților psihice). *Delirium tremens* este o stare de beție care se manifestă în cazul etilicilor cronici inveterați în special la cei lipsiți de aportul în substanțe alcoolice, caracterizată prin delir și halucinație.

Primele două forme, cea *psihopatică* și cea *epileptiformă* aparțin psihopatologiei și sunt specifice alienației mintale ceea ce conduce la ideea iresponsabilității penale. Cea de-a treia formă intoxicația *completă* este specifică acestei cauze de neimputabilitate prevăzută de art. 29 Cod penal.

Intoxicația parțială sau incompletă este o specie de intoxicație ce constă într-o stare de surescitare dublată de o slăbire a mecanismului psihic superior și de excitare a psihicului inferior³.

Un alt criteriu ar fi substanța care a cauzat starea de intoxicație, împarte în intoxicație caldă (alcoolică) și intoxicație rece (cauzată de alte substanțe). Cele mai întâlnite aspecte ale etilismului acut și cel cronic sunt: formele cronice – etilismul cronic (ingestia cotidiană de băuturi alcoolice); dipsomania (necesitatea periodică de consum a băuturilor alcoolice) *delirium tremens*; psihoza etilică (plurietiologie dar nu este acceptată de toți autorii). Formele etilismului acut sunt: beția acută voluntară (peste 2% alcool); intoxicația accidentală; beția intenționată; beția patologică.

Luând în considerare împrejurările premergătoare intoxicației, legea noastră penală distinge două modalități ale stării de ebrietate:

a) *intoxicația accidentală sau fortuită*, completă care se datorează unor împrejurări cu totul independente de voința persoanei intoxicate. În aceste situații pot fi persoanele care lucrează în depozitele de băuturi alcoolice, în care abundă vaporii de alcool pur, persoanele care lucrează în fabricile de spirt, persoanele îmbătate deliberat, sau care au consumat fără știința lor băuturi alcoolice. Această beție intervine independent de voința persoanei și fără contribuții intenționate.

b) *intoxicația voluntară completă* se realizează prin ingerarea de băuturi alcoolice voit. El dorește și realizează îmbătarea. Ea prezintă două forme: intoxicația voluntară premeditată, când persoana își propune să consume alcool până se îmbată și intoxicația voluntară accidentală când se consumă alcool ocazional și încet pe nesimțite se ajunge în stare de beție. Ambele intoxicații pot ajunge la stadiul de intoxicație completă, în funcție de cantitatea de alcool sau substanță psihoactivă ingerată.

Inconsecvența legiuitorului rezultă din faptul că dacă intoxicația accidentală sau fortuită conduce la înlăturarea caracterului penal al faptei, intoxicația voluntară,

³ V. Dongoroz, *Drept penal Tratat* (reeditarea ediției din 1939) p. 314.

ocazională, totală deși sub aspect fiziologic este aceeași ca cea de sus, totuși legiuitorul menține consecințele răspunderii penale cu posibilitatea de circumstanțiere a pedepsei.

Diferențierea care este făcută de către legiuitor între cele două forme de intoxicație amintite mai sus, are ca și criteriu conduita făptuitorului, contribuția acestuia de a ajunge într-o asemenea stare. Dacă la intoxicația voluntară, ocazională, totală, făptuitorul a ignorat orice obligație de supraveghere a conduitei sale, și deși cunoscând efectele alcoolului nu s-a oprit la momentul potrivit ajungând într-o stare reprobabilă, la intoxicația accidentală făptuitorul nu urmărește această stare în care ajunge involuntar, independent de voința sa.

Dacă s-ar acorda același tratament sancționator la toate genurile de intoxicații, s-ar ajunge la acordarea unei prime de încurajare la acte antisociale, putându-se întotdeauna invoca și dovedi starea de intoxicație și deci posibilitatea de a evita răspunderea penală.

Așa fiind din considerente de politica penală exista un tratament diferențiat între intoxicația accidentală, fortuită, completă și intoxicația ocazională, totală în sensul că prima constituie o cauză de neimputabilitate, pe când cea de-a doua este sancționată penal cu posibilitatea reținerii de circumstanțe atenuante.

În schimb când este vorba de intoxicația premeditată, legiuitorul o consideră ca o circumstanță agravantă, deoarece prin ingerarea de alcool infractorul își asigură o stare de mai mare cutezanță pentru săvârșirea faptei prevăzute de legea penală.

Astăzi starea de intoxicație este constatată și evaluată după criteriile științifice și cu mijloace științifice.

În conformitate cu art. 29 Cod penal nu constituie infracțiune, fapta prevăzută de legea penală, dacă făptuitorul în momentul săvârșirii faptei se găsea, datorită unor împrejurări, independente de voința sa, în stare de intoxicație completă, produsă de alcool sau de alte substanțe. Intoxicația voluntară nu înlătură caracterul penal al faptei. Ea poate fi circumstanță atenuantă sau agravantă.

Intoxicația este o stare psihofizică anormală, datorată efectelor asupra organismului și a facultăților mintale a ingerării de alcool sau narcotice.

Acești factori externi provoacă devieri specifice de la starea psihofizică normală a persoanei. Persoana nu mai este stăpână pe actele sale.

În literatură se face distincție între intoxicația fortuită, provocată independent de voința făptuitorului și intoxicația voluntară. Intoxicația voluntară poate fi simplă, fără intenție sau preordinată, când este provocată în vederea săvârșirii infracțiunii. Ea poate fi ocazională sau cronică - permanentă. Ea poate fi completă sau cvasiparalizantă a energiei fizice și a facultăților mintale, ori incompletă cu slăbirea autocontrolului și dirijării conduitei.

Condițiile stării de intoxicație

Pentru a fi în prezența intoxicației ca și o cauză care înlătură imputabilitatea este necesar să se întrunească următoarele condiții:

- *făptuitorul să se fi găsit în momentul - sau în tot timpul - săvârșirii faptei în stare de intoxicație, produsă de alcool ori alte substanțe.* Starea de intoxicație trebuie să nu fi fost o fracțiune de timp înainte sau după săvârșirea faptei. Important este ca făptuitorul să fi fost în stare de intoxicație în momentul săvârșirii faptei, fiind indiferentă sursa

acestei stări, respectiv datorită alcoolului ori altei substanțe ebriante (stupefiante, eter, benzină etc.). În cazul infracțiunilor continue sau continuate starea de intoxicație trebuie să existe pe toată durata elementului material

Condiția nu este îndeplinită dacă beția (intoxicația) a existat anterior sau posterior momentului săvârșirii faptei⁴.

Nu trebuie confundată starea de intoxicație cu starea de iresponsabilitate generată de beție sau beția voluntară care își are aplicabilitatea ei (de exemplu, bolnavul care nu are voie să bea, consumă totuși băuturi alcoolice, iar starea în care a ajuns a contribuit în mod direct la creșterea agresivității sale, săvârșind un omor);

- *starea de beție să fi fost accidentală, involuntară*, adică provocată fortuit, independent de voința făptuitorului, adică să fie exclusă voința făptuitorului. Intoxicația simplă voluntară poate fi apreciată ca o circumstanță atenuantă, [art. 75 alin. (2) Cod penal], iar cea preordinată, voluntară, ca o circumstanță agravantă. [art. 77 lit. f) Cod penal];

- *starea de intoxicație să fie completă*, făptuitorul să nu mai realizeze sensul acțiunilor sau inacțiunilor sale, ori pericolul social al acestora. Intoxicația completă nu se identifică cu cea comatoasă (letargică), care presupune o absență totală psihică a făptuitorului. În situația beției complete persoana mai păstrează un control asupra faptelor sale, altfel nu se explică cum ar săvârși fapta prevăzută de legea penală⁵;

Pentru a interveni răspunderea penală trebuie să se constate la făptuitor o anumită capacitate de a voi și de a înțelege.

- *fapta săvârșită în stare de intoxicație să fie prevăzută de legea penală* și nu are importanță dacă fapta este consumată în faza de tentativă, ori dacă făptuitorul este autor, complice sau instigator. Dacă nu ar fi prevăzută de legea penală, atunci ar lipsi una dintre trăsăturile infracțiunii cerute de art. 15 alin. (1) Cod penal.

Efectele juridice ale intoxicației

Dacă intoxicația este stabilită de organele judiciare ca fiind completă și accidentală, face ca fapta să nu fie infracțiune și să nu se pună problema răspunderii penale a făptuitorului.

Răspunderea civilă însă operează pentru făptuitor sau pentru persoana ce-l avea în pază și supraveghere pe făptuitor în toate cazurile de intoxicație reglementate de lege, dacă se reține culpa în modul de comportare.

Problema este puțin mai delicată în situația în care subiectul aflându-se în stare de beție completă și voluntară, săvârșește o faptă prevăzută de legea penală, respectiv cum va fi imputată această faptă, din culpă sau cu intenție⁶. În doctrina s-au exprimat mai multe opinii⁷.

Într-o opinie⁸ s-a propus ca să se aplice regula de la iresponsabilitate și anume *actio libera in causa*. Opinia este criticată deoarece reclamă doar infracțiuni săvârșite cu intenție fără a oferi soluții și în cazul altor forme de vinovăție.

⁴ V. Dongoroz ș.a. *Explicații...* p. 402.

⁵ S. Daneș, *Considerații în legătură cu circumstanțele agravante legale și judiciare*, în RRD nr. 11/1984, p. 34

⁶ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, pp. 251-253.

⁷ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, pp. 252-253.

⁸ T. Padovani, *Diritto penale*, pp. 240-241.

Într-o altă opinie⁹ se susține că beția, adică și intoxicația, voluntară poate fi incriminată ca o faptă independentă, potrivit *teoriei riscului depășit*, beție care creează *un risc inadmisibil*, acela al săvârșirii unei infracțiuni în stare de beție. Această susținere este consacrată de Codul penal german, care incriminează autoprovocarea intenționată sau culpabilă a stării de beție.

Desigur soluția fericită este cea susținută de prof. Antoniu, potrivit căreia este nevoie să se facă o analiză de la situație la situație.

În ipoteza provocării intoxicației complete și involuntare de către o persoană, care a urmărit să se ajungă la săvârșirea faptei, acea persoană va răspunde penal pentru participatie improprie potrivit art. 52 alin. (3) Cod penal.

În schimb, dacă persoana care a provocat intoxicația s-a aflat în culpă, aceasta nu va răspunde ca instigator de fapta prevăzută de legea penală comisă de autor aflat în stare de intoxicație involuntară și completă, căci o asemenea participatie este în afara legislației

Examen de practică judiciară

Nu poate fi reținută cauza intoxicației pentru inculpatul care după săvârșirea infracțiunii dându-și seama de ceea ce a făcut, a plecat la gară pentru a părăsi localitatea, deoarece procesul intoxicării cu alcool nu a dus la cvasiparalizarea energiei fizice, la întunecarea totală a facultăților psihice ale persoanei, înlăturând capacitatea acesteia de a înțelege și de a voi¹⁰.

Inculpatul nu poate invoca circumstanța atenuantă a beției voluntare complete dacă a consumat băuturi alcoolice, ajungând prin voința sa într-o stare agresivă din cauza căreia a săvârșit o tentativă de omor, deși știa că, fiind bolnav, îi este interzisă consumarea acestora¹¹.

Intoxicația accidentală completă există atunci când făptuitorul din motive independente de voința sa (fiind constrâns ori din eroare) ajunge să consume alcool ori alte substanțe până ajunge într-o stare de cvasiparalizare a energiei fizice și o totală întunecare a capacităților psihice¹². Starea de beție constituie o cauză de micșorare a pedepsei numai dacă este atât de avansată încât făptuitorul nu-și poate da seama pe deplin de actele sale și nu-și păstrează integral controlul acțiunilor sale¹³.

Într-o speță s-a hotărât că lipsa discernământului se datorează stării de beție voluntară în care inculpatul se afla, iar nu alienației mintale sau altor cauze și nici beției complete involuntare, răspunderea sa pentru faptele săvârșite nu este afectată, starea lui de beție putând constitui, fie o circumstanță atenuantă fie o circumstanță agravantă¹⁴.

⁹ V. Pașca în G Antoniu ș.a., *Explicații preliminare ale noului Cod penal* vol. I, p. 259.

¹⁰ Trib. Suprem, secția penală, dec. nr. 2982/1974, în RRD nr. 8/1975, p. 70.

¹¹ Trib. Suprem, secția penală, dec. nr. 1640/1976, în Repertoriu de practică judiciară pe anii 1976-1980, p. 39..

¹² Trib. Suprem, secția penală, dec. nr. 2982/1974, în RRD nr. 8/1975, p. 70.

¹³ Trib. Suprem, secția penală, dec. nr. 1785/1966, în CD, 1966, p. 329.

¹⁴ Trib. Suprem, secția penală, dec. nr. 86/1980, în CD, 1980, p. 247.

Reglementări din alte legislații

Codul penal italian la art. 91 intitulat „Starea de beție involuntară sau fortuită” prevede că „nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana care, în momentul când a comis-o, nu avea capacitatea de înțelegere sau de a vrea, din cauza beției complete rezultată în urma cazului fortuit sau forței majore”.

Dispozițiile se aplică și în cazul ingerării stupefiantelor, iar dacă intoxicarea este cronică, sunt incidente dispozițiile cu privire la iresponsabilitate (art. 95).

Codul penal spaniol în art. 20 pct. 2 se arată „este exonerată de răspundere penală persoana care, în momentul săvârșirii unei fapte prevăzute de legea penală, se află în stare avansată de intoxicare datorită consumului de băuturi alcoolice, droguri toxice, stupefiante, substanțe psihotrope sau alte substanțe care produc efecte analoage, atunci când nu a provocat această stare în scopul de a comite fapta sau nu a prevăzut comiterea acesteia, ori se află sub influența sindromului de abținere, din cauza dependenței de astfel de substanțe, fapt ce-l împiedică să înțeleagă caracterul dăunător al faptei sau să acționeze conform acestei înțelegeri”.

BIBLIOGRAFIE

G. Antoniu, Vinovăția penală;

Ș. Daneș, Considerații în legătură cu circumstanțele agravante legale și judiciare în RRD nr. 11/1984;

T. Dima, A.G. Păun, Drogurile ilicite Legea nr. 143/2000 Jurisprudență și comentarii, Ed. Universul Juridic, București, 2010;

T. Padovani, Diritto penale;

Trib. Suprem secția penală, dec. nr. 1640/1976 în Repertoriu de practică judiciară pe anii 1976-1980;

Trib. Suprem secția penală, dec. nr. 2982/1974 în RRD nr. 8/1975;

Trib. Suprem secția penală, dec. nr. 2982/1974 în RRD nr. 8/1975;

Trib. Suprem secția penală, dec. nr. 1785/1966 în CD 1966;

Trib. Suprem secția penală, dec. nr. 86/1980 în CD 1980;

V. Dongoroz ș.a., Explicații teoretice ale Codului penal, Ed. Academiei, București, 1971;

V. Dongoroz, Drept penal. Tratat, reeditarea ediției din 1939;

V. Pașca în G Antoniu s.a., Explicații preliminare ale Noului cod penal, vol. I.

Considerații privind reglementarea perioadei de probă

Lector univ. dr. Septimiu PANAINTE

Facultatea de Drept, Universitatea "Alexandru Ioan Cuza" din Iași

Considerations regarding the regulation of the probation period

Abstract: This paper aims at presenting some considerations on the Labour Code regulations concerning the probationary period.

Based on the *intuitu personae* character of the individual employment agreement, I took into account the necessity of assessing *in concreto* some professional and personal skills, traits or features that are characteristic of employees and employers. In this context, the regulations of the probationary period within the employment agreements are objectionable.

At the same time, contrary to appearances, we found that the regulation of the probationary period for persons with disabilities is not drawn up, in some cases, such as to help these people in concluding a labour agreement.

Keywords: employment, probationary period, employment agreement, people with disabilities, people with special needs.

§ 1. Preliminarii

Perioada de probă a reținut în mod constant atenția autorilor de specialitate provocând de-a lungul timpului multiple analize și dezbateri, în special cu privire la natura juridică a acesteia¹.

¹ Printre studiile dedicate integral sau parțial perioadei de probă amintim: S. Beligrădeanu, I.T. Ștefănescu, *Perioada de probă în reglementarea Codului muncii*, în *Dreptul* nr. 8/2003, pp. 24-32; I.T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, *Principalele aspecte teoretice și practice rezultate din cuprinsul Legii nr. 40/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 - Codul muncii*, în *Revista Română de Dreptul Muncii* nr. 3/2011, pp. 11-47; I.T. Ștefănescu, *Răspunsuri la provocări ale practicii*, în *Revista Română de Dreptul Muncii* nr. 8/2011, pp. 9-43; M. Volonciu, *Un nou regim juridic în cazul încetării contractului de muncă în perioada de probă?*, în *Curierul Judiciar* nr. 7-8/2005, pp. 93-98; O. Ținca, *Comentarii referitoare la dreptul angajatorului de a înceta contractul individual de muncă în perioada de probă*, în *Revista Română de Dreptul Muncii* nr. 2/2007, pp. 40-45; V. Barbu, C. Cernat, *Analiză critică asupra dispozițiilor legale privind perioada de probă*, în *Revista Română de Dreptul Muncii* nr. 4/2008, pp. 44-50; H. Sasu, *Aspecte discutate și discutabile privind perioada de probă*, în

Instabilitatea reglementărilor privind această instituție² a fost și este dublată de lipsa de rigoare a legiuitorului³. Deducem astfel lipsa unei viziuni unitare și coerente.

Se mai poate observa că, în practica raporturilor de muncă, anumite reglementări ale perioadei de probă, în special cele care privesc situația persoanelor cu handicap și contractele încheiate pe durată determinată și de muncă temporară, au rămas fără ecou punând sub semnul întrebării rațiunea și eficiența acestora.

În acest context apreciem că se impune readucerea în prim-plan a scopului stabilirii unei perioade de probă la încheierea contractului individual de muncă, oricare ar fi tipul acestuia.

Pentru aceasta, observăm mai întâi conținutul reglementărilor actuale, în principal art. 29 alin. (1) din Codul muncii („*Contractul individual de muncă se încheie după verificarea prealabilă a aptitudinilor profesionale și personale ale persoanei care solicită angajarea*”) și art. 31 alin. (1) din același cod („*Pentru verificarea aptitudinilor salariatului, la încheierea contractului individual de muncă se poate stabili o perioadă de probă de cel mult 90 de zile calendaristice pentru funcțiile de execuție și de cel mult 120 de zile calendaristice pentru funcțiile de conducere*”)⁴.

§ 2. Scopul perioadei de probă și caracterul *intuitu personae* al contractului individual de muncă

Într-o perspectivă generală, scopul unei perioade de probă este de a permite angajatorului să testeze aptitudinile salariatului și acestuia din urmă de a vedea dacă angajatorul confirmă aspectele pe care salariatul le-a avut în vedere la semnarea contractului de muncă.

Este vorba, așadar, pe de o parte, de perspectiva angajatorului, îndrituit să verifice atât aptitudinile profesionale ale salariatului (în principal), dar și de cele personale, cât și, pe de altă parte, de perspectiva salariatului, interesat să verifice dacă și în ce măsură așteptările sale sunt confirmate⁵.

Revista Română de Dreptul Muncii nr. 1/2009, pp. 116-128; O. Ținca, *Câteva comentarii privind perioada de probă din contractul individual de muncă*, în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 1/2012, pp. 9-15.

² Spre exemplu, art. 31 din Codul muncii a suferit modificări succesive prin: O.U.G. nr. 65/2005 privind modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 - Codul muncii (art. I, pct. 15), Legea nr. 371/2005 pentru aprobarea O.U.G. nr. 65/2005 (pct. 10 al articolului unic), Legea nr. 40/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 - Codul muncii (art. I, pct. 9).

³ Spre exemplu, în art. 31 alin. (1) și (2) din Codul muncii se folosesc ca reper de calcul zilele calendaristice, iar în art. 85 și art. 97 zilele lucrătoare; până la intrarea în vigoare a Legii nr. 40/2011, perioada maximă de probă pentru o funcție de execuție în cadrul unui contract de muncă încheiat pentru o perioadă mai mare de 6 luni (30 de zile lucrătoare) era mai mare decât maximum admis în cazul contractului încheiat pe perioadă nedeterminată (30 de zile calendaristice, tot pentru funcție de execuție).

⁴ În forma inițială a Codului muncii, art. 31 alin. (1) prevedea că: „*Pentru verificarea aptitudinilor salariatului, la încheierea contractului individual de muncă se poate stabili o perioadă de probă de cel mult 30 de zile calendaristice pentru funcțiile de execuție și de cel mult 90 de zile calendaristice pentru funcțiile de conducere*”.

⁵ Cu referire la utilitatea perioadei de probă a se vedea și H. Sasu, *op. cit.*, pp. 118-119.

Prin urmare, având în vedere aceste reglementări și precizări din literatura de specialitate, observăm că instituția perioadei de probă este o expresie a caracterului *intuitu personae*⁶ al contractului individual de muncă.

Din punctul nostru de vedere este evident că perioada de probă dă măsura acestui caracter *intuitu personae* al contractului individual de muncă, care poate fi mai accentuat sau mai redus, în funcție de persoanele implicate, de natura și complexitatea felului muncii etc. De aceea părțile pot alege dacă doresc perioadă de probă și care ar fi durata acesteia (evident cu respectarea maximului imperativ impus de lege).

Importanța respectării caracterului *intuitu personae* al contractului individual de muncă, inclusiv prin practicarea perioadei de probă, rezidă în aceea că sunt astfel crescute șansele ca părțile să se bucure de un raport de muncă de calitate, durabil, rezultat al armonizării intereselor părților sau înțelegerii complementarității acestor interese, al scopurilor mediate comune. Stabilitatea raportului de muncă se naște în primul rând din modul de abordare, de înțelegere și de asumare a acestei relații și este astfel asigurată nu doar printr-o protecție formală.

§ 3. Durata perioadei de probă

În perioada de probă, verificarea calităților celeilalte părți la încheierea contractului individual de muncă se face *in concreto* și presupune trecerea unei perioade de timp, care trebuie să fie suficientă pentru ca fiecare parte să își poată forma convingerea că acel raport de muncă ar corespunde dorințelor și intereselor proprii.

Necesarul de timp depinde astfel de mai mulți factori: de felul muncii stabilit în contract (de natura funcției și de complexitatea atribuțiilor), de momentul în care executarea anumitor sarcini de serviciu de către salariat produce rezultate cuantificabile pe care angajatorul să le poată aprecia, de locul muncii și de condițiile de muncă (de necesitatea de a efectua anumite deplasări, de logistica și infrastructura oferite de angajator, de calitatea colectivului în care se realizează integrarea noului salariat) și, în general, de calitățile părților (notorietatea angajatorului, tipul sau stilul de management al resurselor umane, de șansele salariatului de a se dezvolta profesional, de a performa și de a promova etc.).

Pe cale de consecință, aprecierea *in concreto* a calităților celeilalte părți la contractul de muncă are o dimensiune obiectivă (spre exemplu, presupune executarea atribuțiilor de serviciu) și una subiectivă (spre exemplu, presupune evaluarea imediată sau/și în timp a rezultatelor activității noului salariat).

⁶ Caracterul *intuitu personae* a fost recent contestat. În acest sens a se vedea: C. Gâlcă, *Contractul individual de muncă nu este un contract intuitu personae* (I și II), în *Revista de Drept social* nr. 6/2011, pp. 2-17, respectiv nr. 7/2011, pp. 2-14; C. Gâlcă, *Noi teorii în dreptul muncii*, Ed. Rosetti International, București, pp. 115-182. Nu împărtășim această opinie. Tot în sens contrar s-a publicat recent: M. Gheorghe, *Contractul individual de muncă – un contract intuitu personae?*, în „*Aspecte controversate în interpretarea și aplicarea prevederilor Codului muncii și ale Legii dialogului social: in honorem prof. univ. dr. Ion Traian Ștefănescu*”, editori M. Țichindelean, M. Gheorghe, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 111-123.

Se poate observa astfel că necesarul de timp pentru toate aceste evaluări nu depinde de tipul de contract de muncă încheiat: pe durată nedeterminată, pe durată determinată sau de muncă temporară.

În același timp însă, trebuie să fie avut în vedere și riscul ca unii angajatori să „denatureze” perioada de probă (scopul acesteia) și să încerce să evite angajarea definitivă. Aceasta nu ar trebui să fie decât o situație de excepție în condiții normale, când părțile la raportul de muncă sunt suficient de mature pentru a-și evalua bine interesele și necesitatea raportului de muncă.

În condițiile în care salariatul nu trebuie expus prea mult timp riscului denunțării facile a contractului în perioada de probă sau la sfârșitul acesteia, legiuitorul a înțeles să stabilească o limită maximă. Dacă nu ar exista această limită, practic toată protecția salariaților prin reglementarea concedierii ar rămâne fără efect.

Dacă avem în vedere și faptul că, în practică există o multitudine de situații foarte diferite, este dificil să afirmăm că o anumită limită maximă este potrivită și suficientă pentru toate situațiile.

Legiuitorul a înțeles să facă o serie de nuanțări: într-un palier a stabilit limite maxime diferite în situațiile în care funcția ocupată de salariat este de execuție sau de conducere, iar în alt palier, limitele sunt diferite după cum contractul de muncă este încheiat pe durată nedeterminată, pe durată determinată sau este de muncă temporară.

Deja am argumentat faptul că tipul contractului nu ar trebui să aibă legătură cu durata perioadei de probă, reglementarea putând fi caracterizată ca excesivă, pedantă și ineficace.

În ceea ce privește funcțiile de execuție și de conducere, legiuitorul a plecat de la premisa, corectă în esență, că în cazul funcțiilor de conducere este nevoie de o limită maximă mai mare decât în cazul celor de execuție. S-a arătat însă, pe bună dreptate, faptul că sunt destule situații în care unele funcții de execuție sunt, prin prisma atribuțiilor, mai complexe decât altele, de conducere⁷. Distincția are, prin urmare, un anumit grad de relativitate. Însă un criteriu alternativ de diferențiere nu s-a propus și nici noi nu credem că se poate găsi un alt reper, mai adecvat scopului reglementării. Față de această situație, propunerea de adoptare a unei soluții unitare este realistă⁸.

În condițiile în care timpul necesar optim și suficient pentru verificarea calităților părților nu poate fi determinat pentru toate situațiile în mod strict obiectiv se poate aprecia că timpul maxim reglementat exprimă o ficțiune, o încercare de estimare, de generalizare și abstractizare.

În orice caz, durata maximă a perioadei de probă exprimă și un compromis necesar între necesitatea verificării *in concreto* a calităților părților la contract și principiul protecției salariaților.

Ori de câte ori această durată maximă a perioadei de probă poate fi apreciată ca redusă, vom deduce că politica legislativă induce un accent mai mare pe protecția salariaților. Accentuarea acestei protecții este posibil necesară într-un anumit context

⁷ Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan, *Codul muncii. Comentariu pe articole*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 157.

⁸ *Ibidem*.

social și economic și/sau dacă părțile sunt percepute ca având poziții antagonice, discordante, sau dacă angajatorii ar avea tendința de a se comporta abuziv. Dimpotrivă, o perioadă de probă cu un maxim ridicat este, în anumite condiții, de natură să confere șansa unui contract de muncă de calitate, durabil.

O abordare comparativă a perioadei de probă ar putea fi utilă poate pentru a înțelege sensul și accentele reglementării noastre. Spre exemplu, în doctrină s-a arătat că în Norvegia relațiile de muncă debutează, în general, cu o perioadă de probă, stabilită la încheierea contractului prin acordul părților, de maximum 6 luni, iar ministerul de resort poate adopta reglementări prin care să se permită stabilirea unor perioade de probă mai mari de 6 luni în cazul anumitor categorii de salariați⁹. Și în Franța s-a propus perioade de probă destul de generoase care pot ajunge, în anumite situații, chiar și la un maxim de 8 luni¹⁰.

§ 4. Perioada de probă în cazul persoanelor cu handicap

Persoanele cu handicap beneficiază de reglementări speciale privind perioada de probă la angajare.

Astfel, pe de o parte, trebuie observate dispozițiile art. 31 alin. (2) din Codul muncii: „*Verificarea aptitudinilor profesionale la încadrarea persoanelor cu handicap se realizează exclusiv prin modalitatea perioadei de probă de maximum 30 de zile calendaristice*”.

Se observă mai întâi limitarea formală a verificării la aptitudinile profesionale. Totodată însă, se instituie o excepție de la regula generală conform căreia perioada de probă este facultativă: în cazul persoanelor cu handicap aceasta este obligatorie și, mai mult, constituie unica modalitate de verificare.

S-a avut în vedere situația specială în care se află această categorie de persoane și necesitatea de a fi ajutate la angajare, de a li se maximiza șansele de integrare în muncă. Protecția salariaților cu handicap se regăsește și în faptul că, în perioada de probă, părțile pot să constate că acel loc de muncă și acea activitate nu sunt de natură să creeze probleme suplimentare¹¹.

Interpretarea doctrinară a caracterului exclusiv al perioadei de probă pentru persoanele cu handicap este în sensul că ne-am afla în prezența unei forme de protecție

⁹ M. Gheorghe, *Norvegia – sinteză asupra relațiilor individuale și colective de muncă*, în *Revista Română de Dreptul Muncii* nr. 8/2011, p. 107.

¹⁰ O. Ținca, *Preocupări în statele europene pentru perfecționarea legislației muncii*, în *Revista Română de Dreptul Muncii* nr. 2/2008, p. 16. S-a arătat că, în Franța, prin *Acordul asupra modernizării pieței muncii*, semnat la 21 ianuarie 2008, s-a convenit ca perioada de probă să fie stabilită prin lege și să fie cuprinsă între 1-2 luni pentru salariații de execuție, între 2-3 luni pentru maistri și tehnicieni și între 3-4 luni pentru cadre (salariați cu studii superioare sau care ocupă funcții de conducere). Durata perioadei de probă va putea fi prelungită o singură dată, în condițiile stabilite în contractul colectiv de muncă încheiat la nivel de ramură, care urmează să fixeze condițiile și durata prelungirii, dar fără a depăși 4, respectiv 6 și 8 luni, în funcție de calitatea salariatului. În situația în care angajatorul va pune capăt perioadei de probă, el are obligația de a-l anunța pe salariat cu 48 de ore înainte în prima lună de probă, cu 2 săptămâni înainte după împlinirea primei luni de probă și cu o lună înainte după ce s-au scurs 3 luni de probă.

¹¹ Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan, *op. cit.*, p. 158.

prin discriminare pozitivă. Reglementarea ar putea însă să fie privită și ca o încălcare a principiului libertății muncii dacă se apreciază că „depășește ușor scopul protector al acestei categorii de salariați”¹². S-a mai arătat că soluția exclusivității este greu de înțeles și că nu face decât să încalce principiul general conform căruia angajarea în muncă se face conform aptitudinilor profesionale ale candidaților¹³.

Pe de altă parte însă, depășind planul reglementării oferite de Codul muncii, observăm și dispozițiile cuprinse în art. 83 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap¹⁴: aceste persoane beneficiază, printre alte „drepturi”, de „o perioadă de probă la angajare, plătită, de cel puțin 45 de zile lucrătoare”.

Dincolo de formularea inadecvată a textului se poate observa o optică divergentă: perioada de probă nu mai are caracter exclusiv și este stabilită printr-o limită minimă (45 de zile lucrătoare) și nu maximă (30 de zile calendaristice).

Legat de aplicabilitatea celor două texte analizate, în literatura de specialitate s-a arătat că „această neconcordanță creează grave probleme la angajarea persoanelor cu handicap în muncă și trebuie urgent remediată”¹⁵ și s-a oferit și soluția de interpretare în sensul că au prioritate dispozițiile derogatorii și ulterioare ale legii speciale – Legea nr. 448/2006¹⁶.

În condițiile în care scopul celor două reglementări, atât de diferite, poate fi apreciat ca identic sau similar, ne preocupă efectele practice pe care le pot produce.

Teoretic, dacă ne raportăm la regulile generale, instituirea unui maxim al perioadei de probă este de natură să dea expresie principiului protecției salariaților.

Caracterul neexclusiv și facultativ al acestei perioade dă măsura caracterului *intuitu personae* al contractului individual de muncă și crește șansele unui raport asumat, durabil și benefic pentru ambele părți.

Un minim al perioadei de probă și/sau caracterul exclusiv ori obligatoriu al acesteia, sunt de natură să afecteze la început caracterul *intuitu personae* al contractului individual de muncă, dar și să confere șanse pentru anumiți salariați de a-și dovedi *in concreto* aptitudinile reale (poate mai dificil de identificat, de înțeles și/sau de probat prin modalitățile obișnuite de evaluare), eventual chiar în pofida unei anumite situații sau stări speciale.

Revenind la dispozițiile art. 31 alin. (2) din Codul muncii, în condițiile în care textul legal nu dezvoltă ipoteza, se pune problema dacă legiuitorul a plecat de la premisa că persoana cu handicap este unicul candidat la angajare sau aceasta candidează alături de alte persoane. În condițiile în care legea nu distinge ar trebui să considerăm că trebuie aplicată, ca atare, în toate situațiile.

Practic, un angajator ar putea să se confrunte cu mai multe situații și se pot imagina mai multe ipoteze de lucru.

¹² V. Barbu, C. Cernat, *op. cit.*, p. 48.

¹³ Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan, *op. cit.*, p. 159.

¹⁴ Republicată în M. Of. nr. 1 din 3 ianuarie 2008.

¹⁵ V. Barbu, C. Cernat, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶ *Ibidem*. În același sens a se vedea și I.T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 17.

a) Situația în care există o singură candidatură pentru angajare, o persoană cu handicap. În această ipoteză, textul ar putea, teoretic, să fie aplicat ca atare, producându-și, eventual, efectul protectiv, benefic.

b) Situația în care există mai multe candidaturi, din partea unor persoane care nu au handicap. Angajatorul va putea să verifice aptitudinile acestora, atât cele profesionale, cât și cele personale, dacă prezintă interes, și va putea să apeleze la orice metodă acceptată de verificare. Preocuparea firească a angajatorului este aceea de a identifica persoana cu cel mai înalt grad de competență și este de așteptat să utilizeze principiul competiției organizând concurs (de altfel obligatoriu în sistemul public).

c) Ipoteza în care există mai multe candidaturi, una din partea unei persoane cu handicap și una sau mai multe din partea unor persoane care nu se află în această situație. Toate aceste persoane dețin certificat medical care atestă faptul că sunt apte să ocupe postul vizat.

Pus în postura de a aplica textul art. 31 alin. (2) din Codul muncii, ar trebui ca angajatorul să renunțe la orice verificare a candidaților și să semneze contractul de muncă, imediat, cu persoana cu handicap, stipulând o perioadă de probă în limita maximă legală.

În condițiile în care textul legal nu i-a permis să efectueze verificări, să organizeze concurs și să obțină maximum de competență, angajatorul este posibil să se simtă frustrat și să denunțe repede contractul, iar ulterior să îi examineze pe ceilalți candidați (prin concurs). Acest scenariu este posibil (dacă nu chiar probabil) în condițiile în care reprezentanții angajatorului doar urmăresc ocuparea postului de către persoana cea mai potrivită și nu au prejudecăți referitoare la persoanele cu handicap.

În egală măsură, este posibil ca și candidatul cu handicap să se simtă frustrat pentru faptul că este „favorizat” și nu are posibilitatea de a își dovedi competența profesională într-o confruntare directă cu ceilalți.

Mai poate fi imaginată și situația în care, pentru același post, se prezintă doi candidați cu handicap. În această ipoteză textul analizat nu poate fi aplicat, o evaluare fiind absolut necesară.

Aceste ipoteze pot fi citite și prin imaginarea postului vizat de candidați.

Dacă ne raportăm la un post de execuție, care presupune o calificare primară, de bază, perioada de probă la care este supusă persoana cu handicap ar putea fi suficientă și edificatoare pentru angajator care nu ar fi neapărat foarte preocupat de aplicarea principiului competiției. În aceste cazuri, norma își poate produce efectul scontat.

Dacă însă avem în vedere un post care presupune o pregătire superioară, complexă, eventual unul de conducere, este mai probabil ca efectul aplicării normei să fie contrar celui pe care și l-a propus legiuitorul și persoana cu handicap să fie chiar prematur eliminată din relația forțată cu angajatorul.

Reglementarea perioadei de probă în cazul persoanei cu handicap prin instituirea și menținerea unui maxim de 30 de zile calendaristice [inițial identic cu maximum admis la funcțiile de execuție în contractele pe durată nedeterminată și în prezent mult mai mic decât maximum de 90 de zile prevăzut pentru aceleași funcții de execuție de actualul art. 31 alin. (1) din Codul muncii] impune, de asemenea, critici.

În primul rând, durata redusă a acestui maxim este de natură să susțină aprecierea că legiuitorul a prezumat că persoanele cu handicap este mai probabil să ocupe (să poată ocupa) funcții de execuție.

În al doilea rând, dacă metoda maximumului protectiv este pe deplin justificată în plan general, nu apare a fi adecvată în planul particular al persoanelor cu handicap, deoarece permite angajatorului să realizeze denunțarea contractului înainte de a se fi dat suficient timp persoanei angajate să dovedească că poate răspunde exigențelor impuse de post.

Cum persoanele cu handicap nu sunt apte să dobândească doar calificări de bază sau să exercite doar funcții de execuție, s-ar putea aprecia că modalitatea prin care Codul muncii a înțeles să confere protecție nu este cea mai potrivită. Credem că se contrapune unor posibile prejudecăți o probabilă prejudecată sau, cel puțin, o premisă eronată.

Prin comparație, art. 83 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 448/2006, plecând de la situația specială a persoanelor cu handicap și de la necesitatea oferirii șansei de a-și dovedi calitățile profesionale reale, instituie nu un maxim, ci un minim al perioadei de probă. Considerăm mai realistă și mai adecvată această abordare.

Totodată, perioada de probă este văzută ca un drept pe care aceste persoane îl au la angajare și nu exclude alte modalități de evaluare, iar aceste aspecte sunt de natură să asigure un anumit confort unui angajator de bună-credință.

În același timp însă, neexistând și o limită maximă, durata perioadei de probă poate fi mărită teoretic oricât prin negocierea părților. Ar putea interveni astfel, pentru o durată prea mare de timp, o expunere a persoanei cu handicap la denunțarea facilă a contractului în baza art. 31 alin. (3) din Codul muncii.

Excepții de la caracterul constitutiv al înscrierii în cartea funciara. Moștenirea. Uzucapiunea

Lector univ. dr. Sergiu I. STĂNILĂ
Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara



Plea of the constitutive nature of the registration in the land book. The estate. Adverse possession

Abstract:

The many legislative changes have affected lately the civil law in general and, respectively, the legal status of real estate advertising in particular. Controversial, until the entry into force of the new civil Code regarding the existence of parallel regulations, which led on the one hand a unitary judicial practice, and secondly for the intervention of the legislature and the supreme court, the legal status of public real estate tends to an unitarian regulation and application. However, there are now issues that require the correct interpretation of legal rules apparently unclear. This includes the contest of inheritance, respectively, usurpation, in terms of regulation of these two ways of acquiring ownership by way of exceptions to the constitutive nature of the registration in the land register.

Keywords: cadastral register, heritage, usucaption, entry, cadastre, real estate advertising.

Publicitatea imobiliară a fost până în anul 1996 reglementată diferit, fiind cunoscute și aplicate două sisteme: cel al cărților funciare, denumit și sistem real de publicitate imobiliară, reglementat de Decretul-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor referitoare la cărțile funciare¹ și, respectiv, cel al registrelor de transcripțiuni și înscripțiuni, denumit și sistem personal de publicitate imobiliară, reglementat de Codul civil². Primul pas în vederea unificării dispozițiilor la nivel național³ a fost realizat prin adoptarea

¹ Publicat în M. Of. nr. 95 din 27 aprilie 1938. Modificat prin Decretul nr. 378/1960 și republicat în Broșura din 20 octombrie 1960.

² Publicat în M. Of. al Principatelor Unite Române nr. 271 din 4 decembrie 1864 și în Broșura din 1 ianuarie 1997.

³ Până la această dată, pe teritoriul României se aplicau concomitent cele două sisteme de publicitate imobiliară la care am făcut anterior referire.

Legii nr. 7/1996 a cadastrului și publicității imobiliare⁴, modificată ulterior în mai multe rânduri⁵. În fine, prin adoptarea noului Cod civil⁶, legiuitorul român a desăvârșit, cel puțin până în prezent, reglementarea unitară a publicității imobiliare.

Vom aborda în prezentul studiu regimul juridic al modalităților de dobândire a drepturilor reale imobiliare, privite ca excepții de la caracterul constitutiv al înscrierii în cartea funciară⁷, iar dintre acestea ne vom opri asupra moștenirii și, respectiv, uzucapiunii extratabulare, prin exercitarea posesiei într-un anumit interval de timp de la moartea proprietarului înscris în cartea funciară.

Inițial, înscrierea în cartea funciară avea caracter constitutiv de drepturi reale imobiliare⁸. Cu toate acestea, drepturile reale imobiliare dobândite prin moștenire existau valabil în patrimoniul dobânditorului, fără a fi necesară înscrierea în cartea funciară⁹. Se poate observa că uzucapiunea nu era reglementată printre modalitățile de dobândire a drepturilor reale imobiliare care nu necesită înscrierea în cartea funciară. În Transilvania, anterior intrării în vigoare a Decretului-lege nr. 115/1938, uzucapiunea avea efect constitutiv de drepturi, fără înscrierea în cartea funciară, ceea ce a determinat instanțele de judecată să constate și să dispună înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate asupra unui imobil astfel dobândit¹⁰.

Excepția era una aparentă, întrucât în momentul în care titularul dreptului real imobiliar intenționa să dispună de acesta, era obligat să își înscrie în cartea funciară dreptul dobândit prin moștenire¹¹.

Intrarea în vigoare a Legii nr. 7/1996 a însemnat și abandonarea efectului constitutiv al înscrierii în cartea funciară; înscrierea în cartea funciară avea doar rol de

⁴ Publicată în M. Of. nr. 61 din 26 martie 1996.

⁵ În urma numeroaselor modificări, Legea nr. 7/1996 a cadastrului și publicității imobiliare a fost republicată în M. Of. nr. 201 din 3 martie 2006 și, respectiv, M. Of. nr. 83 din 7 februarie 2013.

⁶ Legea nr. 278/2009 (noul Cod civil) a fost publicată în M. Of. al României nr. 511 din 24 iulie 2009 și republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

⁷ Se va interpreta potrivit prevederilor art. 885 alin. (1) din noul Cod civil, coroborate cu prevederile art. 56 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 modificată, potrivit cu care *dispozițiile Codului civil privitoare la dobândirea drepturilor reale imobiliare prin efectul înscrierii acestora în cartea funciară se aplică numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare.*

⁸ Potrivit art. 17 alin. (1) din Decretul-Lege nr. 115/1938, drepturile reale asupra imobilelor se vor dobândi numai dacă între cel care dă și cel care primește dreptul este acord de voință asupra constituirii sau strămutării, în temeiul unei cauze arătate, iar *constituirea sau strămutarea a fost înscrisă în cartea funciară.*

⁹ Potrivit art. 26 din Decretul-Lege nr. 115/1938, drepturile reale se vor dobândi fără înscriere în cartea funciară din cauză de moarte, accesiune, vânzare silită și expropriere; titularul nu va putea însă dispune de ele prin carte funciară, decât după ce s-a făcut înscrierea.

¹⁰ Dec. nr. 290/1994 din 3 februarie 1994, Curtea Supremă de Justiție, secția civilă, în Dreptul nr. 5/1995, p. 89, citată de I.D. Chiș, *Cartea funciară. Volumul II. Noul Cod Civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, nr. 410, p. 381.

¹¹ Potrivit art. 26 teza a II-a din Decretul-Lege nr. 115/1938, titularul nu va putea însă dispune de ele prin carte funciară, decât după ce s-a făcut înscrierea.

opozabilitate față de terți a situației juridice a unui imobil, implicit a drepturilor reale imobiliare¹². În mod corespunzător, drepturile reale imobiliare dobândite prin moștenire și, de această dată, și prin uzucapiune, erau opozabile terților, fără înscriere în cartea funciară¹³. La fel, încheierea unor acte de dispoziție având ca obiect asemenea drepturi reale imobiliare, presupunea în mod obligatoriu înscrierea prealabilă în cartea funciară.

În doctrină¹⁴ s-a argumentat și teoria potrivit cu care și Legea nr. 7/1996 reglementa caracterul constitutiv de drepturi al înscrierii în cartea funciară. Singura diferență față de reglementarea anterioară, anume aceea a Decretului-lege nr. 115/1938, o constituia terminologia utilizată de legiuitor: Decretul-lege nr. 115/1938 reglementa în mod expres efectul constitutiv al înscrierii în cartea funciară, prezumând efectul de opozabilitate al acesteia, în timp ce Legea nr. 7/1996 reglementa în mod expres efectul de opozabilitate al înscrierii, prezumând efectul constitutiv al acesteia.

Nu susținem această teorie, apreciind că textul art. 30 din Legea nr. 7/1996, reținut în argumentare de autorul citat anterior, instituie prezumția de publicitate a dreptului real imobiliar, a situației de carte funciară, fără a pune condiția existenței dreptului real imobiliar în patrimoniul dobânditorului de înscrierea în cartea funciară.

Lipsa caracterului constitutiv al înscrierii în cartea funciară în reglementarea Legii nr. 7/1996, rezultă cu necesitate și din modul în care sunt reglementate modalitățile de dobândire a drepturilor reale imobiliare, cu caracter de excepție: în timp ce în art. 26 din Decretul-lege nr. 115/1938 legiuitorul folosește sintagma „*drepturile reale se vor dobândi fără înscriere (...)*”, în art. 26 alin. (1) din Legea nr. 7/1996 legiuitorul statuează că „*dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale sunt opozabile față de terți, fără înscrierea în cartea funciară (...)*”. De altfel, același autor, într-un studiu mai recent¹⁵, aparent se contrazice, afirmând că „*până la această dată (s.n. până la finalizarea lucrărilor de cadastru) înscrierea în cartea funciară a drepturilor reale imobiliare, realizată în conformitate cu prevederile Legii nr. 7/1996 (...) se face numai în scop de opozabilitate față de terți*”.

Noul Cod civil a preluat reglementarea anterioară a Decretului-lege nr. 115/1938, statuând efectul constitutiv al înscrierii în cartea funciară¹⁶. Excepțiile de la caracterul constitutiv al înscrierii în cartea funciară sunt reglementate similar de legiuitor, cu caracter temporar, respectiv până la încheierea unor acte de dispoziție în legătură cu imobilele astfel dobândite¹⁷. Observăm însă că uzucapiunea nu se mai regăsește printre modalitățile

¹² Potrivit art. 25 alin. (1) din Legea nr. 7/1996 (r1), Înscrierile în cartea funciară își vor produce efectele de opozabilitate față de terți de la data înregistrării cererilor.

¹³ Art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 7/1996 republicată a constituit și analiza Curții Constituționale. Prin Decizia nr. 73/2007, publicată în M. Of. nr. 198 din 22 martie 2007, Curtea Constituțională a respins excepția și a constatat constituționalitatea textului de lege.

¹⁴ T. Bodoască, *Opinii privind caracterul constitutive sau translativ de drepturi reale imobiliare al înscrierilor în cartea funciară*, în Dreptul nr. 5/2006, pp. 42-56.

¹⁵ T. Bodoască, *Opinii în legătură cu efectul constitutiv sau translativ de drepturi reale imobiliare al înscrierilor în cartea funciară*, în Dreptul nr. 8/2012, pp. 133-140.

¹⁶ Potrivit art. 885 alin. (1) din noul Cod civil „*drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea*”.

¹⁷ Potrivit art. 887 alin. (1) din noul Cod civil, drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moștenire, accesiune naturală, vânzare silită, expropriere pentru cauză de

de dobândire ale drepturilor reale imobiliare, care nu necesită înscrierea în cartea funciară, pentru a asigura efectul constitutiv. În acest sens, în doctrina recentă s-a opinat că uzucapantul trebuie să ceară înscrierea în cartea funciară a dreptului dobândit prin uzucapiune, întrucât enumerarea realizată de legiuitor nu include și această modalitate¹⁸.

Ținând cont de reglementările succesive, urmează a analiza situația uzucapantului și, respectiv, a moștenitorului, atunci când ambii invocă dobândirea dreptului real imobiliar, necesitatea înscrierii în cartea funciară și efectele pe care aceasta le produce. Vom avea în vedere numai uzucapiunea extratabulară, constând în exercitarea posesiei timp de 20 de ani de la moartea proprietarului înscris în cartea funciară.

Moștenirea sau succesiunea reprezintă acea modalitate de dobândire a dreptului real imobiliar, care se produce prin transmiterea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în ființă¹⁹. Întrucât legiuitorul nu distinge între moștenirea sau succesiunea legală și cea testamentară²⁰, ambele modalități constituie excepții de la înscrierea în cartea funciară a dreptului real imobiliar astfel dobândit.

Deși transmiterea dreptului real imobiliar se produce de drept, de la persoana decedată la succesor, în momentul deschiderii moștenirii, care echivalează cu momentul decesului, chiar „fără vreo manifestare de voință din partea succesibilului și chiar fără stirea lui”²¹, totuși succesorul poate accepta moștenirea sau poate renunța la aceasta.

Acceptarea simplă a moștenirii poate fi manifestată în mod tacit, prin efectuarea unor acte de conservare sau de administrare în legătură cu drepturile reale imobiliare dobândite, acte făcute cu intenția de a accepta moștenirea. În același timp, acceptarea simplă a moștenirii, precum și acceptarea sub beneficiu de inventar²² se pot realiza și printr-o manifestare de voință expresă, în formă scrisă, făcută de asemenea cu intenția de a accepta moștenirea.

Odată acceptată moștenirea, în mod tacit, în mod expres sau sub beneficiu de inventar, succesorul devine titularul dreptului real imobiliar, putându-se manifesta ca atare, putând încheia acte de conservare, precum și acte de administrare în legătură cu imobilul pe care îl deține. Dreptul real imobiliar dobândit există în mod valabil în patrimoniul său și este opozabil *erga omnes*, nefiind necesară înscrierea în cartea funciară.

Opinăm că, calitatea de titular al dreptului real imobiliar dobândit trebuie să fie recunoscută succesorului și fără ca acesta din urmă să exercite asemenea acte de conservare și, respectiv, de administrare, întrucât ele nu sunt o condiție pentru validitatea dreptului real.

utilitate publică, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege. Potrivit art. 887 alin. (3) din noul Cod civil, titularul drepturilor astfel dobândite nu va putea însă dispune de ele prin cartea funciară decât după ce s-a făcut înscrierea.

¹⁸ C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 404.

¹⁹ F. Deak, *Tratat de Drept succesoral*, Ed. Actami, București, 1999, p. 5.

²⁰ A se vedea pentru detalii F. Deak, *op. cit.*, pp. 7-8.

²¹ F. Deak, *op. cit.*, p. 420.

²² A se vedea pentru detalii F. Deak, *op. cit.*, p. 490 și urm.

De cealaltă parte, uzucapiunea a fost definită ca fiind un mod de dobândire a drepturilor reale principale²³, prin exercitarea posesiei asupra bunului pe toată perioada prevăzută de lege, precum și prin exercitarea pozitivă a dreptului de opțiune cu privire la uzucapiune, ca drept potestativ²⁴.

Codul civil de la 1864 reglementa două tipuri de uzucapiune, cea de treizeci de ani²⁵ și, respectiv, cea de la zece la douăzeci de ani²⁶. Decretul-lege nr. 115/1938 reglementa, de asemenea, două tipuri de uzucapiune, cea tabulară²⁷ și, respectiv, cea extratabulară²⁸. Noul Cod civil a preluat, cu unele particularități, reglementarea Decretului-lege nr. 115/1938, fiind prevăzute de această dată trei cazuri de uzucapiune extratabulară²⁹ și unul singur de uzucapiune tabulară³⁰. Dincolo de specificul fiecărui tip de uzucapiune dintre cele enumerate, toate presupuneau exercitarea posesiei în intervalul de timp impus de legiuitor.

Pentru a deveni titular al dreptului real imobiliar uzucapat, nu este însă suficientă exercitarea posesiei și îndeplinirea condițiilor specifice fiecărui tip de uzucapiune în parte, ci mai trebuie ca uzucapantul să își manifeste în mod expres voința în acest sens. Uzucapiunea se invocă pe calea unei acțiuni principale³¹ sau pe cale de excepție³², însă întotdeauna este necesară o hotărâre judecătorească care să constate calitatea de titular al dreptului real imobiliar astfel dobândit și să dispună înscrierea în cartea funciară.

²³ În prezentul studiu ne vom referi doar la drepturile reale imobiliare.

²⁴ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 346-347. În același sens, a se vedea și C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 385.

²⁵ Art. 1890 din Codul civil de la 1864.

²⁶ Art. 1895 din Codul civil de la 1864.

²⁷ Potrivit art. 27 din Decretul-Lege nr. 115/1938, în cazul când s-au înscris fără cauză legitimă, drepturi reale, care pot fi dobândite în temeiul uzucapiunii, ele vor rămâne valabil dobândite, dacă titularul dreptului le-a posedat cu bună-credință, potrivit legii, timp de 10 ani.

²⁸ Potrivit art. 28 din Decretul-Lege nr. 115/1938, cel ce a posedat un bun nemișcător în condițiile legii, timp de 20 ani, după moartea proprietarului înscris în cartea funciară, va putea cere înscrierea dreptului uzucapat. De asemenea, va putea cere înscrierea dreptului său, cel ce a posedat un bun nemișcător în condițiile legii, timp de 20 ani, socotiți de la înscrierea în cartea funciară a declarațiunii de renunțare la proprietate.

²⁹ Potrivit art. 930 alin. (1) din noul Cod civil, dreptul de proprietate asupra unui imobil și dezmembrămintele sale pot fi înscrise în cartea funciară, în temeiul uzucapiunii, în folosul celui care l-a posedat timp de 10 ani, dacă:

- a) proprietarul înscris în cartea funciară a decedat ori, după caz, și-a încetat existența;
- b) a fost înscrisă în cartea funciară declarația de renunțare la proprietate;
- c) imobilul nu era înscris în nicio carte funciară.

³⁰ Potrivit art. 931 alin. (1) din noul Cod civil, drepturile celui care a fost înscris, fără cauză legitimă, în cartea funciară, ca proprietar al unui imobil sau titular al unui alt drept real, nu mai pot fi contestate când cel înscris cu bună-credință a posedat imobilul timp de 5 ani după momentul înregistrării cererii de înscriere, dacă posesia sa a fost neviciată.

³¹ A fost motivată și soluția potrivit cu care uzucapiunea se poate invoca doar pe calea unei acțiuni principale, deoarece este o modalitate de dobândire a unui Drept real principal. În acest sens a se vedea Curtea de Apel Suceava, Secția civilă, decizia civilă nr. 1410/1994, nepublicată, citată de P. Perju, *Practică judiciară civilă comentată și adnotată*, Ed. Continent XXI, București, 1999, p. 302 și 306.

³² Curtea de Apel Timișoara, Decizia civilă nr. 140/1996, în Dreptul nr. 11/1996, p. 125.

Dacă uzucapiunea a fost constatată în condițiile Decretului-lege nr. 115/1938, preluate și de dispozițiile noului Cod civil, uzucapantul trebuie să își înscrie în cartea funciară dreptul real imobiliar dobândit prin uzucapiune, simpla hotărâre judecătorească neîndeplinind nici condiția efectului constitutiv și nici condiția opozabilității față de terți a situației juridice a imobilului. Dimpotrivă, în cazul uzucapiunii constatate în condițiile Legii nr. 7/1996, înscrierea în cartea funciară nu este necesară, dreptul real imobiliar dobândit fiind opozabil terților de la data rămânerii irevocabile a hotărârii judecătorești prin care s-a constatat uzucapiunea.

Aici trebuie să facem și observația absolut necesară potrivit căreia Legea nr. 7/1996 nu a mai preluat cazurile de uzucapiune tabulară și, respectiv, extratabulară, reglementate anterior de Decretul-lege nr. 115/1938.

Astfel, de la data intrării în vigoare a Legii nr. 7/1996, pe întreg teritoriul țării, deveneau aplicabile prevederile Codului civil de la 1864 în materie de uzucapiune. Întrucât Legea nr. 7/1996 nu a reglementat situațiile tranzitorii, pentru posesiile începute înainte de intrarea sa în vigoare, dar împlinite după acest moment, uzucapiunea era supusă regulilor Decretului-lege nr. 115/1938, în vigoare la data de început a posesiei³³.

Unul dintre tipurile de uzucapiune extratabulară presupune exercitarea posesiei timp de 20 de ani de la moartea proprietarului înscris în cartea funciară. În accepțiunea noului Cod civil, termenul în care trebuie exercitată posesia a fost redus la 10 ani.

Uzucapantul trebuie așadar să facă dovada morții proprietarului înscris în cartea funciară a imobilului asupra căruia exercită posesia, precum și dovada posesiei pe toată durata intervalului de timp legal. Moartea proprietarului înscris în cartea funciară se dovedește cu certificat de deces sau cu hotărâre judecătorească de declarare judecătorească a morții, pronunțată cu respectarea procedurii legale. Condițiile posesiei se dovedesc cu orice mijloc de probă admis de dispozițiile procesuale³⁴.

Analizând ipoteza în care proprietarul înscris în cartea funciară transmite la moartea sa dreptul real imobiliar unui succesor, care acceptă în mod expres succesiunea prin declarație autentică dată în fața unui notar public, se desprind câteva particularități.

Odată acceptată în mod expres, am arătat mai sus, că succesorul devine titularul dreptului real imobiliar, calitate pe care o deține chiar de la data deschiderii succesiunii și care îi este recunoscută *erga omnes*, fără a-și înscrie dreptul astfel dobândit în cartea funciară și fără a îndeplini vreun act în legătură cu bunul imobil dobândit.

În aceste condiții, uzucapantul, cel care deține și exercită posesia asupra bunului imobil transmis prin succesiune, mai poate invoca uzucapiunea ca modalitate de dobândire a dreptului real imobiliar? Opinăm că sunt posibile două răspunsuri.

Primul răspuns la întrebarea anterioară este pozitiv, posesorul putând invoca dobândirea prin uzucapiune a dreptului real imobiliar și în situația în care patrimoniul proprietarului înscris în cartea funciară s-a transmis unui succesor care a acceptat în mod expres succesiunea.

³³ A se vedea în acest sens Decizia nr. LXXXVI/2007 a Înaltei Curți de Casatie și Justiție, publicată în M. Of. nr. 697 din 14 octombrie 2008. A se vedea și C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 402.

³⁴ Procedura de judecată era reglementată de art. 130 din Decretul-Lege nr. 115/1938, de dispozițiile Codului de procedură civilă. În prezent, se aplică dispozițiile Titlului XII, art. 1.049-1.052 din noul Cod de procedură civilă.

Uzucapiunea operează și cu titlu de sancțiune împotriva adevăratului proprietar, pentru abandonarea bunului său imobil. De asemenea, uzucapiunea „*urmărește un scop legitim, de interes general, de natură a favoriza securitatea juridică*”³⁵. Posesia de lungă durată este preferată în locul unei înscrieri formale în cartea funciară³⁶.

Apoi, uzucapantul trebuie să facă dovada morții proprietarului *înscris în cartea funciară*. Pornind de la aparența de drept, de la prezumția de publicitate instituită de înscrierea în cartea funciară³⁷, proprietarul *înscris în cartea funciară* este cel al cărui nume figurează în cartea funciară ținută de biroul teritorial de cadastru și publicitate imobiliară și care poate fi consultată de uzucapant. Transmiterea dreptului real imobiliar, ca efect al moștenirii, nu afectează în acest caz situația juridică a uzucapantului.

Un al doilea răspuns la întrebarea anterioară este negativ, respectiv posesorul nu mai poate invoca dobândirea prin uzucapiune a dreptului real imobiliar în situația în care patrimoniul proprietarului înscris în cartea funciară s-a transmis unui succesor care a acceptat în mod expres succesiunea.

Calitatea de titular al dreptului real imobiliar dobândit prin moștenire, în persoana succesorului neînscris în cartea funciară, este opozabilă *erga omnes*, deci și eventualului posesor al imobilului asupra căruia poartă dreptul real, interesat în invocarea uzucapiunii ca modalitate de dobândire a dreptului real. În acest sens, în practica judiciară mai veche s-a stabilit că succesorul cu succesiunea acceptată este considerat de lege proprietar al averii chiar înainte de înscrierea sa în registrul funciar, putând cere ieșirea din indiviziune, independent de orice înscriere în registrul funciar³⁸.

În acest caz, *adevăratul proprietar* nu mai este proprietarul înscris în cartea funciară, în raport cu moartea căruia posesorul putea invoca uzucapiunea. Adevăratul proprietar devine, prin efectul moștenirii, succesorul aflat în viață. Posesorul nu mai este în măsură, așadar, să facă dovada morții proprietarului, pentru că între timp s-a produs un transfer al dreptului real imobiliar în cauză, care îi este opozabil prin efectul legii și pe care trebuie să îl respecte.

Doctrina anterioară intrării în vigoare a noului Cod civil nu abordează constant această situație.

Într-o opinie³⁹ s-a susținut că intabularea succesorului în cartea funciară întrerupe cursul prescripției, nemaiputându-se invoca uzucapiunea, întrucât există un proprietar tabular, iar acesta nu este decedat. Aceeași autoare susține că uzucapiunea este o modalitate de dobândire a drepturilor reale imobiliare care nu necesită înscrierea în

³⁵ CEDO, Marea Cameră, Hotărârea din 30 august 2007, cauza J.A. Pye (Oxford) Ltd și J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regatului Unit, § 74, nepublicată, www.echr.coe.int, citată de C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 386.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Potrivit art. 32 alin. (1) din Decretul-Lege nr. 115/1938, dacă în cartea funciară s-a înscris un drept real în folosul unei persoane, se prezumă că dreptul există în folosul ei. În același sens, potrivit art. 30 alin. (1) din Legea nr. 7/1996 (r1), dacă în cartea funciară s-a înscris un drept real, în condițiile prezentei legi, în folosul unei persoane, se prezumă că dreptul există în folosul ei, dacă a fost dobândit sau constituit cu bună-credință, cât timp nu se dovedește contrariul.

³⁸ Dec. nr. 3103/1938 din 14 decembrie 1938. Cas. Secțiunea I-a, în Buletinul Curtii de Casație, 1938, pp. 758-764, citată de I.D. Chiș, *op. cit.*, pp. 357-362.

³⁹ A.-A. Tuluș, *În legătură cu uzucapiunea extratabulară*, în Dreptul nr. 7/1995, pp. 25-28.

cartea funciară, chiar dacă nu este enumerată în art. 26 din Decretul-lege nr. 115/1938. Aceasta deoarece uzucapiunea este un fapt juridic⁴⁰, iar textul amintit enumeră actele juridice, nu faptele juridice. Pe de altă parte, textul art. 28 alin. (1) din Decretul-lege, interpretat literal, duce la concluzia că uzucapantul *va putea cere* înscrierea în cartea funciară, textul precizat neinstituind așadar o normă imperativă. În ipoteza în care succesorul se intabulează înaintea uzucapantului, același autor susține că revine instanței de judecată misiunea de a stabili în mod definitiv situația de carte funciară, în urma soluționării unei acțiuni în rectificarea de carte funciară promovată de uzucapant⁴¹.

Într-o altă opinie⁴², s-a susținut necesitatea intabulării succesului în cartea funciară. Cu toate că această obligație nu era reglementată de Decretul-lege nr. 115/1938, succesiunea fiind o modalitate de dobândire a dreptului real imobiliar care nu necesita înscrierea în cartea funciară, dreptul dobândit existând în mod valabil în patrimoniul succesului și fiind opozabil terților, rațiunea înscrierii era justificată de pericolul pierderii dreptului real în fața uzucapantului. Autorul citat susține că în lipsa înscrierii dreptului succesului, posesorul poate invoca uzucapiunea și astfel poate dobândi dreptul real imobiliar.

Practica judiciară, în situații asemănătoare, aparent a protejat interesele succesorilor. Astfel, într-o speță s-a statuat că titularul unui drept de proprietate extratabulară, opozabil părților, cât și terților, transmite la decesul său dreptul respectiv succesorilor⁴³.

Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil, problema pare a-și fi găsit rezolvarea, chiar dacă încă în practică instanțele judecătorești nu au fost sesizate cu cereri având ca obiect uzucapiunea extratabulară în condițiile noului Cod civil, termenul de posesie (10 ani) neputând fi încă împlinit, raportat la data intrării în vigoare a noului Cod civil⁴⁴.

Potrivit art. 930 alin. (2) din noul Cod civil, în toate cazurile, uzucapantul poate dobândi dreptul numai dacă și-a înregistrat cererea de înscriere în cartea funciară înainte ca o terță persoană să își fi înregistrat propria cerere de înscriere a dreptului în folosul său, pe baza unei cauze legitime, în cursul sau chiar după împlinirea termenului de uzucapiune.

Printre persoanele titulare a unor drepturi reale imobiliare dobândite *în baza unei cauze legitime*, se numără și succesorii în drepturi ai persoanelor decedate.

În caz de concurs între uzucapiunea extratabulară și succesiune, noua reglementare mai sus citată propune două soluții alternative.

În primul caz se acordă prioritate uzucapantului, cu condiția ca acesta să își fi înregistrat cererea de înscriere în cartea funciară anterior momentului în care succesorul își înregistrează propria cerere de înscriere a dreptului dobândit prin moștenire.

⁴⁰ Pentru o opinie contrară sau cel puțin detaliată, potrivit cu care uzucapiunea nu este un simplu fapt juridic, deoarece efectul achizitiv nu se produce de drept, ci este necesară manifestarea de voință a uzucapantului, a se vedea V. Stoica, *Dreptul de opțiune cu privire la uzucapiune*, în *Dreptul* nr. 4/2006, pp. 47-71.

⁴¹ A.-A. Tulus, *op. cit.*, pp. 25-28.

⁴² V. Stoica, *Uzucapiunea tabulară și uzucapiunea extratabulară*, în *Dreptul* nr. 6/2006, pp. 9-32.

⁴³ Dec. nr. 1169/1983 din 3 iunie 1983. Tribunalul Suprem, secția civilă, în *Revista Română de Drept* nr. 5/1984, pp. 56-57, citată de I.D. Chiș, *op. cit.*, nr. 407, p. 380.

⁴⁴ Noul Cod Civil a intrat în vigoare la data de 1 octombrie 2011.

Sunt așadar irelevante sub acest aspect, data la care s-a împlinit termenul posesiei, data la care uzucapantul a sesizat instanța de judecată cu cererea de constatare a dobândirii dreptului său prin uzucapiune, data la care a rămas definitivă (sau irevocabilă, după caz) hotărârea pronunțată de instanță prin care se constată uzucapiunea și se dispune înscrierea.

Ceea ce primează este data înregistrării cererii de înscriere a dreptului real imobiliar dobândit prin uzucapiune, făcându-se așadar aplicarea principiului rangului serial al înscrierii în cartea funciară, reglementat de art. 890 alin. (1) din noul Cod civil. Mai mult, legiuitorul precizează că succesorul își poate înregistra cererea de înscriere a dreptului său real imobiliar dobândit prin succesiune oricând înainte de data înregistrării cererii de înscriere a uzucapantului, în timpul termenului de uzucapiune sau chiar după împlinirea acestuia, neavând așadar relevanță dacă a fost sau nu sesizată instanța de judecată cu cererea de constatare a uzucapiunii.

În cel de-al doilea caz, succesorul are prioritate doar dacă își înregistrează așadar cererea de înscriere a dreptului real dobândit prin moștenire, anterior datei la care uzucapantul își înregistrează cererea proprie, neavând relevanță cum am spus dacă s-a împlinit sau nu termenul de posesie, dacă a fost sau nu sesizată instanța de judecată.

Opinăm că în această situație, eventuala hotărâre judecătorească definitivă pronunțată de instanța de judecată prin care s-a constatat uzucapiunea în favoarea posesorului și s-a dispus înscrierea, va fi lipsită de eficiență juridică, întrucât în cartea funciară a imobilului figurează înscris un alt proprietar decât cel cu privire la care s-a invocat, dovedit și pronunțat uzucapiunea, respectiv succesorul proprietarului decedat.

De altfel, potrivit art. 893 lit. a) din noul Cod civil, înscrierea unui drept real se poate efectua numai împotriva aceluia care, la data înregistrării cererii, este înscris ca titular al dreptului asupra căruia înscrierea urmează să fie făcută.

În concluzie, pentru perioada de dinainte de intrarea în vigoare a noului Cod civil, opinăm că, în ipoteza în care uzucapiunea extratabulară, care presupune exercitarea posesiei timp de 20 de ani de la moartea proprietarului înscris în cartea funciară, vine în concurs cu moștenirea, iar moștenitorul nu și-a înscris dreptul său în cartea funciară, are câștig de cauză uzucapantul.

Chiar dacă moștenirea sau succesiunea reprezintă o excepție de la efectul constitutiv și, respectiv, de opozabilitate al înscrierii în cartea funciară, apreciem că această excepție cunoaște o dublă limitare: una până la exercitarea actelor de dispoziție, reglementată de legiuitor și o a doua, până la data înregistrării cererii de înscriere a dreptului real imobiliar dobândit de un posesor care invocă uzucapiunea, nereglementată până la intrarea în vigoare a noului Cod civil.

Teza contrară, și anume aceea care ar da câștig de cauză succesorului, apreciem că nu poate fi primită, întrucât ar lipsi de efectul extinctiv uzucapiunea: aceasta operează ca o sancțiune împotriva titularului dreptului real imobiliar – succesorul – care nu și-a luat măsuri de protecție a dreptului său, expunându-se astfel în fața uzucapiunii invocate de succesor. Pe de altă parte, chiar dacă opozabilitatea drepturilor reale imobiliare dobândite prin succesiune este reglementată *erga omnes*, este cvasi-imposibil ca posesorul care invocă uzucapiunea să poată cunoaște existența succesorului, precum și acceptarea succesiunii de către acesta, având în vedere că în marea majoritate a

spețelor în care se invocă uzucapiunea, posesia depășește mult cei 20 de ani, despre proprietarul înscris în cartea funciară nemaștiindu-se nimic.

Pentru perioada de după intrarea în vigoare a noului Cod civil, regimul juridic al concursului dintre uzucapiunea extratabulară care presupune exercitarea posesiei timp de 10 ani de această dată, de la moartea proprietarului înscris în cartea funciară și, respectiv, moștenire, este reglementat în mod expres de art. 930 alin. (2) din noul Cod civil.

Succesorul va fi preferat ori de câte ori își va înregistra cererea de înscriere a dreptului său real imobiliar dobândit prin moștenire anterior înregistrării cererii de înscriere a uzucapantului. Apreciem că în această ipoteză, uzucapantul nu are la dispoziție acțiunea în rectificarea de carte funciară, subsidiară acțiunii în constatarea uzucapiunii, așa cum susținea un autor⁴⁵, legiuitorul nefăcând vorbire despre o asemenea posibilitate. Pe de altă parte, ar fi de fapt vorba despre o comparare de titluri, ambele legitime, având prioritate succesorul care s-a înscris în cartea funciară.

⁴⁵ A.-A. Țuluș, *op. cit.*, pp. 25-28.

Problema discontinuității în legislația învățământului românesc

*Conf. univ. dr. Elena Tereza DANCIU**
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea din Craiova



The question of the discontinuity in the legislation of the Romanian education

Abstract: The 19th century with its great events was a period of great transformations for the Romanian nation. Transformations and modernization attempts of our society as well as the focus on western culture started to occur in the Phanariot times, but the most important steps were made after the Revolution from 1848 and the Union of the Romanian Principalities in 1859.

The modernization of the Romanian society also brought the problem of education and culture modernization through the incorporation of school in rural areas, by increasing the number of schools in cities, by differentiating between elementary and secondary education, by establishing special schools, mixed education, both for girl and for boys, by modernizing school programs, by remunerating the teachers. The adopted measures did not result always in the desired outcome, and inadequacies could be seen in the law texts and in the way the education reform rules were applied.

This is why, with his characteristic objectivity, Eminescu drew the attention on the disorders he noticed. Some of them, like teachers' lack of training or lack of involvement in the learning process, their poor remuneration: „... our sheets are bad – this is the theme which is often repeated in political and literary newspapers... The cause for schools decline is therefore the general derating which influences the teaching group as well as the entire country”.

Eminescu wrote these ideas in the summer of 1882. After approximately 131 years, we notice at least in part that history repeats itself and that we are facing the same problems. The question is: „ Why during all this time, there have not been found any necessary solutions in order to avoid these problems?” We will try to give a possible answer following the evolution of the Romanian society, and implicitly of the Romanian education in the modern and contemporary period.

Key words: education, school, transformation, modernization, law.

* Conferențiar Universitar Doctor, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea din Craiova.

Secolul al XIX-lea cu marile sale evenimente a reprezentat pentru națiunea română o perioadă de puternice transformări. Încercări de transformare și de modernizare a societății noastre precum și orientarea spre cultura occidentală se prefigurau chiar din perioada fanariotă, însă cei mai importanți pași s-au făcut abia după Revoluția de la 1848 și după Unirea Principatelor Române de la 1859.

Modernizarea societății românești a adus cu sine și problema modernizării învățământului și culturii prin înființarea de școli în mediul rural, creșterea numărului școlilor de la oraș, diferențierea între învățământul primar și gimnazial, înființarea de școli speciale, dezvoltarea învățământului superior, accesul gratuit al elevilor de școală primară, învățământ mixt; atât pentru fete cât și pentru băieți, modernizarea programelor școlare, salarizarea profesorilor etc.¹. Măsurile adoptate nu au condus întotdeauna spre finalitatea dorită, inadvertențe putând fi constatate chiar din textele de lege sau din maniera de aplicare a normelor destinate reformei învățământului.

De aceea, cu obiectivitatea caracteristică, Eminescu atrăgea atenția asupra neregulilor sesizate. Unele dintre acestea, cum ar fi nepregătirea sau neimplicarea profesorilor în procesul de învățare, proasta salarizare a acestora, fiind la ordinea zilei: „Școalele noastre sunt rele – iată o temă adeseori repetată de ziarele politice și literare... Cauza decadentei școlilor e dar declasarea generală care se răsfrânge asupra corpului profesoral ca asupra întregii țări...”.

Și „când nu se mai află oameni onești în țară...nu este nebun acela care, în ciuda lumii și pentru ca să râdă toți de el, încearcă a fi onest? Când cu patru clase primare și violoncel ajungi prim-redactor, deputat, director de bancă, răscumpărător de drum de fier, milionar – apoi nu e nebun acela care nvață însuși și nvață și pe alții, pentru ce? Pentru 200-300 de franci pe lună?

Nu, să fim drepti. Ceea ce nu se cere de la nimeni nu se cere nici de la profesori. Și ei sunt oameni ca toți oamenii; când unul plagiază nu face decât să urmeze exemplul ministrului său; când e neglijent urmează pe cei mai iluștri dintre concetățenii săi, cu-n cuvânt sunt ca toți și toți sunt ca dânșii. Dacă există decepții să nu ne mire. E câte unul care a prins dragoste de știința lui, care, în sfera ei senină, găsește un adevărat liman de scăpare din putreziciunea și mizeria ce-l înconjoară; pentru care iubirea adevărului pentru el însuși e un echivalent moral suficient al muncii lui”².

Eminescu nota aceste idei în vara anului 1882. La aproximativ 131 de ani, constatăm cel puțin parțial că istoria se repetă și că ne confruntăm cu aceleași probleme. Întrebarea este: „De ce în acest interval de timp nu au fost găsite soluțiile necesare pentru a fi evitate aceste probleme?” Vom încerca să oferim un posibil răspuns urmărind evoluția societății românești și, implicit, a învățământului.

Încă de la bun început putem remarca faptul că între evoluția societății, a sistemului juridic, în general și a legislației învățământului, în special, există o legătură de interdependență. Nu poți vorbi despre o societate dezvoltată fără un grad avansat de civilizație și fără un sistem educațional performant. De asemenea, nu poți vorbi despre un sistem educațional performant fără un cadru legislativ bine pus la punct. Totul apare

¹ *Istoria românilor*, vol. VII, Ed. Enciclopedică, București, 2003, pp. 813-824.

² M. Eminescu, [*Scoalele noastre sunt rele...*], în *Timpul*, 13 august 1882.

ca un angrenaj, ca o construcție în care o fisură poate dărâma întreaga structură de rezistență.

Elementul de la care aș dori să pornesc în această analiză este acela al hibelor, al neajunsurilor sau erorilor constatate în legislația românească de-a lungul evoluției sale.

Pornind de la o periodizare a dreptului românesc în funcție de criteriul formei de exprimare a acestuia putem distinge între două mari etape: o etapă a dreptului nescris sau cutumiar, care include antichitatea și perioada medievală și o etapă a dreptului scris, începând din secolul al XV-lea.

În ceea ce privește dreptul cutumiar, numit în Evul mediu *Legea țării* sau *Obiceiul pământului*, marele său avantaj a fost acela că formându-se în timp, printr-o uzanță repetată a fost perfect adaptat la mediul, la societatea care l-a creat chiar dacă principiile, norme sau instituții ale sale au suferit o inevitabilă influență romană, în antichitate, iar mai târziu slavă, bizantină, și într-o mai mică măsură, germanică și turcească. Astfel, una dintre trăsăturile sale caracteristice a fost originalitatea izvorâtă din această adaptabilitate la realitatea politică, socială, economică sau culturală. Această trăsătură a fost unul dintre marile plusuri ale dreptului nostru cutumiar.

Spre sfârșitul secolului al XV-lea și începutul secolului al XVI-lea se face trecerea spre dreptul scris prin redactarea praxilelor bisericești. Această trecere a fost fără îndoială un pas înainte, dar un pas făcut cu stângul pentru că încă din acest moment nu mai vorbim nici despre originalitate, nici despre adaptabilitate la realitatea autohtonă a sistemului nostru legislativ.

De exemplu, pravilele bisericești, scrise inițial în limba slavonă nu au fost aplicate în practică. „Explicația rezidă în faptul că aceste pravile răspundeau exclusiv nevoii de cultură și de informare religioasă a aristocrației feudale și în special a clericilor, care cunoscând slavona bisericească, le puteau folosi în exercitarea obligațiilor lor canonice. Pentru judecătorul laic însă, necunoscător al limbii slavone, ca de altfel și pentru poporul de rând, aceste pravile au rămas necunoscute”³.

Însă nici mai târziu când pravilele bisericești încep să fie redactate în limba română sau când sunt tipărite cele două pravile laice: Cartea românească de învățătură și Îndreptarea legii nu putem vorbi despre o circulație în practică a acestora. Cele două pravile laice, apărute la jumătatea secolului al XVII-lea și considerate monumente legislative ale acestei perioade prin încercarea de laicizare a dreptului, prin introducerea de dispoziții juridice moderne și prin limbajul folosit, deși apreciate au avut aceeași valoare pur teoretică. Inaplicabilitatea acestor coduri pornea de la faptul că aveau un conținut care „nu corespundea nevoilor societății românești din acea vreme, deoarece reproducea unele legiuri străine de realitatea autohtonă”. Iată de ce autorii celor două texte au îngăduit judecătorului să judece și „împotriva pravilei”⁴, „atitudine teoretic incompatibilă cu normele unei legi cu adevărat născute din nevoile proprii ale unei societăți date”⁵.

³ V. Hanga, *Istoria dreptului românesc. Dreptul cutumiar*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 120.

⁴ Cf. glava 56, paragraf 3 și 4.

⁵ V. Hanga, *op. cit.*, p. 121.

A fost o scăpare, o eroare a legiuitorilor de atunci, greșală pe care am avut și avem tendința de a o repeta. Ceva mai târziu, după Unirea Principatelor Române, în anul 1864, an pe care îl considerăm de grație, deoarece atunci au fost adoptate sau au intrat în vigoare majoritatea legilor prin care se încerca transformarea societății românești într-o societate modernă și punerea în practică a doleanțelor exprimate prin Revoluția de la 1848. Din acest pachet de legi făcea parte și ceea ce s-a numit *Corpus iuris civilis*, adică Codul civil, Codul de procedură civilă, Codul penal și Codul de procedură penală. Despre Codul civil român s-a spus că nu a fost altceva decât o copie a Codului civil francez de la 1804 și că a fost o lege individuală, formalistă și cu un pronunțat caracter de clasă. Este foarte adevărat că cele 1914 de articole ale acestui cod, mai toate nu erau altceva decât traducerea fidelă a Codului Napoleon și că pot fi remarcate puține diferențe între reglementările celor două coduri.

O situație asemănătoare se poate constata și în cazul Constituției de la 1866. Elaborată după un proiect belgian a întâmpinat aceleași critici. „La noi - comenta Nicolae Iorga - a existat o dezvoltare constituțională ignorată de Constituția de la 1866”, care „este izvorâtă dintr-o simplă operă de traducere a unei Constituții apusene; ea n-are absolut niciun fel de legătură cu trecutul nostru propriu și nu reprezintă nicio elaborare particulară nouă”. Este ca și o haină împrumutată pe care „am primit-o așa cum ni s-a trimis, făcută de altfel de un excelent croitor, dar deprins să fabrice haine pentru alte corpuri, și am trăit cu trupul nostru deoparte și cu haina străină fâlfâind deasupra lui, fără niciun efect aproape asupra vieții noastre politice decât acela de a introduce o ipocrizie mai mult”⁶.

Ni se pare sugestiv acest text pentru că în repetate rânduri, am avut sentimentul că legile noastre și realitățile societății noastre sunt ca două drumuri paralele, fără posibilitatea de a se întâlni la un moment dat. De aceea, unele texte nu au avut aplicabilitate practică, ca în cazul pravilelor bisericești și laice, iar altele au avut nevoie de completări, de modificări sau chiar de înlocuiri, existând multe exemple în acest sens.

O primă concluzie ar fi aceea că una dintre cauzele discontinuității în legislația românească este inadaptarea actului normativ la situația reală care cere crearea textului legislativ respectiv.

O altă cauză izvorăște din modalitatea în care a evoluat societatea noastră de-a lungul timpului, din seria de evenimente istorice menite să schimbe soarta națiunii noastre. În istoria noastră, ca de altfel în istoria fiecărui popor întâlnim evenimente majore urmate de transformări semnificative în viața politică, socială, economică, juridică sau culturală. Făcând un bilanț al unor astfel de situații am putea spune că prima schimbare majoră a avut loc în perioada antică, după cucerirea Daciei de către romani. Poate că unii dintre noi am fost tentați să ne întrebăm cum ar fi evoluat societatea noastră, cum am fi fost noi ca popor sau cum am fi făcut față valului de migrații, dacă nu am fi fost cucerți de romani. Cert este că în aproximativ un secol și jumătate de cucerire romană vorbim despre o altă organizare politică, despre o altă ierarhie socială, despre o altă dezvoltare economică și culturală și despre un sistem juridic care se suprapunea celui existent.

⁶ *Constituția din 1923 în dezbaterile contemporanilor*, Ed. Humanitas, București, 1990, p. 25.

Mai târziu, retragerea aureliană lăsa în urmă un popor cu o altă configurație politică, lingvistică și culturală, care secole de-a rândul a trebuit să reziste în fața valului de migrații. De asemenea, au fost necesare mai multe secole pentru formarea statelor medievale și aproximativ două milenii până la formarea unui stat centralizat așa cum îl întâlnim în perioada lui Burebista sau a lui Decebal. De la momentul retragerii și până spre perioada modernă societatea românească, implicată frecvent în războaie de supraviețuire, a evoluat lent, pas cu pas.

Un alt moment marcat de schimbări a fost acela al instaurării dominației fanariote. Dimitrie Cantemir, în Moldova și Ștefan Cantacuzino, în Țara Românească au fost ultimii domni pământeni ai celor două Țări Române. Înlăturarea domnilor pământeni a reprezentat o încălcare a autonomiei celor două state, acestea fiind integrate sistemului politic și militar otoman. Pe plan extern, activitatea diplomatică de sine stătătoare a fost restrânsă. În privința relațiilor comerciale, a fost instaurat regimul vânzărilor preferențiale; mari cantități de cereale, făină, cherestea, vite, pește fiind achiziționate de otomani la preturi inferioare pieței. Pe plan intern, a fost intensificată exploatarea economică a Țărilor Române, iar în cei aproximativ o sută de ani de dominație se poate vorbi de o alterare a vieții politice și a moravurilor societății românești. Cu toate acestea, se poate aprecia faptul că niciodată Țările Române nu au fost transformate în pașalâcuri și chiar în aceste condiții, și-au păstrat instituțiile interne; Divanul, biserica, justiția, finanțele, sistemul vamal propriu.

Pe de altă parte, au existat domni care au avut o activitate reformatoare, cu scop modernizator. Unul dintre aceștia este Constantin Mavrocordat, domn de șase ori în Țara Românească și de patru ori în Moldova, care a adoptat o serie de măsuri în vederea reorganizării instituțiilor principale; administrația, forțele armate, justiția și finanțele. În domeniul social a hotărât desființarea rumâniei și a veciniei, țărani nemaifiind legați de pământ și devenind practic oameni liberi. Prin dispoziții cu caracter asemănător liberi deveneau și robii.

Dacă ne referim strict la domeniul învățământului, spiritul iluminist al unora dintre domnii fanarioți i-a îndemnat la măsuri care să pună accentul pe educație. Dascălii greci de la Academia domnească au avut o contribuție semnificativă la progresul cunoașterii științifice și la modernizarea școlii românești.

În ciuda realizărilor acestei perioade, fanarioții și fanariotismul au agravat situația generală a Principatelor⁷.

De aceea, la 1821 moșnenii și pandurii olteni se revoltă sub conducerea lui Tudor Vladimirescu. Programul Revoluției de la 1821 a fost prin ideile și obiectivele formulate un adevărat program de regenerare națională care cuprindea revendicări de ordin social, prin care se cerea iertarea dărilor pe trei ani, și de ordin politic, care vizau acordarea dregătoriilor după vrednicie și nu pe bani sau prin naștere, desființarea privilegiilor acordate străinilor, întretinerea școlilor românești, desființarea vămilor interne etc.⁸.

⁷ G.D. Iscriu, *Revoluția română din 1821 condusă de Tudor Vladimirescu*, Casa de Editură și Librărie „Nicolae Bălcescu”, București, 2000, p. 14.

⁸ M.T. Oroveanu, *Istoria dreptului românesc și evoluția instituțiilor constituționale*, Ed. Cerma, București, 1995, pp. 190-192.

Asasinarea lui Tudor Vladimirescu, în noaptea de 26 spre 27 mai, a încheiat o bătălie nu și lupta în sine. Imediat după aceea o parte dintre cererile revoluționarilor au fost reluate de grupări ale boierimii într-o serie de memorii înaintate Rusiei, Turciei și Austriei. Ca rezultat, Poarta dă curs, parțial, memoriilor adresate și hotărăște, la 1 iulie 1822, numirea a doi domni pământeni: Ioniță Sandu Sturdza, în Moldova și Grigore Ghica, în Țara Românească.

Revendicările românilor au fost continuate prin Revoluția de la 1848. Desfășurată aproape simultan în toate cele trei țări române, Revoluția de la 1848, înainte de a fi un eveniment socio-politic, menit să producă transformări în toate structurile societății românești, a fost o mișcare culturală, care, pe plan internațional, pune accentul pe ideea de libertate și egalitate socială, iar în spațiul intern, caută să afirme valorile naționale.

În raporturile internaționale, idealurile românilor erau acelea de a scăpa de suzeranitatea otomană, protectoratul tarist și dominația austriacă și de a înlătura granițele din teritoriile locuite de români. Pe de altă parte, reformele anterioare nu reușiseră decât să deschidă drumul unor schimbări care trebuiau continuate. Se lupta pentru o societate modernă, ale cărei idei, concepte și principii să fie altele decât cele care fuseseră până atunci, tributare încă unui mod de gândire feudal.

Cele două revoluții române din prima jumătate a secolului al XIX-lea au avut un mare aport în transformarea societății românești. În egală măsură, Unirea de la 1859, cucerirea independenței prin participarea la ultimul război ruso-turc între 1877-1878, participarea României la Primul război mondial au fost evenimente care au prefigurat și au contribuit la realizarea statului național unitar, după Marea Unire de la 1 Decembrie 1918.

De aceea, așa cum afirmasem ceva mai devreme, în istoria modernă a României secolul al XIX-lea cu marile sale evenimente a reprezentat pentru națiunea română o perioadă de transformări semnificative.

În egală măsură, secolul al XX-lea a fost marcat de mari schimbări. Cele două războaie mondiale, Marea Unire de la 1 Decembrie 1918, dictatura regală, antonesciană și în cele din urmă cea comunistă, Revoluția din decembrie 1989 au fost evenimente care au deschis noi drumuri în istoria noastră socio-politică.

După 1 decembrie 1918 statul național unitar român trebuia să facă demersuri pentru ratificarea unirii, pe de-o parte și pentru unificarea legislației, pe de altă parte. „A fost o epocă plină de vitalitatea și creativitatea în care românii din toate straturile sociale au experimentat idei noi, de la filozofie la poezie și de la politică la marile afaceri. Dar a fost, totodată, și o epocă de dispute și diviziuni, pentru că românii au fost obligați să reorganizeze instituții înființate cu mult timp înainte, să reexamineze tradiții respectate și să se confrunte cu problemele unei societăți burgheze în ascensiune, pe calea spre urbanizare, fenomen comun întregii Europe”⁹.

Probabil că a fost și perioada de apogeu a istoriei noastre pentru că spre sfârșitul deceniului al treilea, criza economică mondială s-a răsfrânt negativ asupra economiei românești și a făcut loc dezechilibrelor și disfuncționalităților economice, politice, sociale

⁹ M. Bărbulescu, D. Deletant, K. Hitchins, Ș. Papacostea, P. Teodor, *Istoria României*, Grupul Editorial Corint, București, 2003, p. 346.

și, implicit, juridice. Prin promulgarea Constituției la 27 februarie 1938, sunt limitate principiile democratice pe care le aducea Constituția din 1923 și este deschisă calea dictaturii regale, impusă de regele Carol al II-lea. Împrejurările nefaste ale anului 1940 duc la pierderea teritoriilor românești recuperate în anul 1918 și, în aceste condiții, la 6 septembrie 1940, regele abdică, iar moștenitorul tronului depune jurământul de credință, luând titlul de Regele Mihai I. În aceeași zi, Regele învestește pe Președintele Consiliului de Miniștri, Generalul Ion Antonescu, cu puteri depline pentru conducerea statului român. În acest mod, se face trecerea de la dictatura regală spre regimul militar antonescian. Întoarcerea armelor la 23 august 1944 avea să pună capăt acestui regim și să grăbească sfârșitul celui de-al Doilea război mondial.

Soarta românilor nu avea să fie însă mai bună pentru că, prin câștigarea alegerilor de către comuniști, în 1946, se va scrie una dintre cele mai triste pagini din istoria românilor. În urma proclamării la 30 decembrie 1947 a Republicii Populare Române statul a devenit un stat de tip socialist, de dictatură a proletariatului. „Obiectivele principale au fost, în concepția guvernanților, punerea de acord a caracterului relațiilor de producție cu caracterul puterii politice, îngrădirea și eliminarea treptată a proprietății capitaliste prin crearea proprietății socialiste ca proprietate a întregului popor, făurirea sectorului socialist în industrie, trecerea la organizarea și conducerea planificată a economiei, organizarea pe baze socialiste a agriculturii, construirea bazei tehnico-materiale a socialismului”¹⁰.

Cei aproximativ 45 de ani de dictatură comunistă au reprezentat nu numai o perioadă de abuzuri și de îngrădiri, ci și o rupere a poporului român de istoria și de vechile sale tradiții. Din nefericire, după decembrie 1989, deși se dorea revenirea la societatea democratică cunoscută în perioada interbelică, mentalitatea socio-politică înrădăcinată într-o jumătate de secol de comunism creează incoerență și stângăcie în legislația românească.

În concluzie, în acest sumar istoric al poporului nostru observăm că au existat evenimente, mai ales în perioada modernă și contemporană, în care schimbările de regim politic au produs transformări de esență atât în sfera politică, cât și în domeniul economic, social, juridic sau cultural. Aceste transformări din ce în ce mai frecvente în ultimii două sute de ani au creat discontinuități care s-au repercutat pe toate planurile, inclusiv în sistemul juridic, în general, și în legislația învățământului românesc, în special.

În acest context încercăm să observăm care a fost evoluția învățământului nostru.

În istoria antică și medievală timpurie este greu de vorbit despre existența unor școli, cu atât mai mult cu cât în această perioadă nu există surse care să ateste o cultură scrisă. Din informațiile pe care le avem se pare că școlile s-au format pe lângă curtea regală, iar după întemeierea statelor medievale românești, pe lângă curțile domnești. De asemenea, reprezentanții clasei religioase și mai târziu reprezentanții bisericii au avut un mare aport în viața culturală și, implicit, în educație.

Vorbim, deci, despre un învățământ susținut de domnie, clerul înalt și boierime. Accesul la astfel de școli nu îl puteau avea decât cei care beneficiau de o anumită stare materială și de o poziție privilegiată în societate.

¹⁰ L.P. Marcu, *Istoria dreptului românesc*, Ed. Lumina Lex, București, 1995, p. 280.

În perioada fanariotă în ciuda deschiderii multor școli cu limba de predare greacă a existat o atenție sporită acordată extinderii acestora într-un plan mai larg destinat tuturor iubitorilor de carte și ai școlii. În acest sens, printr-o serie de hrisoave ale domnitorilor din familiile: Ghica, Racoviță, Mavrocordat, Callimachi și prin acte ale unor înalți ierarhi ai celor două țări, Iacov Putneanul, Gavriil Callimachi, Neofit I sau Grigorie al Mirelor se dezvăluie interesul și străduința pentru înființarea și buna funcționare a școlilor, pentru verificarea de către Epitropia Mitropoliei a derulării programelor de studiu, a capacității dascălilor ca și a asigurării banilor pentru plata profesorilor¹¹.

Demersurile începute în secolul al XIX-lea vor fi continuate în secolul următor, căci așa cum evidenția Petrache Poenaru „Educația este prima mare nevoie a unui popor; ea este baza și garanția oricărei institutii publice”¹².

Distingem două perioade: cea a Regulamentelor Organice și cea ulterioară Unirii Principatelor. Prin Regulamentele Organice, acte cu valoare constituțională, se face „din școală o instituție permanentă de stat, când până atunci ea fusese numai o binefacere și o milă domnească, fiecare «oraș de căpetenie» trebuia să aibă «școală obștească», națională, una de același caracter, înlocuind formele variate de până atunci, așa cum porniseră din inițiativa câte unui boier sau negustor, dorind să-și facă pomană și prin luminarea sufletelor”¹³. Se puna tot mai mult accentul pe învățământ în limba română, pe generalizarea acestuia la care să fie primiți și fii ai „norodului și măcar și robi, pământeni sau străini”¹⁴, precum și pe înființarea școlilor de fete. Învățământul în limba română ridică problema îmbogățirii și modernizării vocabularului științific, al definitivării gramaticii, mai ales în scopul întocmirii de manuale. În această luptă întâlnim ca figuri centrale pe Gheorghe Lazăr, Gheorghe Asachi, Ion Heliade Rădulescu, Petrache Poenaru, Eufrosin Poteca etc.

În general, se poate aprecia că învățământul a înregistrat progrese însemnate în această perioadă care au avut ca efect creșterea numărului de școli și de elevi care urmau școlile publice¹⁵.

Evident ne aflăm într-o perioadă de concentrare a preocupărilor și eforturilor privind dezvoltarea învățământului românesc al cărei maxim îl constatăm după Unirea Principatelor din 1859. Astfel, după Unirea Moldovei cu Țara Românească „au luat ființă noi gimnazii, licee și școli normale. S-au pus bazele Universităților din Iași și din București”¹⁶. Prin eforturile lui Ioan Maiorescu, în perioada în care s-a aflat la conducerea Eforiei Instrucțiunii Publice, a sporit simțitor și numărul școlilor sătești. Dorința sa era aceea ca fiecare localitate rurală să aibă propria școală și, de aceea, își exprima nemulțumirea că mai existau, în acel timp, 888 de comune, din totalul de 3017, fără școli. La 29 iunie 1860, adresându-se domnitorului, susținea că era necesară dublarea bugetului alocat pentru învățământul național și îmbunătățirea salarizării personalului didactic. Aceste idei își vor

¹¹ *Istoria românilor*, vol. VI, Ed. Enciclopedică, București, 2002, pp. 742-743.

¹² *Istoria literaturii române*, vol. II, București, 1968, p. 296.

¹³ N. Iorga, *Istoria învățământului românesc*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1971, p. 98.

¹⁴ Înștiințare pentru școala din satul Golești. . . , în Constantin (Dinicu) Goleșcu, *Însemnarea a călătoriei mele făcută în anul 1824, 1825, 1826*, Ed. N. Hodoș, București, 1910, p. XLI – XLII.

¹⁵ În Țara Românească, în 1842, funcționau 18 școli județene cu 1732 elevi și 2107 școli comunale sătești cu 41 639 elevi. În Moldova, într-un bilanț făcut în 1845 se arăta că până atunci 15613 elevi urmaseră școlile publice.

¹⁶ N.A. Andrei, *Istoria învățământului din Craiova*, vol. II, Ed. Alma, Craiova, 2005, p. 12.

găsi cadrul normativ în Legea Instrucțiunii Publice din 1864, care reprezintă „cea dintâi legiuire școlară a statului român modern”¹⁷. În mesajul domnesc din 6 decembrie 1864 se arăta că: „Instrucția primară, plătită din fondurile de binefacere ale statului, este obligatorie și gratuită pentru toți copiii de ambele sexe”. Obligativitatea și gratuitatea s-au numărat printre obiectivele principale ale acestei legi. Din păcate însă, în ciuda intențiilor sale generoase condițiile socio-economice neprielnice au limitat posibilitatea punerii acestor în practică a acestor dispoziții. „Țara era săracă, bugetele județelor și ale comunelor deficitare, autoritatea comunală și cea județeană – fără inițiative, fără putere și fără resurse”¹⁸. Iată de ce, Gh. Costaforu, primul rector al Universității din București, aprecia la un moment dat: „Cea mai mare nenorocire pentru noi ar fi adoptarea sistemului scolastic al cutărui sau al cutărui stat, fără control și fără examenul serios al veritabilelor noastre trebuințe” pentru că „imixtiunea exclusivă și servilă a instrucțiunii cutărui sau cutărui stat ar tinde spre tăgăduirea chiar a ființei noastre”. Astfel se justifică criticile aduse de M. Eminescu școlilor vremii. Ajungem la ideea evidențiată anterior și anume că lipsa de originalitate, tendința de a copia modele străine care nu se adaptează realității societății noastre poate să conducă spre discontinuitate în sistemul juridic. Legea din 1864, deși a reprezentat un punct de referință, în egală măsură, a determinat elaborarea și punerea în circulație a 22 de proiecte de modificare sau de înlocuire, în perioada 1865-1896. În aceste condiții, urmărind statisticile celei de-a doua jumătăți a secolului al XIX-lea și primei jumătăți a secolului al XX-lea se observă că în ciuda progreselor notabile înregistrate în toate nivelurile de învățământ, educația în România a avut un drum sinuos. În plus, considerăm că era greu de menținut o continuitate în sistemul educațional când frecvența guvernelor și a miniștrilor instrucțiunii publice ai statului român era anuală. Cele mai longevive cabinete guvernamentale ale perioadei interbelice au fost cele conduse de Ion I.C. Brătianu, între 1922-1926 și de Gh. Tătărescu între 1934-1937. În intervalul 1918-1940, România a avut 30 de guverne și 28 de miniștri ai Educației, dintre care îi putem remarca pe Dimitrie Gusti și Petre Andrei. Au fost ani când destinele învățământului erau conduse anual de doi sau trei miniștri¹⁹. De asemenea, au fost ani în care Ministerul Educației a fost unit cu cel al Cultelor²⁰.

O situație asemănătoare o constatăm și după Decembrie 1989, când fiecare cabinet ministerial vine cu propria sa viziune în domeniul educației și când asistăm la o reformă prelungită în acest domeniu. Din acest punct de vedere, reforma învățământului din perioada comunistă, înfăptuită prin Legea învățământului din 1948 și Legea educației și instrucțiunii din 1978, în ciuda pronunțatului său caracter ideologic a fost mult mai constantă și consecventă principiilor și obiectivelor sale.

În concluzie, lipsa de originalitate și de adaptare a legislației la contextul socio-politic, economic și cultural al unui stat și instabilitatea politică sunt tot atâtea cauze care pot determina discontinuități în sistemul juridic precum și blocaje în aplicarea și eficacitatea unei legi sau ale unui program de reforme.

¹⁷ N.A. Andrei, *op. cit.*, p.16;

¹⁸ N.A. Andrei, *op. cit.*, p.23;

¹⁹ De ex. în perioada 29 noiembrie 1918-12 septembrie 1919 au exercitat această funcție I.G. Duca, C. Angelescu; în intervalul 1 decembrie 1919-13 martie 1920 au îndeplinit această funcție O. Goga, I. Borcea; sub guvernul Ion I.C. Brătianu au fost miniștri ai educației C. Banu și A. Lapedatu sau în perioada 30 martie 1938-6 martie 1939 au condus Ministerul Educației N. Colan, A. Călinescu și P. Andrei.

²⁰ 1918-1920; 1930-1937.

Răspunderea penală a persoanei juridice: aspecte teoretice și practice

Asist. univ. dr. Andra-Roxana ILIE
Facultatea de Drept, Universitatea din București



Criminal liability of the legal entity: theoretical and practical matters

Abstract: The criminal liability of corporations is now consecrated in Romanian for more than six years. However, there is some reticence in engaging the liability of such persons which are not “in the flesh”. Moreover, police officers, prosecutors, lawyers, judges and other practitioners deal with several problems regarding the application of the legal provisions regulating this field. Nevertheless, in the past two years, it can be noticed an emergence of the files where the problem of the criminal liability of corporations is raised. Therefore, it is important to analyze both the documents drawn up during criminal investigations against corporations and the court decisions where criminal charges against such entities were carried out and to see how the relevant legal provisions were applied in these cases. For instance, it can be noticed that the most common crimes perpetrated by corporations are related to employment issues, copyright, corruption, illegal drug trafficking, tax avoidance etc.

Keywords: criminal liability, corporations, guilt, public institutions.

§ 1. Introducere

Marile companii sunt principala forță economică mondială; sunt întâlnite pretutindeni, în toate aspectele vieții noastre. În paralel cu această dominanță în general subtilă și uneori deloc subtilă, corporațiile au devenit criminali periculoși. Cu toate acestea, întrucât sunt considerate niște entități aparte (neomenești), conduita lor penală pare ieșită din comun, frizând simțul realității. Această caracteristică determină ca răspunderea penală a acestor entități să fie un aspect problematic în toate sistemele de drept care admit această idee ori care sunt pe cale a o adopta¹.

¹ A se vedea J. Vining, *Corporate Crime and the Religious Sensibility*, 3 *Punishment & Society*, 2003, pp. 313-315; G. Birbeck Hill, L. Fitzroy Powell (coord.), *Boswell's Life of Johnson I*, Clarendon Press, Oxford, 1934, p. 89. A se vedea, pentru toate aceste aspecte, A.-R. Ilie, *Angajarea răspunderii penale a persoanei juridice*, Ed. C.H. Beck, București, 2011.

În ceea ce privește România, răspunderea penală a persoanei juridice fusese de mult anunțată de doctrină² și recomandată printr-un număr important de instrumente juridice internaționale³. De asemenea, multe dintre Codurile penale europene⁴ consacraseră deja această formă de răspundere. Toate aceste împrejurări au determinat (re)găsirea⁵ locului răspunderii penale și în legislația românească, prin Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi⁶.

Astfel, răspunderea penală a persoanei juridice a fost „*consacrată pentru prima dată în legislația românească, necesitatea reglementării găsindu-și legitimitatea în considerente de ordin practic, impuse de realitățile vieții socio-economice contemporane*”⁷. Se arată astfel că activitatea în afara legii a persoanelor juridice reprezintă o realitate incontestabilă, nu de puține ori constatându-se că persoanele juridice au fost create și utilizate de persoane fizice ca instrumente sau drept acoperire pentru a săvârși infracțiuni.

Proiectele ulterioare⁸ vizând adoptarea unui nou Cod penal au menținut această răspundere.

De asemenea, Legea nr. 286/2009 privind Codul penal⁹ a păstrat principiile pe care se fundamentează această răspundere în concepția Codului penal în vigoare,

² A se vedea, de exemplu, dezbaterile ce au avut loc la Al Doilea Congres al Asociației Internaționale de Drept Penal, desfășurat la București în 1928 sub conducerea profesorului Vespasian V. Pella ori la Congresele de la Roma, din 1953, Cairo, în 1983 sau la Congresul Internațional de Drept Comparat de la Budapesta, în 1978, Colocviul Centrului Internațional de Studii și Cercetări Penale și Penitenciare de la Mesina în 1979, Reuniunea Profesorilor de Drept Penal din Germania, Austria și Elveția, de la Bale, 1993 și Congresul Internațional de Drept Comparat de la Atena în 1994. A se vedea, de asemenea, G. Antoniu, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, în RDP nr. 1/1996, pp. 9-15; D-A. Brudariu, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, în RDC nr. 9/1996, pp. 145-148; F. Streteanu, *Răspunderea penală a persoanelor juridice în legislație și doctrină. Examen de drept comparat*, în RDC nr. 3/1997, pp. 64-86; A. Jurma, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, în RDP nr. 1/2003, pp. 99-118; A. Fanu-Moca, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, în Studii de drept românesc nr. 1-2/2004, pp. 217-222.

³ A se vedea, de exemplu, Recomandarea Consiliului Europei nr. (88)18 privind răspunderea întreprinderilor pentru săvârșirea de infracțiuni, Convenția Națiunilor Unite din 19 decembrie 1988 privind traficul ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope, Al doilea Protocol al Convenției privind protecția intereselor financiare ale Comunității Europene adoptat prin Actul Consiliului Uniunii Europene din 19 iunie 1997, Convenția pentru protecția mediului prin mijloace de drept penal din 4 noiembrie 1998, Convenția penală împotriva corupției din 27 ianuarie 1999, ultimele două instrumente fiind adoptate în cadrul Consiliului Europei.

⁴ A se vedea, de exemplu, art. 51 din Codul penal olandez din 1976, art. 121-2 al Codului penal francez din 1994, art. 5 al Codului penal belgian din 1999.

⁵ Codul penal din 1937 prevedea, la art. 84-85, măsuri de siguranță în cazul săvârșirii de infracțiuni de către persoana juridică. Aceste dispoziții nu au fost preluate de Codul penal în vigoare.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 601 din 12 iulie 2006. Prevederile privind persoana juridică au intrat în vigoare la 90 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial.

⁷ A se vedea Expunerea de motive a Legii nr. 278/2006, disponibilă online la www.cdep.ro, vizitat la 26 aprilie 2011.

⁸ A se vedea diferitele variante ale Proiectului de Cod penal, din 24 ianuarie 2008 ori 2 decembrie 2008, ambele documente fiind disponibile online la www.just.ro, vizitat la 26 aprilie 2011.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009. Data intrării în vigoare urmează a fi prevăzută prin Legea de punere în aplicare, al cărei proiect de lege trebuia supus spre adoptare Parlamentului, de

astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 278/2006. În plus, având în vedere că este vorba de o instituție recent introdusă în dreptul penal român, s-a optat pentru consacrarea unui titlu special acesteia (după modelul Codului penal finlandez). Cu toate acestea, unele prevederi referitoare la răspunderea penală a persoanei juridice au rămas în afara acestui titlu, așa cum este cazul dispoziției privind aplicarea legii penale române în baza principiului personalității și cu referire la persoanele juridice¹⁰.

În ciuda consacrării exprese a răspunderii penale a persoanei juridice, este bine cunoscut că, în rândurile juriștilor, s-a manifestat și subzistă o reticență sporită cu privire la posibilitatea condamnării penale a unei persoane care nu este făcută „din carne și oase”, ci este doar o „entitate abstractă care nu trăiește decât în universul juriștilor”¹¹.

Pentru a vedea în ce măsură mecanismele legale, (existente ori preconizate în noul Cod penal) prin care o persoană juridică poate să fie trasă la răspundere penală, răspund dezideratelor avute în vedere de legiuitor atunci când a ales să reglementeze răspunderea penală a persoanelor juridice, vor fi studiate condițiile cerute de lege pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice, ținând seama atât de prevederile Codului penal în vigoare, cât și de cele ale noului Cod penal și ale diferitelor proiecte de Cod penal redactate în ultimii ani.

Pentru determinarea condițiilor cerute de lege pentru angajarea răspunderii penale a persoanelor juridice, trebuie pornit de la alin. (1) al art. 19¹ C. pen., potrivit căruia persoanele juridice, cu excepția statului, a autorităților publice și a instituțiilor publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat, răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice, dacă fapta a fost săvârșită cu forma de vinovăție prevăzută de legea penală. Din acest text legal se degajă principalele condiții pentru angajarea răspunderii penale a persoanelor juridice. Pentru a delimita aceste condiții, trei sunt întrebările la care trebuie căutat un răspuns: cine (ce persoană juridică) poate răspunde penal? (1), pentru ce infracțiuni? (2) și cum se poate crea o legătură între acestea două – persoana juridică potențial responsabilă și infracțiunile care pot fi reținute în sarcina unei astfel de entități? (3).

Răspunsul la primele două întrebări, ce vizează aspectele referitoare la câmpul de aplicare a răspunderii penale a persoanelor juridice vor fi analizate în *Capitolul I*, pentru ca într-o a doua etapă să fie prezentate aspectele care privesc raportul dintre infracțiunea comisă și persoana juridică. În acest sens, vor fi avute în vedere determinarea persoanei fizice care poate angaja penal persoana juridică, precum și modul în care se analizează elementul material și elementul subiectiv al infracțiunii în sarcina unei persoane juridice (*Capitolul al II-lea*).

către Guvern, într-un termen de 12 luni de la data publicării în Monitorul Oficial a Codului penal. Proiectul de punere în aplicare a Codului penal, adoptat de Senat la 2 martie 2011, prevede ca dată de intrare în vigoare a Codului ziua de 1 octombrie 2011.

¹⁰ A se vedea și Expunerea de motive a Legii, disponibilă online la www.cddep.ro, vizitat la 26 aprilie 2011.

¹¹ A se vedea P. Le Cannu, *Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale*, Les Petites affiches, 6 octobre 1993, nr. 120, p. 16.

Capitolul I

Câmpul de aplicare a răspunderii penale a persoanei juridice

O primă problemă care se pune în legătură cu răspunderea penală a persoanei juridice se referă la domeniul de aplicare a acestei răspunderi. În doctrină se afirmă că răspunderea penală a persoanei juridice, potrivit Codului penal în vigoare, este esențialmente generală¹². Aceasta înseamnă că ea se aplică tuturor persoanelor juridice și tuturor infracțiunilor, prevăzute de Codul penal ori de legi speciale. Anumite nuanțări trebuie însă efectuate în ambele cazuri.

Câmpul de aplicare a răspunderii penale a persoanei juridice presupune așadar, atât analiza acestuia din punct de vedere personal (*Secțiunea I*), prin cercetarea categoriilor de persoane juridice care pot fi subiecți ai răspunderii penale, cât și din punct de vedere material, prin delimitarea infracțiunilor care sunt susceptibile de a fi comise de o persoană juridică.

➔ *Secțiunea I*

Câmpul de aplicare personal

Din punctul de vedere al câmpului de aplicare personal, în sistemul Codului penal român în vigoare, toate persoanele juridice pot răspunde din punct de vedere penal, cu excepțiile prevăzute expres de lege. Afirmatia necesită însă numeroase explicații.

Ca principiu, în dreptul român, persoanele juridice de drept privat pot răspunde penal, indiferent că este vorba de societăți comerciale ori de alte persoane juridice de drept privat¹³. Sunt așadar în primul rând vizate de art. 19¹ din Codul penal societățile comerciale, ținând seama că acestea sunt cele mai numeroase în peisajul economic și cele mai susceptibile de a da naștere, prin activitatea lor, săvârșirii de infracțiuni. De asemenea, sunt avute în vedere sindicatele¹⁴, grupurile de interes economic¹⁵ și grupurile

¹² A se vedea, de exemplu, F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 13^e éd., Economica, Paris, 2006, p. 573.

¹³ În Franța, de exemplu, în proiectele de Cod penal din 1978 și 1983, doar persoanele juridice de drept privat erau vizate de textele care instituiau răspunderea penală a persoanelor juridice.

¹⁴ Potrivit art. 18 din Legea sindicatelor nr. 54/2003 (M. Of. nr. 75 din 5 februarie 2003), organizația sindicală dobândește personalitate juridică de la data înscrierii în registrul special prevăzut la art. 17 alin. (1) din Legea a hotărârii judecătorești definitive de admitere a cererii de înscriere. A se vedea și V. Mirea, *Persoana juridică – subiect activ al săvârșirii de infracțiuni*, în *Dreptul* nr. 12/2005, p. 170; Gh. Mărgărit, *Conceptul de răspundere penală a persoanei juridice în noul Cod penal*, în *Dreptul* nr. 2/2005, p. 103.

¹⁵ Potrivit art. 118 alin. (2) din Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției (M. Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003), grupul de interes economic este persoană juridică cu scop patrimonial, care poate avea calitatea de comerciant sau necomerciant.

europene de interes economic¹⁶, asociațiile de proprietari care au personalitate juridică¹⁷, partidele politice¹⁸, asociațiile¹⁹, fundațiile²⁰ etc.

Prin urmare, sunt avute în vedere atât persoanele juridice cu scop lucrativ, cât și cele fără scop lucrativ. Desigur, interpretarea logică a textelor referitoare la răspunderea penală a persoanei juridice conduce la ideea că sunt vizate în primul rând entitățile cu scop lucrativ, fiind cele pentru care răspunderea penală a fost de fapt instituită²¹. Este indubitabil, ținând seama de scopul acestora – obținerea de profit – acestea sunt cele mai expuse răspunderii penale. Însă, sunt de asemenea vizate persoanele juridice fără scop lucrativ. În absența unei precizări exprese a textului în acest sens, argumentul principal se regăsește în regula *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, dar pot fi invocate și argumente ce țin de egalitate în fața legii. Până în prezent, au fost condamnate în România cu precădere societăți comerciale, ceea ce întărește această idee.

Cu titlu general, se poate afirma că legiuitorul român a avut în vedere toate entitățile de drept privat, din momentul în care dobândesc personalitate juridică și până la momentul pierderii totale a acesteia. Evenimentele survenite pe parcursul existenței persoanei juridice (fuziune, absorbție, divizare) nu sunt de natură să înlăture răspunderea penală pentru faptele comise înainte de acestea.

Dacă nicio excepție de la răspunderea penală nu este admisă în ceea ce privește persoanele juridice de drept privat, situația este diferită cu privire la cele de drept public. Răspunderea penală a acestor entități cunoaște anumite excepții absolute, referitoare la stat și autoritățile publice și o excepție susceptibilă de nuanțări, pe care o regăsim în cazul instituțiilor publice.

¹⁶ Potrivit art. 232 alin. (1) din Legea nr. 161/2003, grupurile europene de interes economic sunt persoane juridice cu scop patrimonial.

¹⁷ Potrivit art. 6 alin. (4) din Legea nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari (M. Of. nr. 490 din 23 iulie 2007), asociația de proprietari dobândește personalitate juridică în baza încheierii judecătorului-delegat desemnat la organul financiar local de către președintele judecătoriei în a cărei circumscripție teritorială se află clădirea. A se vedea și E. Vermey, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 101.

¹⁸ Potrivit art. 22 din Legea partidelor politice nr. 14/2003 (M. Of. nr. 25 din 17 ianuarie 2003), partidul politic dobândește personalitate juridică de la data rămânerii definitive și irevocabile a hotărârii instanței privind admiterea cererii de înregistrare. A se vedea J.C. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 19e, L.G.D.J., 2006, p. 130. În cazul unora dintre aceste persoane juridice, legea penală franceză prevede totuși anumite atenuări privind sancțiunile ce pot fi aplicate.

¹⁹ Potrivit art. 5 alin. (1) din O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații (M. Of. nr. 39 din 31 ianuarie 2000), asociația dobândește personalitate juridică prin înscrierea în Registrul asociațiilor și fundațiilor aflat la grefa judecătoriei în a cărei circumscripție teritorială își are sediul.

²⁰ Potrivit art. 17 alin. (1) din O.G. nr. 26/2000, fundația dobândește personalitate juridică prin înscrierea sa în Registrul asociațiilor și fundațiilor aflat la grefa judecătoriei în a cărei circumscripție teritorială își are sediul.

²¹ A se vedea F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, cit. supra, p. 574. În Franța, dintr-un număr de 97 de decizii de condamnare a persoanelor juridice, pronunțate în primii patru ani de la consacrarea răspunderii penale a acestor entități, 60 vizau societăți comerciale (societăți cu răspundere limitată ori societăți pe acțiuni). A se vedea, în acest sens, C. Ducouloux-Favard, *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, D., 1998, p. 395 și urm.

Astfel, legiuitorul din 2006 a restrâns sfera instituțiilor publice care nu pot răspunde penal numai la acelea care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat. Nici această prevedere nu este la adăpost de orice critică. De regulă, în legislațiile altor state, se are în vedere natura activității în cadrul căreia s-a comis infracțiunea, iar nu activitățile care constituie obiectul persoanei juridice în cauză.

Abordarea contrară, existentă în Codul penal în vigoare, permite ca o instituție publică să se bucure de imunitate penală ori de câte ori are printre prerogativele sale o activitate care nu poate face obiectul domeniului privat. Or, în majoritatea cazurilor, cel puțin una dintre activitățile desfășurate de instituțiile publice nu poate face obiectul domeniului privat. Această prevedere legală conduce din nou la soluții ce pot ridica probleme în raport cu principiul constituțional al egalității în fața legii. Spre exemplu, nu va răspunde penal pentru comiterea unei infracțiuni de fals intelectual Banca Națională a României, care este o instituție publică²² și care desfășoară anumite activități ce nu pot face obiectul domeniului privat²³, dar va răspunde pentru aceeași infracțiune o altă bancă comercială²⁴.

În același timp însă, doctrina a observat că aceeași împrejurare – exercitarea unor atribuții de autoritate – este adeseori invocată pentru a fundamenta imunitatea penală a statului ca persoană juridică și că deci un asemenea criteriu este conciliabil cu principiul egalității în fața legii penale. Astfel, *de lege lata*, ori de câte ori are a cerceta dacă o instituție publică răspunde sau nu din punct de vedere penal, instanța trebuie să cerceteze natura ansamblului activităților acesteia (iar nu numai pe aceea care a ocazionat săvârșirea infracțiunii). Vor răspunde așadar penal universitățile de stat, majoritatea instituțiilor sanitare de stat, dar se bucură de imunitate penală Banca Națională, penitenciarele, unitățile militare, Institutul Național al Magistraturii etc.²⁵. Cu privire la acest aspect, trebuie menționat că în România a fost deja condamnat un spital public, ceea ce pune sub semnul întrebării modalitatea în care prevederile Codului penal cu privire la instituțiile publice au fost aplicate²⁶.

Noul Cod penal aduce o modificare în această materie, fiind restrânsă imunitatea penală a instituțiilor publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul

²² A se vedea art. 1 alin. (2) din Legea nr. 312/2004 (M. Of. nr. 582 din 30 iunie 2004).

²³ Potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 312/2004, principalele atribuții ale Băncii Naționale a României sunt: a) elaborarea și aplicarea politicii monetare și a politicii de curs de schimb; b) autorizarea, reglementarea și supravegherea prudencială a instituțiilor de credit, promovarea și monitorizarea bunei funcționări a sistemelor de plăți pentru asigurarea stabilității financiare; c) emiterea bancnotelor și a monedelor ca mijloace legale de plată pe teritoriul României; d) stabilirea regimului valutar și supravegherea respectării acestuia; e) administrarea rezervelor internaționale ale României. Potrivit art. 12 din Lege, Banca Națională a României este unica instituție autorizată să emită însemne monetare, sub formă de bancnote și monede, ca mijloace legale de plată pe teritoriul României, iar potrivit art. 25 alin. (1), Banca Națională a României are competența exclusivă de autorizare a instituțiilor de credit și răspunde de supravegherea prudencială a instituțiilor de credit pe care le-a autorizat să opereze în România.

²⁴ A se vedea F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 394 și urm.

²⁵ A se vedea *ibid.*

²⁶ A se vedea A.-R. Ilie, *Notă la Sentința nr. 3249 din 27 decembrie 2011 pronunțată de Judecătoria Sectorului 4 București, Secția penală*, în C.J. nr. 10/2012.

domeniului privat, imunitatea nemaifiind una generală, ci privind, în reglementarea propusă, doar infracțiunile comise în desfășurarea unor asemenea activități. În sistemul noului Cod penal, rămân așadar excepții de la răspunderea penală a persoanei juridice doar statul și autoritățile publice, potrivit art. 135 alin. (1), în timp ce răspunderea penală a instituțiilor publice este limitată la acele cazuri în care infracțiunea a fost săvârșită în exercitarea unei activități ce nu poate face obiectul domeniului privat. Astfel, potrivit art. 135 alin. (2) din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, instituțiile publice nu răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în exercitarea unei activități ce nu poate face obiectul domeniului privat.

În fine, mai trebuie precizat că, în prezent, Codul penal român nu exclude aplicarea anumitor sancțiuni (de exemplu, dizolvarea ori suspendarea activității persoanei juridice) în cazul persoanelor juridice de drept public care răspund penal. Aceasta înseamnă că, teoretic cel puțin, o instituție publică responsabilă din punct de vedere penal poate fi dizolvată în urma unei decizii a instanței penale. Codul penal francez, de pildă, prevede că dizolvarea, interzicerea exercitării activității și plasarea sub supraveghere judiciară nu pot fi aplicate persoanelor juridice de drept public. O asemenea soluție pare a corespunde mai bine principiilor de continuitate și necesitate pe baza cărora sunt înființate persoanele juridice de drept public²⁷. Aceasta este de altfel și abordarea noului Cod penal, care, la art. 141. alin. (1) prevede că pedepsele complementare prevăzute în art. 136 alin. (3) lit. a) și lit. b) (dizolvarea și suspendarea activității) nu pot fi aplicate instituțiilor publice. De asemenea, potrivit art. 144 alin. (3), împotriva instituțiilor publice nu poate fi pronunțată nici noua pedeapsă a plasării sub supraveghere judiciară.

➡ *Secțiunea a II-a*

Câmpul de aplicare material

Cea de-a doua componentă a câmpului de aplicare a răspunderii penale a persoanelor juridice are în vedere infracțiunile care pot fi reținute în sarcina acestor entități, ce constituie câmpul de aplicare material a răspunderii penale a persoanelor juridice.

Astfel, soluția principiului specialității răspunderii penale a persoanei juridice adoptat prin Legea nr. 301/2004 a fost preluată din Codul penal francez în vigoare la acea dată. Chiar în anul 2004, legiuitorul francez a renunțat la acest principiu, consacrand o răspundere generală a persoanei juridice. Legiuitorul român, s-a repliat rapid și, prin Legea nr. 278/2006, a optat pentru sistemul clauzei generale, ceea ce presupune că în prezent „*persoana juridică poate comite, în principiu, în calitate de autor, instigator sau complice, orice infracțiune, indiferent de natura acesteia, urmând a se constata în fiecare caz concret dacă sunt sau nu întrunite condițiile pentru angajarea răspunderii sale penale*”²⁸.

²⁷ În sensul că aceste principii justifică însăși imunitatea penală a persoanelor juridice de drept public, a se vedea E. Picard, *La responsabilité des personnes morales de droit public: fondements et champ d'application*, Rev. soc., 1993, p. 261 și urm.

²⁸ A se vedea *Expunerea de motive* a Legii nr. 278/2006, disponibilă online la www.cdep.ro, vizitat la 26 aprilie 2011. Răspunderea penală generală a persoanei juridice este în prezent prevăzută și în Olanda, Belgia, Croația, Franța etc.

Aceeași soluție este păstrată și în proiectele de Cod penal. De altfel, decizia elaborării unui nou Cod penal a avut la bază neajunsurile Legii nr. 301/2004, semnalate de doctrină în intervalul de timp care a urmat publicării sale. Unul dintre cele mai importante neajunsuri este reprezentant chiar de sistemul clauzei speciale de răspundere penală a persoanei juridice²⁹.

Consacrarea răspunderii generale a persoanei juridice ridică totuși anumite probleme. Astfel, un neajuns este legat de cerința unui subiect activ calificat în cazul anumitor infracțiuni. Cum ar putea, de exemplu, să răspundă o persoană juridică pentru infracțiunea de delapidare (art. 215¹ C. pen.), din moment ce legea cere ca fapta să fie săvârșită de un funcționar? Sau, cum s-ar putea reține în sarcina unei persoane juridice, infracțiunea de trădare prin transmitere de secrete (art. 157 C. pen.), în cazul căreia subiectul activ trebuie să fie un cetățean român ori o persoană fără cetățenie domiciliată pe teritoriul țării?

Desigur, după cum am arătat, nimic nu împiedică imputarea unor astfel de fapte unei persoane juridice, în calitate de complice ori instigator. Soluția nu pune probleme pe planul sancțiunilor, întrucât legiuitorul român a consacrat sistemul parificării pedepselor pentru participanți, cu stabilirea în concret a acestora, în funcție de contribuția fiecăruia. Însă, nu este absurd ca, de exemplu, un simplu salariat al unei societăți comerciale care, în desfășurarea activității sale, procură în mod sistematic unei organizații străine documente ce constituie secrete de stat, să fie condamnat în calitate de autor la infracțiunea prevăzută de art. 157 C. pen., iar societatea care a instrumentat la scară largă aceste operațiuni, să fie doar complice la aceeași infracțiune? Ori, ar fi nepotrivit ca, de exemplu, o filială a unei societăți comerciale să poată răspunde în calitate de autor al infracțiunii de delapidare?

De lege lata, răspunsul nu poate fi decât unul singur: ori de câte ori legea prevede, pentru existența unei anumite infracțiuni, cerința unui subiect activ calificat, ce nu poate fi întrunită în cazul unei persoane juridice, această entitate va putea răspunde doar în calitate de complice ori instigator la infracțiunea respectivă. *De lege ferenda* însă, dacă este neîndoielnic că persoana juridică nu poate acționa decât în calitate de instigator ori complice la anumite infracțiuni (de exemplu, bigamie, incest, dezertare, abandon de familie etc.), subzistă totuși infracțiuni cu subiect activ calificat în cazul cărora persoana juridică ar trebui să poată răspunde în calitate de autor (de exemplu, infracțiunile contra siguranței statului pentru care legea cere existența unui subiect activ calificat³⁰). O asemenea soluție ar trebui avută în vedere de legiuitor, mai ales în cadrul redactării unui nou Cod penal, prin adaptarea tuturor textelor posibile la noii destinatari ai răspunderii penale (de exemplu, prin menționarea împrejurării că infracțiunea de trădare poate fi săvârșită de un cetățean român sau o persoană juridică de naționalitate română). Numai astfel, reforma ar fi desăvârșită.

²⁹ A se vedea *Expunerea de motive* a Proiectului Codului penal în forma din 2 decembrie 2008, disponibilă online la www.just.ro, vizitat la 17 noiembrie 2009.

³⁰ De altfel, Legea nr. 301/2004 prevedea în mod expres că persoana juridică răspunde pentru majoritatea infracțiunilor contra siguranței statului, deși cerința subiectului activ calificat exista și în această reglementare.

Mai trebuie precizat că în dosarele în care s-a pus problema răspunderii penale a persoanei juridice, existente până în prezent, aceste entități au fost condamnate pentru vătămare corporală din culpă, pentru infracțiunea prevăzută de art. 37 alin. (2) și alin. (3) teza a doua din Legea nr. 319/2006 a securității și sănătății în muncă³¹, constând în neluarea, din culpă, a măsurilor legale de securitate și sănătate în muncă de către persoana care avea îndatorirea de a lua aceste măsuri, care a produs consecințe deosebite³², pentru infracțiuni privind drepturile de autor³³, înșelăciune, evaziune fiscală³⁴ ori urmărite pentru sprijinirea unui grup infracțional organizat și pentru implicare în traficul ilicit de droguri³⁵, evaziune fiscală³⁶, spălare de bani³⁷ și ucidere din culpă în variantă agravată³⁸. Observăm că majoritatea acestor fapte sunt infracțiuni a căror urmare imediată o constituie producerea unui prejudiciu material în dauna părții vătămate.

Capitolul al II-lea Raportul între infracțiunea comisă și persoana juridică

Următoarea întrebare care se pune este cum se creează însă raportul între persoanele juridice care pot răspunde penal și infracțiunile care pot fi reținute în sarcina acestor entități. Pentru a răspunde la această întrebare, este necesar să determinăm într-o primă etapă care sunt persoanele fizice care pot angaja penal persoana juridică. Astfel, cu toate că teoria ficțiunii persoanei juridice a fost, după cum am arătat, abandonată și în dreptul penal, este unanim admis că răspunderea penală a persoanei juridice nu poate fi totuși concepută în absența intervenției unei persoane fizice (*Secțiunea I*). Într-o a doua etapă, urmează a fi analizate aspectele specifice legate de conținutul constitutiv al infracțiunii atunci când persoana juridică este subiect activ. Avem în vedere modul în care se analizează elementul material și elementul subiectiv al infracțiunii în sarcina unei persoane juridice (*Secțiunea a II-a*).

³¹ Publicată în M. Of. nr. 646 din 26 iulie 2006.

³² A se vedea Jud. Iași, sentința penală din 31 martie 2010, pronunțată în dosarul nr. 2253/245/2009, confirmată de Tribunalul Iași prin decizia penală din 20 decembrie 2010, cu notă de A.-R. Ilie, în C.J. nr. 5/2010, p. 280 și urm.

³³ A se vedea Trib. Sibiu, sentința penală nr. 105/2009, citată și comentată în A. Jurma, *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*, cit. supra, p. 246 și urm.

³⁴ A se vedea C.A. Ploiești, secția penală și pentru minori și familie, decizia din 22 februarie 2011, nepublicată.

³⁵ A se vedea DIICOT, Comunicatul de presă din 11 august 2010, disponibil la adresa www.diicot.ro.

³⁶ A se vedea DNA, Comunicatele de presă din 20 decembrie 2010 și din 22 decembrie 2010, disponibile la adresa www.pna.ro; M. Public, Comunicatul de presă din 30 septembrie 2010, disponibil la adresa www.mpublic.ro.

³⁷ A se vedea Minuta Workshop-ului "Îmbunătățirea capacităților investigative ale Direcției Naționale Anticorupție", Proiect de înfrățire instituțională RO/07/IB/JH/03, Componenta 5 – Răspunderea penală a persoanei juridice, 28-29 octombrie 2009.

³⁸ Este vorba despre mediatizatul caz al efectuării actelor de urmărire penală împotriva Maternității Gulești, ca urmare a izbucnirii unui incendiu soldat cu decesul a cinci nou-născuți în luna august 2010.

➔ *Secțiunea I****Intervenția unui substratum humanum, condiție pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice***

Dacă statele care au acceptat, în cele din urmă, ideea de răspundere penală a persoanei juridice, au renunțat la ideea conform căreia numai o persoană fizică poate comite o faptă prevăzută de legea penală, iar nu și o persoană juridică, totuși este neîndoielnic că fără acțiunea sau inacțiunea unei ființe umane nu se poate angaja răspunderea persoanei juridice, cu toate că persoana juridică va fi cea împotriva căreia se va pronunța sancțiunea penală. Pe cale de consecință, ori de câte ori este incidentă răspunderea penală a persoanei juridice, trebuie cercetate aspectele referitoare la persoana fizică ce poate angaja o asemenea răspundere, fără ca aceasta să presupună în mod obligatoriu identificarea persoanei fizice în cauză. În această privință există mai multe modele adoptate de diferitele legislații care acceptă posibilitatea ca persoana juridică să răspundă penal. Doctrina³⁹ a împărțit aceste modele în trei mari categorii: modelul restrictiv, modelul extensiv și modelul mixt.

Astfel, un prim model existent în prezent, numit restrictiv, pornește de la concepția antropomorfică asupra răspunderii penale a persoanei juridice, admitând angajarea răspunderii penale a persoanei juridice doar ca urmare a acțiunii organelor sau, mai târziu, și a reprezentanților acesteia.

Modelul extensiv este întâlnit în Danemarca, Olanda, Japonia, Belgia, Elveția și presupune angajarea răspunderii penale a persoanei juridice ca urmare a acțiunii oricărei persoane fizice care acționează în numele sau în beneficiul acesteia. Prin adoptarea acestui model nu se mai analizează dacă persoana fizică în cauză a avut sau nu calitatea de organ sau reprezentant în momentul săvârșirii infracțiunii.

În fine, unele state au adoptat modelul mixt, care reprezintă un compromis între efectele celor două sisteme prezentate anterior. În acest sistem pot angaja răspunderea penală a persoanei juridice doar persoanele fizice care au o putere de decizie în cadrul entității. Acest sistem se întâlnește în Statele Unite ale Americii și este inclus în anumite convenții internaționale care recomandă introducerea în legislațiile naționale a răspunderii persoanei juridice pentru săvârșirea de infracțiuni.

Potrivit acestui model, persoana juridică va răspunde atunci când infracțiunea este comisă de o persoană având o poziție de conducere în cadrul entității ori de o persoană aflată sub autoritatea acesteia, cu condiția ca fapta să fie cauzată de absența supravegherii ori a controlului din partea persoanelor cu o poziție de conducere⁴⁰.

Legea nr. 278/2006 s-a orientat după modelul belgian, extensiv. Astfel, art. 19¹ din Codul penal nu prevede nimic cu privire la persoanele fizice care pot angaja răspunderea penală a unei persoane juridice. Pot așadar atrage această răspundere actele comise de organe, reprezentanți, dar și de mandatar, prepuși ori persoane care nu lucrează în mod oficial pentru entitatea respectivă, dar care acționează sub autoritatea

³⁹ A se vedea, de exemplu, A. Jurma, *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 134.

⁴⁰ A se vedea *ibid.*

acesteia ori de ale căror acte persoana juridică a beneficiat, precum și pentru infracțiunile săvârșite de administratorul de fapt. O parte a doctrinei apreciază că poate angaja răspunderea penală a persoanei juridice și asociatul majoritar care își impune voința sa persoanelor fizice care îndeplinesc funcții de conducere executivă⁴¹. Considerăm că, într-o asemenea situație, răspunderea penală a persoanei juridice va fi angajată oricum ca efect al asumării infracțiunii de către entitatea în cauză însăși, prin intermediul organelor sale de conducere. Mai mult, nu trebuie uitat că nu este nevoie ca persoana fizică ce angajează societatea să fie identificată.

Desigur, adoptarea modelului extensiv nu înseamnă, după cum am arătat, că acțiunile oricărei persoane care are legătură cu entitatea în cauză pot conduce la reținerea răspunderii penale a persoanei juridice. Nu va răspunde așadar persoana juridică pentru o infracțiune săvârșită de un salariat al acesteia, în interesul său personal ori pentru infracțiuni pe care acesta le-a săvârșit împotriva persoanei juridice înseși.

Potrivit art. 19¹ alin. (2) din Codul penal, răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit, în orice mod, la săvârșirea aceleiași infracțiuni. Soluția se explică prin aceea că răspunderea penală a persoanei juridice nu trebuie să servească drept o cauză de exonerare de răspundere a persoanelor fizice care comit actul material care trebuie, să răspundă, ca și până acum, pentru propria contribuție, cu vinovăția proprie.

Trebuie menționat că, deși Codul penal se referă la săvârșirea aceleiași *infracțiuni*, trebuie să avem în vedere aceeași *faptă*, în sens material, întrucât în sarcina persoanei juridice și a persoanei fizice care a săvârșit actul material se pot reține forme diferite de vinovăție. Sigur că infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale; prin urmare, formularea „*răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit, în orice mod, la săvârșirea aceleiași infracțiuni*” nu este juridic incorectă. Însă este posibil ca persoana juridică să fie condamnată pentru o infracțiune săvârșită din culpă (de exemplu, pentru vătămare corporală din culpă), iar persoana fizică acționând în numele acesteia și care a săvârșit elementul material al aceleiași fapte să fie condamnată pentru o infracțiune săvârșită cu intenție (de exemplu, pentru vătămare corporală).

În doctrină s-a arătat însă, că oricare ar fi soluția adoptată în această privință, datorită legăturilor care există între răspunderea persoanei juridice și cea a persoanei fizice care a comis actul material, dacă persoana juridică urmează a răspunde în aceeași calitate ca și aceasta din urmă, respectiv autor, aceasta nu va putea conduce la caracterizarea legăturii dintre persoana juridică și persoana fizică drept coautorat. Nu vor fi așadar întrunite condițiile participăției penale într-o asemenea situație. Totodată, simpla antrenare a răspunderii penale a persoanei juridice alături de cea a persoanei fizice nu poate conduce la reținerea circumstanței agravante generale constând în săvârșirea faptei de trei sau mai multe persoane împreună prevăzută de art. 75 alin. (1) lit. a) C. pen. ori a diferitelor elemente circumstanțiale prevăzute în Partea Specială a Codului penal [de exemplu, art. 209 alin. (1) lit. a) referitor la furtul săvârșit de două

⁴¹ A se vedea V. Pașca, *Modificările codului penal (Legea nr. 278/2006). Comentarii și explicații*, Ed. Hamangiu, București, 2007.

sau mai multe persoane împreună]⁴². Desigur, o participație penală încadrată în ipotezele clasice ale Codului penal poate fi totuși reținută în cazul în care, de exemplu, conducătorul unei persoane juridice, aflând de intenția unui angajat de a săvârși o infracțiune și considerând că aceasta profită societății, îi pune la dispoziție persoanei în cauză instrumentele necesare comiterii infracțiunii. Într-un asemenea caz, va exista o participație penală între persoana juridică și autorul material și, implicit, între acesta din urmă și conducătorul persoanei juridice⁴³.

În fine, trebuie precizat că, până în prezent, răspunderea persoanei juridice a fost în general angajată de administratorul acesteia, condamnat în aproape toate situațiile împreună cu persoana juridică pentru aceeași infracțiune.

Secțiunea a II-a

Conținutul constitutiv al infracțiunii în cazul persoanei juridice

Odată cu determinarea persoanelor fizice ale căror acțiuni pot angaja răspunderea penală a persoanelor juridice, se pune problema stabilirii celorlalte condiții în care asemenea acțiuni le pot fi imputate acestor categorii de entități. Din reglementarea actuală a răspunderii penale a persoanei juridice reiese că legiuitorul român a consacrat un model de răspundere directă, ceea ce presupune că atât elementul material, cât și elementul subiectiv trebuie realizate de persoana juridică însăși.

Pentru a desemna legătura causală dintre actul comis și persoana care urmează a fi trasă la răspundere penală, doctrina folosește noțiunea de „imputabilitate”. Strict juridic, imputabilitatea este așadar legată de elementul material al infracțiunii; ea nu se confundă cu vinovăția; astfel, „*imputabilitatea este condiția culpabilității, iar aceasta este condiția responsabilității penale*”⁴⁴.

În cazul persoanei juridice, imputabilitatea va viza așadar cerințele atașate *elementului material*. Cu privire la acest aspect, dreptul comparat oferă numeroase soluții, mergând de la necesitatea ca infracțiunea să fie comisă în realizarea obiectului de activitate a persoanei juridice, în numele acesteia și până la angajarea răspunderii sale penale pentru orice infracțiuni comise în contul, pe seama ori în interesul său.

În România, cerințele atașate elementului material al infracțiunilor săvârșite de persoanele juridice au dat naștere unor controverse cu ocazia redactării diverselor proiecte de Cod penal. Astfel, Legea nr. 301/2004 prevedea răspunderea penală a persoanei juridice pentru infracțiuni săvârșite în numele ori în interesul acestora. Legea nr. 278/2006 a adăugat acestor cerințe și pe aceea ca infracțiunea să fie săvârșită în

⁴² A se vedea *ibid*.

⁴³ A se vedea pentru acest exemplu și discuții suplimentare cu privire la aceste aspecte F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice, supra cit.*, p. 406.

⁴⁴ A se vedea pentru aceste aspecte T. Pop, *op. cit.*, p. 189, 331; T. Avrigeanu, *Definirea infracțiunii și „problema dreptului natural” (I)*, S.D.R. nr. 1/2010, p. 7 și urm. Pentru diverse teorii cu privire la noțiunea de „imputabilitate”, în sens juridic, a se vedea R. Legros, *Imputabilité pénale et entreprise économique*, R.D.P.C., 1968-1969, p. 372; L. François, *Remarques sur quelques questions de droit pénal social, particulièrement sur l'imputabilité*, R.D.C.P., 1968-1969, p. 489 și urm.; N. Buzea, *Infracțiunea penală și culpabilitatea*, Ed. S. Solomon, Alba Iulia, 1944, nr. 256.

realizarea obiectului de activitate a persoanei juridice. Proiectele ulterioare de Cod penal, ca și Legea nr. 286/2009, au păstrat această reglementare: pentru a se putea angaja răspunderea penală a persoanei juridice, trebuie ca infracțiunea să fi fost comisă în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice.

Săvârșirea infracțiunii în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice înseamnă că fapta este direct legată de activitățile care conduc la realizarea obiectului social al entității în cauză ori de politica generală a acesteia. Va putea constitui, așadar, faptă comisă în realizarea obiectului de activitate, nerespectarea, de către o persoană juridică având ca obiect social secundar, printre altele, producția de materiale, a legislației în domeniul muncii și securității în muncă, având ca urmare vătămarea corporală gravă a unui angajat⁴⁵. Totodată, infracțiunea este săvârșită în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice în cazul în care obiectul său social constă în activități de editare, iar persoana juridică comite o infracțiune dintre cele prevăzute de Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe⁴⁶. Nu vor intra în această categorie faptele care au doar o legătură ocazională cu obiectul social, nefiind direct legate de rațiunea existenței persoanei juridice⁴⁷.

Cea de-a doua cerință se referă la săvârșirea infracțiunii în interesul persoanei juridice. În această categorie vor intra toate faptele care nu fac parte dintre cele comise în realizarea obiectului de activitate, dar care îi aduc acesteia un beneficiu. Ca și în dreptul francez, beneficiul se poate referi atât la dobândirea unui câștig, cât și la evitarea unei pierderi. În speța citată anterior, infracțiunea prevăzută de Legea nr. 319/2006 a securității și sănătății în muncă⁴⁸, reținută în sarcina societății condamnate, poate fi încadrată atât în categoria infracțiunilor săvârșite în realizarea obiectului de activitate, cât și în cea a celor săvârșite în interesul persoanei juridice.

În fine, cea de-a treia cerință are în vedere infracțiunile săvârșite în numele persoanei juridice⁴⁹. Această cerință presupune existența unui raport formal între persoana fizică și persoana juridică; cea dintâi acționează ca reprezentant al persoanei juridice.

Cele trei categorii sunt greu de delimitat în practică, însă este important de reținut că, pentru ca persoana juridică să poată răspunde penal, este suficient ca fapta să se încadreze doar într-una dintre aceste categorii.

Unul dintre argumentele ce a stat multă vreme la baza respingerii tezei răspunderii penale a persoanelor juridice a fost acela că aceste entități nu au voință proprie; prin urmare, nu se poate vorbi de *vinovăție* în ceea ce le privește, văzută ca trăsătură generală a infracțiunii. Dacă este adevărat că în cazul persoanei juridice nu întâlnim procesele psihice care se analizează în cazul vinovăției persoanelor fizice, aceasta nu

⁴⁵ A se vedea Jud. Iași, sentința penală din 31 martie 2010, cu notă de A.-R. Ilie, C.J. nr. 5/2010, p. 280 și urm.

⁴⁶ A se vedea, pentru o posibilă aplicație, C.A. Iași, decizia penală nr. 69 din 28 ianuarie 2010, cu notă de A.-R. Ilie, C.J. nr. 12/2010, p. 695 și urm.

⁴⁷ A se vedea A. Jurma, *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*, cit. supra, p. 137.

⁴⁸ Publicată în M. Of. nr. 646 din 26 iulie 2006.

⁴⁹ Și Codul penal Carol al II-lea prevedea, la art. 85, că, pentru aplicarea măsurii de siguranță a dizolvării ori suspendării activității persoanei juridice, infracțiunea trebuie să fi fost comisă de directori sau administratori „lucrând în numele persoanei juridice și cu mijloacele procurate de ea”.

înseamnă totuși că nu putem vorbi despre o voință a entităților colective, manifestată prin capacitatea de a se obliga contractual ori prin posibilitatea angajării răspunderii sale civile delictuale sau contravenționale. Nu există, așadar niciun motiv pentru care să nu se admită și în materie penală o voință și vinovăție proprie a persoanei juridice⁵⁰. În acest sens, profesorul Traian Pop arăta, încă din anul 1923: „Faptul că scopul persoanei morale fixat prin actul de asociere nu admite comiterea unei infracțiuni nu înseamnă că, dacă totuși contrar scopului se vor comite, ele nu se vor socoti ca fapte ale persoanei morale din a cărei voință derivă”⁵¹.

În sistemul Codului penal român în vigoare, doctrina este majoritară în a aprecia că, de la adoptarea Legii nr. 278/2006, ne aflăm în fața unui model de răspundere penală directă a persoanei juridice⁵², dar care este de asemenea personală. Aceasta înseamnă că vinovăția trebuie analizată chiar în ceea ce privește persoana juridică însăși, în mod separat de elementul subiectiv care se regăsește în cazul persoanelor fizice. Această împrejurare reiese în mod direct din redactarea art. 19¹ din Codul penal, potrivit cu care persoanele juridice răspund penal dacă fapta a fost săvârșită cu forma de vinovăție prevăzută de legea penală, precizare menită să înlăture atât posibilitatea angajării unei răspunderi penale obiective, cât și a ideii că ne aflăm în prezența unei răspunderi pentru fapta altuia. Va răspunde așadar o persoană juridică pentru infracțiunea de omor, dacă fapta a fost săvârșită cu intenție, după cum va răspunde pentru infracțiunea de ucidere din culpă în cazul în care fapta a fost săvârșită cu această formă de vinovăție.

Afirmația potrivit căreia răspunderea penală a persoanei juridice este o răspundere directă reiese nu numai din interpretarea textului de lege din Codul penal în vigoare modificat prin Legea nr. 278/2006 ori din opiniile exprimate în doctrină, ci este în mod expres afirmată de legiuitor. Astfel, potrivit Expunerii de motive la Legea nr. 286/2009, „în reglementarea răspunderii penale a persoanei juridice au fost păstrate principiile pe care se fundamentează această răspundere în concepția Codului penal în vigoare, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 278/2006. Astfel, s-a menținut opțiunea pentru modelul de răspundere directă a persoanei juridice, consacrat de dreptul belgian și olandez. (...) Antrenarea răspunderii penale a persoanei juridice este condiționată de identificarea unui element subiectiv propriu acesteia și care poate fi diferit de cel constatat în cazul autorului material persoană fizică. (s.n.)”.

Necesitatea identificării elementului subiectiv în sarcina persoanei juridice înseși dă naștere la dificultăți practice majore. Deși, după cum am arătat, ne aflăm în prezența unei răspunderi penale directe, trebuie cercetată în primul rând poziția subiectivă a organelor societății. Astfel, infracțiunea poate fi rezultatul unei decizii a acestor categorii de persoane ori poate fi săvârșită ca urmare a neglijenței persoanei juridice, care este efectul unei organizări deficitare ori al unor măsuri de securitate insuficiente⁵³.

⁵⁰ A se vedea, pentru aceste aspecte, D.M. Costin, *Răspunderea persoanei juridice în dreptul penal român*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 360 și urm. Autoarea aduce totodată în discuție și problema vointei colective și a vinovăției colective, precum și teoria normativă a vinovăției.

⁵¹ A se vedea T. Pop, *op. cit.*, p. 273.

⁵² A se vedea, în acest sens, F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, *cit. supra.*, p. 401. În sens contrar a se vedea D.M. Costin, *op. cit.*, p. 364.

⁵³ A se vedea, în acest sens, F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, *cit. supra.*, p. 401. A se vedea, totodată, Jud. Iași, sentința penală din 31 martie 2010, pronunțată în

Doctrina românească apreciază că, în cazul în care răspunderea penală a persoanei juridice este angajată de organele acesteia, vinovăția acestor categorii de persoane va fi, în principiu, și vinovăția persoanei juridice înseși; existența și forma cerută de lege a vinovăției vor fi stabilite pentru persoana juridică în măsura în care se vor regăsi în sarcina organului acesteia⁵⁴.

Însă, întrucât, după cum am arătat, răspunderea penală a persoanei juridice poate fi angajată și de alte categorii de persoane, iar nu numai de organele sau reprezentanții săi, trebuie cercetat în ce măsură elementul subiectiv este întrunit în ceea ce privește persoana juridică în asemenea situații. Astfel, doctrina apreciază că, în cazul faptelor unor prepuși sau mandatar, este necesar ca persoana juridică să fi avut cunoștință de intenția de a comite aceste infracțiuni și să fi consimțit ori să fi îndemnat la săvârșirea lor; cu privire la faptele săvârșite din culpă, este nevoie să se constate că persoana juridică a avut cunoștință de riscul comiterii lor și a neglijat să adopte măsurile necesare pentru a le preveni⁵⁵.

Prin urmare, persoana juridică nu poate răspunde pentru orice infracțiune comisă de un prepus ori mandatar al acesteia, chiar dacă infracțiunea este săvârșită în realizarea obiectului de activitate al acesteia sau în interesul ori în numele ei. În acest sens, doctrina apreciază că entitatea în cauză va răspunde numai dacă organele de conducere au acceptat, tolerat, încurajat ori instigat comiterea faptei⁵⁶. Altfel spus, este necesară identificarea unei culpe proprii în sarcina persoanei juridice, ceea ce reiese și din modalitatea de redactare a art. 19¹ din Codul penal.

Problema stabilirii vinovăției în sarcina persoanei juridice în asemenea cazuri este într-adevăr delicată. Este însă mai degrabă un aspect ce ține de probațiune decât de condițiile de fond ale angajării răspunderii penale a persoanei juridice: în măsura în care se poate dovedi, cu mijloacele de probă permise de Codul de procedură penală, că persoana juridică a acționat cu forma de vinovăție cerută de lege, ea urmează a răspunde penal, dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții cerute de lege. Astfel, pentru stabilirea intenției, urmează a se cerceta dacă persoana juridică a prevăzut rezultatul faptei și a urmărit producerea lui prin săvârșirea faptei ori, deși nu a urmărit rezultatul faptei, a acceptat posibilitatea producerii lui. De exemplu, în cazul săvârșirii infracțiunii de omor împotriva unui angajat al societății, de către un prepus al acesteia care este însărcinat cu transportul și depozitarea unor produse periculoase, urmează a se cerceta dacă persoana juridică a avut cunoștință și a permis manevrarea materialelor respective cel puțin acceptând posibilitatea producerii decesului angajatului în cauză. În situația în care, într-o împrejurare asemănătoare, se poate stabili că persoana juridică a prevăzut rezultatul faptei, dar nu l-a acceptat, socotind fără temei că nu se va produce ori nu prevede rezultatul faptei, deși trebuia și putea sa-l prevadă (de exemplu, în cazul în care normele referitoare la transportul și depozitarea produselor periculoase dau naștere

dosarul nr. 2253/245/2009, nedefinitivă, cu notă de A.-R. Ilie, *cit. supra*. În acest dosar, persoana juridică a fost condamnată pentru nerespectarea măsurilor de securitate în muncă, faptă ce a condus la vătămarea corporală a unui angajat.

⁵⁴ A se vedea A. Jurma, *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*, *cit. supra*, p. 142.

⁵⁵ A se vedea F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, *cit. supra*, p. 402.

⁵⁶ A se vedea A. Jurma, *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*, *cit. supra*, p. 144; D.M. Costin, *op. cit.*, p. 369.

unei obligații în acest sens), aceasta urmează a răspunde pentru infracțiunea deucidere din culpă, dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții ale răspunderii.

În concluzie, se poate afirma că infracțiunile săvârșite de organele de conducere, cu respectarea celorlalte condiții ale angajării răspunderii penale a persoanei juridice, sunt chiar faptele persoanei juridice, iar în cazul infracțiunilor comise de angajații sau prepușii acesteia, în realizarea obiectului său de activitate, în numele ori în interesul acesteia, vinovăția persoanei juridice este determinată de măsura în care modul de organizare și funcționare a entității a determinat comiterea infracțiunii⁵⁷. Cu toate că doctrina străină vorbește de o adevărată „derivă antropomorfică”, apreciem că o asemenea abordare a problemei în discuție este pragmatică și corespunde mai eficient argumentelor pentru care a fost instituită răspunderea penală a persoanei juridice. Astfel, pare mult mai justificat ca victima infracțiunii să ceară repararea pagubei direct de la persoana juridică decât să fie obligată să facă dovada acțiunii unei anumite persoane fizice în cazul în care prejudiciul produs are la origine executarea necorespunzătoare a obligațiilor ce îi incumbă persoanei juridice. Este adevărat că o asemenea concepție asupra laturii subiective în cazul infracțiunilor comise de persoana juridică apropie mai degrabă modelul de răspundere direct de cel obiectiv, însă o asemenea soluție apare ca justificată în raport de cerințele de oportunitate și echitate pentru care a fost instituită răspunderea penală a persoanei juridice⁵⁸.

În fine, consacrarea modelului de răspundere directă a persoanei juridice conduce la o idee esențială: elementul subiectiv trebuie să fie cercetat în ceea ce privește persoana juridică, întrucât Codul penal român consacră un model de răspundere penală directă, pentru fapta proprie. Prin urmare, este posibil ca persoana juridică să fie condamnată pentru alte infracțiuni decât persoana fizică implicată în săvârșirea aceleiași fapte, comise.

§ Concluzii

La începutul acestui studiu, arătam că trei sunt întrebările la care trebuie să găsim un răspuns pentru a delimita condițiile legale pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice: cine (ce persoană juridică) poate răspunde penal? (1), pentru ce infracțiuni? (2) și cum se poate crea o legătură între acestea două – persoana juridică potențial responsabilă și infracțiunile care pot fi reținute în sarcina unei astfel de entități? (3). Sintetizând cele arătate în cadrul introducerii, putem răspunde la aceste întrebări după cum urmează:

(1) În Codul penal în vigoare sunt responsabile penal, numai în temeiul principiului teritorialității legii penale, toate persoanele juridice române, de drept public sau privat, cu scop lucrativ sau nu, cu excepția statului, a autorităților publice și a instituțiilor publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat. Entitățile colective răspund penal numai dacă au personalitate juridică. Nu răspund persoanele în curs de constituire (care nu au dobândit personalitate juridică); în cazul reorganizării persoanei juridice, se admite că va răspunde penal persoana juridică absorbantă ori care a luat naștere în urma procesului de reorganizare, iar persoanele juridice în lichidare

⁵⁷ În acest sens, a se vedea V. Pașca, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁵⁸ A se vedea și V. Wester-Ouisse, *La jurisprudence et les personnes morales. Du propres de l'homme aux droits de l'homme*, La Semaine Juridique Edition Generale nr. 10, 4 mars 2009, I 121.

răspund penal, întrucât au personalitate juridică. Persoanele juridice străine răspund penal numai în temeiul principiului teritorialității legii penale.

Modificările noului Cod penal în această materie sunt numeroase și binevenite. Astfel, sunt responsabile, atât în temeiul principiului teritorialității legii penale, cât și potrivit principiului personalității, toate persoanele juridice române, de drept public sau privat, cu scop lucrativ sau nu, cu excepția statului și a autorităților publice. Instituțiile publice sunt exceptate de la răspundere penală numai dacă infracțiunea a fost săvârșită în exercitarea unei activități care nu poate face obiectul domeniului privat. Este menținută răspunderea penală numai a entităților dotate cu personalitate juridică, ceea ce înseamnă că nu răspund penal nici persoanele în curs de constituire. Noul Cod penal prevede în mod expres în cazul pierderii personalității juridice prin fuziune, absorbție sau divizare intervenită după comiterea infracțiunii, răspunderea penală și consecințele acesteia se vor angaja în sarcina persoanei juridice create prin fuziune, în sarcina persoanei juridice absorbante sau în sarcina persoanelor juridice care au fost create prin divizare sau care au dobândit fracțiuni din patrimoniul persoanei divizate. Cu privire la persoanele juridice în lichidare, noul Cod penal nu aduce nicio precizare, însă este admis în continuare că acestea pot răspunde penal. Persoanele juridice străine răspund penal numai în temeiul principiului teritorialității legii penale.

(2) Spre deosebire de sistemul Legii nr. 301/2004, potrivit Codului penal în vigoare, cât și în conformitate cu noul Cod penal, persoanele juridice pot răspunde penal pentru orice infracțiune, prevăzută de Codul penal sau de legi speciale. Persoana juridică poate răspunde în calitate de autor, complice sau instigator al infracțiunilor respective.

(3) Problema raportului dintre infracțiunea comisă și persoana juridică se rezolvă plecând de la analiza necesității intervenției unei persoane fizice pentru a se reține infracțiunea în cauză. Legiuitorul român a consacrat un model extensiv de răspundere, în care pot așadar angaja răspunderea penală a persoanei juridice organele acesteia, reprezentanții, dar și mandatarii, prepușii ori persoanele care nu lucrează în mod oficial pentru entitatea respectivă, dar care acționează sub autoritatea acesteia ori de ale căror acte persoana juridică a beneficiat, precum și administratorul de fapt.

Conținutul constitutiv al infracțiunii reținute în sarcina unei persoane juridice presupune mai cu seamă analiza elementului material și a celui subiectiv. Legiuitorul român a consacrat un model de răspundere directă și pentru fapta proprie, ceea ce înseamnă că atât elementul material, cât și elementul subiectiv vor trebui cercetate în ceea ce privește persoana juridică. Elementul material trebuie întregit de una dintre următoarele cerințe: infracțiunea să fie comisă în realizarea obiectului de activitate a persoanei juridice, în interesul ori în numele acesteia.

BIBLIOGRAFIE

I. Tratat, cursuri, monografii

- G. Antoniu, Răspunderea penală a persoanei juridice, R.D.P. nr. 1/1996;
G. Hill Birbeckl; Powell Fitzroy, L. (coord.), *Boswell's Life of Johnson I*, Clarendon Press, Oxford, 1934;
N. Buzea, *Infracțiunea penală și culpabilitatea*, Ed. S. Solomon, Alba Iulia, 1944;

D.M. Costin, Răspunderea persoanei juridice în dreptul penal român, Ed. Universul Juridic, București, 2010;

F. Desportes; F. Le Gunehec, Droit pénal général, 13^e éd., Economica, Paris, 2006;

A. Fanu-Moca, Răspunderea penală a persoanei juridice, Studii de drept românesc nr. 1-2/2004;

A.-R. Ilie, Angajarea răspunderii penale a persoanei juridice, Ed. C.H. Beck, București, 2011;

A. Jurma, Persoana juridică – subiect al răspunderii penale, Ed. C.H. Beck, București, 2010;

V. Pașca, Modificările Codului penal (Legea nr. 278/2006). Comentarii și explicații, Ed. Hamangiu, București, 2007;

J.C. Soyer, Droit pénal et procédure pénale, 19^e, L.G.D.J., 2006;

F. Streteanu, R. Chiriță, Răspunderea penală a persoanei juridice, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007;

E. Vermey, Le membre d'un groupe en droit pénal, L.G.D.J., Paris, 2002;

II. Articole, studii de specialitate și note de jurisprudență

T. Avrigeanu, Definierea infracțiunii și „problema dreptului natural” (I), S.D.R. nr. 1/2010;

D-A. Brudariu, Răspunderea penală a persoanei juridice, R.D.C. nr. 9/1996;

P. Le Cannu, Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale, Les Petites affiches, 6 octobre 1993;

C. Ducouloux-Favard, Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales, D., 1998;

L. François, Remarques sur quelques questions de droit pénal social, particulièrement sur l'imputabilité, R.D.C.P., 1968-1969;

A.-R. Ilie, Notă la Jud. Iași, sentința penală din 31 martie 2010, pronunțată în dosarul nr. 2253/245/2009, în C.J. nr. 5/2010;

A.-R. Ilie, Notă la C.A. Iași, decizia penală nr. 69 din 28 ianuarie 2010, C.J. nr. 12/2010;

A.-R. Ilie, Notă la Sentința nr. 3249 din 27 decembrie 2011 pronunțată de Judecătoria Sectorului 4 București, Secția penală, în C.J. nr. 10/2012;

A. Jurma, Răspunderea penală a persoanei juridice, R.D.P. nr. 1/2003;

R. Legros, Imputabilité pénale et entreprise économique, R.D.P.C, 1968-1969;

Gh. Mărgărit, Conceptul de răspundere penală a persoanei juridice în noul Cod penal, Dreptul nr. 2/2005;

V. Mirea, Persoana juridică – subiect activ al săvârșirii de infracțiuni, Dreptul nr. 12/2005;

E. Picard, La responsabilité des personnes morales de droit public: fondements et champ d'application, Rev. soc., 1993;

F. Streteanu, Răspunderea penală a persoanelor juridice în legislație și doctrină. Examen de drept comparat, R.D.C. nr. 3/1997;

J. Vining, Corporate Crime and the Religious Sensibility, 3 Punishment & Society, 2003;

V. Wester-Ouisse, La jurisprudence et les personnes morales. Du propres de l'homme aux droits de l'homme, La Semaine Juridique Edition Generale nr. 10, 4 martie 2009.

„Persoana vizată”, titularul dreptului la protecția datelor personale: anonimizarea și pseudonimizarea*

*Drd. Gabriela ZANFIR***

*Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea din Craiova*



„The aimed individual”, the holder of the right to the personal data protection: making anonymous and pseudonymous

Abstract: “The data subject” is the “titulaire” (fr.) of the subjective right to the protection of personal data, being identified as such by the transposition law into the Romanian legal system of the Data Protection Directive (Directive 95/46). This study aims to analyze the conditions under which the person can enjoy the system of protection of her personal data. Hence, it will tackle the problem of the “quality” of the data subject – can the data subject ever be a legal person, or must it always be a natural person? It will also analyze the concepts of anonymization and pseudonymization, having regard to both the national and European legal provisions, as well as to the EU data protection reform package. The conclusions will show, on the one hand, that the legal person can have its private data protected under exceptionally situations and only in certain fields, and on the other hand that pseudonymization has the potential to meet both the need of protection of the individual in the digitalized era and the interests of the data controllers. In order for this to happen, pseudonymization must be rationally regulated in the future European data protection law, which is currently under debate.

Keywords: data protection, data subject, anonymization, pseudonymization, data protection reform.

§ 1. Introducere. Noțiunea de „persoană vizată”

Pornind de la premisa că finalitatea dreptului nu o constituie raporturile juridice, nici măcar drepturile sau obligațiile, ci împlinirea individuală, în centrul analizei ar

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/CPP107/DMI1.5/S/78421, proiect strategic ID 78421 (2010), cofinanțat din Fondul Social European – Investește în Oameni, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013.

** Doctorand, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea din Craiova.

trebui să se afle subiectul și conduita sa delimitată prin drepturi subiective și obligații, relația devenind astfel un element al dreptului subiectiv (și al obligației)¹. În teoria generală a dreptului subiectiv civil se admite că titularul său, sau *subiectul activ*, poate fi o persoană fizică sau juridică. Când se afirmă că titularul este un element al dreptului subiectiv civil, nu se susține implicit că persoana este mai puțin importantă decât dreptul subiectiv, aparținând acestuia. În realitate, persoana are drepturi subiective civile. „Titularul” arată *cine* are dreptul subiectiv civil².

În cazul protecției datelor personale, titularul dreptului la protecția datelor personale este „persoana vizată”. Conform art. 2 lit. a) al Directivei 95/46³, datele personale „înseamnă orice informație referitoare la o persoană fizică identificată sau identificabilă (persoana vizată)”. Legea nr. 677/2001⁴ preia definiția datelor personale, fără a adăuga paranteza referitoare la echivalarea persoanei identificate sau identificabile cu „persoana vizată”⁵, dar folosește această noțiune în întreg cuprinsul legii⁶.

Astfel, „persoana vizată” este persoana fizică identificată sau identificabilă, ale cărei date personale sunt prelucrate. Persoana juridică este, deci, exclusă din scopul *rationae personae* al Directivei 95/46, dar și al Legii nr. 677/2001. Cu toate acestea, vom arăta mai jos, în secțiunea 2.4.3, că persoana juridică poate fi titulară a dreptului la protecția datelor personale în anumite condiții.

În ceea ce privește condițiile ca persoana să fie identificată sau identificabilă, Article 29 Working Party⁷ (Article 29 WP) a explicat într-unul din avizele sale că „[În termeni generali, o persoană fizică poate fi considerată ca fiind *identificată* atunci când, în cadrul unui grup de persoane, aceasta *se distinge* față de ceilalți membri ai grupului. În consecință, persoana fizică este *identificabilă* atunci când, cu toate că persoana nu a fost încă identificată, este posibil să se realizeze acest lucru (acesta este înțelesul sufixului „-bil”)”⁸.

Atât directiva-cadru [art. 2 lit. a)], cât și legea prelucrării datelor personale din România [art. 3 lit. a)], stabilesc faptul că persoana identificabilă este „o persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în special prin referire la un număr de identificare sau la unul sau mai multe elemente specifice, proprii identității sale fizice, fiziologice,

¹ S. Cercel, *Considerații privind dreptul subiectiv civil*, în *Revista de Științe Juridice*, nr. 3-4/2005, p. 59.

² *Idem*, p. 60.

³ Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului de Miniștri privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* nr. 13/Vol. 17 din 23 noiembrie 1995.

⁴ Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, publicată în *M. Of.* nr. 790 din 12 decembrie 2001.

⁵ A se vedea art. 3 lit. a).

⁶ A se vedea, spre exemplu, art. 3 lit. g), art. 5 alin. (1) și alin. (2), art. 6, art. 7, art. 8 etc.

⁷ Grupul de Lucru; Articolul 29 privind protecția datelor a fost stabilit în temeiul art. 29 al Directivei 95/46 și este un organism european independent, cu caracter consultativ, format din reprezentanții autorităților naționale pentru protecția datelor din statele membre ale Uniunii Europene, reprezentanții autorităților create pentru instituțiile și organismele comunitare, precum și reprezentanți ai Comisiei Europene.

⁸ Article 29 WP (Articolul 29 Grupul de lucru pentru protecția datelor), *Avizul 4/2007 privind conceptul de date cu caracter personal*, WP 136, adoptat la 20 iunie 2007, p. 14.

psihice, economice, culturale sau sociale”. Așa cum reiese din considerentul 26 al preambulului directivei, pentru a determina dacă o persoană este identificabilă în funcție de elementele cunoscute despre ea, „este oportun să se ia în considerare toate mijloacele care pot fi utilizate în mod rezonabil fie de operator, fie de orice altă persoană pentru a identifica persoana vizată”.

O altă distincție importantă făcută de lege este aceea între a identifica *direct* o persoană și a o identifica *indirect*. Astfel, în ipoteza identificării directe, „numele persoanei reprezintă, într-adevăr, identificatorul cel mai obișnuit, iar, în principiu, noțiunea de *persoană identificată* implică, cel mai adesea, o referire la numele persoanei”⁹. Dar, pentru a-i stabili identitatea, „numele persoanei trebuie, uneori, coroborat cu alte informații (data nașterii, numele părinților, adresa sau fotografia cu fața persoanei) pentru a preveni confuzia dintre persoana respectivă și posibili omonimi”¹⁰. Article 29 WP circumscrie și această ipoteză tot identificării directe.

În ceea ce privește identificarea indirectă, aceasta „are legătură cu fenomenul *combinațiilor unice*, indiferent dacă acestea sunt mari sau mici. În cazurile în care, la prima vedere, numărul identificatorilor disponibili nu permite separarea unei anumite persoane, persoana respectivă ar putea fi în continuare *identificabilă*, întrucât informațiile respective în combinație cu alte informații (indiferent dacă acestea din urmă sunt reținute de operator sau nu) permit identificarea persoanei de alți subiecți”¹¹.

În toate ipotezele identificării unei persoane, pentru a putea vedea dacă aceasta intră *rationae personae* în domeniul de aplicare al directivei, trebuie reținută natura eminent contextuală a acestui proces. Astfel, „un nume de familie foarte obișnuit nu este suficient pentru a identifica o persoană - cu alte cuvinte, pentru a individualiza pe cineva - din ansamblul populației unei țări. În schimb este posibil să se realizeze identificarea unui copil într-o clasă de elevi. Chiar și informațiile secundare, precum faptul că *bărbatul poartă un costum negru* pot identifica o persoană în rândul pietonilor care așteaptă la un semafor. Astfel, problema dacă persoana la care se referă informațiile este identificată sau nu depinde de circumstanțele cazului”.

În dreptul român, conform NCC, „atributele de identificare” sunt reglementate în art. 59 și se referă la faptul că „orice persoană are dreptul la nume, la domiciliu, la reședință, precum și la o stare civilă, dobândită conform legii”. Dar, după cum reiese din analiza de mai sus, acestea nu pot fi reținute ca singurele elemente de identificare în ipoteza protecției datelor personale. Mai mult, spre exemplu, starea civilă privită *ut singuli* nu are relevanță în aplicarea normelor de protecție a datelor. Pe de altă parte, „trebuie observat faptul că, în timp ce identificarea cu ajutorul numelui este cel mai des întâlnită în practică, este posibil ca un nume în sine să nu fie întotdeauna necesar pentru a identifica o persoană. [...] Într-adevăr, dosarele computerizate în care se înregistrează date cu caracter personal, atribuie, de regulă, un identificator unic persoanelor înregistrate, pentru a evita confuzia între persoanele din dosar. De asemenea, pe internet, instrumentele de monitorizare a traficului facilitează identificarea

⁹ *Idem*, p. 15.

¹⁰ *Idem*, p. 15.

¹¹ *Idem*, p. 16.

comportamentului unei mașini, iar, în spatele mașinii, comportamentul utilizatorului acesteia”¹².

În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a hotărât, în *Lindqvist*¹³, că „referirea, pe anumite pagini de internet, la diverse persoane și identificarea acestora cu ajutorul numelui sau prin alte mijloace, de exemplu, prin furnizarea numărului de telefon sau de informații referitoare la condițiile de lucru și la hobby-urile acestora constituie prelucrare a datelor cu caracter personal [...] în sensul [...] Directivei 95/46”¹⁴.

În literatură a fost subliniat că „multe preocupări curente cu privire la protecția intimității au legătură cu situații în care numele utilizatorului nu este deloc relevant. Și, probabil, pentru că entitățile angajate în procese de identificare a indivizilor, într-un sens mai larg, de cele mai multe ori nici nu sunt interesate să obțină numele persoanelor, acestea nu au prea atras atenția legislativelor sau apărătorilor vieții private”¹⁵. Această realitate se referă la activitatea motoarelor de căutare și a companiilor de publicitate online, care, prin intermediul unor aplicații precum *cookies*, strâng informații despre un anumit utilizator pentru a-și putea eficientiza activitatea.

Importanța identificării titularului dreptului la protecția datelor personale ca fiind „persoana vizată” este subliniată în proiectul de regulament privind protecția datelor personale, publicat de Comisia Europeană în 2012¹⁶, care definește în art. 4 alin. (1) „persoana vizată” ca fiind „o persoană fizică identificată sau o persoană fizică ce poate fi identificată, în mod direct sau indirect, prin mijloace care pot fi utilizate, cu o probabilitate rezonabilă, de operator sau de orice altă persoană fizică sau juridică, în special prin referire la un număr de identificare, la date de localizare, la un identificator online sau la unul sau mai mulți factori specifici identității fizice, fiziologice, genetice, psihice, economice, culturale sau sociale a persoanei respective”. Trebuie observat că în stabilirea identificatorilor s-a ținut cont de dezvoltarea tehnologiei informațiilor din ultimele două decenii, fiind inserate și criteriile de identificare precum datele de localizare, identificatorii online (ex: *cookies*), dar și de dezvoltarea științei în general, fiind enumerate inclusiv caracterele genetice¹⁷.

În fine, trebuie menționat că nu în toate situațiile aceste noi tipuri de identificatori online reprezintă date cu caracter personal în viziunea legiuitorului european. În considerentul 24 al Preambulului din proiectul de regulament este menționat că

¹² *Idem*, p. 17.

¹³ CJUE, Hotărârea din 6 noiembrie 2003, *Bodil Lindqvist*, Cauza C-101/01.

¹⁴ CJUE, *Bodil Lindqvist*, supra, punctul 27.

¹⁵ R. Leenes, *Do You Know Me? Decomposing Identifiability*, TILT Law and Technology Working Papers Series, Nr. 6, versiunea 0.1, 2008, p. 6.

¹⁶ Propunere de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date (Regulament general privind protecția datelor), COM(2012) 11 final, Bruxelles, 25 ianuarie 2012.

¹⁷ A se vedea, în acest sens, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Decizia din 4 decembrie 2008, *S. și Marper c. Marii Britanii*, în care Curtea a decis că Marea Britanie a încălcat art. 8 al Convenției prin acceptarea retenției pe o perioadă nedeterminată a unei baze de date ce conținea amprente, mostre de celule și profiluri ADN, chiar dacă persoanele vizate fuseseră achitate în urma cercetărilor efectuate în cadrul urmăririi penale.

„numerele de identificare, datele de localizare, identificatorii online sau alți factori specifici nu trebuie neapărat să fie considerați ca atare date cu caracter personal în toate circumstanțele”, avându-se în vedere că acești identificatori „pot lăsa urme care, combinate (deci nu ele însele – n.n.) cu identificatorii unici și alte informații primite de servere, pot fi utilizate pentru crearea de profiluri ale persoanelor fizice și pentru identificarea lor”.

Studiul continuă cu o analiză a situațiilor în care persoanele juridice beneficiază de sistemul de protecție a datelor private (2) și cu sublinierea importanței anonimizării și pseudonimizării în găsirea echilibrului între dreptul persoanelor la protecția datelor și nevoia de prelucrare a acestor date pentru ca societatea actuală să funcționeze (3). La final, concluziile vor arăta, pe de o parte, că dezvoltarea tehnologiei va impune ca persoanele juridice să se bucure de o protecție mai clară a datelor private, dar și că, în general, pseudonimizarea poate juca un rol important în prelucrarea rațională a datelor personale (4).

§ 2. Situațiile în care persoana juridică beneficiază de protecția datelor private

O excepție veritabilă a regulii conform căreia persoanele juridice nu se bucură de protecția datelor lor private o reprezintă Directiva 2002/58 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice, transpusă în România prin Legea nr. 506/2004¹⁸. Mai întâi, trebuie arătat că aceasta „precizează și completează Directiva 95/46/CE”, conform art. 1 alin. (2) al directivei. Cu alte cuvinte, reglementează în același domeniu ca și Directiva 95/46 – respectiv în domeniul protecției datelor personale, aceasta din urmă având statutul de directivă-cadru. Același art. 1 alin. (2) prevede că scopurile Directivei 2002/58 „sunt menite a asigura protecția intereselor legitime ale abonaților persoane juridice”. Această opțiune este explicată în considerentul 7 al Preambulului Directivei 2002/58, legiuitorul european precizând că „în cazul rețelelor de comunicații publice, ar trebui adoptate acte cu putere de lege, norme administrative și norme tehnice pentru protejarea drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor fizice și a intereselor legitime ale persoanelor juridice, mai cu seamă în privința capacităților în creștere de stocare automată și de prelucrare a datelor referitoare la abonați și utilizatori”.

Legea nr. 506/2004 nu precizează în mod expres domeniul de aplicare *rationae personae* al reglementărilor sale, limitându-se însă să prevadă că „stabilește condițiile specifice de garantare a dreptului la protecția vieții private în privința prelucrării datelor cu caracter personal” [art. 1 alin. (1)], fără să precizeze categoriile de titulari ai acestui drept. Conținutul legii, în conformitate cu reglementările directivele, relevă că dreptul la opoziție față de comunicările nesolicitate aparține și persoanelor juridice (art. 12), precum și dreptul de a fi informate și de a se opune introducerii datelor care permit identificarea acestora în registrele publice ale abonaților (art. 11).

¹⁸ Legea nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice, publicată în M. Of. nr. 1101 din 25 noiembrie 2004.

Un alt act normativ european care se aplică și persoanelor juridice este Directiva 2006/24 a retenției datelor personale în contextul comunicațiilor electronice și al rețelelor de comunicații publice. Art. 1 alin. (2) precizează că aceasta se aplică „datelor de trafic și localizare, atât pentru entități juridice, cât și pentru persoane fizice, precum și datelor necesare pentru identificarea abonatului sau a utilizatorilor înregistrat”. De asemenea, art. 2 alin. (2) lit. b) definește „utilizatorul” ca fiind „orice entitate juridică sau persoană fizică care folosește un serviciu de comunicații electronice accesibil publicului, în scop personal sau profesional, fără să fie necesar ca aceasta să fie abonată la acel serviciu”. Legea nr. 82/2012 de transpunere a acestei directive a preluat *ad litteram* aceste prevederi în art. 1 alin. (2), respectiv art. 2 alin. (1) lit. b).

O altă situație în care persoanele juridice s-ar putea bucura de protecția datelor private reiese din jurisprudența Curții de Justiție de la Luxemburg. Astfel, CJUE a admis că prevederile Directivei 95/46, în speță art. 7 și art. 8, se pot aplica și persoanelor juridice, însă „decât în măsura în care denumirea persoanei juridice identifică una sau mai multe persoane fizice”¹⁹. În cauza *Volker und Markus Schecke GbR*²⁰, Curtea a fost chemată să analizeze dacă prevederile art. 42 punctul 8b și art. 44a din Regulamentul CE nr. 1290/2005 privind finanțarea politicii agricole comune, în ceea ce privește publicarea informațiilor referitoare la beneficiarii fondurilor provenite din Fondul european de garantare agricolă (FEGA) și din Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală (FEADR), sunt nevalide în măsura în care impun publicarea datelor cu caracter personal referitoare la fiecare beneficiar fără a face distincție în funcție de criteriile relevante, precum perioadele în care acestea au primit astfel de ajutoare, frecvența sau tipul și valoarea acestora. În cazul reclamantei din acțiunea principală, așa cum observă CJUE în hotărârea sa, „denumirea societății respective identifică în mod direct persoanele fizice care sunt asociați ai acesteia”²¹. Curtea consideră însă că normele contestate de reclamantii din procedura internă nu afectează în egală măsură persoanele fizice și persoanele juridice care îndeplinesc criteriul expus mai sus, deoarece „gravitatea atingerii aduse dreptului la protecția datelor cu caracter personal se prezintă în mod diferit pentru persoanele juridice și pentru persoanele fizice. În această privință, trebuie să se arate că persoanele juridice sunt supuse deja unei obligații sporite de publicare a datelor care le privesc. Pe de altă parte, obligația autorităților naționale competente de a examina, înainte de publicarea datelor în cauză, pentru fiecare persoană juridică beneficiară de ajutoare din FEGA sau din FEADR, dacă numele acesteia identifică persoane fizice ar impune acestor autorități o sarcină administrativă disproporționată”²².

Deși în cele din urmă hotărârea CJUE în această cauză a fost dată numai în ceea ce privește persoanele fizice beneficiare de fonduri agricole europene, trebuie reținută dispoziția Curții de a extinde efectele directivei inclusiv în ceea ce privește persoanele juridice.

¹⁹ Hotărârea CJUE din 9 noiembrie 2010 în cauzele conexe C92/09 și C93/09 *Volker und Markus Schecke GbR* (C92/09), *Hartmut Eifert* (C93/09) *c. Land Hessen*, punctul 53.

²⁰ Cauza C-92/09, *supra*.

²¹ Hotărârea Curții în Cauza C-92/09, *supra*, punctul 54.

²² *Idem*, punctul 87.

3. Anonimizarea și pseudonimizarea

3.1 Anonimizarea și problema reidentificării

Importanța stabilirii dacă persoana este identificată sau identificabilă rezidă în faptul că, dacă datele prelucrate nu pot fi atribuite unei astfel de persoane, atunci ele sunt date anonime, iar datele anonime nu fac obiectul regulilor privind protecția datelor personale. Astfel, conform considerentului 26 al Directivei 95/46, „principiile protecției nu se aplică datelor anonime astfel încât persoana vizată să nu mai fie identificabilă”.

Deși directiva nu definește ce se înțelege prin „date anonime”, legiuitorul român a reglementat prin legea de transpunere a acesteia faptul că „datele anonime” sunt „date care, datorită originii sau modalității specifice de prelucrare, nu pot fi asociate cu o persoană identificată sau identificabilă” [art. 3 lit. i)]. *Modalitatea specifică de prelucrare* poate fi, spre exemplu, o operațiune informatică de tipul criptării datelor, dar datele rezultate astfel sunt anonime numai față de terții care nu dețin cheile de criptare²³.

Article 29 WP a definit „datele anonime”, în sensul Directivei 95/46, ca fiind „orice informație referitoare la o persoană fizică în cazul în care persoana nu poate fi identificată, fie de operatorul de date, fie de orice altă persoană, luând în considerare toate mijloacele care pot fi utilizate în mod rezonabil fie de operator, fie de orice altă persoană pentru a identifica persoana respectivă”²⁴. Această definiție ar exclude însă ipoteza datelor criptate, întrucât acestea nu ar putea fi considerate anonime atâta timp cât cel puțin o persoană – fie operatorul, fie un terț, dețin cheia de criptare și pot oricând decripta datele.

Legea română pentru protecția datelor are câteva prevederi specifice în care conferă un rol datelor anonime. Astfel, conform art. 5 alin. (2) lit. g), este o excepție de la regula obținerii consimțământului persoanei vizate pentru prelucrarea datelor sale personale situația în care „prelucrarea este făcută exclusiv în scopuri statistice, de cercetare istorică sau științifică, iar datele rămân anonime pe toată durata prelucrării. Așa cum am subliniat și mai sus, această prevedere este redundantă, întrucât datele anonime nu intră în nicio situație în domeniul de aplicare al protecției datelor.

Apoi, conform art. 6 alin. (1) lit. c), în ipoteza încheierii operațiunilor de prelucrare, datele personale vor fi, printre altele, „transformate în date anonime și stocate exclusiv în scopuri statistice, de cercetare istorică sau științifică”. Deși Directiva 95/46 nu reglementează ca atare încheierea operațiunilor de prelucrare, această prevedere din Legea nr. 677/2001 poate fi considerată ca respectând scopul directivei și ca fiind, deci, circumscrisă marjei de apreciere pe care statul român o are în transpunerea directivei.

În ultimul rând, art. 14 al Legii nr. 677/2001, care reglementează dreptul de intervenție asupra datelor, prevede că orice persoană vizată are dreptul de a obține de la operator,

²³ Pentru o opinie similară, a se vedea O. Tene, C. Wolf, *White Paper. The Definition of Personal Data: Seeing the Complete Spectrum*, Future of Privacy Forum, ianuarie 2013, nota de subsol 2, p. 2; Pentru o înțelegere a criptării în contextul protecției datelor personale, a se vedea P. Swire, *From Real Time Intercepts to stored records: why encryption drives the government to seek access to the cloud*, International Data Privacy Law, Vol. 2, Nr. 4, 2012, pp. 200-206.

²⁴ Article 29 WP, WP 136, *supra*, p. 25.

printre altele, „transformarea în date anonime a datelor a căror prelucrare nu este conformă prezentei legi”. Și această prevedere este o inovație, comparativ cu prevederile directivei transpuse, dar respectă obligația de rezultat impusă de directivă, în măsura în care datele care vor rezulta din procesul de anonimizare sunt cu adevărat anonime.

În sens contrar, s-a reținut că, la sfârșitul anilor '90, s-a dezvoltat un nou domeniu de cercetare ce este centrat în jurul *privacy preserving data mining*²⁵ și ale cărui rezultate timpurii, în urma studierii așa-numitelor baze de date anonimizate, au arătat că simpla de-identificare nu este suficientă pentru obținerea anonimizării²⁶. Astfel, într-un studiu, s-a demonstrat că pot fi reidentificate 85% din persoanele necunoscute dintr-o bază de date medicală anonimată, folosindu-se informații ce desemnau atribute non-personale, disponibile publicului, precum genul, vârsta sau codul poștal²⁷. Contextul în care are loc procesul de anonimizare este deci important pentru stabilirea eficienței acestuia.

O altă temă controversată cu privire la anonimizare vizează posibilitatea ca procesul în sine de anonimizare a unui set de date să intre în definiția legală a prelucrării de date. Conform Directivei 95/46, prelucrarea reprezintă „orice operațiune sau serie de operațiuni care se efectuează asupra datelor cu caracter personal, prin mijloace automate sau neautomate, cum ar fi colectarea, înregistrarea, organizarea, stocarea, adaptarea sau modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, dezvăluirea prin transmitere, diseminare sau în orice alt mod, alăturarea ori combinarea, blocarea, ștergerea sau distrugerea”. Dată fiind larghețea operațiunilor care pot fi calificate drept prelucrări, spre exemplu, autoritatea de supraveghere a datelor din Marea Britanie a considerat că „pentru anonimizarea datelor personale, operatorul de date va prelucra aceste date și, cu privire la această prelucrare, tot va trebui să respecte prevederile din lege”²⁸. Astfel, cu titlu de exemplu, persoana vizată va trebui informată că datele sale dintr-o anumită bază de date vor fi transformate în date anonime. În doctrină s-a considerat totuși că interpretarea teleologică a Directivei 95/46, „privită din perspectiva obiectului reglementărilor pe care le conține, și anume protejarea dreptului individului la intimitate, ar duce la concluzia că impunerea respectării obligațiilor [ce decurg din protecția datelor] cu privire la procesul de anonimizare ar fi contrară, sau cel puțin neutră, față de obținerea obiectivului directivei”²⁹.

²⁵ O traducere aproximativă ar fi „operațiuni de minare a datelor care țin cont de ocrotirea vieții private”.

²⁶ S. Gürses, B. Berendt, *PETs in the Surveillance Society: A Critical Review of the Potentials and Limitations of the Privacy as Confidentiality Paradigm*, în S. Gutwirth, Y. Pouillet, et al., (ed.), *Reinventing Data Protection?*, Springer, 2009, p. 306.

²⁷ L. Sweeney, *K-anonymity: A model for protecting privacy*, *International Journal of Uncertainty, Fuzziness and Knowledge-based Systems*, nr. 10 (5), 2002, pp. 557-570, *apud* S. Gürses, B. Berendt, *op. cit.*, p. 306.

²⁸ Information Commissioner Office, raportul *Personal Data – Definition*, 14 decembrie 2000, *apud* I. Walden, *Anonymising Personal Data under European Law*, în C. Nicoll, J.E.J. Prins, M.J.M. Van Dellen (ed.), *Digital Anonymity and the Law. Tensions and Dimensions*, TMC Asser Press, Haga, 2003, p. 148.

²⁹ I. Walden, *Anonymising Personal Data under European Law*, *op. cit.*, p. 148.

3.2 Pseudonimizarea datelor

În ceea ce privește pseudonimizarea, Article 29 WP a reținut că aceasta desemnează „procesul prin care o persoană își ascunde identitatea”³⁰, iar „scopul acestui proces este de a colecta date suplimentare referitoare la aceeași persoană fără a fi necesară cunoașterea identității acesteia”³¹. Această definiție este inexactă, întrucât, de cele mai multe ori, nu persoana vizată este cea care își ascunde identitatea, ci operatorul de date este cel care îi atribuie persoanei o altă identitate. Astfel, „pseudonimizarea se poate efectua prin intermediul unui sistem de reidentificare prin utilizarea listelor de corespondență a identităților și a pseudonimelor acestora sau prin utilizarea unui algoritm criptografic bidirecțional în vederea pseudonimizării”³².

Un exemplu tipic de date pseudonime sunt datele codificate: „Informațiile se referă la persoane care au ca semn distinctiv un cod, în timp ce codul de acces care face legătura între cod și identificatorii comuni ai persoanei (cum ar fi numele, data nașterii, adresa) este păstrat separat”³³.

Se poate afirma că datele pseudonime sunt date intermediare între datele personale și datele anonime. Pe de o parte, ele se referă la o persoană identificabilă, dar, pe de altă parte, identificarea persoanei în cauză devine efectivă printr-o serie complexă de operațiuni. Datele pseudonime nu pot fi însă considerate date anonime, pentru că reidentificarea persoanei în cauză este posibilă.

Astfel, într-un volum privind securitatea și viața privată în contextul activității de business, a fost subliniat faptul că punctul central al dezbaterilor privind pseudonimizarea trebuie să fie reprezentat de generarea, managementul și folosirea pseudonimelor; mai exact, interesează „cine anume din arhitectura sistemului este capabil să facă legătura dintre un pseudonim și proprietarul său, întrucât aceasta este o trăsătură cheie a arhitecturii de securitate a aplicațiilor ce folosesc date pseudonimizate”³⁴. Acest lucru interesează pentru că „oricine este capabil să facă legătura între pseudonime și proprietarii lor are acces complet la date”³⁵.

Ținând cont de acest fapt, raportorul Parlamentului European pentru proiectul de regulament al protecției datelor, Jan Philipp Albrecht, a inserat în raportul său, sub forma unui amendament, o prevedere specială care definește datele pseudonime. Astfel, conform amendamentului 85, „pseudonim” înseamnă „un identificator unic ce este specific unui anumit context și care nu permite identificarea directă a persoanei fizice, dar permite scoaterea în evidență (*singling out*) a persoanei vizate”³⁶.

Propunerea raportului PE este considerată „lăudabilă”³⁷, întrucât ar putea, „aparent”, să facă legătura între datele care fac obiectul întregului set de obligații

³⁰ Article 29 WP, WP 136, *supra*, p. 21.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Idem*, p. 22.

³⁴ S. Furnell, C. Lambrinoukadis, G. Pernul (ed.), *Trust, Privacy and Security in Digital Business, Proceedings a „8th International Conference, TrustBus”*, Toulouse, Franța, Springer, 2011, p. 114.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Amendamentul 85 pentru introducerea alin. (2a) în conținutul art. 4 al proiectului de regulament al protecției datelor personale, *Draft Report, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2012/0011(COD)*, 17 decembrie 2012; întrucât la data redactării acestui studiu raportul lui Jan Philipp Albrecht nu fusese tradus oficial și în limba română, traducerea aparține autoarei.

³⁷ O. Tene, C. Wolf, *op. cit.*, p. 3.

legale și datele care sunt exceptate de la aplicarea reglementărilor protecției datelor³⁸. Cu toate acestea, definiția este considerată a fi vagă, iar schimbările pe care introducerea acestui nou tip de date le-ar aduce în regimul protecției datelor personale sunt minore, în varianta propusă de raportor³⁹.

În cadrul dezbaterilor instituțiilor Uniunii Europene pe marginea proiectului de regulament⁴⁰, comisarul european pentru Justiție, Viviane Reding, principalul promotor al acestui proiect, a subliniat că, într-adevăr, operatorii de date ar trebui încurajați să folosească date anonime în locul numelor reale, acest lucru fiind în interesul cetățenilor, și că în acest sens ar trebui create obligații mai puțin stricte cu privire la *privacy by design* sau la notificarea scurgerilor de date personale. Cu toate acestea, comisarul insistă asupra faptului că „datele pseudonime sunt date personale”, întrucât au legătură cu o persoană fizică naturală identificată sau identificabilă, și trebuie deci să fie protejate de CDFUE și de dreptul unional⁴¹.

§ 4. Concluzii

Se observă că singura excepție veritabilă de la regula potrivit căreia persoanele juridice nu beneficiază de protecția datelor private este reglementată în domeniul telecomunicațiilor electronice. Cu alte cuvinte, dezvoltarea tehnologiei – nediscriminatorie cu privire la posibilitățile de utilizare, pe de o parte, și la efectele pe care le poate avea asupra existenței persoanei *lato sensu*, pe de altă parte, este cea care a impus necesitatea protejării unei anumite sfere private a persoanei juridice, timid delimitată. Este, deci, de așteptat ca tehnologiile care se dezvoltă în prezent și care deja au un impact major asupra modalității de desfășurare a activității economice în majoritatea sectoarelor – în special *cloud computing*-ul⁴², să genereze nevoia de a delimita mai exact această sferă privată a persoanei juridice și de a o proteja prin reglementări specifice.

O altă concluzie a studiului privind titularul dreptului la protecția datelor personale este aceea că întregul concept al persoanei vizate are două elemente cheie: „identificarea” și „identificabilitatea”. În absența acestor două caracteristici relative la prelucrarea informațiilor, persoanele nu pot invoca protecția datelor private. Ambele caracteristici pot fi „anihilate” prin cele două procedee descrise detaliat în secțiunea 3: anonimizarea și pseudonimizarea. Dar acestea vor rămâne *terra incerta* în ceea ce

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ În momentul redactării studiului, proiectul de regulament se află în plin proces de legiferare.

⁴¹ Discursul comisarului Viviane Reding cu ocazia întâlnirii Consiliului de Miniștri ai Justiției (JAI) din 8 martie 2013, disponibil online la adresa http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-209_en.htm (ultima dată accesată pe 18 aprilie 2013).

⁴² A se vedea, spre exemplu, M. Goodenough, *Cloud Computing: Effectively Changing The Business Operation Model*, Forbes.com, 16 mai 2013 (disponibil online la adresa: <http://goo.gl/Z6aGv>, ultima dată accesată pe 17 mai 2013); L. Columbus, *10 Ways Cloud Computing Is Revolutionizing Manufacturing*, Forbes.com, 6 mai 2013 (disponibil online la adresa <http://goo.gl/CajUS>, ultima dată accesată pe 17 mai 2013).

privește efectul juridic al lor (în sensul neaplicării normelor privind protecția datelor personale), atâta timp cât reidentificarea cu ajutorul întregului spectru de posibilități tehnice nu va fi clar definită.

Eficientizarea ambelor procedee – atât din punct de vedere tehnic, cât și din punct de vedere al unei viitoare reglementări, trebuie să devină o prioritate. De asemenea, accentul ar trebui pus pe pseudonimizare, ținând cont că aceasta, în același timp, protejează persoana vizată și permite prelucrarea datelor într-un mod eficient.



EDITURA UNIVERSUL JURIDIC REVISTE



Revista română de drept privat (RRDP)

Director: **Marian Nicolae**
Redactor-șef: **Mircea-Dan Bob**
Periodicitate: **6 numere pe an**

www.rrdp.ro



Primul număr al **Revistei române de drept privat (RRDP)** a ieșit de sub tipar în anul 2007, ajungând în prezent la al cincilea an de apariție. Colegiul redacțional este format din tineri specialiști, cunoscuți în domeniu, de la universitățile din București și Cluj-Napoca.

Apărând sub deviza „Totul sub semnul discuției”, activitatea Colegiului este îndrumată de un Consiliu științific remarcabil, alcătuit din personalități marcante ale lumii juridice, române sau străine. Scopul revistei este de a forma un cadru modern și coerent de dezbateri juridică, racordat la dreptul comparat și tematizat anual sub emblema unei personalități a dreptului privat român.

În ceea ce privește structura revistei, ea cuprinde, pe lângă studii, articole și comentarii de doctrină, ce reprezintă cea mai mare parte din economia acesteia, secțiuni de practică judiciară și arbitrală, română și străină, comentată sau adnotată, precum și recenzii, medalioane sau breviare informative despre întâlniri, conferințe, simpozioane etc. organizate pe diverse teme de drept privat, în țară sau străinătate, după caz.



**Comenzi la: 021.312.22.21
0733.673.555**

www.ujmag.ro/abonamente



Revista română de jurisprudență (RRDJ)

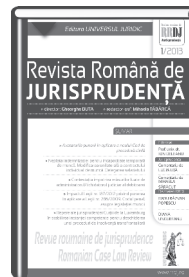
Director: **Gheorghe Buta**
Redactor-șef: **Mihaela Tăbărcă**
Periodicitate: **6 numere pe an**

www.rrdj.ro

Revista română de jurisprudență (RRDJ) se adresează cu precădere practicienilor dreptului, fiind vizați magistrații, avocații, consilierii juridici și, în genere, toți juriștii implicați ori interesați de jurisprudență.

Primul număr a fost lansat în anul 2009 și se bucură de sprijinul unor colaboratori principali cu o vastă experiență: judecător Mihaela Tăbărcă, judecător Gabriela Bogasiu, judecător Livia Stanciu, avocat Magda Volonciu, avocat Gheorghe Buta. Revista se propune drept un nou for de studiu și aprofundare a principalelor ramuri de drept, într-o optică sectorială, nu doar națională, din perspectivă practică, jurisprudențială.

Propunându-și să ofere o panoramă completă și constant actualizată a jurisprudenței, Revista cuprinde în paginile sale secțiuni de practică judiciară comentată sau adnotată, „la zi”, atât a instanțelor române (remarcându-se astfel rubrica de Curte Constituțională, coordonată de domnul Dan Claudiu Dănișor), cât și a Curții de la Luxemburg și a Curții de la Strasbourg, ce reprezintă cea mai mare parte din economia acesteia, dar și editoriale, analize și sinteze de jurisprudență pe teme actuale de drept.

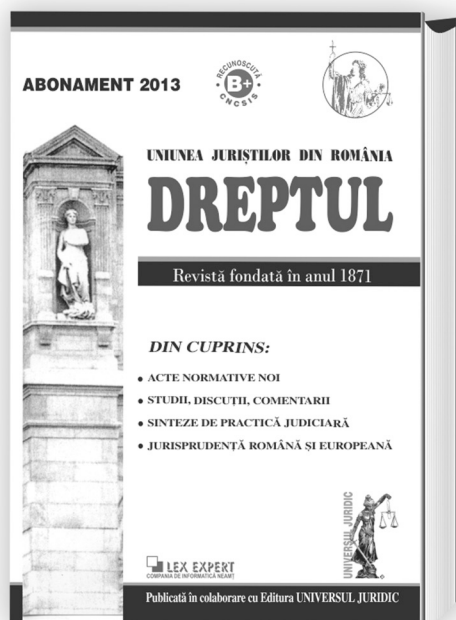


**Achiziționează oricare 2 abonamente și devii Membru Senior
al Clubului Ujmag beneficiind, la achiziția de cărți, de până la 20% reducere
Detalii pe www.ujmag.ro/club**

ABONAMENTE
PE ANUL 2013 LA REVISTA
„DREPTUL”

Publicație de doctrină juridică
și jurisprudență
editată de
Uniunea Juriștilor din România.

Apare lunar în 350 pagini
Începând cu anul 2010,
revista **„Dreptul”**
este editată în parteneriat cu
Editura Universul Juridic.



Acum puteți încheia abonamente la revista **„Dreptul”** pentru
anul 2013 în cele mai avantajoase condiții !

Pentru anul 2013, prețul unui abonament la revista **„Dreptul”** este:
- 480 lei (12 apariții)

Abonamentele le puteți încheia astfel:

- direct la sediul nostru, „*Universul Juridic Magazin*” S.R.L., din
Bd. Iuliu Maniu nr. 7, corp C, sector 6, București ;
- tel.: 021.312.22.21, mobil: 0733.673.555, fax: 021.317.03.30
- e-mail: *distributie@ujmag.ro*

*

Vă invităm să vizitați site-ul nostru *www.ujmag.ro* pentru a
consulta oferta completă de abonamente.

casadetraduceri® atât de simplu



Sediu Central

București
Str. Cuțitul de Argint nr. 72A
Tel: +40 21 336 28 97
Fax: +40 21 336 18 21
office@casadetraduceri.ro

Agencia Brașou

Brașou, Str. Nicolae Bălcescu nr. 17
Tel: +40 268 416 162
Fax: +40 268 416 181
brasou@casadetraduceri.ro

Agencia Constanta

Constanța, Bd. Mamaia nr. 62
Bl. LD4C, Sc. 2, Ap. 12
Tel: +40 241 555 648
Fax: +40 241 555 649
constant@casadetraduceri.ro

Agencia Pitești

Pitești, Bd. Eroilor nr. 12
Tel: +40 248 223 528
Fax: +40 348 401 299
pitesti@casadetraduceri.ro

Agencia Ploiești

Ploiești, Str. Gheorghe Doja nr. 80
Tel: +40 244 516 636
Fax: +40 244 516 637
ploiesti@casadetraduceri.ro

R E S T A U R A N T

fondat 1999



museum
Gastronomie fină

- evenimente memorabile
- mese festive
- specialități gastronomice naționale și internaționale

REZERVĂRI

Str. Dr. Clunet nr. 15, București, sector 5, 050527

Tel/Fax: (+4)021 411 9128

e-mail: rezervari@museumrestaurant.ro

www.museumrestaurant.ro

