

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 1 / 2017
Ianuarie – Martie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: prof.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Paul VASILESCU

prof.dr. Dan CHIRICĂ

lect.dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II “Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: lect. dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Mircea Dan BOB, FAMILY AND LEGAL SUCCESSION IN ROMANIA – A CONCLUSION	5
» Studii: Oana Bianca CĂBULEA (GLIGAN), ACTUL ADMINISTRATIV ȘI ACTUL ADMINISTRATIEI / <i>ADMINISTRATIVE ACT AND ACT OF THE ADMINISTRATION</i>	45
» Articole: Sergiu GOLUB, Adrian TAMBA, GARDA SAU PAZA ÎN CADRUL RĂSPUNDERII DELICTUALE PENTRU LUCRURI - CÂTEVA NOTE / <i>THE CUSTODY OF THINGS IN THE FRAME OF CIVIL LIABILITY FOR THINGS – SOME REMARKS</i>	68
» Articole: László PRIBULA, THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE IN HUNGARY	79
» Articole: Daniela-Olivia GHICAJANU, COMPETITION LAW PROVISIONS APPLIED IN SPORTS. ARTICLES 101 AND 102 TFEU (PART I).....	91
» Articole: Mihai-Bogdan IONESCU-LUPEANU, CONTRIBUȚII LA STUDIUL EVOLUȚIEI LEGISLAȚIEI DE PROTECȚIE A FAUNEI SĂLBATICE ACVATICE ÎN ROMÂNIA ÎN A DOUA JUMĂTATE A SECOLULUI AL XIX-LEA PÂNĂ LA APARIȚIA LEGII ASUPRA PESCUITULUI DE LA 1896 / <i>CONTRIBUTION TO THE STUDY OF THE EVOLUTION OF AQUATIC WILDLIFE PROTECTION LEGISLATION IN ROMANIA IN THE SECOND PART OF THE 19TH CENTURY UNTIL THE FISHING ACT OF 1896</i>	117
» Articole: Anthony MURPHY, CONDIȚIILE DE FORMĂ ÎN MATERIA CONTRACTULUI DE DONAȚIE / <i>THE LEGAL REQUIREMENTS CONCERNING THE FORM OF A DONATION CONTRACT</i>	129
» Articole: Andra HUIDAN, CÂTEVA CONSIDERAȚII PE MARGINEA PROIECTULUI DE MODIFICARE A LEGII NR. 514/2003 PRIVIND ORGANIZAREA ȘI EXERCITAREA PROFESIEI DE CONSILIER JURIDIC / <i>A FEW CONSIDERATIONS REGARDING THE DRAFT LAW AMENDING LAW 514/2003 ON THE EXERCISE AND PRACTICE OF THE LEGAL ADVISER PROFESSION</i>	140

STUDII

FAMILY AND LEGAL SUCCESSION IN ROMANIA – A CONCLUSION¹

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).1.1

Published Online: 2017-03-15

Published Print: 2017-03-30

Mircea Dan BOB*

Abstract: *We conducted from October 2011 up to November 2016 a research on the evolution of the family concept and its influence on the legal succession order in Romania. Our scope was to provide an in depth analysis of the complex social, historical, philosophical and religious factors who worked together in modern and post-modern Romanian civil law history, in order to evaluate the answer given by the recently enacted civil code of 2011.*

The paper hereby can give an idea on the conclusions we drawn at the end of our work. It argues mainly if the new provisions are covering all the aspects drawn into practice by the family – in its traditional and recent presentations. We focus on the successive versions of the civil code's Book dedicated to the Law of successions, part of them being authored by ourselves. We take into account the recent evolutions in the Family law and in the Law of successions of several European and non-European countries, with a special accent on France and the Canadian province of Québec – who deeply influenced the former and the present Romanian civil codification.

The research ends with a set of conclusions leading to de lege ferenda propositions, meant to improve the actual state of the new Romanian civil code on the emphasized subject. They are meant to satisfy the specific needs of the present day Romanian society and to keep in touch with the tendencies we drawn out of the experience of comparative law of successions.

Keywords: *law of succession, heirs, surviving spouse, civil code, family, comparative law, reform*

Cuvinte cheie: *drept succesoral, moștenitori, soț supraviețuitor, familie, drept comparat, reformă*

1. By examining the VIth century reform undertaken by Justinian on the legal succession framework, we can note that he completely established cognation (blood kinship) as the fundament for the *ab intestato* devolution. He prioritized the entitlement to inherit in respect to the successor's degree of closeness to *decuius*, in a specific order in which – by comparing the 118 and 127 *Novellae* to the corresponding provisions of the Romanian New Civil Code – we cannot single out fundamental differences. The ridiculously inadequate successional status of the surviving spouse was corrected through the 53 and 117 *Novellae*,

which regulated the usufruct of the poor widow. The resolve existed in the codifications pertaining to the ancient Romanian law, from where it was translated to the regulations of our Civil Code during the 1865-1944 interval, after which it was replaced with the more equitable solutions demanded by the conceptual evolutions of the modern times².

The amazing similarities over the course of its evolution in time once again demonstrates the extraordinary stability of the field of the law of successions in respect to other branches pertaining to the private law arena. The valor of the greek and latin classical literatures resides in the universal manner in which they managed to capture the human essence. Similarly, an area so intimately connected to then private existence of the human individual in general such as the field of successions cannot suffer fundamental alterations, and the basic blueprint of the successional devolution cannot become essentially different unless the elementary tendencies of each and every one of us would be forsaken. The before-acknowledged perennial nature explains why the state of the European unification in this field is the least advanced, an area where the current Bruxelles-generated trends – although extremely active in the latter years – do not move past harmonizing procedural regulations and ones pertaining to the field of private international law³.

But if the fundamental architecture remains unchanged, the details of the regulations depend on the particularities of the moment and place in which we examine them. This explains why the main question that initiated our research endeavor was: **does the Romanian New Civil Code acknowledge the evolution of the concept of family in the manner in which it regulates the legal successional matter?**

2. Any reform implies, without any shadow of a doubt, a destructive impulse destined to highlight a separation from the past and to showcase the promised novelty. As far as the Romanian New Civil Code is concerned, developments took a different path. The new regulation assumed the old solutions, reuniting the civil and commercial aspects in the same legal framework, and consequently created the effect of an open accumulation of ideas, norms, institutions. The addition prevails over the purifying effect, while allowing the old aspect to shine through in a victorious effect of at least substantial proportions. This is not to say that the New Civil Code would highlight legislative novelties, but only that reform has been undertaken in a gentle manner, without sparking a great revolution, an important deviation from the old aspects being thus avoided⁴.

Why has this *status quo* been reached? Because the civil codification reform was a doctrine endeavor, a result of the experience of some experts who have solely displayed their theoretic and practical horizons of strict competence in the matter. The sociological, religious and family policy-prospective implications have at most played an indirect role in the regulations' drafting process, to the extent that they were implicitly distilled in the legal experience of the members of the Commission tasked with the drafting activity.

It has been easily noticeable over the course of this work how the French legal transplant that occurred in the XIXth century (in the field of the successional rights of the spouses) was not adapted to the realities and patrimonial requirements of the Romanian family structure specific to the XIXth and beginning of the XXth centuries. Moreover, it

trampled both the customary as well as the written law traditions (both multi-centurial) of the privileged standing of the surviving spouse in both the family and successional rights' aspects. The reform of the latter's hereditary rights was ardent also from another standpoint: the matrimonial legal regime under the old codified regulation was of a dowry nature (conventional separation of goods). Its cessation upon the death of a spouse that – due to mismanagement or through mislead cunning – had depleted the underlying value of the dowry fund, would keep leaving the surviving wife in a precarious, vulnerable financial position.

Overall, eight decades were necessary in order to straighten these matters (from 1 December 1865 to 10 August 1944). The great length of time may suggest the fact that the damage caused by the Cuza Code would not have been that substantial. If the legislative decision reached by his Commission was as unfounded as we hold it out to be, why has it taken until 1944 to retrieve the traditional solution of the ancient Romanian law, in that the widow should be viewed as central to the matter at hand? In addition, why was it that at the enactment of the reform, this tradition was not brought up instead of the texts of the German Civil Code (art. 1931 and 1932) – which were the source of reformatory inspiration in the matter of the successional rights of the surviving spouse?

The answer can be distilled in two separate planes.

3. The first is one of primarily historic nature. The destructive of legal tradition and disregarding of practical reality solution of the Civil Code was the normal consequence of the cleavage of the Romanian society at that time. The latter was practically divided between a cultured minority, which lived in awe and admiration of the progress made by the most advanced civilization of that time (the French one) and an absolute rural-based majority (not exclusively of peasant nature) which consistently refused to accept the enactment upon it of the formal but unsubstantially-relevant Code of 1865. The slow pace of the parliamentary legislative process has added difficulty to this issue. The causes of this slow reaction time are not rooted in systemic dysfunctions or any personal incompetency of the members of the legislature. We consider that the apparent slow nature finds an explanation in the fact that reaching any decision is always impacted by the momentary interests and personal prejudices of those called to participate in the process of taking it – normal circumstances arising in the implementation of any legislative reform in any society in any historical epoch. Establishing status equality between the legitimate and illegitimate children constitutes an act of courage for a *pater familias*: this automatically confronts him with the reaction of the legitimate family, in a society that at the end of the XIXth and beginning of the XXth centuries was still too closed to such an attitude of openness. Sexual prejudices had, on the other hand, enough weight in order to not look very favorably upon the legal emancipation of women.

The second plane is one of legal nature. All the authors who demanded the revision of the Code's provisions regulating the rights of the surviving spouse have invoked the tradition of our *Ancien droit*. However, the passing of time makes any abandoned legal solution to pale in the conscience of the justice seekers: forgetting does not discriminate, no matter how unjustifiable the consequences of the abandonment. The social and historical contexts in which it used to function are inevitably changed. Other circumstances, other issues and other

approaches to the matter at hand will have inevitably replaced it, so that its direct recovery, as such, becomes impossible. The development of comparative law approaches and the (then) prestigious nature of the freshly enacted German Civil Code have placed it on a standing of a more comfortable and credible reference point than its past-ridden counterpart. Let us not leave aside the historical and political context: the successional reform of 1944 intervenes amidst a time of war and after the recent failure of a New Civil Code, that solved the issue at hand, being – probably – considered a faster and more readily available solution.

By taking a closer look, this fact (corroborated with the insufficient importance given to the historical understanding of the issue at hand) appears to us to constitute the cause of perceiving the legal community regime in the inexact standing of the typical standard of the Romanian legal tradition in the matter of legal matrimonial regimes. From here, derive the insignificant changes enacted starting with 1 October 2011 to alter the successional rights of the surviving spouse. These do not amount to a stringent issue anymore, as long as the liquidation of the legal community matrimonial regime (overwhelmingly used in the practice of modern times) place the widow/widowed on a *pole position* as far as the perspective of the successional division process is concerned.

4. In our view, the New Code can receive critics on two additional fronts.

On one hand, its content only acknowledges the strictly recognized particularities of the property rights of the Romanian family, without taking a prospective approach. By exception from this approach, we must note the regulation of the *preciput*⁵ clause (art. 333 of the Civil Code) and the introduction of the *fiducia* (art. 773-791 of the Civil Code). The last two were enacted by observing the provisions of the French model and, respectively, by corroborating the addition that was made to the French Civil Code by Statute 2007-211 of the 19th of February 2007 with the North-American-inspired reform of the Québec Civil Code in 1994⁶. We left out a reference to the matrimonial regimes, because their reinstatement was an older demand of the Romanian society.

On the other hand, realities derived from the advancements in science and technology, which generate radical changes in the area of family and successional rapports, are not present in the code. The best example for this is that of modern procreation methods, analyzed in the previous chapter. By going through the current Civil Code's provisions referring to medically assisted human reproduction, kinship and inheritance, it becomes obvious they leave out issues that create numerous problems in the course of real life. This aspect is worthy of criticism, given the fact that all of the already showcased issues have not once, but plenty of times made themselves available to the analysis of the jurisprudence of other States, whose legislative frameworks constituted the basis for the current Civil Code. They also exist in the Romanian society, even if they have not yet made their way into relevant case law.

5. Moreover, the Commission subordinated the manner in which it regulated the realities of the family property law that are discussed herein to the political framework of the then-governing party. A member of the Alliance of European Christian-Democratic Parties, it

has imposed a moralizing definition in the traditional sense upon the notion of family, while at the same time it has self-limited itself in viewing the family purely in its classical displaying⁷.

Are these two aspects good or bad?

The tie between the political and the legal was and continues to be a source of debate in the legal philosophy arena. The only certainty that appears revealed to us is that the influence of the political views of the governing power at a certain time upon its legislative endeavors is an aspect that derives from a normal functioning of the normative activity. On the other hand, though, the drafting of the new civil law framework should have taken into consideration the activity of the Report that accompanied the final draft of the not yet enacted Romanian Civil Code of 1940:

„A law [...] must account for the ever-changing and live realities, for timeless tradition, for the succession of historical events on the basis of which the present itself is being formed, for the soul of the nation. The present, stripped of the analytical power commanded by the past, represents ‘a closed book’. The creation and function of the law is thus not *unique and ultimate*, subject to disorganized and random inspirations. **Civil law must keep up with the times and heed the command of the new realities that demand wide recognition** (our highlighting – MDB). Tradition, infused with the power to keep matters of durability, necessity and mental acuity, joined by the need to evolve by the power to create, with moderation and foresight, makes for solid and lasting support for the civil legal existence itself.”⁸

Therefore, we predict that issues may appear in the event and to the extent that the European wave of changes to the conception upon the notion of family will affect Romania as well. Moreover, this will constitute a mere starting element for the recognition of realities that already exist in the Romanian society. We will expand upon these issues, starting with the tendencies that we have noticed in the comparative law sphere (a) and then by dealing with the internal realities and tendencies (b).

6. (a) We organized an international conference hosted by the Romanian National Union of Notaries Public in April 2013, in order to disseminate the project’s results⁹. The participants to the gathering were legal scholars and practitioners (notaries public and lawyers) from France, Québec, Belgium and Romania, who have debated and imparted knowledge and experience upon each recent event within the ambit of family law and legal devolution.

7. In Québec¹⁰, the legal status of married couples and that of couples living in factual communion differs greatly. The Canadian Supreme Court held that¹¹ the Civil Code provisions regulating the patrimonial aspects of marriage (marriage effects, matrimonial regimes, alimony and successional potential) are Constitutional and in accordance with the provisions of the latter fundamental document, they do not apply to cohabitants (merely factual spouses). The debate that was initiated in the context of the ending of a situation of a factual cohabitation did not address the field of successional potential. Given that the highest court of law has decided, the judicial debate is currently closed. The issue is however still not resolved, due to the fact that the Court’s opinion was far from unanimous¹². The ball now

rests in the lawmaker's court¹³. The stakes are high, given the fact that the faith of the legal status of more than a third of Québec's couples is on the line.

In this way, 36% of Québec's couples continued their evolution outside the realm of legality¹⁴.

However though, couples are heterogeneous – if we are to take into account the central family structure, the childless couple, the second union, the recomposed family out of which common children were born or not etc. This sociological reality can be found both in the case of factual cohabitant couples, as well as in the case of married ones. *A priori*, it is natural that we question the coherence of a family law that directs provision proposals (many of them imperative in nature) to married couples. And that by doing this leaves more than a third of Québec's couples in a normative territory outside legal regulation, the latter category actually cohabiting factually and often times being constitutive of a family with children. Indeed, 60% of the children from the French-speaking province are born outside the traditional marriage structure. If, in this context, it may appear normal to some to extend the rights to the factual cohabitants as well, would not the framing of the legal regime applicable to married couples have to be reconsidered as well¹⁵? Would not the legal provisions have to be adapted in order to take the heterogeneous couple structure into account, rather than imposing a rigid framework upon all the persons wanting to become married?

It is considered that the Québec lawmaker might draw inspiration from the *common law* model of the Canadian provinces, and therefore assimilate the factual cohabitations to marriages after the passing of a certain period¹⁶. In this case, must the factual cohabitants be assimilated to married couples under all aspects (alimony, division of family property, successional potential) or just under some of these? Moreover, what timeframe should be desirable? Factual cohabitation starts out as a simple trial period for many couples. In the event of expanding the regulatory sphere, should the factual cohabiting couples then be allowed to choose an *opting out* type of strategy¹⁷?

Other thought process have been proposed as well. For Goubau, Otis and Robitaille, the principle of the autonomy of choice of the factual spouses must give in to a requirement for protection, having the purpose of ensuring the primacy of the interest of the child. They have examined a series of statistics that proves, on one hand, the economic hardship in which mono-parental families find themselves following a breakup and, on another hand, the acknowledgment of the fact that in Québec children are born, in their great majority, from factual cohabitant relationships. Then, they have concluded that the provisions applicable to the factual spouses need a revision to the extent that they refer to the children stemming from these families. To this purpose, they emit a pathway to reflection in the fact that „the rights that are traditionally linked with the institution of marriage will in the future, in the name of the family's interest, be preferably contingent solely on the presence of the children, rather than the matrimonial regime of the parents¹⁸”. Thus, in the presence of the common child in the spouse's care, the provisions regulating the family goods, the family home and the alimony will be potentially activated.

Jarry proposes in equal measure that a limitation be imposed on the lawmaker's intervention in respect to factual spouses that have children, but under a much narrower angle. She is of the opinion that a compensatory alimony obligation should have been imposed between the factual spouses when they have children in common, which should draw inspiration in its quantification from the *Optional guidelines in the matter of spouses' alimonies*¹⁹. This alimony obligation would be „fundamentally-linked to a compensation for an uneven contribution of the spouses for bearing the family duties imposed by the children's education.”²⁰

Alain Roy tackles the issue in a more Global manner, where the interest in his thinking also derives from. He highlights from the very beginning the fact that the legal regime applicable to married couples is probably too rigid²¹. By examining the matters at hand from the perspective of the matrimonial Statutes, he highlights that the regulations could have been modified in accordance with the rank of the marriage or the spouses' age. Still, he expresses the opinion that the fundamental idea of the current matrimonial law – which defines marriage in a sense that requires an economic association – is false. It is not the marriage in and of itself that attracts a spouse's economic vulnerability, but more overtly the presence of a child. He places the emphasis on a family law that is fundamental not on the marital status, but on the distinction between the couple with or without children, without concern for the fact that they are married or not. The current legal framework would apply to all of the couples with children who would benefit by the grant of legal protection (protection of the family home, family goods, community of goods, alimony obligation), while the framing of the childless couples would be reduced²². The *status quo* would then be maintained for the childless couples living in factual communion, while the married couples without children could *opt out* of the applicability of the current imperative provisions, especially those regulating the family's patrimony.

8. More recently, the consultative committee tasked with family law proposes a very different approach²³. The fundamental premise is based on the fact that the economic interdependence and the economic vulnerability of a spouse stem more from his parental responsibilities, rather than the means of choice of couple life. The Committee proposes that the family law focused on the “parental” trait and on the common responsibility, deriving therefrom should be rebuilt. In this direction, it proposes, under the caveat of a dissident member²⁴, that a special *parental regime* that would apply to any parent regardless of his conjugal status (married or not) should be enforced. This mandatory parental regime²⁵ would require any parent to contribute to the familial costs to the extent of his respective aptitude. It would extend the applicability of the rules regarding the protection of the family home to all the parents. Finally, it would enact a parental compensation obligation, in order to make up for the economic deficiencies to which the parent who cares for the common child was subjected. The obligation would encompass the restrictions that were suffered over the course of the cohabitation, as well as those that will be incurred following the breakup due to the division of the parental roles. The Committee at the same time

proposes a *conjugal regime*²⁶ that formally acknowledges the two means of conjugality as being allowed by the Civil Code (marriage and factual union) and that grant privilege to the autonomy of will and contractual freedom.

This freedom manifests itself through an *opting in* type of logic for factual spouses and through an *opt out* type of possibility for married persons. The patrimonial consequences of the marriage would sensibly be the same as in the present, under the reserve of the spouses' possibility to renounce them through the matrimonial contract. This reform proposal is a major one for married persons. The family patrimony would become the legal matrimonial regime and would cease to have an imperative nature²⁷. As far as the factual spouses are concerned, they could subject themselves to it through the union contract. This *opting in* or *opting out* type of logic also constitutes the basis for the Commission's stand as far as the successional vocation is concerned, making the autonomy of will prevalent and leaving the factual spouses with the right to include their partner in their will²⁸. Thus, in a broad view²⁹, the Committee proposes on one hand an imperative parental regime that would apply to all couples with children – married or not. On the other hand, the Committee proposes that the *status quo* be maintained for the factual unions as far as the conjugal regime is concerned and relaxes the legal framework for married persons, allowing them to insulate themselves from the regulations concerning the family patrimony.

Should we draw a distinction between the status of „parent” and that of „spouse”? Must we create two systems of parallel regulations – meaning an imperative parental regime distinct in respect to the conjugal one, in accordance with the proposal of the majority of the Committee's members – or should we favor the dissident stand and subject the factual couples to the rules of marriage when they have children? Can it thus be concluded that the solution resides in the distinction between couples with or without children? It is an at least interesting lead, because, the revision of family law should not be limited to reviewing the legal framework applicable to couples living in factual union. It should also allow for the reevaluation of the rules applicable to married persons, with the purpose of easing the framework applicable to them, at least as far as patrimonial rapports are concerned. The profile of the couples has changed considerably during the last decades, and the legal framework that is currently in force is outdated.

The lawmaker has not until now acted upon the proposals set forth by the Consultative Committee in the matter of family law, which leaves room for the speculation that it has not bought into the idea that family law should be restructured by dissociating the rules applicable to parents by those regarding conjugality.

If it decides to place an emphasis on extending certain rules that are applicable to married persons to the category of factual spouses, it will not be able to leave aside the issue from its successional law perspective. Indeed, the matrimonial status is the source of the successional vocation. If the matrimonial status is to be replaced with the recognition of the conjugal state in the event of the child's existence, how will it become justifiable that the spouses receive a different treatment from the successional standpoint? The matter

will be raised the same, if the lawmaker would instead choose to extend the rights of the factual spouses after a few years of cohabitation.

The impact of this modification upon the law of Québec would surely be greatly reduced if the end of the cohabitation would be generated by death. In the absence of a successional reserve, the ruled of the legal succession can be removed through the will, which in turn allows for the joining of equality with the autonomy of will.

Still, if the rules of the legal devolution are set in motion, the influence of the law's modification risks attaining a much higher degree of importance from a successional standpoint rather than in a context of separation, in which only the matrimonial rights are exercised. Indeed, the union's duration may influence the quantification of the alimony obligation, as far as the content of the goods that form the family patrimony and the groups of divisible common goods are concerned. The proprietary goods are excluded from the separation procedure, and the net value of the goods that were received before the union and the corresponding additional value are not included in the separation procedure.

The personal rights resulting from the division of the family's patrimony and from the division of the mass of common goods become reduced in the same proportion. However, in a successional context, the hypothesis changes completely. The factual spouse will be able to inherit a part or the entire patrimony of the deceased, without having the union's duration bear any influence upon the quota he is entitled to receive. The sole important element will be his standing as surviving spouse at the time of death³⁰. It will then be mandatory for the lawmaker to seriously tackle the issue of defining factual spouses, for the goal of determining those who may prevail themselves of this status. Another difficulty then risks emerging, in that the starting date of the factual union and the end date of the cohabitation have to be determined. While the successional vocation of the married person ends upon death, that of the factual spouse will be terminated at the end of the cohabitation, a date which can sometimes be difficult to pinpoint. Another issue that will reveal itself is the matter of knowing whether a factual separation reflects a climate of couple crisis, in which case cohabitation is only temporarily interrupted, or rather if this separation reflects a final break, which will annihilate the successional vocation.

Changes in conjugality statuses thus confront law and in Québec leave room for noticing modifications in the patrimonial family law. Will they merely refer to the extension of certain patrimonial rights? Will they extend to successional rights as well? The future will decide whether the surviving factual spouse will become a creditor, an heir or will be a stranger to the successional process.

9. We thus see how the mono-parental family is an extremely frequent reality in Canada (just like in the whole of North America and in Western Europe), and that so are unmarried couples and children born outside marriage. The legislative incursions, which appeared in the first two decades of the third millennium in the above-mentioned geographical regions, are eloquent as far as the awareness of the existence of these realities is concerned.

„In Paris, as is the case in London, the majority of the households are comprised of a single adult. Such a decrease amplifies the demand for housing and radically alters capitalist theories in the area of family. Instead of the close-knit and isolated central family, we have to deal with an even smaller family unit, dispersed and fragmented, that doesn't even represent a family *per se*, if by this term we mean a couple that lives with children in the same housing unit. The family on the corn cereal box proves itself as not the final stage of modernization, but as an outdated stage within the evolution of the concept of family.”³¹

We must observe³² that, before the successional reforms of 2001 and 2006, the French lawmaker froze the evolution of societal standards by enacting its Law of the 15th of November 1999, on one hand by establishing the existence of the state of cohabitation through the notion's first definition from the Civil Code, deemed as factual union. On the other hand, by creating the CSPA (Civil Solidarity Pacts) institution: „the contract entered into by two private persons of age, of different or same gender, directed at organizing their life in common”. These two unions not amounting to marriage however only have limited civil consequences: the fact that the cohabitant does not enjoy any legal standing does not grant him any successional right in relation to the surviving cohabitant.

As far as CSPA is concerned, numerous regulations have been enacted in order to bridge the gap between this contract and marriage. Still, as far as the civil law arena is concerned, the surviving partner does not have successional vocation – except for a protective regime, as far as the home is concerned (he has the right to enjoy using the couple home for one year). This lack of the partner's successional vocation was without a doubt one of the causes for the 2013 reform named „marriage for everyone”, which transformed the spouse, even if of the same gender, a spouse as any other, enjoying the same rights of a spouse part of a heterosexual married couple. Nevertheless, as is the case for married couples as well, there is a strong fiscal incentive for drafting last wish provisions in favor of the surviving partner, the right to inherit the partner enjoying a complete tax exoneration. This is one of the explanations for the CSPA's success, which was initiated at first more in favor of homosexual couples, but is today used by over 90% of the heterosexual couples.

As a side note, some statistical data may prove interesting. One out of two children is born outside of marriage (as opposed to only 6% in 1960); 40% of the marriages end in divorce; apparently, there are sixteen million couples, out of which 72% are married and 700.000 are CSPA couples – which means close to four million couples living in free union. 200.000 French nationals declared that they live as part of a homosexual couple; 80% of the successions are taking place in an *ab intestato* manner. One French study thus drew the conclusion³³ that the natural family model replaced that of the family established upon marriage. Today, marriage does not constitute a basis for the family's formation, but – together with the CSPA and the cohabitation – is just another model for living as part of a couple: the French citizen chooses his most financially and socially-advantageous option from the available ones. The 2013 recognition of the homosexual marriage has definitively detached marriage from the concept of filiation. The family is created at the very moment a child emerges, a fact that constitutes its basis.

In a synthetic overview of everything that we have showcased so far over the course of points a) and b) above, we may transpose a sociological conclusion drawn in regard to the situation in Great Britain:

„For the majority of the people in Great Britain today, the couple, married or not, is the basis of the family. The couple begins to take central standing as far as family life is concerned, as the economic role of the family begins to decline, and love, or love and sexual attraction become the basis on which marital ties are formed (even though [...] the notion of „family” should not, in any case, be limited to refer to heterosexual couples and their children alone).”³⁴

10. The first „Copernican Revolution”, as some have named it, in the field of Belgian successional law³⁵ stems from the Law of 14 May 1981, whose objective was conferring a spot of full right enjoyment to the surviving spouse when going through the legal successional devolution process. The latter is placed on a standing of an heir enjoying full rights, just like those of the blood-related legal heirs; in addition to the rights already secured to him through the liquidation and division of his matrimonial regime, he is granted the usufruct upon the entirety of the deceased’s succession.

As long as he will continue to be alive, the surviving spouse keeps, exclusively for his benefit, the usage and enjoys the deceased’s goods. However, his children or their descendants instantly enjoy the benefits of the nude property, and therefore they become insured of the availability of the full ownership rights over the successional goods starting with the day in which the surviving spouse dies. The law of 1981 also predicted the possibility of the spouse’s usufruct to be converted to full ownership, a measure which needs approval from the court (art. 745⁴ be.). The option was very frequently used in practice in the situations where misunderstandings appeared between the descendants and the surviving spouse – in spite of the mandatory judicial censorship. The court’s control is not necessary when the spouse competes against heirs other than the descendants³⁶.

Up to this point, nothing affects, in principle, over the course of a more or less long term, the destination of the family’s patrimony. The family vision, as the Belgian lawmaker understood it during the preparatory efforts for the Law of 14 May 1981, became very different from that of the Napoleonic Code’s authors, but the logic behind the legal successional devolution remained fundamentally infused with a family type of nature.

The reform performed based on the Law of 14 May 1981 was supposed to be balanced, by parting the successional devolution between the surviving spouse and the children, both categories benefiting, following the death, from the family’s solidarity presupposed to be shared within the ambit of the „home”. But as families became divided, remarriage following divorce phenomena multiplied and solidarities shared within the recomposed family arena came to a halt, it was proven that the law (combined with other patrimonial provisions that are susceptible of being taken by the spouses, and moreover, due to the adoption of their matrimonial regime) created instruments that allowed the surviving spouse to attain a privileged status to the detriment of the children and thus affected the passing of the patrimony, in the ambit of the family, to the next generation³⁷.

We know that what would characterize contemporary society – frequently qualified as „post-modern” – is the fact that it had become „individual”. By this, it is to say that the reason for the existence of the individuals would be less and less subordinated to a collective directive – be it national interest or family interest, their personal interest being, to the contrary, self-fulfillment. From such a perspective, the institutions organized by the society and by the State would progressively lose their role of achieving the general interest – which is harder and harder to understand on the other hand. It would also be more and more guided by the recognition and protection of the individual’s private interests, the latter ultimately being the focal source for his own understanding and identity-seeking. Because the privatization and targeting of the values and normative guidelines leads almost inevitably to the expansion of the field of autonomy and self-determination of the individual: who can decide better than „one” „for oneself”?

In the context of this liberalism – which determines the entirety of the fields of human activity – one might understand the evolutions that completely disturbed, starting with the end of the XXth century, the vision of the family and family relationships. These evolutions were, however, even more radical within the ambit of private and family life, especially due to the fact of perceiving private and family life as by excellence constituting the place of self-fulfillment and personal development. Do we continue to believe to this day that we can state that the family would be „the basis of Society”? Don’t we, instead, believe that the purpose of the affective and family relationships would have become purely private in nature? And that to the extent in which it would not have been justifiable, because as far as they correspond to the feelings of love and happiness as perceived by the individual, the consequence that each of them should have been free to determine would be that corresponding to an own perception regarding love and happiness?

This issue is surely not more than a general view, which is not unanimous and for which there would be serious reasons for us to believe that it is infused with great degrees of illusion and fantasy, alike, on the other hand, the ideology of the political and economic liberalism. It is true that every reform that has recently intervened in the legal provisions concerning the human body, and, more generally, human life, sexuality, marriage and couple, family bonds, vulnerable persons were inspired by this individualistic vision regarding family and family relationships. It would have been odd that successional law should escape, although, as was already observed, the reforms are probably much slower in pace and less radical in their consequences.

11. In the Belgian law, these reforms are not yet (at the level of the year 2013) but in a project status. And this even if the grant of a successional right to the legal cohabitant through the Law of the 28th of March 2007 is already sufficiently important in this new way of thinking. The ideological reasons which inspired this reform and which will inspire future reforms stem, precisely, from this individualistic vision regarding the family. We must especially take note of the following:

- the prominence granted to the couple and to the feelings shared within the couple, which tend to favor a horizontal view upon the succession's passing on to the detriment of intergenerational passing on;

- the will to suppress the reserve rights of the ascendants (as was the case in France in 2006, but in other countries as well) and to reduce the rights of the heirs enjoying rights to a reserve, both as to their extent as well as to their very nature. This is because **the reserve won't represent but a reserve in value, with the consequence that any person will be able to extract its patrimony from the family**, including the patrimony received by itself from its parents, while the children and the descendants won't receive anything more than „money“;

- the value of the individual's programming of his succession and of the *ante mortem* successional contracts (successional planning).

All these reforms are founded on the premise that, first and foremost, a person's patrimony or a couple's patrimony belongs to their respective owners and that it must be left up to them, including in so far as concerning their children, to decide upon its usage. Then again these children will not be called upon anymore to receive that very specific patrimony from their parents or their grandparents. They will merely receive a pecuniary compensation thereof. Finally, that parents and children will from now on have the capacity to enter, freely, into contracts meant to regulate the passing on of this patrimony at the date that the parents become deceased.

The market economy largely inspires these ideas and they reflect the progressive decline of the mandatory within the family destination of the patrimony. But is it true and adequate, on one hand, to transpose the prevalence of the fact that the liberal economy is focused on the money aspect, even when concerned with the issue of family relationships, as far as the intergenerational passing on of goods and objects which belonged to their parents and grandparents, rich in historical meaning, memories, affection? On the other hand, is it true and adequate to renounce that which up to the present moment was perceived by us as being a last veritable pillar of a family order: the unconditional nature of the family relationship bond?

12. (b) Historical and sociological studies carried out throughout the current territory of Romania proved that, starting as early as the XIXth century and despite the efforts of the Church to the contrary,

„Just like celibacy and the widowhood, cohabitation became in time an alternative to marriage in the ambit of which family-type relationships were bound between two partners and the children resulted from their cohabitation“³⁸.

We must state here that, in a just way in which one author has demonstrated³⁹, cohabitation cannot be placed without clarifications within the category of the forms of family erosion. Various social, financial, religious or/and contextually political specific impediments made the people of the age enter into consensual unions accepted by the community as helping establish the concept of family⁴⁰. A thorough research showed that

it the laic spirit of modernity was not the determining factor in the spread of cohabitation, but the random specific situations in which those involved found themselves⁴¹:

“Secularization, which made consistent progress towards the end of the XIXth and beginning of the XXth centuries, facilitated the modernization phenomenon, however determining were the social-economic evolutions which followed the disappearance of the feudal relationships and the building of a society based on market economy and industrialism, which massively affected the individual and the community. [...] What resulted was a clear individual emancipation and a freeing of family and matrimonial relationships to the extent of the entire population.”⁴²

Indifferently of the hypothesis though, the practice of cohabitation has eroded the formula that the Church predicated for the family.

More serious „slippages” of the concept of the traditional Romanian family began appearing as early as the end of the Second World War, when the rate at which families disbanded grew exponentially. This phenomenon took place due to the fact that the fathers returned home, and were confronted with the fact that their wives have grown accustomed to dealing with daily activities on their own and with the children that didn’t recognize or even know them anymore. The numerous divorces have brought to Romania for the first time the attention to the reality of the single mother and of the mono-parental family, even though these notions did not appear in the official propaganda⁴³. The brutal ideological switch to communism after 6 March 1945 came to accentuate the destruction of the traditional call of religion’s moralizing authority, with a direct influence upon the family behavior⁴⁴. Our conclusion should not be surprising, as it is built on the comparison, for example, with the situation reported in the north of Oltenia at the beginning of the XIXth century, when the Christian moral is identified as one of the factors that determined a very low frequency of divorces⁴⁵. Matters have then turned following the year 1950 to a path that led today and our authors (following the footsteps of the western and North-Americas ones) to launch definitions that strive to define the mundane reality:

„The family is a social group, which may or may not include adults of the both genders [...], may or may not include one or more children [...], who may or may not have been born out of their marriage [...]. The relationship between the adults may or may not have originated in marriage [...], they may or may not share a common home [...]. The adults may or may not be cohabitants of a sexual nature, and the relationship may or may not involve socially valued feeling, such as: love, attraction, respect towards the elders and admiration.”⁴⁶

The described reality also derives from the consequences of the second and third industrial revolutions (those of the first industrialization were already tackled in the chapter referring to the Old Civil Code)⁴⁷. The second half of the XIXth century had promoted throughout the Western civilization the image of the woman that does not leave the household, men having jobs sufficiently well-paid in order to be able to provide for the entire family. The previously-mentioned revolutions had gone so far as to completely change this view, a fact also attributed in the second half of the XXth century – beginning of the XXIst century to the rises of the living costs in the consumer society. The vicious circle becomes complete once we observe that the consumer goods that have systematically freed the

woman from a great deal of household chores that were consuming of effort and time (electric household appliances, for example) have a high acquisition value. This fact mandates that both spouses work, because they must additionally bear the household costs, those of (their) car, and of leaves of vacation – and the activation of the good consumer is indispensable, because the production of consumer goods supports the economy and stabilizes the labor market.

These aspects fundament two interesting consequences for our research: the switch between traditional family roles (fathers dealing with raising the children⁴⁸) or the neglect of the children by the spouses which are highly involved in their careers, children whom the parents support with financial resources destined for their education and whom receive encouragement to rapidly become involved in active life⁴⁹, respectively the at the very least equal standing (from the standpoint of the financial contribution to the wellbeing of the family unit) that the wife enjoys⁵⁰.

13. Let us accept, for the sake of the argument, that all of the before-mentioned Western society characteristics are correct and they supersede (with a chronological delay estimated by one author to be a hundred years⁵¹) the Romanian reality. Even so, we must also take into account an additional aspect displayed by our society: the consequences of the massive expropriations and of the intensive urbanization, pursued as (communist) State policy before 1989⁵². The serious imbalances that were created due to the population relocations as a consequence of forced cooperation and nationalizations, as well as due to territorial systemizing (e.g., Statute 59/1974), made it so that at the current moment Romanian urban and rural lifestyles are not fundamentally different:

„The peasants which were disinherited overnight have transported behaviors, attitudes and specific rules corresponding to the natural environment in which they were formed and grew up to their new destinations.”⁵³

„The waves of peasant relocations to the urban landscape brought with themselves traditional values, which were disintegrated by modernism with great difficulty. This explains why the family, in Romania, is held to such a high regard, why the family cultural model has not been subjected to erosions, why the concept of family remains a constant of the Romanian society, in spite of the current turmoil.”⁵⁴

The above-quoted text has the great quality of being a particular conclusion highlighting a high degree of abridging. In order to detail its consequences, it one has to note that Romania sets forth a strong conservative attachment towards the classic family. This often slides on the slope of intolerance, due to several factors:

- increased level of religious adherence, with frequent radically religious adherences, also favored by the divide created by the economic issues that followed the Revolution;
- the population’s low literacy rate, created mostly by the pre-1989 era and in part to the post-revolutionary promotion of success in life stories of certain „businessmen” with precarious education levels;
- the chronic mistrust in others – inherited from the communist period;
- the reduced degree of social and relational capital⁵⁵.

Recent sociological research have displayed the same, and have proved that the concentration of the concept of family cannot be made absolute in Romania. The financial problems, those regarding caring for the children as long as both parents are involved in the workplace and the need to assist the ascendants that have reached old age are still aspects that are supportive to the survival of parts of the cooperation exhibited by the extended family model⁵⁶.

14. This also explains the size of the current movements that are dedicated to restore the “traditional family” concept. One of the main coordinates on which our analysis was based was the religious one. The Romanian Orthodox Patriarchy declared the year 2014 to be „The year of the family”. The motivation was a complex one and, in the research we have pursued, we adapted it through an interpretation specific to the legal field. The enactment of the Code generated a debate upon the means it which it addresses the notion of family. It is a notion regarded today as on a path of decline, due to the profound socio-economic changes, that have caused a series of processes that have recently been intensified: individualism, divorces and abandonment of the perspective of marriage, rise of the rate of abortions, the decline of the status of the children and of the teenagers.

Our research stretched out that, despite these phenomena, the new codes maintain their incorporation of the traditional concepts. More so, the spread of NRT, of insemination, of surrogate mothers, of demands for rights initiated by the homosexuals and the struggle for their awareness have also contributed to the socio-cultural shift that we are discussing. The author of the previously showcased pessimistic conclusions used the concept of family in its classic sense in his study⁵⁷, as long as any other meaning remains in an area which excludes the possibility to procreate. He finally makes a compelling case for the family’s reconstruction, just as the Romanian Orthodox Church actively seeks the return to the values of the „traditional family”⁵⁸, in which contraception and abortion are not regarded well, and the notion of family cannot mean anything other than what is currently defined by the Romanian New Civil Code in its art. 259 par. 1. These politics are a reaction to the process of secularization that was witnessed at a European level during the past two hundred years, following which the bans on marriage have been lifted, abortions have been legalized, adoption was allowed and, finally, starting with the seventh decade of the XXth century, artificial contraception has spread⁵⁹.

However, not every one of these factors have been present in the Romanian societal space. On the other hand, the personal option of any citizen may vary from atheism to bigotry. It is important to take note that the recent unfolding of events (the idea circulated in the fall of the year 2016 to organize a referendum for the „traditional” redefinition of the family in the Romanian Constitution) transpose the sufficient viability of the Christian-orthodox ideas in the mental and imaginary of the Romanian people. We have already analyzed the causes of this viability, previously in the text before, and the scholarly literature highlights the fact that Romania currently has one of the highest degrees of population religious adherence in the entire European Union⁶⁰. The fact that these ideas end up being demagogically exploited by one or another does not change the conclusion of their existence and vitality: if they would not exist, there would be nothing to exploit.

Is the legal successional order influenced by religious concepts? The answer is affirmative. We have seen over the course of this presentation how (e.g.) the dowry practices undoubtedly have religious roots. However, these practices, along with the religious precepts find themselves secularized in the practices and moral codes of many, because starting with the XIXth century all of the aspects pertaining to family life have been secularized.

15. Let us try to present a summary of the European civilization's space⁶¹. By doing so, we observe that up until the XVIIIth century the traditional family pattern was based on a marital link based on the family patrimony and indifferent as to affection. The period between the end of the XVIIIth century and middle of the XXth century saw the blossoming of a family romantically based on mutual affection, division of labor and public education of children. The decades following 1960 however completely shifted the paradigm:

"This family joins for a relative amount of time two individuals seeking intimate relations or sexual fulfillment. The grant of authority becomes more and more problematic as the numbers of divorces, breakups and conjugal restructuring cases increase.

Without a paternal backbone, without a symbolic law, the mutilated family of the postindustrial societies would be perverted in its very function as the basic societal cell. It would succumb to hedonism, to the "no limits" ideology. Mono-parental, homo-parental, recomposed, deconstructed, artificially sustained, attacked from the inside by the pretended neglectors of the difference between the sexes, it would not be capable of displaying its own values anymore. [...]

Our age generates a profound confusion as far as the family is concerned. The powers of sex seem to be more extended than ever, generating a specific anguish and disorder, linked to the fear caused by the disappearance of the difference between the genders, having as its final perspective the dissolution of the family. In the modern age, family was more and more desacralized and has stopped being conceptualized as the paradigm of a divine or State-originated vigor, though remaining, paradoxically, the strongest human institution present in the society."⁶²

We thus find ourselves in a transitory stage, in which a clear direction of the evolution of the family concept cannot be discerned. The heightening of the novel elements becomes linked with the revaluation of the traditional elements:

„The postmodern family does not designate, according to this perspective, a new model of family and neither the next stage in the evolution of the family concept, but one in which the very idea of evolution has no standing."⁶³

Our final opinion is that **the legal successional order of the New Civil Code does not completely reflect every sociologic reality present in the Romanian society. Moreover, it is a regulation that turns more towards the past, its provisions not being sufficiently permissive in order to host future legal acceptances of some other family configurations**⁶⁴.

We believe however that, **from the legislative technique standpoint, this creates a good as well as a less good part.**

The good part is that it offers the possibility of fixing its lacking provisions by creating regimes parallel to marriage through laws that complete the Civil Code. Our lawmaker has the possibility to create – if and when it will see fit – a successional legal framework for the civil

partnership (be it heterosexual or homosexual in nature) and for the mono-parental family. Sociological research show that, even though consensual unions (cohabitation) have gained increased incidence following the year 1960, alternative types of families of all kinds are still reduced in numbers⁶⁵. Still in the ambit of the good part is the acknowledgment that, in Romania, the incidence of marriage – even as low as it stands – is among the highest in the European territory⁶⁶. In addition, consensual unions are not fundamentally different as an option from marriage: these represent a pragmatic option created following the model of the married family, to which their great majority declare to tend to⁶⁷.

The less good part is that such a way of action is contrary to the very purpose of the codification process. A new code was necessary (both in our and in other countries as well) also due to the fact that one of the phenomena that accompanies its aging is the plurality of normative acts which accumulate around it over time. A plethora of interpretative laws, completion or/and modification laws, republishing laws, renumbering laws, petite provisions lost in normative acts which have more or less to do with the code. These regulations end up as parasites to the code, which according to the specific means in which the European system of continental law (of Roman-Germanic origin) is supposed to function should be an abridged easy synthesis and the central source of regulation for the field of law that it regulates. In addition, the efforts to recode were initiated in order to refresh its content in accordance with modern time tendencies and to order its structure by absorbing the parasite-type legislation, which became more voluminous than the code itself. It would thus have been optimal to proceed with increased vision, by creating within the code a legal framework for the family, which would be far more permissive in case of future shifts⁶⁸. A reputed Romanian sociologist wrote to this end:

„Let us stop the highlighting of *the crucial importance of the laws, regulations and State policies not just in relation to the quality of the life of the monogamous family, but also in its genesis and means of functioning.* [...] In Sweden, for example, after the modification of the requirements for state welfare for the single mother caring for a child in the '80s, by having her monetary payment diminished, the number of children born outside marriage has dropped significantly. Before these modifications, many women, even though they had a stable partner, preferred declaring themselves unmarried.”⁶⁹

An additional issue needs to be looked at on top of the undesirable consequences of the manner in which the Romanian New Civil Code was drafted. The special regulation outside of the realm of the Code of other types and family compositions will complicate the legal devolution of the succession: legal differences will arise between the heirs from the standpoint of personal affinities, which will in turn negatively affect the simplicity and predictability of the successional regime. A great array of particular solutions external to the Code will appear and will have the possibility if conflicting with the imperative of the equality of same-category heirs. These are born out of the principles set forth in Europe by the French Revolution of 1789 and integrated in the Napoleonic Code, the fundamental source of both the Old and the New Romanian Civil Codes⁷⁰.

16. As far as the surviving spouse is concerned, the legislative technique solution used in the Québec codification of 1994 appears to us more adequate than the Romanian

one of 2009, just like the Canadian solution regarding the composition of the classes of heirs⁷¹. The Romanian Civil Code uses the regulation technique borrowed by our lawmaker in 1944 from the German Code, which is also used in the Swiss one⁷². It is true that the spouse, now primordial actor of the legal succession, was brought to compete with each class of blood relatives; but he was placed by the Code as separate from these, which remained intact in their criteria of cognac composition. The Swiss authors do not even realize the fact that they did not move the reform all the way from a technical standpoint, by affirming that the absorption of the spouse in a legal devolution, which was freed from the blood relation criteria, would have been realized (*sic!*)⁷³. The charge is backed by the Québec Civil Code, **which integrated them effectively by creating new types of heir classes**: art. 666-669 CcQ discuss the order (class) of the surviving spouse and of the descendants, art. 670-676 CcQ deals with the successional devolution in the class of the surviving spouse and of the privileged ascendants or collaterals.

Why is the aspect undergoing discussion important? We have analyzed in detail the controversies that appeared in the Romanian Law regarding the reserve calculation for the spouse when competing against both categories of the second class. They would all have been eliminated if the Québec Civil Code solution had adopted: in the presence of the surviving spouse, only the parents have the right to inherit (art. 672 CcQ). The privileged collaterals have vocation either in the absence of the privileged ascendants (art. 673 CcQ) either when they find themselves competing against the latter, but in the absence of the spouse (art. 674 CcQ)⁷⁴. Moreover, the vocation in collateral line within the second class stops at the third degree (art. 670 par. 2 CcQ), the brother great-grandchildren being moved to the third class – an independent category which will compete distinctly against the rest of the ordinary ascendants and collaterals (art. 678 CcQ)⁷⁵.

In the Romanian New Civil Code, the hesitations to the establishment process for the reserve have been resolved though by adopting the calculation framework employed by Professor Deak. *E.g.*, even if a universal will provision completely disinherits the privileged collaterals, the reserve of the surviving spouse and of the privileged ascendants is determined by the measure of half of the quota that would be allotted to them in the *ab intestato* inheritance– where they would have competed against the brothers and the sisters. However, **the technical solution of the Québec lawmaker appears to us to be more in line with the current tendencies regarding the concept of family. The heir classes have been rearranged in such a manner that no trace of the old one between blood relative heirs and irregular heirs subsists: the surviving spouse is integrated in a successional order in which everyone is considered to simply be a legal heir. When he has the vocation to compete for the heritage distribution, he eliminates the ordinary ascendants and collaterals⁷⁶, which were regrouped in a unique third class – solutions which accurately express the radical becoming nuclear phenomenon of the contemporary family. The same sociological tendency finds its expression as well in moving the privileged collaterals of the fourth degree within the final class, which consolidates the legal vocation of the surviving spouse to an even greater extent.**

The final part of the conclusion presented above also applies to the Romanian New Civil Code, if we are to analyze the case law presented in the section dedicated to the successional rights of the surviving spouse. As a consequence, we believe that, even though the decision of our civil lawmaker is a primarily correct one (his successional vocation increased), it remains subject to criticism in its concrete sizing aspect.

17. The specific question, which arises in this point of the discussion, would be the following: what nature should the rights granted as such have? As was showcased now almost one century ago,

„[...] we believe that the fact that the surviving spouse benefits with preference of a part of the goods, or even of their totality, will profit both the private as well as the national economies. [...] the dispersion of the goods in the hands of the great number of distant blood relatives, an economic disadvantage accentuated rightfully by the competent ones, is dismissed or lessened by the just preference granted to the surviving spouse to such greater extent as he would compete with more distant blood relatives.”⁷⁷

Following this general announcement, the reputed Cluj-based Professor reached a specific solution, which appears to us as more equitable than that of the current Code. When competing against the common children, if the spouses were married in accordance with the community regime, he proposed that they be granted one-third in usufruct. He/she he would keep this right even in the case of remarriage, which could be transformed upon the request of the children into life annuity; if they were married in accordance with the separation regime, then they would receive at least one third in full ownership⁷⁸. When competing against the children of the deceased from a different communion, he proposed either one third in usufruct – with the possibility to request the conversion for the spouse as well, either in full ownership (the Callimachus Code solution). Negrea opted for the first choice. He then grants $\frac{1}{2}$ in competition against all the other blood relatives of the deceased, eliminating other ascendants than the grandparents and the ordinary collaterals. He also proposes the grant of a reserve, fundamental on the fact that otherwise the right of the spouse would be an illusory one⁷⁹.

Alexandru Cerban revisits Negrea’s motivation and solution in time, in his criticism of the provisions regulating the matter at hand contained by the Charles II Civil Code. Moreover, the prestigious Bucharest-based Professor noted:

“The usufruct right attributed to the surviving spouse, which is calculated so that in neither case it would be inferior to a quarter of the successional base value, is adequate to represent an insurance of the financial standing of the surviving spouse. It is allowing the latter to continue enjoying the same lifestyle that he led during marriage and at the same time is advantageous due to the fact that it maintains the deceased’s goods in his family. However, this result would not be achieved in the case of a full ownership grant to the benefit of the surviving spouse and when the descendants that he would come up to compete against would originate in another marriage contracted by the deceased. The successional right to usufruct granted to the surviving spouse also holds the advantage that it is susceptible to reduction when the spouse moves on to the second marriage.”⁸⁰

We have though discovered how the patron of Camil Negrea's 1924 study, The National Council of Romanian Women, concluded to the opposite:

„The successional rights of the widow and even of the man must have preference to those of the children; they must enjoy in respect to the latter **not a portion in usufruct, but in full ownership** (our highlighting – MDB) that is no smaller than one third. The mobile worth which amounts to the household must be granted exclusively to the benefit of the surviving spouse, in order to avoid the sad spectacle of these times, when the widow can be cast away by other heirs from her very own home.”⁸¹

In 1931, by restating his own Bachelor Thesis conclusions defended in the year 1903, Lawyer Popescu Copuz advocated:

„Let the surviving spouse thus be granted half of the estate of the pre-deceased, as privileged personal rights, to the benefit of both the woman and the man, when competing against the collaterals. When competing against legitimate descendants, a part of either 1/3 or 1/4 in full ownership, in accordance with the number of the heirs, without it being possible that this right can be modified through will provisions.

Let however requirements be placed upon the surviving spouse, *morality*, both in respect to the past as well as to the future. Proven adultery and notorious infidelity, as well as the overall behavior exhibitiv of debauchery on the part of the surviving spouse, that would tarnish the memory of the deceased, all amount to the consequence of removing the right to inherit.”⁸²

A Belgian author considered that the vast variety and the heterogeneous nature of the family configurations, the conditional nature of the conjugal tie, the various patrimonial ties interweaved between the spouses (those of another nature than successional expectations) have to be taken into account. They all lead to the conclusion that an alimony-type of personal right and a matrimonial-type right to the conjugal home would represent the optimal solution.⁸³

18. In order to be able to decide, we must consider the specific typology of our nowadays fellow. He/she began life on his own as quickly as possible. He/she is „in a relationship” (in the Facebook terminology) but more and more frequently unmarried or divorced (sometimes remarried and having (a) child(-ren) from the previous engagement). He/she is still more and more frequently being childless or having one child (maximum two)⁸⁴ and lives in a society characterized by „a discontinuity in the values’ system, which affects the stability and leads to difficulty in communication or understanding between the members of the family, promoting a state of uncertainty manifested in the interactions between generations”⁸⁵. By taking into account the permanent increase in the life expectancy and geographic mobility of the family members⁸⁶, we reach a conclusion. **The underlying decision reached by the Romanian lawmaker in 2009 to increase the standing of the surviving spouse in the legal successional devolution to the disadvantage of the blood relatives is in line with the evolution of the concept of family. We view it at the same time as being in line with the tradition of the Romanian *Ancien Droit*, both with customary and the codified law. It is in line with our scholarly research’s and practice’s constant objective**

following the 1 December 1865 to ensure as much financial comfort for the surviving spouse – enacted into law on the 10 June 1944. It finds itself at the same time in line with the comparative law evolutions⁸⁷.

What we do not agree with is the specific manner in which it resolved it: neither as far as the nature of the rights aspect was resolved, nor – and most of all – as far as the tendency to reduce the grant of successional vocation only to the benefit of the married partner is concerned. As the late French Professor Pierre Catala demonstrated, the life communion with the deceased weaves a series of financial ties, other than the simple successional expectancy⁸⁸. The majority of the Romanian citizens are married under the common legal regime of legal community (art. 312 and 329 Civ.C.). Most of the successions in Romania are comprised of a home and a car that were bought together during the marriage; to the extent to which they are declared at the succession, they are augmented by the family's household goods, some jewelry and possibly some sums of money residing in bank deposits⁸⁹. The death of one of the spouses generates the liquidation of the community, which – regularly – directs half of the couple's goods to the surviving spouse⁹⁰. To this half a successional quota is added, because the Code allows him to compete against any other heir, be it legal or instituted by means of will provisions (art. 970, 971 and 1087 Civ.C.). He will thus gain the majority stake in the most important good of the successional mass (the home), which he will receive in kind in the division process. To these rights there are other potential additions: the existence of various pension schemes, legal or voluntary, life insurance rights and other precaution-type formulas; accounts held in common; manual gifts, indirect and unobserved donations etc. By also taking into account the increasing level of life expectancy, combined with the process of population aging, manifested in Romania following 1990⁹¹, the surviving spouse is a rather old person and is threatened by poverty in an inversely proportional degree relative to his education level. The State represents his most important source of income, while the relatives from the extended family and the friends intervene more on the side of providing care and emotional comfort⁹². All these aspects are not necessarily taken into consideration by the Romanian successional law, due to the fact that the return to a market economy and a free society are events that have taken place too recently in order for those who have studied to benefit financially from the change and to have reached the time of death. Thus in reality we have to deal with a complex set of circumstances that, specifically, can shift the surviving spouse from the standing of most well off to that of the worst standing out of the legal heirs⁹³.

19. The solution that we advance herein presupposes several aspects.

In 2003, when we were taking part in the drafting process of the Civil Code, we compiled a IInd Title named „The legal succession” in which, in order not to brutally break the tie with the case law stemming from the previous decades, we combined the regulating technique of art. 1 Statute 319/1944 with the modern one of the Québec Civil Code of 1994. In this way, we considered we would prepare for the criticisms raised in respect to Statute 319/1944 as far as the manner in which its art. 1 and 2 were drafted was concerned. We augmented the legal quotas of the surviving spouse, following the model of the Romanian

Civil Code project drafted by Mihail Eliescu in 1971 and, partially, that of the French Reform Law of the 3rd of December 2001.

By bringing the spouse to the front of the successional order, we intended to legally acknowledge the reality of the paradigm shift over his successional standing. We noticed even at that time how the Québec Civil Code⁹⁴ expresses this fact by making use of the legislative technique detailed above: in the chapter called „Of the order of devolution of the succession” (art. 666-687 CcQ) regulates the rights of the surviving spouse within each class of heirs. This seemed to us as the most appropriate, as long as the surviving spouse cannot be regarded as being a distinct category of heritage, but must be called to compete against the components of the class alongside which he is effectively called to the successional division with. The research process that we have undertaken has allowed us to acknowledge that – in the conscience of the Romanian society of the end of the XXth century – he is called alongside blood relatives from each class exactly in the same manner in which, inside the second class, the parents of the deceased compete against his privileged collaterals. Such a legislative technique is able to better illustrate his absorption within the Code’s legal successional order, than if he is left – as the Romanian Civil Code of 2009 currently states– to stand alone in a section that is separated from the blood relatives. The Romanian reform of 1944 was a gate left wide open for the surviving spouse to become a legal heir alike the others, after the fact that the not-enacted Civil Code of 1940 made him a prime degree heir, but did not dare to place him in the same section as the blood relatives.

We proposed that the surviving spouse would eliminate the ordinary ascendants and collaterals from the successional order – a solution that was common to the Eliescu project, the Québec Code and the French Law of the 3rd of December 2001. As far as the competition with the descendants is concerned, we proposed the reactivation of the successional rights to usufruct, following the French reform model⁹⁵:

Art. 10 – The surviving spouse and the descendants. When competing alongside the descendants, the surviving spouse has the right to choose between a quarter in full ownership and the usufruct of the entirety. In the absence of the spouse, the heritage is offered to the descendants. (art. 669 c.c.; 843 par. 1 c.c.1971; 757 and 735 fr.; 666 and 667 CcQ; par. 1 let. of Statute 319/1944)

Art. 11 – Until the exercise of the option between the full ownership and the usufruct, the respective rights of the surviving spouse are non-transferable. (**art. 758-1 fr.**)

Art. 12 – The choice between the full ownership and the usufruct can be demonstrated through any means of proof.

Any heir may address a written invitation to the surviving spouse in order for the latter to exercise his option. The lack of a written response over the course of a three month term presumes the choice of the usufruct.

The surviving spouse is considered to have opted for the usufruct if he deceases prior to exercising his right to choice. (**art. 758-2 – 758-4 fr.**)

Art. 13 – When competing alongside the descendants, the surviving spouse does not have the usufruct option in any of the following cases:

a) if at the time that the succession was open he did not reach 40 years of age and at that time at least 10 years have not passed since the marriage took place;

b) if at the time that the succession was open any of the former spouses or both together registered a request for divorce;

c) against the descendants belonging only to the deceased. (art. 757 fr; IV.3.23 L.Car.)

Art. 14 – Any right of usufruct belonging to the surviving spouse over the successional goods, regardless of whether stemming from the law, will or donation of future goods, offers the option to conversion in lifetime annuity, at the request of any pure proprietor or of the surviving spouse himself.

The option to convert is not susceptible to be renounced to by will of its beneficiaries or to be eliminated by the will of *de cuius*. (art. 759 și 759-1 fr.)

Art. 15 – In the absence of the parties' agreement, the request to convert is subject to analysis of a court of law, and can be introduced up to the date that the final division has taken place. The judge establishes the value of the annuity, the warranties which must be provided by the debtor heirs, as well as the adequate means of indexing.

The conversion of the usufruct of the home, which he occupied as his main residence, and of its furniture cannot be admitted without the approval of the surviving spouse. (art. 760 fr.)

Art. 16 – The conversion of the usufruct to a capital can only be exercised through an agreement between the heirs and the surviving spouse. (art. 761 fr.)

Art. 17 – The conversion of the usufruct is included in the division process. (art. 762 fr.)

The spouse's rights were supposed to become full ownership ones in case of competition alongside the other classes of heirs. The usufruct solution was however regarded with reticence by the other members of the Commission⁹⁶, and it became apparent to us that a common solution from the time before 1865 had been forgotten and now drew the presupposition that will become too burdensome. The solution was disputable in and of itself⁹⁷, being as challenging as the very decision on the legal nature of the type of successional right that should be granted to the surviving spouse. An author very justly acknowledged the fact that „the issue of the legal nature of the successional reserve is one of the most controversial in our law of successions”⁹⁸!

A right to full ownership implies the disadvantage of the transfer incurring a double taxation (once at the time of the death of *de cuius* and the second time at the death of the surviving wife), until it reaches the patrimony of the descendants of the respective couple. A right to usufruct has the advantage of not altering the lifestyle of its beneficiary, while a quota in full ownership may not offer sufficient income to this extent⁹⁹. Moreover, it could represent a solution for the recomposed families in which the spouse competes with descendants of the deceased from another marriage or affair; case law reveals that such couples often avoid marriage, in order not to involve the new partner in the successional rights of the descendants from the first marriage of *de cuius*. But the usufructuary must conform to the restrictions imposed upon him by the Civil Code and may end up in a state of cohabitation with the sole-proprietor descendants that are not necessarily favorable to him. Therefore, he is not sufficiently interested in caring for maintaining the good¹⁰⁰ and will not be able to efficiently

set it up as a guarantee in order to facilitate access to loans. Moreover, in the XIXth century practice, the poor widow's usufruct established by art. 684 c.c. was often times converted to money, conversion which did not always prove to be facile¹⁰¹ (a difficulty also present today in countries like Belgium or France, which use the solution of the usufruct¹⁰²).

20. As a consequence, we have renounced the introduction of the usufruct and the second version was presented like this:

Chap II – Heirs

Sect. I – The inheritance rights of the surviving spouse

Art. 13 – **The surviving spouse.** The surviving spouse has the right to inherit if at the date of the opening of the succession there does not exist a definitive divorce decision. (art. 732 fr.; art. 961 C.Cal.)

The surviving spouse is called to compete in the inheritance procedures alongside the descendants, the privileged ascendants and the privileged collaterals. In the absence of these categories, he has the right to the full worth of the deceased. (**art. 846 par. 1 and 3 c.c.1971**; 756 fr.; 583 it.)

Art. 14 – **The right of home usage.** The surviving spouse that has no other own home will benefit for two years from the date that the succession became open, additionally from the inheritance rights contained in the current chapter, by a right of use pertaining to the home in which he lived, if this is part of the succession, as well as to the furniture, contained in the succession and located in the respective home. (art. 840 c.c.1940; **846 par. 2 thesis 1 c.c.1971**; 757 and 735 fr.; 666 and 667 CcQ; art. 1 let. a-c Statute 319/1944)

If his presence in the home was insured through a rent contract, the money equivalent of the rent values will be reimbursed to him from the succession, on the basis of their payment. (art. 757 fr.)

The other heirs have the right to procure an equivalent housing facility for the surviving spouse. The disputes arising over the housing procurement process will be decided upon by the court of law charged with the division of the successional mass, which will decide urgently in the council chamber.

The rights contained in the current article are reputed as direct consequences of marriage and not as successional rights. These cease in case the surviving spouse remarries before the execution of the termination of the state of severalty.

The current article is of a public order nature.

Sect. II – On the concurrence between the surviving spouse and the first class of heirs

Art. 15 – **First class.** The descendant's straight descending line relatives are the first ones entitled to succeed him.

The vocation of the descendants reaches out to infinity, regardless of whether they originated from marriage or from outside marriage. (art. 763 fr.)

Art. 16 – **The surviving spouse and the descendants.** In a concurrence with the descendants, the surviving spouse has the right to a quota of a child, but no less than a quarter of the inheritance. In the absence of the spouse, the inheritance belongs to the descendants.

The before-mentioned rights of the surviving spouse are reduced in half,

a) if at the time that the succession was open he did not reach 40 years of age and at that time at least 10 years have not passed since the marriage took place;

b) when the concurrence occurs alongside the descendants belonging only to the deceased. (art. 669 c.c.; art. 825 c.c.1940)

Sect. III – On the concurrence between the surviving spouse and the second class of heirs

Art. 17 – **The second class.** The privileged ascendants are the father and the mother of the deceased. (art. 840 c.c.1940; art. 846 par. 2 thesis 1 c.c.1971; 757 and 735 fr.; 666 and 667 CcQ; art. 1 let. a Statute 319/1944)

The privileged collaterals are the brothers and sisters of the deceased, as well as the first degree descendants thereof.

Art. 18 – **The surviving spouse and the second class.** In concurrence with the heirs of the second class or with only some of them, the surviving spouse has the right to half of the inheritance.

In the absence of the descendants and the surviving spouse, the parents and privileged collaterals each receive half of the inheritance. In concurrence with a single parent, the latter receive three quarters.

In the absence of the descendants, the surviving spouse and the privileged collaterals, the inheritance is allotted to the parents. In the absence of the descendants, the surviving spouse and privileged ascendants, the inheritance is allotted to the privileged collaterals. (**art. 670 CcQ**)

Sect. IV – On the third class of heirs

Art. 19 – **The third class.** The ordinary ascendants are the straight ascending line relatives of the deceased, except for his mother and father. In the category of the ordinary collaterals belong all the collateral relatives of the deceased, except for those belonging to the second class of heirs. (**art. 673 c.c.; 829 c.c.1940; 738 fr.**)

The ordinary ascendants and collaterals are called to the inheritance only in the absence of the surviving spouse and of the heirs belonging to the first two classes. (**art. 671 and 672 c.c.; 674 par. 2 CcQ**)

Art. 20 – **The ordinary ascendants and collaterals.** If among the ordinary collaterals there are descendants of the privileged collaterals, these receive half of the inheritance; the other half is divided between the ascendants and the other collaterals.

In the absence of the descendants of the privileged collaterals, the entire inheritance is transmitted to the ascendants and to the other collaterals – and vice versa.

Art. 21 – **The line division.** Within the ambit of one line, the division of the inheritance between grandparents and uncles, aunts, as well as their descendants is carried out similarly to the rules applicable to the devolution within the second class. (**art. 677 CcQ**)

In the absence of grandparents, the uncles, aunts and their descendants eliminate the other ascendants from the inheritance, regardless of whether they find themselves pertaining to the same line or not. (**art. 678 CcQ**)

Art. 22 – The alimony of the ordinary ascendants. During one year from the death of their descendant, the ordinary ascendants eliminated by the surviving spouse may request, if they are in need, an alimony-type of personal right over the inheritance. The term may also begin from the moment in which the heirs cease paying the support that they previously supplied to the ascendants.

The alimony is calculated over the entire inheritance and is owed by all the heirs. In case of insufficiency, particular will-instituted heirs will also be held to contribute.

Sect. V – On the available quota

Art. 23 – The successional reserve. The will grants included by the deceased will not be able to surpass one third of the inheritance, if it is open to the concurrence of the descendants and of the surviving spouse; half, if it is open to the descendants; two thirds, if it is open to the surviving spouse; three quarters, if it is open to the privileged ascendants and to the surviving spouse; four fifths, if it is open to the privileged ascendants.

The part reserved for the before-mentioned heirs will be divided between them in accordance with the legal successional quotas. (**art. 758 fr.**)

Under the pressure of the other members of the Commission, we had to renounce applying the legislative technique of the Canadian Code.

It is noticeable how we have maintained the surviving spouse's standing among the heir entitled to a reserve, by backtracking to the regulatory technique of the Napoleonic Code, passed on the the Cuza Code (even though the marginal note to art. 23 of the Vth section referred to the reserve). Between 2006 and 2008, the Commission tasked with the drafting of the amendments to the Civil Code of 2004 has even debated over the opportunity of eliminating the successional reserve. The result of the vote which succeeded the debates was equal (seven *versus* seven), thus it was decided that the reserve be kept. The presumed affection and the economic collaboration towards the establishment of the family's patrimony are fundamental to the legal devolution. The French reform of 3 December 2001 has granted the reserve to the widow/widowed in a prudent manner, only in the absence of the privileged descendants and ascendants, for the Law of 23 November 2006 to continue and eliminate the reserve of the latter¹⁰³. We must take note though of the traditional nature of the reserve of the surviving spouse in the Romanian law; the French solution to the contrary of 2001 was in fact another product of a symmetrically opposite tradition that the future reform of 2006 has carried out to correct¹⁰⁴.

The third and fourth classes have fused and received among their ranks the IInd degree descendants of the privileged collaterals (fourth degree relatives in respect to the deceased), following the Québec model. We carried out in such a manner, because we considered that the great-grandchild on the brother's side is not closer from an affective and economically collaborative standpoint to the deceased than his grandparents are. The division between the ordinary ascendants and the ordinary collaterals (other than the

descendants of the privileged collaterals) is carried out though still as in the case of the concurrence between the similar categories from the second class.

21. The final (third) form of the chapter, which interests us from Title II dedicated to the legal succession, handed over to the Ministry of Justice in July 2003, stated as follows:

Cap II – On heirs

Sect. I – On the surviving spouse

Art. 13 – The surviving spouse. The surviving spouse has the right to inherit if at the date of the opening of the succession there does not exist a definitive divorce decision. (art. 732 fr.; 961 C.Cal.)

The surviving spouse is called to compete in the inheritance procedures alongside the descendants, the privileged ascendants and the privileged collaterals. In the absence of these categories, he has the right to the full worth of the deceased. (**art. 846 par. 1 and 3 c.c.1971**; 756 fr.; 583 it.; 1 Statute 319/1944)

Art. 14 – The inheritance rights of the surviving spouse. When called to inherit, the surviving spouse has the following rights to the inheritance of the other spouse:

- a) a quarter of the inheritance, in concurrence with the descendants of the deceased;
- b) half of the inheritance, in concurrence with the heirs from the second class or with only one of them;
- c) the entirety of the inheritance, by eliminating the heirs from the third class. (art. 840 c.c.1940; 846 par. 2 thesis I c.c.1971; 757 and 735 fr.; 666 and 667 CcQ; 1let. a-c Statute 319/1944)

The before-mentioned rights of the surviving spouse are reduced in half,

- a) if at the time that the succession was open he did not reach 40 years of age and at that time at least 10 years have not passed since the marriage took place;
- b) when the concurrence occurs alongside the descendants belonging only to the deceased. (art. 757 fr.)

[...]

Sect. II – On the descendants

Art. 17 – The descendants. The descendant's straight descending line relatives are the first ones entitled to succeed him.

The vocation of the descendants reaches out to infinity, regardless of whether they originated from marriage or from outside marriage. (art. 669 c.c.; 825 c.c.1940)

Art. 18 – The descendants' right to inherit. In the absence of the surviving spouse, the descendants inherit in the order of the proximity of their relative degree, by dividing the inheritance per capita, or, if the case may be, between relative branches. (art. 840 c.c.1940; 846 par. 2 thesis I c.c.1971; 757 and 735 fr.; 666 and 667 CcQ)

[...]

Sect. III – On the privileged ascendants and on the privileged collaterals

Art. 19 – The privileged ascendants and the privileged collaterals. The privileged ascendants are the father and the mother of the deceased.

The privileged collaterals are the brothers and sisters of the deceased, as well as the first-degree descendants thereof. (**art. 670 CcQ**)

Art. 20 – The rights of the privileged ascendants and collaterals to inherit. In the absence of the descendants and the surviving spouse, the parents and the privileged collaterals each receive half of the inheritance. In concurrence with a single parent, the latter are entitled to three quarters. (**art. 673 c.c.; 829 c.c.1940; 738 fr.**)

In the absence of the descendants, the surviving spouse and the privileged collaterals, the inheritance is allotted to the parents. In the absence of the descendants, the surviving spouse and privileged ascendants, the inheritance is allotted to the privileged collaterals. (**art. 671 and 672 c.c.; 674 par. 2 CcQ**)

[...]

Sect. IV – On the ordinary ascendants and ordinary collaterals

Art. 21 – The ordinary ascendants and ordinary collaterals. The ordinary ascendants are the straight ascending line relatives of the deceased, except for his mother and father. In the category of the ordinary collaterals belong all the collateral relatives of the deceased, except for those belonging to the second class of heirs.

Art. 22 – The rights to inherit of the ordinary ascendants and collaterals. The ordinary ascendants and collaterals are called to the inheritance only in the absence of the surviving spouse and of the heirs belonging to the first two classes. (**art. 677 CcQ**)

If among the ordinary collaterals there are descendants of the privileged collaterals, these receive half of the inheritance; the other half is divided between the ascendants and the other collaterals. (**art. 678 CcQ**)

In the absence of the descendants of the privileged collaterals, the entire inheritance is transmitted to the ascendants and to the other collaterals – and vice versa.

Art. 23 – The line division. Within the ambit of one line, the division of the inheritance between grandparents and uncles, aunts, as well as their descendants is carried out similarly to the rules applicable to the devolution within the second class.

In the absence of grandparents, the uncles, aunts and their descendants eliminate the other ascendants from the inheritance, regardless of whether they find themselves pertaining to the same line or not.

Art. 24 – The alimony of the ordinary ascendants. During one year from the death of their descendant, the ordinary ascendants eliminated by the surviving spouse may request, if they are in need, an alimony-type of personal right over the inheritance. The term may also begin from the moment in which the heirs cease paying the support that they previously supplied to the ascendants.

The alimony is calculated over the entire inheritance and is owed by all the heirs. In case of insufficiency, particular will-instituted heirs will also be held to contribute. (**art. 758 fr.**)

We have prescribed a differentiated successional quota for the surviving spouse in each of the three versions, according to his specific age and to the duration of the marriage, as well as according to whether he is in concurrence with descendants that belong only to the

deceased. The solution was inspired by art. 841 par. 1 c.c.1940 and sought the establishment of a balance between persistency as part of a characterized family life (long-term collaboration in a single marriage, with descendants belonging only to it) and the concurrent rights¹⁰⁵. In addition, within the last version the right to habitation and that over the mobile property belonging to the household have been restored, in approximately the same manner as it was regulated in 1944 – the reason for which we did not restate art. 15 and 16.

This final version was an articulated synthesis of all the proposals and tendencies towards reform in the matter in Romania, linked to the most recent reforms offered by the comparative law at that time. A result of stormy and fruitful debates within the Commission, it gathered the unanimous approval of its members. It did not manage to stand facing the *post factum* intervention over the provisions, which took place in September 2003 at the hand of a non-specialist relative to the field of the law of successions.

We are of the opinion that the solutions of the final version expressed in the legislative technique of Canadian inspiration of the first version would have represented the optimal regulation of the Romanian successional devolution for the 2004 moment. Matters have however evolved from then on, making it impossible to consider now family without having in mind its alternative facets about which we have discussed over the course of our research endeavor. These forms existed a decade ago as well, but we believe the Romanian society was not ready to acknowledge them.

22. The current research makes us believe in **the need to regulate a civil partnership that, in the current state of the Romanian society, should not however have successional consequences**¹⁰⁶. The regulation could be enacted by means of special statute and its introduction within the ambit of the Civil Code having the potential to destabilize the latter's balance. Moreover, the letter and the prestige of the Code would thus remain untarnished, regardless of whether future evolutions would diminish or would augment the interest for the civil partnership. We consider our solution as being the most compatible with the conclusion according to which **the array of family types of the postmodern era has not changed the European predominance of the classical configuration family**¹⁰⁷.

As far as the partnership is concerned, it would represent a gateway for future evolutions, allowing the partners – whose gender should not be specified *de plano* within the text – to create a patrimonial regime of cohabitation by choosing one of the matrimonial regimes provided by the Code. The limitation is necessary, otherwise the civil partnership would become a preferred means of eluding the *numerus clausus* of the regimes prescribed by the Code, in order to enable the creation of any type of regime relative to property – which would in turn further diminish the number of classic-type marriages.

As far as the legal successional order is concerned, we consider that **the reserve of the privileged ascendants must be eliminated**, being at the very most (and only to a partial extent) compensated with an alimony type of personal right. The goods must be passed on in descendent manner between the generations of the current family, where the specific relationships and the large age gaps between these do not justify (the way they used to in the XIXth or in the first half of the XXth centuries) the opportunity of their return to the previous generation any more.

23. The focal point of the discussion remains **the competitive successional couple comprised of the surviving spouse and the descendants of the deceased**¹⁰⁸. By overviewing the evolutions that we examined over the course of our research, a few conclusions may be drawn. The sociological evolutions of the family represent the source of shifting the center of gravity of the legal successional devolution towards the previously mentioned categories. Within the spouse-descendants binomial, the balance of forces was variable. The Statutes of 15 March 1906 and 10 July 1943, the Decree of 2 April 1949 and the Family Code of 1 February 1954 have constantly enlarged the ambit of the descendants that are apt to inherit through the integration of the illegitimate children. The Statutes of 21 December 1916, 28 June 1921, 28 June 1923, 1 July 1941 and 10 June 1944 and 17 July 2009 have gradually increased the rights of the surviving spouse, moving him from the end of the heir list to its top. The legislative evolution that we presented confirms the sociological tendencies that, as has been witnessed over the course of our research, have moved the affectionate and pecuniary center of gravity towards the life partner. He is today a legal heir preeminent to any class, benefits from a successional reserve, is held for and has a right to the report of the liberalities, and is a factual possessor of the successional goods.

By drawing the line, we can observe how – despite the alternation of the legislative measures in favor of the two categories undergoing analysis – the ultimate winner was the surviving spouse. The conclusion was also verified in the previous chapters through the comparative law analysis that we have constructed.

24. The members of the successional „couple” that we denominated above must be seen in their concurrence with the ever-greater wish for attaining the freedom to freely enjoy one’s own property.

We are of the opinion that **the *ab intestato* balance in this “couple” is well organized by the New Civil Code (both from the standpoint of the rights, as well as its extent)**. As shown in the Italian scholarly literature,

„In the modern society, with an ever-increasingly articulate structure and an ever-higher degree of social mobility, the number of great personal patrimonies has shrunk forcefully and, at the same time, the creation of medium and small patrimonies has developed a great deal, as a consequence of the increased development of the middle classes. In our age it is difficult for the surviving spouse to live off only through the income provided by a quota of these patrimonies, which rarely include highly-profitable assets; the spouse has more and more of a need for capital, the legislative choice of granting him a quota of the patrimony in full ownership thus being justified.”¹⁰⁹

The issue is much more delicate as far as the establishment of the reserve is concerned. An abstract quota reserve out of the successional mass (as it now stands), regardless of whether it is in usufruct or in full ownership form, may be unreliable. Indeed, if we are to refer only to the surviving wife, she may thus be exposed to the drawing and auction that are part of the division process, and she could lose her life-frame without receiving a substantial equivalent in terms of resources in exchange. A reserve in usufruct

moreover expresses an alimony type of basis of the obligation to pass something on that the predeceased spouse owes to the surviving spouse. Still, the Romanian successional law, on 10 June 1944 assumed the idea that the spouse is no longer a foreigner in a family that is centered on blood kinship; he is the co-founder of the family and co-builder of its patrimony¹¹⁰. A reserve in full ownership imputed over the reserve pertaining to the descendants would be too modest and inadequate from the perspective of the logic of our successional system. A reserve in full ownership imputed over the available quota (as is the one instituted in 1944 and integrated in the New Civil Code) did not long after become faced with the principle-generated hostility of any liberal economic regime, whose constant reflex is to increase the freedom of disposition¹¹¹.

The debate carried within the Commission tasked with amending the Civil Code of 2004 regarding the potential elimination of this institution amounts to a strong proof in this sense. Other proof is supplied by the practice of the notaries public, where a diminished number of wills and donations of immovable has been witnessed. The latter ended up being avoided due to the fact that the banking institutions are cautious in accepting the underlying guarantee of immovable goods acquired through donation for the loan facilities that they grant. Their attitude is due to the fact that they fear the reduction which may be pursued by the reserve heirs of the donor in the case of the latter's death persists. The same case law reveals subterfuges utilized in the past decades by the citizens in order to circumvent the reserve:

- donations disguised as onerous acts (sales, contracts of support, transmissions with the creation of usufruct or combinations of these operations);
- sales to a reserve heir followed shortly by the creation of a usufruct (or of a contract of support) in favor of the old seller, in the goal of circumventing the gratuity presumption of art. 845 c.c. = art. 1091 par. 4 Civ.C.¹¹²;
- a mandate to sell handed by *de cuius* to one of his presumptive reserve heirs, doubled by the occult convention that the executor of the mandate should factually assume the price;
- sales with the occasion of which the buyer presents the notary public the proof of bank placement of the price at the disposal of the seller, followed by the cashing out process and their pre-agreed restitution to the buyer;
- entering a lifelong alimony contract, the alimony sums that are owed in exchange for the immovable being paid out to a bank account. The payment of the installments thus becomes easy to prove – which ensures that the contract is onerous in nature. In fact, the annuity debtor regains possession of the sums that he deposited into an account opened in the annuity creditor's name and associated with a debit card, from an ATM machine, or, directly from the bank by means of a mandate issued by the annuity creditor to the annuity debtor or by one of the latter's interposed representatives;
- ascendants' partitions by means of which a child declares that he received the house, the other that he received a sum of money. In reality, the respective sum never existed;
- fictitious acknowledgments of debt issued by *de cuius*, followed by payments to those he wishes to favor in respect to the reserve heirs etc.

In order to find a middle ground, we consider that the current means of establishing the reserve may be maintained (1/2 of what would have been received in a legal succession, both for the surviving spouse, as well as for the descendants). But, **from the standpoint of the legal nature, a more courageous shift than the one that took place up until now should be made towards the *pars bonorum* successional reserve conception.** It is the conception that currently exists in important Codes such as the German and the Dutch ones (1992)¹¹³ – in the direction of which we have seen the French successional law is also heading vigorously, following the reform of 2006. We have proved that this conception was also present in the Cuza Code and was enforced in the Romanian New Civil Code; but our author colleagues do not acknowledge it and continue to affirm that in our country the reserve was and remains a *pars hereditatis* (*sic!*). A *pars bonorum* conception that would contribute to reduced conflicts over prerogatives in respect to the goods, alongside the replacement of the reduction in kind (art. 1097 par. 2 Civ.C.) with that by equivalent¹¹⁴. A conception which – a bridge over time – was the one of *lex Falcidia*, the Roman statute that in the year 40 B.C. set the basis for this fundamental institution of continental European Law appears to us as the proper solution: *de cuius* freely enjoys disposition over his goods, while the beneficiaries of his liberal will have to pay out the parts corresponding to successional reserves in equivalent to those entitled.

The reserve must thus constitute a personal right over the succession – privileged to the degree of first ranking, as lawyer Ion Popescu Copuz proposed in his Bachelor's thesis that he defended in the year 1903. The sizing of the reserves and the identity of the reserve heirs can remain unchanged in respect to the ones currently in place from the New Civil Code, with the exception of the parental reserve – which should be eliminated¹¹⁵. This change would better be accompanied by a measure of excluding donations of immovables that are older than twenty years¹¹⁶ and those of movables that are minimum ten years old from reduction, as well as the implementation and enforcing of the rule of reduction through equivalent.

Instead of a conclusion to the conclusions:

„Family today bears a great deal of denominations, but [...] what truly matters is, in fact, the interaction between its members; how they support each other, if there is someone to give affection to [...].

Maybe family today is not as iconic as it once was, but it still exists and strives to demonstrate its aliveness through a variety of means. Just as the old models were so have new ones been born, and we must learn how to make room for the latter and how to value them appropriately.”¹¹⁷

LIST OF ABBREVIATIONS used in the text and in endnotes:

BNP – Buletinul notarilor publici (Bucharest)
BYU – Brigham Young University Journal of Public Law (Provo, Utah)
c.c. – Romanian civil code of 1864
c.c. 1940 – Romania civil code of 1940
c.c.1971 – Romanian (project) of civil code of 1971
C.Cal. – Calimach Code (Principality of Moldavia, 1816)
CcQ – Civil code of Québec
C.Jud. – Curierul judiciar (Bucharest)
Ch.D. – Cahiers de droit (Sherbrooke)
fr. – French civil code
it. – Italian civil code
JCP-N – Juris-classeur périodique – édition Notariale (Paris)
Jur.Gen. – Jurisprudența general (Bucharest)
RRS – Revista română de statistică (Bucharest)
SUBBIur. – Studia Universitatis “Babeș-Bolyai”, series Iurisprudentia (Cluj-Napoca)

¹ This study contains the final conclusion of the research grant PN-II-ID-PCE-2011-3-0249 (contrat no. 174 de 2011) *The relevance of the evolution of family as concept on the legal succession order – a socio-juridical, philosophical and religious investigation.*

* Professor, Faculty of Law, UBB Cluj-Napoca; mirceabob@law.ubbcluj.ro.

² Law no 319 of 10 June 1944, on the successional rights of the surviving spouse.

³ M.D. Bob, *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul cod civil*, Bucharest 2012, pp. 66-67.

⁴ Vasilescu, *Cât de funcțional este regimul separației între soți?*, în *Evoluția noțiunii de familie și influența acesteia asupra ordinii succesorale legale*, M.D. Bob (editor), Bucharest 2013, p. 33 (or the French version: *Le poisson mort au vivier: la séparation entre époux*, in SUBBIur. (59) 2013.2.25, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol/547>).

⁵ Matrimonial benefit given over and above the surviving spouse's share.

⁶ M. Nicolae, *Codex iurisi civilis* tomul I – *Noul Cod civil, ediție critică*, Bucharest 2012, pp. CXIX-CXXII.

⁷ Art. 259 par. 1 civ.c.: „Marriage is the freely-consented union between a man and a woman, in accordance with the provisions of the law.” [original Romanian wording „Căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie, încheiată în condițiile legii.”]

⁸ I. Gruia, *Raport către M.S. Regele*, in *Codul civil Carol al II-lea. Cuprinzând: 1. TEXTUL INTEGRAL, publicat în M. Of. p. I Nr. 206 din 6 Septembrie 1940; 2. DECRETUL-LEGE PENTRU MODIFICAREA CODULUI CIVIL CAROL al II-lea, cu raportul către M.S. Regele și referatul către Consiliul de Miniștri, publicate în M. Of. p. I Nr. 200 din 30 August 1940. – Ediție oficială*, Bucharest 1940, p. 638. The main point of the quoted paragraph appears excellent to us, even though its application was derailed by its author in a Nazi perspective.

⁹ Its works were published in Bob, *Evoluția...*, *cit.supra*.

¹⁰ We revisit here, in a synthetic manner, the conclusions of B. Lefebvre, *Soțul supraviețuitor: creditor, moștenitor sau terț față de succesiune în dreptul din Québec*, în Bob, *Evoluția...*, *cit.supra*, pp. 99-120 (versiunea franceză: *Le conjoint survivant: créancier, héritier ou étranger a la succession en droit québécois?*, in SUBBIur. (59) 2013.2.72-89, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol/550>).

¹¹ *Québec (Attorney General) c. A*, 2013 CSC 5. This case is known under the fictitious name *Lola v. Éric*.

- ¹² Four out of five Justices were of the opinion that the provisions of the Civil Code are discriminatory in respect to art. 15 of the *Charter*. Nevertheless, the Chief Justice held the view that the difference of treatment between married couples and cohabitants was justified within a free and democratic society, in accordance with the provision of the *Charter's* first article. Three Justices would have validated the Civil Code provisions based on article 1, as far as they were concerned - except for those of art. 585 Q.C.c. regarding alimony.
- ¹³ The Government of Québec named a Committee of experts in order to revise family law. This Committee delivered its Report in June 2015, without any lawmaker response at that time. We will briefly present the proposals at the end of the current Section. For more details, see Comité consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy (president), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal 2015.
- ¹⁴ In 1981, 8% of the couples in Québec lived in factual cohabitation status. In this time, the factual cohabitation often represented a precursor stage for marriage. This percentage grew from 19% in 1991, to 24% in 1996, 30% in 2001, 36% in 2006 and 38% in 2011. It represents the evolution of a pattern which is much more prominent in Québec than in other Canadian provinces. Indeed, national statistics reveal that it accounts for 19% of the factual cohabitant couples living in Canada, when taking into consideration all of the provinces.
- ¹⁵ For the framing of the family rapports, see: A. Roy [and] V. Lemay, *Le contrat conjugal : pour l'amour ou pour la guerre?*, Montréal 2009.
- ¹⁶ Other nine *common law* provinces acknowledged all the obligations related to the issue of alimony applicable in the case of the factual cohabitants after 2 or 3 years or from the moment they begin to share the parenting of the same child. Four of them grant the division of family property rights and a successional potential to factual cohabitants after 2 or 3 years of cohabitation as well. In this framework, the presence of a common child does not impact the issue at hand.
- ¹⁷ It is the proposal stemming from the fact that Justice Abella in the matter of *Lola. Québec (Attorney General) v. A*, 2013 CSC 5, (par. 360).
- ¹⁸ D. Goubau [and] G. Otis [and] D. Robitaille, *La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses dommages collatéraux*, in Ch.D. (44) 2003, 1, p. 49.
- ¹⁹ C. Rogerson [and] R. Thompson, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : ébauche d'une proposition, ministère de la Justice, Canada, January 2005*, <http://canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/spousal/index.html>. These guidelines were submitted to the Justice Department by two law professors. They are not mandatory, due to the fact that they are not enacted as part of a law or regulation.
- ²⁰ J. Jarry, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville 2008, p. 165.
- ²¹ A. Roy, *Affaire Éric v. Lola : Une fin aux allures de commencement*, (2013) 1 C.P. du N. 259, 294.
- ²² A. Roy, *referenced above*, notes 73, 302 and following ones
- ²³ For details, see B. Lefebvre [and] B. Moore, *Contexte et enjeux d'une réforme de la conjugalité et de la filiation par procréation assistée en droit québécois*, in *Regards croisés sur le droit familial belge et québécois*, N. Gallus (editor), Limal 2016, pp. 18-19.
- ²⁴ The dissident member proposes that the spouses, married or factual, be subject to the alimony obligation and to the rules for the division of the family's patrimony if they are the parents of a same child (Roy, Comité consultatif ..., *cit.supra*, p.77 sqq.). The Council for the Status of Women abundantly proposes in the same line of thought focusing on dissidence. He recommends extending the alimony obligation and the rules concerning the family patrimony to the factual spouses after two years of cohabitation or starting from the moment in which they become the parents of the same child, granting their possibility to escape the applicability of its rules (Roy, *Pour ...*, *cit.supra*, pp.77-78).
- ²⁵ Roy, *Pour ...*, *cit.supra*, pp. 93-136.

²⁶ Roy, *Pour ...*, *cit.supra*, pp. 137-197.

²⁷ The acquisition society would become a conventional regime.

²⁸ Roy, *Pour ...*, *cit.supra*, pp. 154-159.

²⁹ A series of other changes in favor of the factual spouses are proposed as well: allowing donations in the event of death within the union contract, stabilizing the rules concerning life insurance, the allocation of the family home and of the household goods if the concerned is a will inheritor and the suspension of the prescription between the factual spouses over the course of the cohabitation.

³⁰ Currently, article 61.1 of the *Law of interpretation*, L.R.Q. c. 1-16, defines the factual spouse as follows: „Factual spouses are to be considered as having the status of married couples, unless the specific context opposes such a qualification. Factual spouses are in fact two persons, of opposite or same gender, who live a common life and present themselves to public life as a couple, regardless – except for the presence of a provision to the contrary – of the duration of their cohabitation. If, in the absence of a legal criteria that would acknowledge the factual union, a controversy arises in respect to the existence of the life community, this is presumed as soon as the involved persons are have been in a status of cohabitation for over a year or from the moment in which they become the parents of the same child.” This article applies to the Civil Code.

³¹ J. Goody, *Familia europeană. O încercare de antropologie istorică*, translated into Romanian by S. Doboș, Iași 2003, p. 200. See also C. Rada, *Valori identitare ale familiei românești contemporane în contextul globalizării – o abordare antropologică*, Bucharest 2013, pp. 53-57; INSEE, *De plus en plus des petites menages dans les régions*, in JCP-N (70) 2012, 27, Act.710. For an approach of this issue in the field of international law, see M.S. Aguirre [and] A. Wolfgram, *United Nations Policy and the family: Redefining the Ties that Bind. A Study of History, Forces and Trends*, in *BYU* (16) 2001-2002, 2, pp. 113-178.

³² P. Becqué, *Evoluția noțiunii de familie și consecințele acesteia în materie succesorală în dreptul francez*, în Bob, *Evoluția...*, *cit.supra*, pp. 157-158 (or the French version: *L'évolution de la notion de famille et ses conséquences en matière successorale en droit français*, în *SUBBIur.* (59) 2013.2.120-121, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol/552>).

³³ C. Neirink, *La présomption de paternité ou la nouvelle bataille d'Hernani*, în *Mélanges Spiteri*, vol. II, p. 828.

³⁴ A. Giddens, *Sociologie*⁵, translated into Romanian by O. Gheorghiu, Bucharest 2010, p. 201.

³⁵ Here we revisit the abridged aspects extracted from J-L. Renchon, *Ce viziune există asupra familiei în dreptul succesoral belgian?*, în Bob, *Evoluția*, pp. 61-79 (French version: *Quelle vision de la famille en droit belge des successions?*, în *SUBBIur.* 2013.2.44-58, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol/548>). See as well P. Delnoy, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*⁶, by P. Moreau, Bruxelles 2013, pp. 251-253. For the legal regime in force before the reform of 1981, see the work of M. Gagné, *Rapport général*, in *Les procédés de défense des intérêts patrimoniaux de la famille légitime – Journées canadiennes*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. T. XII, 1958, Paris 1961, pp. 86-87.

³⁶ J-L. Renchon, in J-L. Renchon [and] F. Tainmont, *Le statut patrimonial du conjoint survivant. Actes de la 5^e Journée d'études juridiques Jean Renauld*, Bruxelles 2004, pp. 11-12.

³⁷ Delnoy, *op.cit.*, p. 240. The successional reform of 1981 was also catalyzed due to the legislative measures that, in 1958 and 1976, were introduced to alleviate the personal and patrimonial status of the wife within the family (see J. Fillenbaum, in ****Précis du droit des successions et des libéralités*, A-Ch. Van Gysel (editor), Bruxelles 2008, p. 55).

³⁸ M. Ioniță-Niculescu, *Căsătoria și familia în nordul Olteniei în a doua jumătate a secolului al XIX-lea și începutul secolului XX*, Cluj-Napoca 2012, p. 105. Also see M. Brie, *Familie și societate în nord-vestul Transilvaniei (a doua jumătate a secolului al XIX – începutul secolului XX)*, Oradea 2008, pp. 348-367 and 425.

- ³⁹ Brie, *op.cit.*, pp. 348-350.
- ⁴⁰ See D. Burian, *Emanciparea femeii și rolul ei în problema divorțului în a doua jumătate a secolului al XIX-lea în Transilvania*, in . Bolovan [and] D. Covaci [and] D. Deteșan [and] M. Eppel [and] E.C. Holom, *În căutarea fericii – Viața familială în spațiul românesc în sec. XVIII-XX*, Cluj-Napoca 2010, p. 54; D. Deteșan, S. Retegan, *Sub focul încrucișat al bisericii și statului: Concubinajul la români din Transilvania între 1850-1895*, in Bolovan, Covaci..., *În căutarea... cit.supra*, pp. 83-90.
- ⁴¹ Deteșan, Retegan, *op.cit.*, pp. 94-95.
- ⁴² I. Bolovan, S.P. Bolovan, *Familia în Europa Centrală în timpul primei tranziții demografice*, in Bolovan, Covaci..., *În căutarea... cit.supra*, pp. 297-298.
- ⁴³ A. Băran-Pescaru, *Familia azi. O perspectivă socio-pedagogică*, Bucharest 2004, p. 8. The phenomenon was not completely new, as it had manifested itself following the First World War as well (see I. Bolovan [and] S.P. Bolovan, *The impact of World War I on the Family in Transylvania*, in A. Fauve-Chamoux [and] I. Bolovan (editor), *Families in Europe between the 19th and the 21st centuries – From the traditional model to contemporary PACS*, Cluj-Napoca 2009, pp. 619-626).
- ⁴⁴ For an analysis of the diminished religious adherence of those socialized before 1989, also see Rada, *op.cit.*, pp. 139-140.
- ⁴⁵ See details in Ioniță-Niculescu, *op.cit.*, p. 92.
- ⁴⁶ Băran-Pescaru, *op.cit.*, p. 14.
- ⁴⁷ For details see Goody, *op.cit.*, pp. 187-190.
- ⁴⁸ Legally-validated alternative offered by Statute 210/31 Dec. 1999 regarding the paternal leave.
- ⁴⁹ The child becomes a mere „family member with an own potential to become autonomous (Ariès, 1980).” (see A. Gavreliuc, *Cercetări asupra tiparelor valorice și atitudinale*, in Tr. Rotariu [and] V. Voineagu (editor), *Inerție și schimbare. Dimensiuni sociale ale tranziției în România*, Bucharest 2012, p. 296).
- ⁵⁰ „The decline in good jobs for men and the increase in the number of employed women reduced economic dependency and has eroded the patriarchal basis of the modern family” (Băran-Pescaru, *op.cit.*, p. 165). See as well C. Ciupercă, *Cuplul modern, între emancipare și disoluție*, Alexandria 2000, pp. 144-155 ; B. Szabò, *Transformări de roluri conjugale la familiile din România*, Cluj-Napoca 2009, pp. 113-119 ; P-T. Hărăguș, *Folosire timpului și distribuția sarcinilor domestice în familia din România*, Cluj-Napoca 2010, pp. 151-203.
- ⁵¹ L. Dumănescu, *Familia românească în comunism*, Cluj-Napoca 2012, p. 19.
- ⁵² Ciupercă, *op.cit.*, pp. 275-290.
- ⁵³ Dumănescu, *op.cit.*, pp. 83-84 și p. 152.
- ⁵⁴ Ciupercă, *op.cit.*, p. 285. An identical conclusion regarding the importance of family in Romania found in R. Popescu, *Introducere în sociologia familiei. Familia românească contemporană*, Bucharest 2009, pp. 75, 102 and 181. The persistence of the village-type traditional way of life in the urban landscape explains the nostalgic-propagandistic literature of the type contained in R. Gheorghiu, *Familia sătească altădată și astăzi*, Bucharest 1977.
- ⁵⁵ Also see Popescu, *op.cit.*, p. 102.
- ⁵⁶ T. Turai, *Towards nuclear family?*, in Fauve-Chamoux, Bolovan, *Families, cit.supra*, pp. 155-166.
- ⁵⁷ I. Chirilă, *The struggle for recognition or the victorious slave (Incursion in the sphere of legal and theological definition of the family)*, JSRI (27) 2014, 13 <http://jsri.ro/ojs/index.php/jsri/article/view/726>.
- ⁵⁸ We do not place the notion of “traditional family” between brackets in order to minimize it or in order to refer to a speech, but rather due to nowadays tendency to the mythicizing of the concept in Romania, a result of an insufficient awareness as to its meaning.
- ⁵⁹ Goody, *op.cit.*, pp. 196-198.

- ⁶⁰ For details and explanations regarding this conclusion, see M. Voicu, *Religiosity and religious revival during the transition period in Romania*, in *The values of Romanians: 1993-2006. A sociological perspective*, B. Voicu [and] M. Voicu (editors), Bucharest 2008, in correspondence with the abridged conclusions found at pp. 165-166.
- ⁶¹ Al. Oțetelișanu, *Curs de drept civil comparat. Materia specială. Dreptul de succesiune al soțului supraviețuitor în dreptul comparat*, (lito), Bucharest 1947, pp. 272-280; M. Constantinescu, *Familia românească între tradiție și modernitate. Studii și cercetări*, Pitești 2008, pp. 8-10; Delnoy, *op.cit.*, p. 239.
- ⁶² Constantinescu, *op.cit.*, pp. 9-10. Also see the remarks contained in Popescu, *op.cit.*, pp. 27-28, 34 and 39.
- ⁶³ Popescu, *op.cit.*, p. 41.
- ⁶⁴ The same general conclusion for the Italian law showcased by M. Dossetti, in *Delle successioni vol. II (2010) art. 565-712*, editor V. Cuffaro [and] Fr. Delfini, in *Commentario del Codice civile*, E. Gabrielli (editor), Torino 2009, pp. 7-8.
- ⁶⁵ Popescu, *op.cit.*, with the synthetic conclusions from p. 191; C. Pădurean, *Family in Romania during the Communist Regime*, in Fauve-Chamoux, Bolovan, *Families*, pp. 521-542 and 535; A. Dohotariu, *The Evolution of Young Couples among Young Romanians*, in Fauve-Chamoux, Bolovan, *Families*, pp. 766-776; C. Mureșan, *Schimbările comportamentului familial în România – o abordare din perspectiva cursului vieții*, Cluj-Napoca 2012, p. 177; Gavreliuc, *op.cit.*, p. 295. There are many sociological and psychological analyses on these matters: e.g., Constantinescu, *op.cit.*, pp. 116-138.
- ⁶⁶ Popescu, *op.cit.*, p. 73; Tr. Rotariu [and] C. Mureșan [and] M. Hărăguș [and] P.T. Hărăguș, *Căsătoria și reproducerea populației*, in Voineagu, *Inerție...*, *cit.supra*, pp. 125-126; Gavreliuc, *op.cit.*, p. 294.
- ⁶⁷ Popescu, *op.cit.*, p. 138. For the statistic of the relative size, duration and consequences of cohabitation in respect to marriage, see Rotariu, Mureșan ..., *op.cit.*, pp. 128-129.
- ⁶⁸ For a plea of legislative permissiveness for the homosexual marriage allowance, in spite of the official arguments of the ROC, see C. Băra, *Reflecții asupra dreptului familiei și succesiunilor în contextul noilor relații sociale*, in BNP (17) 2013, 5, p. 110.
- ⁶⁹ P. Iluț [and] V. Cioflică [and] L. Nistor [and] C. Tîrșas, *Familia monoparentală în România: comparație urban-rural*, in ****Familia monoparentală în România și fenomene conexe*, P. Iluț (editor), Cluj-Napoca 2009, p. 29.
- ⁷⁰ Also see M. Dossetti, *op.cit.*, p. 11.
- ⁷¹ G. Brière, *Droit des successions*³, revăzută și actualizată de J. Beaulne, Montréal 2002, pp. 137-149.
- ⁷² P.-H. Steinauer, *Le droit des successions*, Berna 2006, pp. 83 and 85.
- ⁷³ Steinauer, *Successions* [original French wording *Successions*], pp. 67 and mostly 81.
- ⁷⁴ For a criticism of the solution, see M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR*, Bucharest 1966, p. 337, with the case law and authors referenced therein. Its criticism – valid under the regulation of the Romanian Civil Code of 1864 – cannot be accepted past the 1st of October 2011. The New Code has (re)introduced disinheritance, whose effect is eliminating the possibility of the benefit of the heritage, and not the loss of the status of heir (Fr. Deak, R.Popescu, *Tratat de drept succesoral*, vol. II, Bucharest 2014, p. 185).
- ⁷⁵ The preference granted to descendants of a further away degree of the brothers and sisters to the detriment of the grandparents was considered as worthy of criticism even by Eugen Huber, the drafter of the Swiss Code. He finally preferred it due to reasons solely related to technical simplicity (see V. Rossel, F.-H. Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, vol. II *Des successions – Des droits réels: 1^{re} partie [De la propriété]*², Lausanne-Geneva 1922, pp. 8-9).
- ⁷⁶ As was also decided through the French successional reforms, in 2001 and 2006 (v. S. Gaudemet [and] Fr. Terré [and] Y. Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris 2013, pp. 637-639 no. 724-725).

- ⁷⁷ C. Negrea, *Dreptul de moștenire ab intestat între soții căsătoriți*, în *Drepturile femeii în vitorul cod civil – Studii, comunicări și propuneri. Raport de C.C. Botez* (editor), Bucharest 1924, p. 128.
- ⁷⁸ Another author also proposed (following the enactment of the 1944 reform) rights in usufruct when competing against the descendants, but this time without taking into account the chosen matrimonial regime (Otetelișanu, *op.cit.*, p. 235).
- ⁷⁹ *Id.*, pp. 131-132.
- ⁸⁰ A. Cerban, *Trăsăturile esențiale ale regimului succesoral ab intestat în Noul Cod Civil – studiu critic și comparat*, Bucharest 1940, p. 17.
- ⁸¹ Consiliul Național al Femeilor Române. Comisiunea legislativă, *Drepturile femeii în vitorul cod civil – Studii, comunicări și propuneri în vederea reformei. Raport de C.C. Botez* (editor), Bucharest 1924, p. 174.
- ⁸² I. Popescu Copuz, *Despre succesiunea între soți*, C.Jud. (16) 1933, 39, pp. 614-615.
- ⁸³ F. Tainmont, *La protection du conjoint survivant, entre réserve et secours alimentaire, bilan et perspectives*, în Renchon, Tainmont, *op.cit.*, p. 307.
- ⁸⁴ See the results of recent sociological inquiries in Rada, *op.cit.*, pp. 89-93.
- ⁸⁵ Ciupercă, *op.cit.*, p. 138.
- ⁸⁶ For similar arguments see M. Dosetti, *op.cit.*, pp. 8-11.
- ⁸⁷ Professor Francisc Deak used to insist especially to this end (see Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Bucharest 2002, p. 118 the last paragraph of the reference that continued from page 117).
- ⁸⁸ P. Catala, *La veuve et l'orphelin*, in ****L'honnête homme et le droit* [Mélanges Jean-Claude Soyér], Paris 2000, p. 65.
- ⁸⁹ Cf. P. Delnoy, *Rapport belge*, in *Aspects récents de l'évolution du droit de la famille – Journées turques*, in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. T. XXXIX, 1988, Paris 1990, p. 192 (where he characterises this means of structuring the family patrimonies as being a „democratization of personal worths”); Delnoy, *Successions*, p. 241.
- ⁹⁰ It is the first step before the establishment of the successional mass, according to the decision of the former Supreme Court: TS civ., dec. 452/16 mart. 1960, in CD 1960, p. 259. Also see M. Moretti, in *Delle successioni...*, *cit.supra*, p. 88.
- ⁹¹ On the dynamics of this process, see details in Tr. Rotariu [and] E. Mezei, *Populația României. Volum, structuri și procese demografice*, în Rotariu, Voineagu, *Inerție...*, *cit.supra*, pp. 17-44 and 33-39.
- ⁹² I. Niculescu-Aron [and] V. Voineagu [and] C. Mihăescu [and] R. Căplescu, *Gospodăriile de vârstnici din România: în grija statului sau a familiei?*, in RRS (7) 2010, 12, p. 19; Mureșan, *Schimbările...*, *cit.supra*, pp. 233-238 and 247.
- ⁹³ M.D. Bob, *Ce se poate face pentru a mulțumi soțul supraviețuitor?*, in Bob, *Evoluția...*, *cit.supra* (French version *Qu'est-ce qu'on peut faire pour contenter le conjoint survivant?*, în SUBBIur. (59) 2013.2.90-98, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol/551>), pp. 132-133.
- ⁹⁴ At the respective moment of the drafting process of the Romanian New Civil Code, The Canadian Commission led by Professor Jean Pineau would visit Bucharest on a monthly basis, in order to work with us directly using the model of the 1994 Québec Civil Code.
- ⁹⁵ At the end of every article, the sources concurring for its drafting appear between parentheses: the bold ones signify the exact replication of the source-text, while the regular font signify the fact that the source merely provided inspiration for the drafting of the respective article. The French texts are rendered in their numbering resulted from the reform of 2001.
- ⁹⁶ Namely Marian Nicolae, Bogdan Dumitrache and Bogdan Pătrașcu.
- ⁹⁷ It appears that the same phenomenon took place during the drafting of the Romanian Civil Code of 1940 as well: „Probably the inherent economic inconveniences pertaining to the usufruct determined the lawmaker to grant the surviving spouse a successional right to full ownership” (Cerban, *op.cit.*, p. 18).
- ⁹⁸ M. Donnier, *Nature de la réserve héréditaire*, Dalloz 1977.J.541.

- ⁹⁹ Otetelișanu, *op.cit.*, p. 235; J. Fillenbaum, *op.cit.*, p. 58.
- ¹⁰⁰ Otetelișanu, *op.cit.*, p. 236.
- ¹⁰¹ See I.P. Mușica, Observation –Ialomița Tribunal 1st. section, civ.dec. 130/1937, in Jur.Gen. (17) 1939.366.349. Also see the arguments against this solution, raised in Otetelișanu, *op.cit.*, pp. 239-241.
- ¹⁰² Fillenbaum, *loc.cit.*; P. Caignault, *Protéger le conjoint survivant. Le recours aux libéralités: anticiper les difficultés liquidatives – Cas pratiques*, in JCP-N (73) 2015, 22, 1169.
- ¹⁰³ Art. 914-1 Fr.civ.c. (see M-C. Forgeard [and] R. Crône [and] B. Gelot, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006, commentaries et formules*, Paris 2007, p. 13 ; Gaudemet..., *Droit...*, *cit.supra*, pp. 636-639 no. 722-725).
- ¹⁰⁴ Gaudemet..., *op.cit.* pp. 641-645 no. 728-730.
- ¹⁰⁵ For opinions for and against, see Otetelișanu, *op.cit.*, p. 250.
- ¹⁰⁶ A situation which can be noticed as well in the differences between the successional regimes throughout the EU states (also see the specific examples from UINL, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, M. Verwilghen [and] S. Mahieu [editor], Bruxelles 2007).
- ¹⁰⁷ Popescu, *op.cit.*, p. 42.
- ¹⁰⁸ Also see A. Mascheroni, in *Delle successioni* vol. I (2009) art. 456-564, V. Cuffaro [and] Fr. Delfini (editor), in Commentario del Codice civile E. Gabrielli (editor), Torino 2009, p. 530.
- ¹⁰⁹ A. Mascheroni, *op.cit.*, p. 557.
- ¹¹⁰ Also see Delnoy, *Rapport...*, *cit.supra*, p. 195.
- ¹¹¹ P. Catala, *Actualité du Code civil*, in *Droit et actualité* [Etudes offertes à Jacques Béguin], Paris 2005, pp. 65-66.
- ¹¹² „The notary public is often times faced with the clients’ request to find a possibility to transfer the property right among relatives, by means of which both the weak party should be protected by retaining at least a right to use the good, as well as the part receiving the ownership should be protected in the future by the potential requests of other relatives which are not pleased with this convention and to whom the law provides legal means to reinstate their rights. Thus, the notary stands between the professional and moral duty to protect the seller and that of backing the acquirer’s standing in respect to third parties.” (T.I. Coman, *Art. 1091 alin. (4) C.civ. Mostră a interferenței dreptului succesiunilor cu dreptul contractelor sau probleme cotidiene în practica notarială, izvorâte din aspecte teoretice*, in BNP (19) 2015, 6, pp. 58-59). Cf. M. Cazan, *Interpretări (soluții) practice cu privire la prezumția de donație instituită de art. 1091 alin.(4) Cod civil*, in BNP (19) 2015, 2, pp. 17-18.
- ¹¹³ See the countries that were enumerated to this end in the previous chapter.
- ¹¹⁴ According to S. Arnaud, *Les conséquences de la réduction en valeur*, in JCP-N (71) 2013, 47, 1270 p. 51.
- ¹¹⁵ As it is proposed in the Italian scholarly research literature (G. De Rosa, in *Delle successioni* vol. I, *cit.supra*, p. 541).
- ¹¹⁶ As it takes place, for example, in the Italian successional law. Even so, the reserve is criticized in Italy for the uncertainty it generates, up to the passing of the twenty years time, for the good faith third party acquirer of the donated immovable (G. De Rosa, *op.cit.*, p. 540).
- ¹¹⁷ Băran-Pescaru, *op.cit.*, p. 9.

STUDII

ACTUL ADMINISTRATIV ȘI ACTUL ADMINISTRAȚIEI

DOI:10.24193/SUBBjur.62(2017).1.2

Published Online: 2017-03-15

Published Print: 2017-03-30

Oana Bianca CĂBULEA (GLIGAN)*

Abstract: Administrative act and act of the administration. Even if at first sight the joining of the two concepts reminds us by a synonym of terms or a homonymy, we showed that in reality these two concepts are different in their substance. The category of administrative acts is much broader and includes the category of acts of administration. In order to clarify the distinction, we analyzed the notions of administrative act and act of the administration and presented several administrative acts, which are not issued by government bodies.

We mainly researched the acts of judges, taking into account the concept of judicial act and we noticed that most of the documents issued in the work of justice are not jurisdictional, but are administrative acts issued by the judiciary. Another point of interest in our study was the public notary documents, which we have divided into three distinct categories for more accurate identification of their legal nature. We finally remembered the category of administrative acts that comprise civil rights in their content, such as title deeds and acts of civil status.

Our conclusion was that the distinction between administrative acts and other acts issued by a public power can not have as a starting point neither the type of the issuing body, nor the legal procedure for contesting it. The criterion that we have identified and which we appreciated suitable is the form of activity that will achieve through the act.

Keywords: administrative act, act of the administration, judicial act, imperium, notary public documents

Cuvinte cheie: act administrativ, act al administrației, act jurisdicțional, imperium, acte notariale

La o primă vedere, alăturarea noțiunilor menționate ne duce cu gândul fie la o sinonimie de termeni, fie la o omonimie. În realitate, vom vedea că aceste două concepte sunt diferite în substanța lor, categoria actului administrativ fiind una mult mai largă și care include categoria actului administrației (1). Pentru o înțelegere mai limpede vom proceda la analiza anumitor tipuri de acte administrative, care nu sunt și acte ale administrație (2).

1. Noțiune

Etimologic, termenul administrație provine din limba latină, fiind format din prepoziția „ad” care se traduce prin „la” sau „către” și substantivul „minister”, cu semnificația de „servitor”, „îngrijitor”, „ajutător”. Aceste elemente au format cuvântul „administer” care prezintă o dublă conotație, atât aceea de „ajutor al cuiva”, de „executant” ori de „slujitor”, cât și sensul figurativ de „unealtă” sau de „instrument”¹.

Administrația publică este definită în doctrină ca fiind ansamblul activităților Președintelui României, Guvernului, autorităților administrative autonome locale și, după caz, structurile subordonate acestora prin care, în regim de putere publică, se aduc la îndeplinire legile sau, în limitele legii, se prestează servicii publice². Administrația publică este o activitate complexă prin care autoritățile publice urmăresc să asigure satisfacerea interesului general al societății, inclusiv prin folosirea, în caz de necesitate, a prerogativelor de putere publică.

Sfera administrației publice se delimitează prin raportare la principiul separației puterilor în stat sau, mai precis, prin prisma ideii de colaborare între acestea, fiind reliefată ca o activitate a statului sau a tuturor titularilor de putere publică, care nu este legiferare și nici justiție³. Astfel, doctrina tratează administrația ca pe o putere autonomă a statului, alături de puterea legislativă și cea judecătorească. Aceasta este privită în contrast cu justiția, a cărei menire este aceea de a face aplicarea dreptului în cazuri determinate și cu funcția legislativă, care are datoria de a legifera. Administrația, pe de altă parte, are datoria de a modela societatea în cadrul legilor și pe baza dreptului.

Structura administrativă și actele administrației sunt aspecte ce țin de instituțiile de drept constituțional, motiv pentru care acestea trebuie analizate prin prisma sistemului suprem de care aparțin. În lucrarea de față ne raportăm la înfățișarea actelor administrative realizată conform Constituției din anul 1991, iar discuția noastră are sens în această constituire constituțională. Legiitorul constituant a atribuit administrației publice capitolul V al Constituției României, reglementând în cadrul primei secțiuni administrația publică centrală de specialitate, iar în cea de-a doua, administrația publică locală.

Pe de altă parte, în cuprinsul art. 2 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ⁴, legiitorul a definit noțiunea de autoritate publică, arătând că aceasta este reprezentată de orice organ de stat sau al unităților administrativ-teritoriale care acționează, în regim de putere publică, pentru satisfacerea unui interes public, fiind asimilate și persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public.

Formele concrete prin care autoritățile administrației publice organizează executarea și execută legea sunt actele administrative, faptele material-juridice, operațiunile tehnico-materiale și actele politice. Cu toate că autoritățile administrative sunt cele investite, în principal, cu puterea de a emite, în mod unilateral, acte administrative cu caracter obligatoriu și executoriu, vom vedea că acestea nu sunt singurele organe care au dreptul de a adopta asemenea acte. Chiar definiția dată de legiitor autorității publice ne sugerează că formele concrete de manifestare a puterii publice sunt efectuate uneori și de autorități aparținând puterii legislative sau de autorități aparținând puterii judecătorești, precum și de către societăți comerciale, regii autonome, instituții publice și asociații ori fundații private.

Actele administrative sunt, în primul rând, o categorie de acte juridice, fiind caracterizate așadar prin faptul că reprezintă manifestări de voință făcute cu scopul de a produce anumite efecte juridice, a căror realizare este garantată prin forța de constrângere a statului, în condițiile prevăzute de normele juridice în vigoare⁵. Definiția legală actuală cuprinsă în art. 2 alin. 1 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 ne spune că actul administrativ este actul unilateral cu caracter individual sau normativ, emis de o autoritate publică în vederea executării legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect: punerea în valoare a bunurilor proprietate publică; executarea lucrărilor de interes public; prestarea serviciilor publice sau achizițiile publice.

Doctrina juridică⁶ susține, de regulă, punctul de vedere conform căruia, în activitatea de aplicare a dreptului, organele administrației publice emit acte administrative, iar instanțele de judecată emit acte jurisdicționale. Între aceste două tipuri de acte se situează actele administrativ jurisdicționale, o categorie hibridă aparținând organelor administrației publice care sunt abilitate să desfășoare și activitate jurisdicțională. În studiul de față vom prezenta lucrurile dintr-un alt unghi, cu scopul de a demonstra că există un criteriu de distincție mai eficient decât cel al calității organului emitent al unui act, și anume finalitatea actului.

Începem prin a arăta că puterea publică nu este un atribut exclusiv al administrației, ci este specifică tuturor autorităților publice din sfera celor trei puteri de stat, fiind dedusă din legea supremă. În democrațiile moderne, puterea de stat este reprezentată de un sistem de organe competente să exercite funcțiile legislativă, executivă și judecătorească. Așa fiind, calitatea subiectului de drept care emite actul nu reprezintă un criteriu pentru calificarea acestuia. Actele care provin de la alte organe de stat care dețin putere publică, dar nu au competența obișnuită de a emite acte administrative, respectiv de la celelalte puteri tradiționale, au fost denumite în doctrină acte administrative-mijloc⁷. Explicația rezidă în împrejurarea că aceste autorități, prin desfășurarea activității lor, urmăresc un alt scop, dar în realizarea acestuia emit uneori, cu titlu excepțional, acte administrative.

Luând în considerare subiecții de drept care au abilitatea de a emite acte administrative, constatăm că, într-adevăr, așa cum am arătat și mai sus, categoria actelor administrative nu se suprapune și nu poate fi redusă la categoria actelor de administrație. Acestea din urmă fac parte din mulțimea mai generoasă a primelor, dar se individualizează prin calitatea autorului lor, respectiv un organ aparținând administrației publice. Sensurile astfel deslușite le vom avea și noi în vedere pe parcursul lucrării.

2. Analiza anumitor tipuri de acte administrative

Dintre actele administrative ne-am concentrat atenția asupra actelor emise de organele judiciare (a) și a actelor notariale (b) deoarece acestea sunt foarte uzuale și permit reliefarea unor aspecte relevante pentru studiul de față. În cadrul secțiunii referitoare la actele emise de organele judiciare vom aborda noțiunile de act procesual și act de procedură, act jurisdicțional, iar apoi vom trata natura juridică a anumitor hotărâri judecătorești și a unor acte emise de Curtea Constituțională. De asemenea, am realizat o trecere în revistă a unor acte administrative care conțin drepturi civile (c).

a. Actul de jurisdicție și actul administrativ al instanței

Una dintre puterile de stat care emite acte administrative este cea judecătorească, iar cea mai vizibilă parte a acesteia o constituie instanțele de judecată. Acestea din urmă, în vederea îndeplinirii misiunii lor, apelează la o multitudine de acte emise în regim de putere, care însă nu pot fi catalogate ca acte de administrație. De pildă, ordinul de serviciu prin care președintele unei instanțe desemnează judecătorii care urmează să îndeplinească, potrivit legii, și alte atribuții decât cele privind activitatea de judecată și stabilește atribuțiile pe care urmează să le îndeplinească aceștia este un astfel de act. În același fel se concretizează și celelalte prerogative administrative ale președintelui instanței⁸ sau ale colegiului de conducere.

Am observat că judecătorii sunt investiți prin lege cu dreptul de a emite acte de autoritate obligatorii și executorii chiar și în alte situații, iar nu doar atunci când exercită atribuții de organizare a instanței. Un exemplu în acest sens poate fi încheierea prin care președintele completului de judecată aplică o amendă judiciară. Mai mult decât atât, analizând atent actele instanței de judecată, vom încerca să demonstrăm că majoritatea dintre aceste sunt acte administrative, iar nu jurisdicționale.

Acte procesuale și acte de procedură

În doctrină și în practică, există tendința firească de a se considera că organele judiciare emit acte judiciare care sunt de procedură. În materia dreptului procesual civil, activitatea jurisdicțională cuprinde o serie de acte care provin de la toți participanții din cauză și care sunt reglementate de legiuitor în ceea ce privește conținutul și modalitatea de aducere la îndeplinire. Aceste reguli edictate pentru a organiza desfășurarea unui proces sunt denumite de doctrină forme procedurale⁹. Ele vizează toate etapele itinerariului judiciar, precum chemarea în judecată, verificarea competenței, administrarea probelor, dezbaterea și pronunțarea hotărârii, în fiecare ciclu procesual. Aceste forme urmăresc asigurarea organizării unui cadru în conformitate cu normele și principiile dreptului civil pentru tranșarea de către instanță a litigiului în mod corect și temeinic.

Unii autori au susținut că există o corelație între formele și actele de procedură, în sensul că forma este ceea ce legea prescrie, iar actul de procedură reprezintă forma adusă la îndeplinire¹⁰. În acest sens, citarea ar constitui forma procedurală pentru chemarea în fața instanței a unei părți și asigurarea deopotrivă a dreptului la apărare și a contradictorialității, iar citația ar reprezenta actul de procedură prin care se îndeplinesc aceste obiective. Cu toate acestea, s-a apreciat¹¹ că uneori noțiunile de formă și act de procedură se utilizează împreună în expresia forma actelor de procedură, pentru a se reliefa prezența unor condiții extrinseci necesare valabilității unor acte de procedură.

În dreptul procesual civil se înglobează în sintagma de operațiune juridică atât operațiunea juridică propriu-zisă, cât și actul care o constată, indiferent dacă emană de la instanța de judecată, una dintre părți sau un alt participant la proces. Astfel, act de procedură constituie orice manifestare de voință și orice operațiune juridică făcută în cadrul procesului civil de către instanța de judecată, părți sau ceilalți participanți la proces, în

legătură cu exercitarea drepturilor sau îndeplinirea obligațiilor lor procesuale, respectiv în vederea producerii unor efecte juridice în plan procesual.

Conform doctrinei procesual penale, actul procesual reprezintă o condiție de aplicabilitate a actului procedural, iar acesta din urmă constituie o condiție pentru valabilitatea și recunoașterea procesuală a actului procesual și ambele categorii sunt încorporate în înscrisurile denumite documente procedurale, care fac dovada îndeplinirii actelor și asigură construirea dosarului penal, unde manifestările de voință ale tuturor participanților la proces trebuie să fie riguroase și concise¹². În concluzie, în dreptul procesual penal, actele și măsurile procesuale sunt acte de dispoziție, care sunt puse în executare cu ajutorul actelor procedurale.

Noi considerăm că această teorie nu este exactă, lucrurile fiind mult mai nuanțate. Plecând de la noțiuni de ordin terminologic, constatăm, în primul rând, că termenul jurisdicție desemnează puterea, competența unui judecător sau a unei instanțe de a judeca. Noțiunea provine din latinul *jurisdictio* care înseamnă a zice dreptul, a tranșa ceva. Aceasta se identifică așadar cu funcția esențială a judecătorului, aceea de a spune dreptul în rezolvarea litigiilor cu care este investit. Considerăm că actele juridice propriu-zise sunt emise de puterea judecătorească exclusiv atunci când magistratul își îndeplinește menirea, își exercită *imperium-ul* cu privire la tranșarea unei probleme.

Actul jurisdicțional

Departate de a beneficia de o abordare unitară, noțiunea de act jurisdicțional constituie subiect de dezbatere în doctrina juridică, nu doar din perspectiva definirii sale, ci și în privința criteriilor de distincție. În funcție de calitatea autorului unui astfel de act, caracterizarea sa a fost diferită în dreptul privat față de dreptul public.

În încercarea de a identifica trăsăturile actului jurisdicțional, un autor¹³ a apelat la trei criterii de individualizare, respectiv formal, funcțional și organic. Primul dintre acestea vizează realizarea unei delimitări a actului jurisdicțional față de actul normativ, precum și față de cel administrativ. Astfel, hotărârea judecătorească a fost diferențiată de actul normativ prin sfera efectelor sale, restrânsă la părțile din proces.

În plus, s-a mai susținut că spre deosebire de actul administrativ, normativ sau individual, care se emite independent de existența unui conflict, hotărârea presupune soluționarea *a posteriori* a unui litigiu. Teoria menționată a fost criticată arătându-se, pe de o parte, că se întâlnesc situații în care judecătorul pronunță hotărâri menite să prevină litigii, iar, pe de altă parte, unele acte normative sunt edictate tocmai pentru a înlătura existența unor conflicte¹⁴. Tot în cadrul analizei criteriului formal, au fost evidențiate și alte particularități, precum necesitatea investirii judecătorului în scopul emiterii unui act jurisdicțional, caracterul solemn și obligativitatea motivării acestui act, precum și faptul că procesul trebuie să respecte o serie de formalități procesuale și procedurale.

Criteriul funcțional subliniază faptul că judecătorul se supune legii și că rolul actului jurisdicțional este acela de a spune dreptul în spețe concrete. Într-o altă perspectivă s-a arătat însă că această trăsătură nu este una specifică actului jurisdicțional deoarece și organele administrative aplică dreptul la situații de fapt și se supun legii atunci când emit acte¹⁵. Nici argumentul referitor la puterea lucrului judecat care este atașată actului

jurisdicțional nu a fost determinant, din moment ce natura unui astfel de act nu poate fi caracterizată prin efectele sale¹⁶.

Cel din urmă criteriu abordat de autor, cel organic, se fundamentează pe principiul independenței care guvernează activitatea judecătorilor, pe ideea conform căreia actul jurisdicțional este emis în urma unei deliberări, de un organ colegial, luând totodată în considerare faptul că actul jurisdicțional este supus căilor de atac și poate fi reformat de instanțele de control. Insuficiența acestui criteriu s-a dovedit prin faptul că este prea general pentru a putea trasa cu precizie limitele și trăsăturile actului jurisdicțional.

Un alt punct de vedere¹⁷ exprimat în doctrina de specialitate a prezentat o clasificare distinctă, utilizând criteriile extrinsec, intrinsec și eclectic. Conform celui dintâi, actul jurisdicțional ar fi definit de calitatea autorului emitent al actului, pe când cel intrinsec pornește de la ideea că ceea ce importă este mai degrabă existența unui conflict și efectul actului concretizat în puterea de lucru judecat. Ambele concepții au prezentat dezavantaje, atâta timp cât disputa nu a fost tranșată, fiind deviată fie spre definirea autorului actului, fie spre explicarea numeroaselor excepții remarcate. S-a ajuns astfel la criteriul eclectic, care însumează mai multe cerințe necesare pentru a determina prezența unui act jurisdicțional, cum ar fi calitatea autorului, organ de jurisdicție, existența unui conflict sau incidența unei proceduri speciale.

Aceste caracteristici ale actului jurisdicțional, comune în marea parte a opiniilor exprimate, au fost categorisite și în criteriile formale sau materiale. În clasa celor formale au fost incluse cele referitoare la specificul autorității emitente, considerându-se că actul jurisdicțional este cel care provine de la un organ jurisdicțional, la procedura specială de adoptare și la independența judecătorului. De cealaltă parte au fost situate criteriile care au luat în calcul existența unui litigiu, ca element distinctiv al actului jurisdicțional, structura acestui act compus dintr-o pretenție, o constatare și o hotărâre, precum și finalitatea actului¹⁸. Alături de acești autori, considerăm și noi că elementul specific actului jurisdicțional, care îl distinge de celelalte acte de putere publică, este reprezentat de scopul acestuia, respectiv tranșarea unei chestiuni juridice, ca urmare a aplicării regulilor de drept incidente situației de fapt deduse judecății.

Prin raportare la aspectele expuse, considerăm că actul jurisdicțional este cel prin care un organ abilitat, respectiv o instanță judecătorească sau o altă autoritate cu activitate jurisdicțională, în exercitarea atribuțiilor care îi sunt conferite prin lege, soluționează o problemă juridică, răspunzând pretențiilor și apărărilor părților formulate în cauză.

Așa fiind, din întreaga activitate a unui organ jurisdicțional, numai lucrurile esențiale pot fi catalogate drept judiciare și doar chestiunea de tranșare a unei probleme de drept prin aplicarea sa la o situație de fapt concretă reprezintă un element juridic. Pentru a ne afla în prezența unui act jurisdicțional, pe lângă criteriul referitor la calitatea organului emitent, care s-a dovedit insuficient, este necesar să constatăm întrunirea a două condiții esențiale: actul respectiv să fie rezultatul unui raționament prin care să fie mai întâi stabilită norma de drept incidentă în cauză, iar apoi aceasta să fie aplicată în concret cauzei cu care este investit organului jurisdicțional.

Menționăm că, deși a fost vehiculată și cerința existenței unui litigiu sau a unui conflict¹⁹, acest aspect nu poate fi considerat un atribut specific actului jurisdicțional. Este

adevărat că cea mai mare parte a acestor acte intervin la finalul unei proceduri contencioase, însă concluzia că toate actele jurisdicționale ar fi condiționate de tranșarea unui litigiu este falsă. Chiar dacă prin procedura grațioasă se tinde la soluționarea unor cereri pentru a căror dezlegare nu este necesară stabilirea unui drept potrivit față de o altă persoană, nu se poate nega cu desăvârșire caracterul jurisdicțional al hotărârilor pronunțate într-o astfel de procedură. Nici opinia potrivit căreia aceste acte ar fi mixte, situate între actele administrative și cele jurisdicționale nu este adecvată, fiind posibilă și chiar necesară o calificare certă.

Considerăm că și în procedura necontencioasă putem să întâlnim atât acte jurisdicționale, cât și acte administrative, criteriul de distincție fiind același. Astfel, dacă activitatea judecătorului nu se rezumă la verificarea unor condiții legale, ci presupune analiza și aprecierea normelor de drept incidente prin raportare la situația de fapt, realizând astfel judecata, atunci ne aflăm în prezența unui act jurisdicțional. Cu titlu de exemplu, amintim hotărârea prin care instanța soluționează o plângere împotriva încheierii de carte funciară. Prin urmare, caracterul grațios al procedurii nu presupune *per se* doar acte non jurisdicționale și nici reversul nu este valabil.

Astfel cum a arătat un autor²⁰, în funcție de caracterul lor, actele de procedură se împart în acte jurisdicționale, respectiv cele pe care judecătorul le îndeplinește în exercițiul funcțiunii sale jurisdicționale, care privesc în mod direct soluționarea chestiunii deduse judecătii și acte procesuale administrative (acte funcționale ori acte judiciare de administrație, denumite în legislația franceză măsuri de administrare judiciară). Spre deosebire de viziunea acestuia conform căreia actele jurisdicționale sunt majoritare, noi credem, din contră, că balanța este înclinată în favoarea actelor administrative.

Hotărârile judecătorești

Conform definiției conturate în doctrină, hotărârea judecătorească este actul de dispoziție al instanței de judecată cu privire la pretențiile pe care părțile le-au dedus judecătii, fiind deci actul final al judecătii²¹. Hotărârea reprezintă scopul urmărit prin declanșarea procesului, rațiunea lui de a fi, având în vedere că este menită să tranșeze conflictul dintre părți și să înlocuiască părerea, de regulă diferită, a părților cu părerea judecătorului, care are însă autoritatea prevăzută de lege și, la nevoie, poate fi impusă silit, cu ajutorul forței de constrângere a statului²².

Actul final al procesului constituie opera judecătorului, fiind un comandament izvorât din *imperium*, acea parte din puterea statală al cărei deținător este judecătorul, care se îmbină cu forța publică pentru a asigura executarea silită a hotărârii în cazul în care cel ce a pierdut procesul nu execută de bunăvoie. Totodată, hotărârea este un raționament care se obține ca urmare a unei dezbateri, iar judecătorul dispune în conformitate cu legea, astfel că puterea sa nu este voință pură, ci exprimă dreptul și îl impune²³.

Putem oare însă să spunem că toate hotărârile judecătorești sunt acte jurisdicționale? Credem că nu. Aceasta deoarece legiuitorul a reglementat și anumite tipuri de hotărâri care nu presupun tranșarea propriu-zisă de către instanță a unei chestiuni juridice și aplicarea sa unei spețe determinate. Intră în această categorie, spre exemplu, hotărârile de expedient, cele prin care se ia act de renunțarea la judecată sau la drept, cele prin care se

constată perimarea cererii ori încheierile definitive de închidere a dosarului în materia ordonanței de plată.

În conformitate cu prevederile art. 438 alin. 1 C.pr.civ., *părțile se pot înfățișa oricând în cursul judecății, chiar fără să fi fost citate, pentru a cere să se dea o hotărâre care să consfințească tranzacția lor.* Potrivit art. 439 C.pr.civ. *tranzacția părților va fi încheiată în formă scrisă și alcătuieste dispozitivul hotărârii astfel pronunțate.* Așadar, în cadrul procesului civil, hotărârea ce cuprinde în dispozitiv însăși învoiala părților reprezintă un contract intervenit între părți prin mijlocirea justiției, așadar un contract judiciar, motiv pentru care s-a reținut în doctrină că acesta trebuie să respecte condițiile de fond și de formă pentru validitatea actelor juridice²⁴. Faptul că un asemenea act este prezentat în fața instanței de judecată, care este datoare să pronunțe hotărârea de expedient dacă sunt întrunite cerințele necesare în acest scop, nu înseamnă nici că judecătorul ar deveni parte a actului, dar nici nu atribuie hotărârii date caracter jurisdicțional.

Dispozitivul unei hotărâri judecătorești trebuie să cuprindă soluția dată de instanță tuturor cererilor deduse judecății or, faptul că în cazul hotărârii de expedient dispozitivul este stabilit de părți, evidențiază aspectul că acest act nu respectă definiția hotărârii judecătorești. Chiar dacă instanța participă, într-adevăr, la perfectarea acestui contract judiciar, hotărârea de expedient nu poate fi considerată nicidecum ca un act de dispoziție al instanței. În cazul intervenirii unei tranzacții, soluționarea problemei juridice nu își are sursa în lumina și înțelepciunea judecătorului, acesta fiind doar un interlocutor al convenției părților.

Un argument suplimentar în acest sens este calea de atac acordată părților pentru a contesta o asemenea hotărâre. Conform prevederilor art. 440 C.pr.civ. *hotărârea care consfințește tranzacția intervenită între părți va putea fi atacată, pentru motive procedurale, numai cu recurs la instanța ierarhică superioară.* Împrejurarea că hotărârea nu este supusă și apelului este explicabilă tocmai prin aceea ca instanța ce pronunță hotărârea de expedient nu procedează la o judecare a fondului, limitându-se la a verifica dacă tranzacția îndeplinește condițiile prevăzute de lege și dacă este rezultatul voinței neviciate a părților.

De altfel, și calea de atac a recursului este limitată la motive procedurale, respectiv numai la acele critici referitoare la regulile de urmat în ceea ce privește darea hotărârii de expedient²⁵. Celelalte motive de casare sunt inadmisibile, din moment ce hotărârea de expedient nu beneficiază de efectul pozitiv al puterii de lucru judecat, instanța nefăcând altceva decât să consfințească voința părților în cuprinsul hotărârii. Așa fiind, din moment ce instanța nu judecă litigiul într-o astfel de situație, credem că nu se poate susține în mod întemeiat că actul emis ar fi unul jurisdicțional. La fel stau lucrurile în privința tuturor hotărârilor prin care instanța ia act de exercitarea drepturilor de dispoziție ale părților, fără să procedeze la analiza pe fond a cererilor deduse judecății.

În ceea ce privește hotărârea judecătorească prin care se constată perimarea, apreciem că nici aceasta nu reprezintă un veritabil act jurisdicțional, dată fiind natura juridică a instituției. În literatura de specialitate s-a reținut că perimarea reprezintă nu doar o sancțiune procedurală pentru nerespectarea termenului stabilit de lege, ci și o prezumție de desistare a părților, dedusă din faptul lipsei de stăruință vreme îndelungată în judecată²⁶. O altă definiție caracterizează perimarea ca pe un mod de stingere sau

încetare a procesului în faza procesuală în care se găsește, din cauza rămânerii lui în nelucrare, din culpa părții, în tot timpul prevăzut de lege²⁷.

Conform prevederilor art. 420 alin. 1 C.pr.civ., *perimarea se constată fie din oficiu, fie la cererea părții interesate*. Astfel, cu toate că perimarea intervine *ope legis*, producerea efectelor este condiționată de constatarea sa de către instanța de judecată, care se rezumă la verificarea îndeplinirii condițiilor necesar a fi îndeplinite pentru perimarea cererii (respectiv rămânerea cauzei în nelucrare timp de 6 luni, termenul de perimare să nu fi fost întrerupt sau suspendat pentru vreuna din cauzele indicate de art. 417 și 418 C.pr.civ., iar abandonarea cauzei în nelucrare să se datoreze culpei părții).

La fel ca în cazul hotărârii de expedient, nici hotărârea care constată perimarea nu este susceptibilă de a fi atacată cu apel, fiind supusă doar recursului, la instanța ierarhic superioară. Hotărârea judecătorească prin care se constată perimarea dezinvestește instanța și are ca efect stingerea procesului civil, ca urmare a lipirii de eficacitate a tuturor actelor de procedură efectuate în respectiva cauză. Printr-un astfel de act nu are loc o rezolvare a fondului litigiului dedus judecătii, fiind vorba despre un simplu act administrativ care marchează operațiunea de închidere a dosarului.

Atâta timp cât prin aceste acte nu se tranșează nicio chestiune juridică, judecătorul fiind încorsetat de voința părților sau de anumite condiții impuse de lege, apreciem că nu poate fi vorba, în aceste cazuri, despre operațiuni jurisdicționale. Activitatea judecătorului în asemenea ipoteze este una de natură mai degrabă administrativă, rolul său rezumându-se la emiterea unui act dictat de părți sau de legiuitor, în virtutea puterii cu care este investit.

Cu atât mai puțin am putea să afirmăm în legătură cu rezoluțiile sau încheierile prin care, de pildă, se procedează la fixarea termenului de judecată, dispunerea unei comisii rogatorii, stabilirea unei cauțiuni, numirea unui curator sau a unui custode, că ar fi incluse în categoria actelor jurisdicționale. Pentru emiterea acestor acte, instanța nu își exercită atributul de judecată, ci urmează regulile stabilite de legiuitor. În materie de probațiune, chiar denumirea utilizată de legiuitor vine în sprijinul teoriei noastre, acesta folosind sintagma de administrare a probelor. Astfel, în etapa cercetării judecătorești, probele și mijloacele de probă sunt doar prezentate și gestionate în mod nemijlocit în fața instanței, în scopul stabilirii corecte și complete a stării de fapt, fără ca acestea să fie judecate în acest moment.

Aprecierea coroborată a probelor are loc doar în etapa deliberării, etapă în care judecătorul aplică dreptul la situația de fapt rezultată din probațiune. Acesta este momentul în care este exercitat în mod efectiv *imperium-ul*, activitatea de judecată presupunând transpunerea stării de fapt în drept și aplicarea normelor legale incidente pentru soluționarea litigiului. Funcția esențială de judecată se remarcă în etapa menționată și se finalizează cu emiterea actului jurisdicțional. Prin actele prealabile deliberării și soluționării cauzei, magistratul nu face altceva decât să își asigure cadrul necesar pentru parcurgerea itinerariului spre o hotărâre. Dacă am interpreta altfel, considerându-le acte de judecată, instanța s-ar desista după efectuarea fiecăruia dintre acestea, aspect în mod evident eronat. Față de aceste aspecte, considerăm că aproape toate actele emise de judecător sunt acte unilaterale administrative, emise în regim de putere publică, cu scopul de a organiza desfășurarea procesului sau operațiuni tehnico-materiale prin care se realizează punerea în executare a actelor.

Deciziile Curții Constituționale

Mergând mai departe cu raționamentul nostru și analizând deciziile Curții Constituționale, care este situată la granița puterii judecătorești cu a celei executive, apreciem că o mare parte a actelor emise de această autoritate sunt administrative. Opinia majoritară în doctrină consideră Curtea Constituțională ca organ politico-jurisdicțional²⁸. Fundamentul dimensiunii politice a naturii Curții Constituționale se află atât în modul de numire a membrilor săi, cât și în aspectul că atribuțiile Curții, chiar și cele care nu vizează controlul de constituționalitate a legilor, ordonanțelor Guvernului și regulamentelor Parlamentului, se referă în fond tot la aplicarea și respectarea Constituției, ca document politic și juridic.

Pentru a analiza caracterul actelor emise de Curtea Constituțională, trebuie să menționăm în prealabil atribuțiile acesteia, care determină și obiectul actelor specifice fiecăreia. Conform art. 146 din Constituția României, Curtea Constituțională are următoarele atribuții:

a) se pronunță asupra constituționalității legilor, înainte de promulgarea acestora, la sesizarea Președintelui României, a unuia dintre președinții celor două Camere, a Guvernului, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a Avocatului Poporului, a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori, precum și, din oficiu, asupra inițiativelor de revizuire a Constituției;

b) se pronunță asupra constituționalității tratatelor sau altor acorduri internaționale, la sesizarea unuia dintre președinții celor două Camere, a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori;

c) se pronunță asupra constituționalității regulamentelor Parlamentului, la sesizarea unuia dintre președinții celor două Camere, a unui grup parlamentar sau a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori;

d) hotărăște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial; excepția de neconstituționalitate poate fi ridicată și direct de Avocatul Poporului;

e) soluționează conflictele juridice de natură constituțională dintre autoritățile publice, la cererea Președintelui României, a unuia dintre președinții celor două Camere, a primului-ministru sau a președintelui Consiliului Superior al Magistraturii;

f) veghează la respectarea procedurii pentru alegerea Președintelui României și confirmă rezultatele sufragiului;

g) constată existența împrejurărilor care justifică interimatul în exercitarea funcției de Președinte al României și comunică cele constatate Parlamentului și Guvernului;

h) dă aviz consultativ pentru propunerea de suspendare din funcție a Președintelui României;

i) veghează la respectarea procedurii pentru organizarea și desfășurarea referendumului și confirmă rezultatele acestuia;

j) verifică îndeplinirea condițiilor pentru exercitarea inițiativei legislative de către cetățeni;

k) hotărăște asupra contestațiilor care au ca obiect constituționalitatea unui partid politic;

l) îndeplinește și alte atribuții prevăzute de legea organică a Curții.

Actele emise de această autoritate sunt deciziile, hotărârile și avizele. Deciziile și hotărârile Curții Constituționale sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor, iar avizul emis în situația existenței unei propuneri de suspendare din funcție a Președintelui României este singurul act al Curții care are un caracter consultativ. Fără îndoială că, în activitatea sa, Curtea Constituțională emite anumite acte a căror natură administrativă este certă. Așa sunt de pildă cele de organizare și funcționare a Curții, prevăzute în cuprinsul art. 4 din Anexa I a Hotărârii Plenului Curții Constituționale nr. 6/2012 pentru adoptarea Regulamentului de organizare și funcționare²⁹.

Probleme pun însă actele adoptate în exercitarea atribuțiilor enumerate de art. 146 lit. a) - j) din Constituție. Considerăm că majoritatea hotărârilor și deciziilor pronunțate de Curtea Constituțională în exercitarea atribuțiilor enunțate nu ar putea fi atașate sferei actelor juridictionale, având în vedere că nu întrunesc elementele constitutive ale acestui tip de act. Astfel, actele prin care se pronunță asupra constituționalității legilor, inițiativelor de revizuire a Constituției, tratatelor sau altor acorduri internaționale ori regulamentelor Parlamentului, nu presupun judecarea unei stări de fapt prin aplicarea regulilor de drept incidente. Rolul Curții Constituționale este de a verifica dacă actele menționate sunt conforme cu prevederile Constituției, prin apelare la funcția de interpretare, fără ca însă să aibă de a face cu spețe concrete.

Or, noi credem că existența unui caz practic, particular a cărui soluționare se face prin aplicarea dreptului este chiar nota distinctivă a actelor juridictionale. Acesta este motivul pentru care avem rezerve față de opinia conform căreia deciziile prin care Curtea Constituțională apreciază asupra conformității unui act normativ cu actul suprem ar avea un caracter juridictional. Contrar afirmațiilor unui autor³⁰, considerăm că legea nu poate fi asimilată unei stări concrete de fapt, unei spețe particulare, având în vedere caracterul general și abstract al acesteia. Interpretarea dublă, în scopul de a verifica dacă sensul legii se subordonează înțelesului și rigorilor constituționale nu echivalează cu soluționarea unei situații de fapt determinate.

Ipoteza susceptibilă de controverse ar putea fi cea în care instanța de contencios constituțional se pronunță cu privire la o excepție de neconstituționalitate. Apreciem că deși sesizarea Curții cu o astfel de excepție poate avea loc doar în cadrul unui litigiu, trebuie avută în vedere natura hotărârii de verificare a conformității unui text de lege cu normele constituționale, fără a emite vreo judecată cu privire la litigiul din fața instanței de judecată. Astfel, Curtea Constituțională nu poate să indice în cuprinsul deciziei sale modul concret în care vor fi soluționate litigiile aflate pe rolul instanțelor de judecată în care a fost invocat temeiul de drept supus analizei și nici nu are competența de a completa un eventual vid legislativ. Un argument în acest sens este și faptul că deciziile Curții Constituționale prin care s-a constatat neconstituționalitatea unor legi sau ordonanțe ori a unor dispoziții din acestea sunt general obligatorii și nu sunt limitate doar la părțile din procesul în cadrul căruia a fost ridicată excepția.

În ceea ce privește situația în care instanța constituțională soluționează un conflict juridic de natură constituțională între autoritățile publice amintim că, de principiu, prin aceste decizii instanța de contencios constituțional interpretează *in concreto* textul constituțional care a dat naștere conflictului juridic. În decizia nr. 53/2005³¹, Curtea Constituțională a definit conflictul juridic de natură constituțională între autorități publice ca acte sau acțiuni concrete prin care o autoritate sau mai multe își arogă puteri, atribuții sau competențe, care, potrivit Constituției, aparțin altor autorități publice, ori omisiunea unor autorități publice, constând în declinarea competenței sau în refuzul de a îndeplini anumite acte care intră în obligațiile lor.

Constatând că prin intermediul acestor decizii este analizată o situație de fapt determinată și este soluționată prin aplicarea concretă a normelor constituționale incidente, natura lor este una jurisdicțională. De exemplu, prin decizia nr. 98/2008³², Curtea a constatat și a soluționat un conflict juridic de natură constituțională între Guvern și Președintele României, în legătură cu refuzul Președintelui de a accepta propunerea Primului-ministru de numire a unei persoane în funcția de ministru. Ca urmare a judecării cauzei, instanța constituțională a dispus că Președintele poate refuza o singură dată, motivat, propunerea Primului-ministru.

Având în vedere că, în temeiul art. 147 alin. 4 din Constituție, deciziile Curții Constituționale sunt general obligatorii, autoritățile implicate în conflict trebuie să se supună deciziei Curții, mai exact interpretării pe care aceasta o dă textului constituțional. Astfel, se observă că, formal, Curtea nu obligă autoritățile la o acțiune sau inacțiune, ci, prin forța interpretării date textului constituțional, autoritățile publice implicate își vor vedea impusă o conduită corespunzătoare. Întrucât aceste decizii se disting de cele expuse anterior prin prisma faptului că se raportează la cazuri particulare pe care le rezolvă, opinăm în sensul că ele pot fi integrate în categoria actelor jurisdicționale.

Pentru aceleași argumente, toate actele prin care Curtea Constituțională soluționează contestații (de exemplu, cu privire la alegerea Președintelui României sau anularea alegerilor prezidențiale, constituționalitatea unui partid politic sau procedura pentru organizarea și desfășurarea referendumului) îndeplinesc cerințele unor acte jurisdicționale. În exercitarea acestor atribuții, Curtea este investită cu un incident concret pe care trebuie să îl soluționeze prin transpunerea regulilor de drept constituționale la starea de fapt determinată.

Situația ar părea asemănătoare la o analiză de suprafață a cazului emiterii avizului consultativ la propunerea de suspendare din funcție a Președintelui României deoarece și în această ipoteză se analizează dacă faptele concrete sunt suficiente de grave pentru a justifica o asemenea măsură. În realitate, nu ne aflăm în prezența unui act jurisdicțional, nefiind îndeplinită condiția soluționării cauzei prin emiterea unui act de putere publică. Curtea nu are competența de a hotărî, ea însăși, suspendarea președintelui, Parlamentul fiind autoritatea investită cu prerogativa aplicării acestei sancțiuni.

Referitor la atribuțiile conferite de art. 146 lit. f), g), i) și j), majoritatea hotărârilor și deciziilor au caracter non jurisdicțional, cu excepția ipotezelor în care sunt soluționate contestații. În prima categorie intră, de pildă, hotărârile de stabilire și aducere la cunoștința publică a rezultatelor alegerilor prezidențiale, de validare a rezultatului alegerilor prezidențiale, de confirmare a rezultatului referendumului, de constatare a îndeplinirii condițiilor pentru exercitarea inițiativei legislative de către cetățeni. Nu ne propunem o abordare exhaustivă a

acestui subiect, ci ne rezumăm la a sublinia că, atâta timp cât instanța nu își exercită prerogativa *jurisdictio*, actul adoptat nu este unul jurisdicțional. Nu contestăm forța juridică a acestor acte, dat fiind faptul că ele sunt emise în exercitarea unei atribuții constituționale, exclusive a unei autorități specializate, însă considerăm că acest aspect nu influențează natura lor non-jurisdicțională.

Ca o concluzie preliminară, arătăm că puterea publică nu aparține doar administrației publice, ci se regăsește și la celelalte autorități publice din cadrul celor trei puteri ale statului, care sunt nevoite să emită uneori acte administrative pentru a-și aduce la îndeplinire misiunile pe care le au în societate. Sfera actelor administrative este mult mai generoasă decât cea a actelor administrației, iar din categoria primelor am arătat că fac parte și anumite acte ale organelor judiciare. Mai mult, părerea noastră este că în activitatea de justiție majoritatea actelor nu sunt jurisdicționale, ci sunt acte administrative emise de organele judiciare. Acestea beneficiază de anumite denumiri specifice în virtutea faptului că sunt emise de organe speciale și intervin în procesul de judecată.

Criteriul de distincție dintre actele jurisdicționale și cele administrative este astfel cuprins în act, fiind strâns legat de cauza acestuia. Prin urmare, chestiunea se reduce în fond la a determina dacă, prin intermediul respectivului act, s-a spus sau nu dreptul. Am demonstrat așadar că organul jurisdicțional emite doar cu titlu de excepție acte de judecată, atunci când își îndeplinește misiunea de rostire a dreptului, iar majoritatea actelor efectuate cu alt scop rămân administrative. Situația se prezintă în mod similar cazului organelor administrației publice, ale căror acte de jurisdicție sunt *rara avis*.

b. Actul notarial

În doctrină s-a mai pus problema naturii juridice a actelor notarului public. În reglementarea actuală, biroul notarial se înfățișează ca o instituție de drept privat, iar nu ca un organ al administrației de stat. El are un caracter autonom, independent față de toate celelalte autorități publice. Această autonomie rezultă, în termeni neechivoci, din dispozițiile Legii nr. 36/1995³³. Potrivit art. 3 din Legea nr. 36/1995, notarul public este investit să îndeplinească un serviciu de interes public și are statutul unei funcții autonome. Este fără îndoială că activitatea desfășurată de biroul notarial este una de autoritate publică, însă această caracteristică nu explică natura juridică a actelor sale, fiind necesar în plus să determinăm dacă îndeletnicirea este una administrativă sau una jurisdicțională.

Trebuie precizat că activitatea notarială este una esențialmente necontencioasă, acest caracter fiind recunoscut, chiar și procedurii succesoriale notariale. Cu toate acestea, după cum am arătat și cu ocazia analizei hotărârilor judecătorești pronunțate în cadrul unei proceduri necontencioase, includerea unui act în categoria jurisdicțională nu este condiționată de existența unui litigiu. Astfel, faptul că toate actele și lucrările notariale se desfășoară într-o procedură grațioasă, în lipsa unui diferend, nu poate constitui un criteriu în funcție de care să realizăm calificarea juridică a acestora.

Referitor la aspectul menționat, a fost exprimată opinia potrivit căreia activitatea notarială nu are un caracter jurisdicțional, ci unul administrativ³⁴. Această concluzie are la bază împrejurarea că notarul nu pronunță dreptul, ci aplică în mod tehnic normele legale în

cadrul procedurii solicitate de părți, iar în ipoteza ivirii unui litigiu, le îndrumă pe acestea în fața organelor jurisdicționale competente. Un alt autor³⁵ a concluzionat că biroul notarial se înfățișează ca o instituție de drept privat, iar nu ca un organ al administrației de stat, însă a arătat că actele notariale, sub aspectul conținutului lor au un caracter special, păstrând unele din caracteristicile actului administrativ întrucât sunt acte de autoritate. Teoria a fost și criticată, susținându-se că generează o stare de confuzie deoarece, dacă acceptăm că activitatea notarială nu are un caracter jurisdicțional, ci unul administrativ și că actele emise de notarul public păstrează unele din caracteristicile actului administrativ, atunci înseamnă că procedurile notariale și instituția notarului public, în cadrul cărora se emit asemenea acte, au un caracter administrativ³⁶.

Privind lucrurile într-o altă lumină, un autor³⁷ a argumentat că actele notarului public nu pot fi considerate acte administrative, din moment ce nu cuprind o manifestare de voință propriu-zisă a emitentului actului. Acestea sunt limitate la constatarea existenței voinței unor alte persoane sau a unei stări de fapt și nu dau naștere, prin ele însele, unor raporturi juridice. Bineînțeles că această împrejurare nu este de natură să înlăture semnificația juridică a actelor notariale, însă efectele lor nu sunt produse ca urmare a manifestării de voință a organului emitent.

Credem că pentru rezolvarea acestei controversă este utilă aplicarea metodei *divide et impera* deoarece nu poate fi exprimată o concluzie fundamentată doar prin analiza cu titlu general a actelor și lucrărilor notariale. Astfel, le vom împărți în trei categorii, în funcție de raportul lor cu un alt act privat. Înainte de toate însă, amintim distincția pe care am realizat-o anterior între acte administrative și acte ale administrației și subliniem că o eventuală calificare a actelor emise de notar ca fiind administrative nu atrage concluzia că notarul public ar fi un organ al administrației de stat. Din contră, așa cum deja am demonstrat, și alte autorități investite cu putere publică au abilitatea de a emite acte administrative.

Acte notariale net administrative

Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, în cuprinsul art. 12, face distincție între diverse acte și lucrări notariale³⁸. Analizând aceste prerogative, observăm că unele dintre ele se materializează prin acte care sunt efective ale notarului și pe care acesta le întocmește fără să aibă nevoie de participarea unui alt subiect. Există astfel în activitatea notarială anumite acte care sunt net administrative și se concretizează într-o manifestare de voință a notarului, fără a presupune și o altă voință. Intră în această categorie toate încheierile de legalizare sau de certificare de fapte.

Cu toate că actele menționate nu sunt efectuate din oficiu, fiind necesară o solicitare prealabilă a beneficiarului, acest aspect nu le modifică natura juridică, ele rămânând, din punct de vedere tehnic și volitiv, pure acte administrative. Situația este diferită față de actul de autentificare, în cazul căruia voința notarului, ca participant la perfectarea contractului de fond, se adaugă acordului de voințe al părților. În ipoteza de față, notarul este singurul autor al actului de legalizare a unei semnături, a unei copii de pe un înscris sau de certificare a unei fapte, nemaiavând calitatea de participant, respectiv de persoană prin intermediul căreia se încheie un alt act juridic al părților.

Menționăm că activitatea notarului în exercitarea acestor atribuții nu se limitează nicidecum la constatarea unui aspect, ci acesta exprimă o voință în sensul emiterii actului. Dacă am considera altfel nu am putea explica modul în care actele notarului generează efecte juridice. Ținând cont de faptul că aceste tipuri de acte ale notarului nu sunt adiționale unui alt act de natură privată, constatăm că ele interferează în cea mai mică măsură cu sfera dreptului privat.

Actele notarului care sunt grefate pe un act al părților

Chestiunea care generează controverse este dacă actul notarului care este grefat pe un alt act al părților ar putea fi desprins de acesta din urmă și analizat separat. Cu titlu de exemplu, menționăm încheierea de autentificare a unui contract. În primul rând, este necesar să arătăm că atâta timp cât notarul public nu este parte la încheierea actului de fond pe care îl autentifică, efectele actului nu se produc niciodată față de acesta. Având în vedere că elementul definitoriu al calității de parte a unui act juridic este exclusiv de ordin subiectiv, fiind reprezentat de voința persoanei, nu putem include notarul în această categorie limitativă.

Simpla prezență fizică a notarului și faptul că el contribuie la perfectarea actului nu sunt elemente suficiente pentru a-i atribui calitatea de parte, motiv pentru care doctrina i-a acordat apelativul de intervenient³⁹. Prezența juridică a unei persoane la încheierea unui act juridic este reprezentată atât de cauza concretă, cât și de interesul propriu care justifică psihologic această cauză. Or, declarația notarului vizează doar înscrisul, și nu produce nicio consecință cu privire la actul juridic cuprins în înscris. Astfel, voința sa nu suplimentează raportul juridic născut din convenția părților cu noi efecte juridice, ci este manifestată doar pentru a asigura preconstituirea unei probe.

Persoana care își exprimă voința juridică devine creditor sau debitor al unei obligații, fiind prinsă în mrejele unor raporturi juridice pe care le-a vizat, în virtutea intenționalității juridice. Reflexivitatea conceptului de parte se remarcă prin aceea că efectele actului se produc doar în raport cu persoanele incluse în această categorie, respectiv autorii reflexivi ai actului civil. Prin urmare, elementul esențial pentru dobândirea calității de parte contractantă de către o persoană care participă la încheierea actului este răsfrângerea asupra sa a efectelor juridice ale intenției sale⁴⁰.

În al doilea rând, autentificarea unui înscris notarial impune respectarea unei proceduri stricte, fiind necesară înrunirea elementelor descrise de art. 89 alin. 2 din Legea nr. 36/1995. Astfel, notarul public este dator să stabilească identitatea persoanelor prezente în fața sa, să verifice existența consimțământului la încheierea actului, să ateste semnătura părților și să consemneze data perfectării actului. Când toate aceste cerințe sunt îndeplinite, notarul exprimă o voință prin care autentifică înscrisul constatator al actului juridic dintre părți.

În al treilea rând, dacă nu am accepta posibilitatea separării acestor acte, am ajunge la anihilarea teoriei conversiunii actelor juridice. În acest caz, actul ar fi nul cu totul și nu ar mai avea ce să se convertească. Așa cum s-a arătat și în doctrina de specialitate⁴¹, normele juridice dedicate autentificării actelor din legislația notarială nu prevăd expres vreo sancțiune specială pentru nerespectarea cerințelor legale, astfel încât trebuie aplicat textul general, respectiv art. 86 alin. 1 din Legea nr. 36/1995, care sancționează cu

nulitatea relativă încălcarea cerințelor menționate de art. 83 lit. a) – k) din lege. Sancțiunea intervine însă doar în cazul în care actele nu pot fi îndreptate și au produs părții o vătămare care nu poate fi înlăturată în alt mod decât prin desființarea actului.

Autorul a argumentat pertinent că sancțiunea nulității absolute ar trebui să intervină doar în ipotezele în care fie au lipsit, fie au fost îndeplinite greșit etapele structurale ale autentificării prevăzute de art. 89 alin. 2. Din contră, dacă toate elementele au fost realizate, însă a fost omisă menționarea lor în încheierea de autentificare, atunci actul este supus îndreptării. Nulitatea relativă prevăzută de art. 98 din lege afectează încheierea în măsura în care nu se procedează la îndreptarea sau completarea lui.

Pe de altă parte, art. 271 alin. 1 C.pr.civ. sancționează cu nulitatea absolută înscrisul ce ar trebui să fie autentic, dar care este întocmit fără respectarea formelor prevăzute pentru încheierea sa valabilă ori de o persoană incompatibilă, necompetentă sau cu depășirea competenței. Achiesăm la opinia expusă de autorul citat conform căreia contradicția dintre cele două texte de lege este doar aparentă, având în vedere că art. 98 din Legea nr. 36/1995 penalizează lipsa mențiunilor obligatorii, iar art. 271 C.pr.civ. se referă la încălcarea formalităților de adoptare a actului.

Din acest motiv a prevăzut legiuitorul în cuprinsul art. 271 alin. 2 C.pr.civ. posibilitatea conversiunii actului, stabilind că înscrisul prevăzut la alin. 1 face deplină dovadă ca înscris sub semnătură privată, dacă este semnat de părți, iar dacă nu este semnat, constituie, între acestea, doar un început de dovadă scrisă. Așadar, chiar dacă manifestarea de voință a notarului public este înlăturată întrucât acesta fie nu a respectat formele impuse de lege, fie era incompatibil ori necompetent, este permisă totuși valorificarea voinței părților. Credem că acest argument susține opinia noastră în sensul că încheierea de autentificare reprezintă un act distinct, care poate fi desprins de actul de fond cu care face corp comun.

Față de aceste argumente, considerăm că simbioza dintre actul notarului și actul părților poate fi întotdeauna destrămată. În ceea ce privește natura juridică a încheierii, opinăm în sensul includerii acesteia în categoria actelor administrative. Avem în vedere în acest sens că încheierea de autentificare emisă de notarul public nu se rezumă la constatarea consimțământului și a aspectelor factice, ci cuprinde și declarația de autentificare. Această declarație produce, la rândul său, anumite efecte juridice specifice care se disting de efectele actului juridic civil încheiat între părți, motiv pentru care constituie un act aparte.

Mai mult, în materia actelor supuse încheierii în formă autentică *ad validitatem*, efectele acestora chiar sunt condiționate de existența acestei solemnități. Înscrisul autentic este definit de art. 269 C.pr.civ. conform căruia acesta este reprezentat de înscrisul întocmit sau, după caz, primit și autentificat de o autoritate publică, de notarul public sau de către o altă persoană investită de stat cu autoritate publică, în forma și condițiile stabilite de lege. Așadar, elementul esențial al actului autentic îl constituie prezența unui agent instrumentator investit cu autoritate publică în momentul perfectării actului, precum și implicarea acestuia în elaborarea sa.

Un exemplu edificator este situația contractului de vânzare a unui bun imobil care, în lipsa autentificării notariale, nu este apt să genereze efectele specifice contractului pe care îl vizează părțile. În lipsa adăugării declarației notarului public peste acordul de voințe al părților, actul în discuție ar putea să aibă cel mult valoarea unui antecontract, în ipoteza

aplicării conversiunii. Prin urmare, putem să conchidem că aceste încheieri notariale sunt tot acte administrative, care se detașează de actul civil, chiar dacă sunt emise de un subiect care nu ține nici de puterea executivă a statului, nici de cea jurisdicțională.

Încheierile finale în procedura succesorală

Probabil cel mai complex act al notarului public, încheierea finală emisă în procedura succesorală este și punctul culminant al acestei proceduri, prin care se concluzionează toate cercetările efectuate și probele administrate, precum și acordul succesibililor în cauza succesorală dezbătută. Din acest motiv, natura juridică a actului suscită anumite observații.

Spre deosebire de ipoteza încheierii de autentificare grefată pe un alt act amintită anterior, în cazul căreia notarul este un simplu intervenient, calitatea acestuia în procedura succesorală se apropie mai degrabă de cea a unei părți. Cu toate că efectele actului nu îl vizează, rolul notarului nu se mai rezumă de această dată la cel al unui agent instrumentator. Prin actul emis la încheierea procedurii, notarul „tranșează” cauza succesorală din punct de vedere notarial, în sensul că stabilește moștenitorii, determină cotele și masa succesorală și atestă modalitatea de împărțire a bunurilor, dacă este cazul.

Având în vedere că emiterea unei asemenea încheieri este condiționată de acordul tuturor succesibililor, considerăm că natura sa juridică este una contractuală. Totodată, manifestarea de voință a notarului este înglobată și ea în conținutul acestui act și nu poate fi delimitată de actul părților precum în cazul autentificării unui contract. Deci, toate voințele persoanelor implicate în procedura succesorală notarială se intersectează în acest act complex.

În cadrul procedurii succesorală notariale reglementată de prevederile art. 101 - 118 din Legea nr. 36/1995 și art. 233 - 259 din Regulamentul pentru punerea în aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale⁴², notarul public administrează la cererea părților sau din oficiu, probele necesare pentru stabilirea corectă a stării de fapt și de drept, respectiv masa succesorală, persoanele care au calitatea de moștenitori și cotele ce li se cuvin, analizând înscrisurile, declarațiile moștenitorilor care se consemnează în încheierile de dezbateri și în încheierea finală, declarațiile martorilor, iar după administrarea tuturor probelor întocmește încheierea finală pe baza căreia se eliberează certificatul de moștenitor .

Astfel, procedura succesorală notarială se aseamănă cu o procedură necontencioasă desfășurată în fața instanței de judecată, iar notarul devine practic un judecător care soluționează situația prezentată în fața sa, prin aplicarea concretă a normelor juridice incidente. Acesta este și motivul pentru care legiuitorul a recunoscut certificatului de moștenitor natura juridică și puterea doveditoare a unui titlu de proprietate, la fel ca în cazul hotărârii judecătorești. Potrivit prevederilor art. 1133 alin. 1 C.civ. certificatul de moștenitor face dovada calității de moștenitor, legal sau testamentar, precum și dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor acceptanți asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia.

Faptul că notarul public desfășoară o activitate jurisdicțională necontencioasă în cadrul procedurii succesorală notariale, pronunțând adevărate soluții pe baza probelor prezentate de părți sau dispuse din oficiu este demonstrat și de împrejurarea că acesta are

statutul unei funcții autonome, ceea ce presupune independență față de orice autoritate sau persoană, notarul fiind obligat să se supună numai legii în îndeplinirea sarcinilor profesionale. În cadrul procedurii succesorală notarul public soluționează speța, prin aplicarea normelor de drept incidente la situația de fapt pe care o reține, întocmai ca în situația în care judecătorul este investit cu dezbaterăa unei succesiuni, fapt pentru care apreciem că actul final emis în această procedură are caracter jurisdicțional.

În privința naturii juridice a certificatului de moștenitor, având în vedere că acesta nu este altceva decât un extras din încheierea finală întocmită în procedura succesorală, acesta reprezintă un act administrativ. Așadar, cu toate că la prima vedere lucrurile par amestecate, la o privire atentă pot fi deslușite diferențele, care nu sunt de lepădat. Am observat că instituția notarului public este una complexă deoarece, deși nu face parte din organele administrației publice, majoritatea actelor și lucrărilor emise de un notar pot fi incluse în categoria vastă a actelor administrative. Totodată, nu putem să pierdem din vedere că unul dintre cele mai importante acte notariale, respectiv încheierea finală din procedura succesorală, are caracter jurisdicțional, cu toate că notarul nu este un veritabil organ de jurisdicție.

În lumina celor expuse, conchidem că și notarul public emite în activitatea pe care o desfășoară numeroase acte administrative, fără ca acest aspect să presupună că notarul public s-ar încadra în categoria autorităților administrației publice.

c. Acte administrative care conțin drepturi civile

Pe de altă parte, mai menționăm că există acte administrative care conțin în cuprinsul lor drepturile civile, cum ar fi, de pildă, titlurile de proprietate. În această ipoteză nu se mai poate face distincția menționată anterior cu ocazia analizei actelor notarului grefate pe un act al părților, în sensul că nu se mai evidențiază o detașare a actului administrativ de cel civil. Titlul nu se mai suprapune pe altceva, ci este asimilat cu actul autentic, care constituie proba în sine a dreptului și a constituirii sale.

Lucrurile se prezintă în aceeași manieră și în ceea ce privește actele de stare civilă care se întemeiază pe acte juridice, neputând fi făcută o diferențiere între voința civilă și forma administrativă care o îmbracă. Tradițional, în doctrina de specialitate s-a susținut ideea că actele de stare civilă au o natură juridică complexă, care ar trebui analizată atât din punct de vedere al dreptului civil, cât și al dreptului administrativ⁴³. Din perspectivă civilistă, actele de stare civilă sunt privite ca acte autentice, în timp ce viziunea administrativă le tratează ca înscrisuri doveditoare ale actelor administrative întocmite cu ocazia înregistrărilor de stare civilă.

Teza contrară se sprijină pe ideea că acestor înscrisuri le lipsește o condiție pentru a fi considerate acte juridice, respectiv manifestarea de voință a funcționarilor de stare civilă⁴⁴. Astfel, s-a apreciat că din moment ce înregistrarea actelor și faptelor de stare civilă și înscrierea mențiunilor se fac la cerere, pe baza declarației persoanei obligate la aceasta, sau din oficiu, în condițiile prevăzute de lege, ofițerul de stare civilă, întocmind un act de stare civilă, nu face altceva decât să execute o operațiune de înregistrare a unui act juridic sau a unui fapt de stare civilă. Acesta nu are libertatea de a-și manifesta voința în acest sens ori în legătură cu conținutul actului.

Considerăm că această susținere este viciată deoarece nu are în vedere complexitatea generării unui act de putere publică. Noțiunea de manifestare de voință nu trebuie redusă la înțelesul său restrâns din dreptul civil. În domeniul administrativ aceasta se întemeiază, în primul rând, pe puterea publică acordată de legiuitor în vederea satisfacerii unui interes general. Așadar, atunci când emite un act, persoana investită cu această putere nu exteriorizează o voință personală și nu urmărește un interes propriu, ci exprimă voința generală.

Dovadă în acest sens, în materie de stare civilă, stau dispozițiile art. 1 teza II din Legea nr. 119/1996⁴⁵, conform cărora actele de stare civilă se întocmesc în interesul statului și al persoanei și servesc la cunoașterea numărului și structurii populației, a situației demografice, la apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor. La fel cum am arătat anterior că notarul public îndeplinește un serviciu de interes general, exprimând o voință pentru emiterea actului, și actul întocmit de ofițerul de stare civilă este caracterizat de o manifestare de voință. Un argument suplimentar îl constituie prevederile art. 6 alin. 2 din Legea nr. 119/1996 care instituie obligația semnării actului de stare civilă atât de ofițerul de stare civilă, cât și de declarant.

Pe de altă parte, natura juridică a actelor de stare civile întemeiate pe acte juridice nu se poate reduce la caracteristica lor de a fi înscrisuri autentice, ci ele înglobează în conținutul lor chiar drepturile, obligațiile și îndatoririle civile care derivă din situația civilă pe care o atestă. Astfel, actul de căsătorie nu este un simplu înscris *ad probationem* al căsătoriei prin care se dovedește consimțământul soților. Acesta este chiar actul juridic unilateral statutar, reprezentat de voința concordantă a soților, peste care se suprapune manifestarea voinței generale exprimată de ofițerul de stare civilă. Așa fiind, actul nu se rezumă la a constata voința părților, ci o include în cuprinsul său, căsătoria neputând să fie valabilă în alt mod.

Voința exprimată a persoanelor implicate nu valorează nimic juridic dacă nu este înglobată într-un act încheiat prin intermediul ofițerului de stare civilă investit de lege cu putere publică. Aceasta este singura modalitate prin care se pot genera raporturile juridice specifice căsătoriei. La fel, recunoașterea de paternitate făcută prin act autentic sau constatată prin hotărâre judecătorească, atâta timp cât nu este făcută mențiunea în cuprinsul actului de stare civilă, nu poate să producă niciun efect juridic. Considerăm că este eronată concepția potrivit căreia actele de stare civilă ar avea un rol exclusiv probatoriu, menirea aceasta restrânsă revenind certificatelor de stare civilă eliberate pe baza lor. În schimb, actele de stare civilă au o natură complexă, fiind acte administrative care conțin în cuprinsul lor chiar drepturile civile.

Concluzie

În lumina celor expuse, concluzionăm în sensul că distincția actului administrativ de alte acte emise în regim de putere publică nu poate avea ca punct de pornire calitatea subiectului de drept care emite actul. Deși autoritățile investite, în principal, cu puterea de a emite, în mod unilateral, acte administrative cu caracter obligatoriu și executoriu sunt cele ale administrației, am arătat că acestea nu sunt singurele organe care dețin prerogativa emiterii unor asemenea acte. Puterea publică nu este un atribut exclusiv al administrației, ci este specifică tuturor autorităților publice din sfera celor trei puteri de stat. Așadar, având

în vedere numeroșii subiecți de drept care pot emite acte administrative, am evidențiat că sintagmele acte administrative și acte de administrație nu sunt sinonime, acestea din urmă fiind incluse în mulțimea mai extinsă a primelor.

Totodată, din analiza actelor emise de autoritățile puterii judecătorești a rezultat că o mare parte dintre acestea sunt acte non-jurisdicționale, respectiv acte administrative întocmite în regim de putere, însă menite să creeze cadrul necesar pentru realizarea dreptului. Astfel, actele jurisdicționale sunt cele prin care se tranșează o problemă de drept cu privire la o stare de fapt concretă. În același sens, majoritatea actelor și lucrărilor notarului public sunt acte administrative, iar încheierile finale din procedura succesorală sunt acte jurisdicționale deoarece notarul soluționează problema succesorală.

Actul administrativ nu poate fi definit însă nici de procedura reglementată de legiuitor pentru contestarea sa. Astfel, faptul că unora dintre actele analizate de noi și incluse în categoria largă a actelor administrative nu le este aplicabilă integral procedura de contencios administrativ, nu înseamnă în mod automat că acestea ar avea o altă natură juridică. După cum, nici aserțiunea că unele acte sunt supuse controlului pe calea contenciosului administrativ nu atrage concluzia că doar acestea ar fi acte administrative, consumând toată mulțimea lor. Amintim în acest sens că însuși legiuitorul exclude anumite acte de la acest tip de control, pe când altele sunt supuse unor proceduri speciale, prevăzute în alte acte normative. Este cazul, de pildă, al proceselor verbale de constatare și sancționare a contravențiilor⁴⁶ și al litigiilor de fond funciar⁴⁷.

În funcție de specificul lor, care le divide în mai multe subcategorii, actele individuale de putere publică beneficiază de proceduri distincte în privința verificării legalității și temeiniciei. Remediul pe care legiuitorul alege să îl pună la îndemâna celui slab nu poate să schimbe caracteristicile actului. În susținerea acestei teze, menționăm că, deși în prezent toate litigiile generate de contracte administrative sunt de competența instanței de contencios administrativ, anumite reglementări speciale din trecut au stabilit competența instanței de drept comun în soluționarea pricinilor referitoare la anumite contracte administrative determinate⁴⁸.

Pe cale de consecință, criteriul la care trebuie să ne raportăm pentru o corectă delimitare credem că se subsumează formei de activitate care se aduce la îndeplinire prin intermediul acestuia. Prin urmare, dacă actul emis are ca scop principal realizarea unei activități executive (de organizare și asigurare a aplicării legii), atunci acesta este înglobat în sfera actelor administrative. În sens contrar, dacă forma fundamentală de activitate realizată prin emiterea actului este una jurisdicțională (în sensul de rostire a dreptului) ne aflăm în prezența unui act jurisdicțional.

* Doctorand, Facultatea de Drept UBB Cluj-Napoca; judecător, Judecătoria Alba-Iulia; oanagligan@yahoo.com.

¹ G. Guțu - *Dicționar latin-român*, ed. Științifică și Enciclopedică, București 1983, p. 38

² A. Iorgovan - *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. All Beck, București, 2001, p. 70

- ³ A. Iorgovan - *Drept administrativ*, vol. I, ed. Hercules, București, 1993, p. 28
- ⁴ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 1154 din data de 07.12.2004
- ⁵ T. Drăganu – *Actele administrative și faptele asimilate lor supuse controlului judecătoresc potrivit Legii nr. 1/1967*, ed. Dacia, Cluj Napoca, 1970, p. 72. **Notă:** Lucrarea citată are temei în Constituția din anul 1965 și se referă la organele administrației, așa cu erau ele reglementate de acest act normativ. Menționăm că, din opera acestui reputat autor, am avut în vedere conceptele dezvoltate cu măiestrie, respectiv raționamentele, criteriile și exemplele, pe care le-am translatat și adaptat la instituțiile juridice contemporane. Interpretarea noastră este una dialectică, iar în cadrul analizei noastre am luat în considerare modificarea structurii constituționale.
- ⁶ D. Cimpoeu – *Actele jurisdicționale ale Curții Constituționale*, ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 19
- ⁷ O. Podaru - *Drept administrativ. Vol. I. Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, ed. Hamangiu, București, 2010, p. 42
- ⁸ Cu titlu de exemplu, amintim dispozițiile art. 7 din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești, cuprins în Anexa la Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 1375 din 17 decembrie 2015 care enumeră atribuțiile președintelui Curții de Apel
- ⁹ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu - *Drept procesual civil. Drept execuțional. Arbitraj. Drept notarial*, ed. Național, București, 2013, p. 229
- ¹⁰ E. Heroveanu - *Principiile procedurii judiciare*, ed. Institutul de Arte Grafice „Lupta” N. Stroilă, București, 1932, p. 76-77 și 176
- ¹¹ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu - *Drept procesual civil. Drept execuțional. Arbitraj. Drept notarial*, ed. Național, București, 2013, p. 229-230
- ¹² J. M. Denieuil - *Petite traite de l'écrit judiciaire*, Paris, 2007, p. 178 și urm., *apud* G. Mateuț - *Tratat de procedură penală, Partea generală*, vol. II, ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 745
- ¹³ V.M. Ciobanu - *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, ed. Național, București, 1996, p. 27-31
- ¹⁴ I. Stoenescu, S. Zilberstein - *Drept procesual civil. Teoria generală*, ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 248
- ¹⁵ D. Cimpoeu - *Actul jurisdicțional - delimitări conceptuale*, Revista de Drept Public nr. 1/2007, ed. C. H. Beck, p. 61
- ¹⁶ V.M. Ciobanu - *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, ed. Național, București, 1996, p. 27-31
- ¹⁷ I. Deleanu – *Instituții și proceduri constituționale*, ed. Servo-Sat, Arad, 2003, p. 657-662
- ¹⁸ G. Boroi, D. Rădescu - *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, ed. All Beck, București, 1994, p. 356-359
- ¹⁹ G. Couchez – *Procedure civile*, ed. Sirey, Paris, 1994, p. 153
- ²⁰ O. Ungureanu – *Actele de procedură în procesul civil (La instanța de fond), ediția a III-a*, ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 27
- ²¹ G. Boroi – *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, vol. I, ed. All Beck, București, 2001, p. 452
- ²² V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu - *Drept procesual civil. Drept execuțional. Arbitraj. Drept notarial*, ed. Național, București, 2013, p. 331
- ²³ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu - *Drept procesual civil. Drept execuțional. Arbitraj. Drept notarial*, ed. Național, București, 2013, p. 31
- ²⁴ V. M. Ciobanu, G. Boroi, T. C. Briciu - *Drept procesual civil*, ed. C. H. Beck, 2011, p. 326
- ²⁵ M. Tăbârcă - *Drept procesual civil*, vol. II, ed. Universul Juridic, 2013, p. 475
- ²⁶ G. Boroi – *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, vol. I, ed. All Beck, București, 2001, p. 434

- ²⁷ M. Tăbărcă - *Drept procesual civil*, vol. II, ed. Universul Juridic, 2013, p. 504
- ²⁸ T. Drăganu - *Drept constituțional și instituții politice*, ed. Lumina Lex, Cluj-Napoca, 1998, p. 307; I. Muraru, M. Constantinescu - *Curtea Constituțională a României*, ed. Albatros, București, 1997, p. 43
- ²⁹ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 198 din data de 27.03.2012
- ³⁰ D. Cimpoeru – *Actele jurisdicționale ale Curții Constituționale*, ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 73
- ³¹ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 144 din data de 17.02.2005
- ³² Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 140 din data de 22.02.2008
- ³³ Republicată în Monitorul Oficial al României nr. 444 din data de 18.06.2014
- ³⁴ M. Mihail – *Unele considerații privind natura juridică a activității notariale*, Buletinul Notarilor Publici nr. 1/1996, p. 19 apud G. Dobrican – *Natura juridică a procedurilor notariale și a instituției notarului public*, Revista Dreptul nr. 4/2001
- ³⁵ I. Leș – *Organizarea sistemului judiciar, a avocatului și a activității notariale*, ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 235, 239 apud G. Dobrican – *Natura juridică a procedurilor notariale și a instituției notarului public*, Revista Dreptul nr. 4/2001
- ³⁶ G. Dobrican – *Natura juridică a procedurilor notariale și a instituției notarului public*, Revista Dreptul nr. 4/2001
- ³⁷ T. Drăganu – *Actele administrative și faptele asimilate lor supuse controlului judecătoresc potrivit Legii nr. 1/1967*, ed. Dacia, Cluj Napoca, 1970, p. 89-90
- ³⁸ Notarul public îndeplinește următoarele acte și proceduri notariale:
- a) redactarea înscrisurilor cu conținut juridic, la solicitarea părților;
 - b) autentificarea înscrisurilor;
 - c) procedura succesorală notarială;
 - d) certificarea unor fapte, în cazurile prevăzute de lege;
 - e) legalizarea semnăturilor de pe înscrisuri, a specimenelor de semnătură, precum și a sigiliilor;
 - f) darea de dată certă înscrisurilor;
 - g) primirea în depozit a bunurilor, a înscrisurilor și a documentelor prezentate de părți, precum și a sumelor de bani, a altor bunuri, înscrisuri sau documente găsite cu ocazia inventarului succesoral, în limita spațiului și utilităților de care dispune biroul notarial;
 - h) actele de protest al cambiilor, al biletelor la ordin și al cecurilor;
 - i) legalizarea copiilor de pe înscrisuri;
 - j) efectuarea și legalizarea traducerilor;
 - k) eliberarea de duplicate de pe actele pe care le-a întocmit;
 - l) activități fiduciare, în condițiile legii;
 - m) numirea, în cazurile prevăzute de lege, a custodelui sau a curatorului special;
 - n) înregistrarea și păstrarea, în condițiile legii, a amprentelor dispozitivelor speciale de marcat;
 - o) certificarea etapelor procedurale ale licitațiilor și/sau ale rezultatelor acestora;
 - p) procedura divorțului, în condițiile legii;
 - q¹) emiterea certificatului european de moștenitor;
 - q) lichidarea pasivului succesoral, cu acordul tuturor moștenitorilor;
 - q¹) emiterea titlurilor executorii notariale;
 - r) orice alte operațiuni prevăzute de lege.
- ³⁹ P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 464
- ⁴⁰ P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 464

- ⁴¹ I. F. Popa – *Forma autentică în contracte – abordarea Codului Civil în 5 ani de Cod Civil: perspectiva notarială*, ed. Monitorul Oficial, București, 2016, p. 151
- ⁴² Aprobabil prin Ordinul Ministerului Justiției nr. 2333/C/2013, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 479 din data de 01.08.2013
- ⁴³ O. Ungureanu, C. Munteanu - *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, ediția a 3-a, ed. Hamangiu, 2015, p. 307
- ⁴⁴ T. Drăganu – *Actele administrative și faptele asimilate lor supuse controlului judecătoresc potrivit Legii nr. 1/1967*, ed. Dacia, Cluj Napoca, 1970, p. 92-94. **Notă:** Menționăm că viziunea exprimată de autor se referă la organizarea Notariatului de Stat
- ⁴⁵ Republicată în Monitorul Oficial al României nr. 339 din data de 18.05.2012
- ⁴⁶ O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 410 din data de 25.07.2001
- ⁴⁷ Legea nr. 18/1991 a fondului funciar, republicată în Monitorul Oficial al României nr. 1 din data de 05.01.1998
- ⁴⁸ De exemplu, art. 286 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 (publicată în Monitorul Oficial al României nr. 418 din data de 15.05.2006), înainte de modificarea adusă prin art. I pct. 68 din O.U.G. nr. 77/2012 (publicată în Monitorul Oficial al României nr. 827 din data de 10.12.2012), stabilea că toate aceste litigii sunt de competența secției comerciale a tribunalului în raza teritorială a căruia își are sediul autoritatea contractantă.

ARTICOLE

**GARDA SAU PAZA ÎN CADRUL RĂSPUNDERII DELICTUALE PENTRU LUCRURI -
CÂTEVA NOTE**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).1.3

Published Online: 2017-03-15

Published Print: 2017-03-30

Sergiu GOLUB*
Adrian TAMBA**

Abstract: *The custody of things in the frame of civil liability for things – some remarks. The current study aims at the so-called custody of things. Although France, Québec, and Romania are taken into account, the reader must be warned: this work is not to be placed on the field of comparative law; rather, foreign law should be noted.*

After France is dealt with, Québec follows. Mainly, in the latter jurisdiction, emphasis is placed on some cases, i.e., Québec inc. c. Corbeil, Madore c. Bourque, and Lacombe c. Power. Also, Romania does not escape analysis.

The paper's final portion deals with some concluding remarks. We do notice that the drafters of the Romanian Civil Code were animated by the desire to highlight an entity called "juridical custody". Perhaps, it would have been desirable for said drafters to pay more attention to France.

Keywords: *custody, civil liability for things, France, Québec, Romania*

1. Vocabule preliminare. Lucrarea de față, închinată gărzii sau pazei lucrului, va fi împărțită în felul următor: aprioric pătrunderii pe tărâmul României (*infra.*, nr. 4), ne vom plasa în „lumi” străine, i.e., Franța (*infra.*, nr. 2) și Québec (*infra.*, nr. 3). Ultima porțiune a prezentului travaliu va fi reprezentată de niște scurte concluzii (*infra.*, nr. 5).

În sfârșit, ne îngăduim să subliniem aspectul acesta: nu ne vom hazarda să numim actualul demers un studiu de drept comparat¹.

2. Garda în Franța. Studiului nostru îi este cu neputință să fie orb la art. 1384 alin. (1) C. civ. fr.²: *“on est responsable ... de celui (du dommage - nota. ns., S.G., A.T.) qui est causé par le fait ... des choses que l'on a sous sa garde”*. Henri Mazeaud scria, în 1925, că noțiunea de *“gardă”* apare că fiind una fundamentală³. În viziunea lui Philippe Brun, două concepții diferite, referitoare la gardă, ar putea fi reținute⁴; una abstractă, care constă în

desemnarea, ca gardian, a persoanei care dispune de un titlu asupra lucrului (e.g., proprietarul, locatarul)⁵: aceasta ar fi garda juridică⁶; cealaltă orientare consta în căutarea, în concret, a celui care avea puterea efectivă de a dirija lucrul, în clipa prejudiciului⁷. La rândul lor, Terré, Simler și Lequette ne învață că o distincție a fost operată între garda juridică și garda materială⁸: gardianul juridic este cel care era titularul unui drept asupra lucrului⁹, pe când gardian material era cel care nu avea vreun drept asupra bunului¹⁰. Din câte ne dăm noi seama, în privința gărzii juridice, viziunea lui Brun, respectiv cea a autorilor Terré, Simler și Lequette, sunt apropiate: gardianul juridic se bucura de un drept asupra lucrului.

Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud și François Chabas ridică această întrebare: care este criteriul de desemnare a gardianului¹¹? Apoi, autorii notează criteriile ce au fost propuse¹². În primul rând, ei menționează criteriul profitului¹³; se pare că acest principiu a fost preferat de susținătorii teoriei riscului. În al doilea rând, autorii Mazeaud și Chabas expun criteriul direcțiunii materiale¹⁴; câteva pagini mai târziu, acești doctrinari se servesc de sintagma "... *thèse dite de la garde matérielle (ou de la direction matérielle)*"¹⁵; suntem lăsați să înțelegem că "*gardă materială*" și "*direcțiune materială*" sunt expresii sinonime. În al treilea rând, Mazeaud și Chabas discută despre criteriul dreptului de direcție¹⁶; ulterior, întâlnim cuvintele "... *système de la garde juridique (ou du droit de direction)*"¹⁷; ni se sugerează că "*gardă juridică*" și "*drept de direcție*" sunt sinonime. În al patrulea rând, Mazeaud și Chabas etalează criteriul direcțiunii intelectuale¹⁸, i.e., puterea de a da ordine privitoare la lucru¹⁹ sau puterea de comandă relativă la bun²⁰. Vom marca acest aspect: Mazeaud și Chabas înfățișează criteriul dreptului de direcție sau garda juridică, iar, după aceea, pomenesc un **alt** criteriu (i.e., direcțiunea intelectuală)²¹; autorii, din câte se pare, ne instruiesc în sensul următor: garda juridică (sau dreptul de direcție) și direcțiunea intelectuală sunt entități separate ori deconectate.

Henri Mazeaud și Léon Mazeaud erau de părere, într-o lucrare din 1934, că gardian este cel care are asupra lucrului un drept de direcție²², i.e., garda juridică.

Afacerea *Franck*²³, care a atras intervenția Camerelor reunite ale Casației franceze, pare crucială. În *Franck*, proprietarul unui autoturism (i.e., dr. Franck) i-a încredințat lucrul fiului său, Claude²⁴. Bunul a fost sustras de un individ rămas necunoscut, din locul în care a fost parcat de Claude²⁵. Autovehiculul, condus de hoț, l-a rănit mortal pe Connot²⁶. Doctorului Franck i-au fost solicitate despăgubiri, în temeiul art. 1384 alin. (1) C. civ. fr²⁷.

Precum s-a observat²⁸, cei care au solicitat reparația nu puteau obține vreo satisfacție, dacă li se refuza posibilitatea să se îndrepte împotriva proprietarului autoturismului. Hoțul autovehiculului nu a fost identificat²⁹.

În *Franck*, Casația franceză a stabilit că proprietarul (i.e., dr. Franck), privat de folosința, direcția și controlul autoturismului, nu mai avea garda³⁰. Astfel, el nu mai era supus răspunderii edictate de art. 1384 alin. (1) C. civ. fr³¹.

Capitant *et al.*³², opinează că, prin afacerea *Franck*, Curtea de Casație consacră teoria gărzii materiale. Ph. Brun, la rândul său, pretinde că această concepție materială asupra gărzii s-a impus în jurisprudență³³. Ph. Le Tourneau *et al.*³⁴ subliniază următoarele: rezultă, din afacerea *Franck*, că garda nu este juridică, ci materială.

Poziția autorilor Mazeaud și Chabas³⁵ pare, într-o anumită măsură, diferită. Aceștia scot în lumină că instanța supremă din Franța a condamnat teza dreptului de direcție³⁶

(i.e., garda juridică), fără să o adopte pe cea a direcțiunii materiale³⁷ (i.e., garda materială). Mazeaud și Chabas indică următoarele: Casația a admis sistemul direcțiunii intelectuale³⁸.

La urmă, ce vom sesiza? Capitant *et al.*, Ph. Brun, Ph. Le Tourneau *et al.* și Mazeaud/Chabas par de acord că garda juridică a fost strivită. Totuși, viziunile lor sunt divergente în privința tezei consacrate: Capitant *et al.*, Ph. Brun, Ph. Le Tourneau *et al.* îmbrățișează garda materială³⁹; Mazeaud și Chabas sunt adepții așa-numitei direcțiuni intelectuale⁴⁰. Oricum, în 1966, garda juridică a fost combătută expres de către a doua Cameră civilă a Casației franceze⁴¹.

Mai adăugăm că instanța supremă franceză consemnează o prezumție de gardă ce este plasată pe umerii proprietarului⁴². Casația utilizează expresia "*la présomption de garde pesant sur le propriétaire*"⁴³. Întrebarea ce ar putea fi adresată este aceasta: oare sunt compatibile concepția materială asupra gărzii⁴⁴ și prezumția de gardă așezată pe capul proprietarului?

Probabil că încă o chestiune este atractivă, în contextul gărzii: *postura prepusului*. Henri Mazeaud, acum ceva timp, adresa o întrebare: atunci când comitentul remite lucrul unui prepus, ce face cel dintâi⁴⁵? Iată răspunsul: el, i.e., comitentul, îi transferă prepusului garda materială⁴⁶. Totodată, Henri Mazeaud scria că, *vis-à-vis* de terți, prepusul, pe undeva, nu este decât prelungirea comitentului⁴⁷. Pe scurt, Henri Mazeaud declară, deopotrivă, că prepusul este, pe undeva, doar prelungirea comitentului și că acest comitent îi transferă garda materială respectivului prepus. Noi ne permitem să ne interogăm: oare nu este prezent un anumit grad de ridicol, la fel cum s-ar întâmpla dacă cineva ar indica, în același timp, că mâna dreaptă este, pe undeva, doar prelungirea persoanei și că această persoană îi transferă garda materială mâinii drepte? Presupunând că prepusul este prelungirea comitentului, nu ar fi mai potrivit să credem că, de fapt, garda materială este a comitentului (eventual, a unui comitent prelungit)?; nu cumva prepusul este o ființă căreia îi lipsește garda materială?

Transferul gărzii este o altă temă în dreptul căreia ne vom opri câteva momente. Transmisiunea gărzii, conform lui Ph. Brun, poate fi involuntară⁴⁸, dar și voluntară⁴⁹. Probabil că ipoteza furtului este una în care ar putea fi observat un transfer involuntar al gărzii⁵⁰. Ph. Brun afirmă că transferul voluntar al gărzii constituie situația cea mai frecventă⁵¹. O asemenea "deplasare" voluntară rezultă din încheierea unui contract⁵² (e.g., depozit⁵³, împrumut de folosință⁵⁴). Casația franceză, într-o afacere din 2002, pare să lege transferul gărzii de un contract de locațiune⁵⁵; curtea semnalează că locatarului i-a fost transferată garda⁵⁶. Atunci când intervine un contract de vânzare, analiza se caracterizează printr-o oarecare subtilitate: vânzătorul păstrează garda, dacă lucrul nu a fost predat⁵⁷; în măsura în care bunul a fost livrat, garda este transferată; din câte se pare, transferul gărzii coincide, mai degrabă, cu predarea⁵⁸.

În continuare, ne vom concentra asupra distincției "*garda structurii*" - "*garda comportamentului*". Viney și Jourdain⁵⁹ scot la suprafață următoarele: ideea de a desemna, pentru același lucru, doi gardieni, dintre care unul să răspundă pentru pagubele generate de structură (i.e., de viciul intern) și celălalt să fie ținut răspunzător pentru daunele cauzate de comportament (i.e., de mișcarea sau utilizarea lucrului), a fost propusă de Bertold Goldman în teza sa de doctorat, susținută în 1946. Aparent, în ochii lui Goldman, gardianul structurii era proprietarul⁶⁰. Casația franceză, prin unele hotărâri, pare să fi respins dihotomia "*garda*

structurii”-“garda comportamentului”. În afacerea *Schneider*⁶¹, Bouchaïd era proprietarul unui autoturism⁶². Titularul proprietății (i.e., Bouchaïd) a încheiat o locațiune cu Lugassy⁶³. Cel din urmă, în timp ce se servea de autoturism pentru un transport, l-a rănit pe Schneider⁶⁴. Casația franceză a decretat că, prin locațiune, garda autovehiculului i-a fost transferată lui Lugassy⁶⁵ (i.e., locatarului). Totodată, curtea a precizat că viciul lucrului închiriat nu putea să genereze, împotriva lui Bouchaïd, o prezumție de răspundere⁶⁶. Altfel spus, proprietarul Bouchaïd nu-și vedea angajată răspunderea pentru lucruri, deși a fost prezent un viciu intern, i.e., structura bunului era problematică. Instanța franceză a decis că răspunderea se va angaja numai în privința lui Lugassy, în calitatea acestuia de gardian⁶⁷. Pe de altă parte, potrivit lui Viney și Jourdain⁶⁸, sunt vizibile unele decizii care, în general, au fost considerate ca reflectând o aderare implicită a Curții de Casație la binomul „garda structurii”-“garda comportamentului”. În secunda în care lecturăm lucrarea autorilor Ph. Le Tourneau et al.⁶⁹, avem senzația că domeniul predilect al distincției este reprezentat de lucrurile dotate cu un dinamism propriu și care sunt periculoase. În fine, ne putem întreba cine este gardianul structurii? Probabil că răspunsul lui Goldman era acesta: proprietarul⁷⁰. Desigur, Capitant et al. evocă decizii care atribuie garda structurii fabricantului sau distribuitorului⁷¹. Finalmente, mai reținem că, potrivit unora, doctrina actuală, în ansamblu, este ostilă distincției⁷². Din ce înțelegem noi, Ph. Brun subliniază că teoria ce distinge între “garda structurii” și “garda comportamentului” are mai mulți detractori decât partizani⁷³.

3. Garda în Québec. Art. 1465 C. civ. Q. evidențiază că “*le gardien d’un bien est tenu de réparer le préjudice causé par le fait autonome de celui-ci, à moins qu’il prouve n’avoir commis aucune faute*”⁷⁴ [gardianul unui bun este ținut să repare prejudiciul cauzat de fapta autonomă a lucrului, afară de cazul în care probează că nu-i poate fi reproșată vreo culpă - trad. ns., S.G., A.T.]. De la bun început menționăm că Québec-ul este o jurisdicție mixtă ce îmbină elemente de *Common Law* și *Civil Law*⁷⁵. Cu toate acestea, în Québec, nu au fost receptate reguli de *Common Law*, în domeniile reprezentate de *torts* și *contracts*⁷⁶. Așadar, referitor la delictul sau răspunderea delictuală, nu ne vom ocupa de elemente ale *Common Law*-ului.

Într-o doară, indicăm că răspunderea delictuală pentru lucruri pare subiectivă. Într-adevăr, un comentariu al Ministrului Justiției, ce vizează art. 1465 C. civ. Q., sună astfel: el, i.e., art. 1465, stabilește o prezumție de culpă, care poate fi dată la o parte prin simpla probă a absenței culpei⁷⁷.

În *Québec inc. c. Corbeil*⁷⁸, curtea dictează că “*la garde s’apprécie en fonction du pouvoir réel, concret et factuel exercé sur un objet ...*”⁷⁹ (garda se apreciază în funcție de puterea reală, concretă și factuală, exercitată asupra unui obiect - trad. ns., S.G., A.T.). De asemenea, în *Madore c. Bourque*⁸⁰, este reliefat că “*il n’est pas nécessaire, pour être gardien, d’avoir un droit quelconque sur le bien*”⁸¹ (nu se impune, pentru a fi gardian, să existe un oarecare drept asupra bunului - trad. ns., S.G., A.T.). *Corbeil*⁸² și *Madore*⁸³ ne duc cu mintea la garda materială; la urma urmei, cele două cazuri fac vorbire despre “*putere factuală*” și “*lipsa necesității unui drept*”. În măsura în care standardele din *Corbeil* și *Madore* (i.e., “*pouvoir factuel*” și “*n’est pas nécessaire d’avoir un droit*”) sunt privite prin lupa franceză⁸⁴, concepția materială asupra gărzii pare de neocolit.

Bineînțeles, în *Lacombe c. Power*⁸⁵, se accentuează cuvintele următoare: “*le commettant conserve la garde juridique ...*” (comitentul păstrează garda juridică - trad. ns., S.G., A.T.). Pe scurt, *Lacombe*⁸⁶ ne informează că paza este juridică.

Meditând la *Corbeil*, *Madore* și *Lacombe*, vom pricepe, oare, că garda este problematică, i.e., curțile sunt nehotărâte? În ochii noștri, *Lacombe* poate fi luat în seamă puțin înspre deloc; el datează din 1928, pe când *Corbeil* s-a manifestat în 2005, iar *Madore* a văzut lumina zilei în 2007. Așadar, s-ar putea pretinde că *Lacombe*, cu a sa pază juridică, a primit lovitura de grație de la *Corbeil* și *Madore*.

4. Garda sau paza în România - conjunctura Noului Cod civil. Art. 1376 alin. (1) N. C. civ. ne învață că “*oricine este obligat să repare, independent de orice culpă, prejudiciul cauzat de lucrul aflat sub paza sa*”. Art. 1377 poartă următoarea denumire marginală: “*noțiunea de pază*”. Profesorul Liviu Pop scrie: “*ce se înțelege prin paza bunului?; evident că este vorba de <<paza juridică>> a lucrului, care este definită în art. 1377 C. civ. ...*”⁸⁷. Același autor, într-un studiu din 2010, se servea de această expresie: “*... noțiunea de pază juridică, care este definită ... de același art. 1377 din Noul Cod civil ...*”⁸⁸. Ne este posibil să notăm că profesorul Pop, în contextul Noului Cod civil, evidențiază conceptul de “*pază juridică*”.

Marian Nicolae, la rândul său, pune în lumină o îmbinare de cuvinte: “*... definirea pazei juridice (art. 1377) ...*”⁸⁹. Doctrinarul de mare calibru propovăduiește ideea de “*pază juridică*”, în ambianța sau mediul N. C. civ.

Lacrima Rodica Boilă, comentând art. 1376, găsește de cuviință să indice că “*lucrul ... trebuie să se afle ... sub paza juridică ...*”⁹⁰. De asemenea, într-o lucrare din 2014, Boilă consemna: “*... pazei ... juridice, potrivit art. 1377*”⁹¹. În ochii autoarei pomenite, în conjunctura N. C. civ., suntem confrunțați cu “*paza juridică*”.

Profesorul Paul Vasilescu este de părere că “*și paza juridică și cea materială descriu esențialmente stări de fapt ...*”⁹². Reținem: profesorul Vasilescu estimează că paza juridică descrie o stare de fapt.

În sfârșit, observăm că Boilă reproduce, între ghilimele, o porțiune dintr-o hotărâre din 18 decembrie 1964 a Casației franceze⁹³. Cazul din 1964, i.e., *Trichard*⁹⁴, a reliefat următoarea situație factuală: Trichard, în timp ce își conducea automobilul, a izbit, în cursul unei manevre de depășire, o șaretă mânăată de Piccino⁹⁵. Acesta din urmă a fost proiectat la pământ și rănit⁹⁶. Piccino i-a solicitat lui Trichard repararea prejudiciului, în virtutea art. 1384 alin. (1) C. civ. fr⁹⁷. Din câte se pare, Trichard a fost victima unei crize de epilepsie⁹⁸; astfel, la momentul faptelor, Trichard s-a regăsit într-o stare de demență, în sensul unui text din Codul penal⁹⁹. Casația franceză a aprobat ideea potrivit căreia Trichard nu putea fi exonerat de răspunderea care apăsa pe umerii lui, în calitatea sa de gardian¹⁰⁰.

Autoarea Boilă, între menționatele ghilimele, expune expresia “*paznicului juridic*”¹⁰¹. Ne întrebăm, retoric, de ce este indicată sintagma “*paznic juridic*” de către Boilă¹⁰²? În *Trichard*¹⁰³, Curtea de Casație vorbea despre “*gardien*”¹⁰⁴, nu “*gardien juridique*”.

În continuare, relevăm că profesorul Liviu Pop exhibă următoarele: “*... păzitorul juridic ... având asupra [lucru]lui o direcțiune intelectuală ...*”¹⁰⁵. Din perspectiva profesorului Pop, paza juridică și direcțiunea intelectuală par înnodate sau conectate.

Vom pune punct secțiunii nr. 4 (*i.e.*, Garda sau paza în România) prin aceste mențiuni: în proiectul Codului civil¹⁰⁶ putea fi observat un art. 1114; textul a fost amendat; amendamentul a generat un art. 1114, ce este, în bună măsură, art. 1377 N. C. civ.; motivarea celor care au operat asupra art. 1114 a fost următoarea: “reformularea articolului are în vedere necesitatea definirii pazei juridice ...”¹⁰⁷. Finalmente, s-ar putea crede că redactorii Noului Cod civil au fost guvernați de o dorință: “paza juridică” este entitatea de observat!

5. Succinte concluzii. În Franța, Capitant *et al.*, Ph. Brun, Ph. Le Tourneau *et al.* și Mazeaud/Chabas par de acord că garda juridică a fost nimicită (*supra.*, nr. 2). În Québec, Corbeil și Madore ne poartă cu mintea la garda materială (*supra.*, nr. 3). În România, se stăruie asupra gărzii juridice¹⁰⁸ (*supra.*, nr. 4); cel mai probabil, înșiși redactorii N. C. civ. au fost animați de dorința de a îmbrățișa o asemenea pază.

Desigur, ne putem interoga de ce nu meditează autorii români la hegemonia gărzii materiale și la decesul pazei juridice? Răspunsul nu pare dificil de oferit: paza sau garda juridică nu poate fi lăsată să se odihnească în pace, deoarece redactorii Noului Cod civil au dorit să o promoveze.

Finalmente, poate că era de dorit ca făuritorii Codului civil actual să arunce o privire măcar în Franța: a doua Cameră civilă a Casației franceze s-a ridicat împotriva gărzii juridice (*supra.*, nr. 2).

* Lector dr., Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca; sgolub@law.ubbcluj.ro.

** Asist.dr., Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca; tamba_adrian@yahoo.com.

¹ Pentru unele cuvinte pe marginea dreptului străin și a dreptului comparat, a se vedea, M. Reimann, *Comparative Law and Neighbouring Disciplines*, in M. Bussani & U. Mattei (editors), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 15. Reimann ne învață că, potrivit concepției idealiste, studiul dreptului străin, prin el însuși, nu este drept comparat. A se vedea, M. Reimann, *Comparative Law and Neighbouring Disciplines*, in M. Bussani & U. Mattei (editors), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 15 [“the idealist view is that the study of foreign law in and of itself is not comparative law”].

Metodele dreptului comparat sunt abordate de mai mulți autori. A se vedea, *e.g.*, B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective*, Revue Internationale de Droit Comparé nr. 1/2005, p. 38-43. Unii par adepții metodei funcționale. A se vedea, *e.g.*, K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, third edition (translated by T. Weir), Oxford University Press, 2011 (reprinted), p. 34 [“the basic methodological principle of all comparative law is that of functionality”]. Alții menționează așa-numita *common core approach*. A se vedea, U. A. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger’s Comparative Law. Cases-Text-Materials*, seventh edition, Foundation Press, 2009, p. 99 [“the common core approach, later to become one of the most influential methods in comparative law ...”]. Din câte înțelegem noi, *the common core approach* este intim legată de situații factuale. A se vedea, U. A. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger’s Comparative Law. Cases-Text-Materials*, seventh edition, Foundation Press, 2009, p. 99.

² Pentru conținutul integral al art. 1384 alin. (1) C. civ. fr., a se vedea, Fr. Jacob *et al.*, *Code civil*, cent-onzième édition, Dalloz, édition 2012, Paris, 2011, p. 1722.

- ³ A se vedea, H. Mazeaud, *La faute dans la garde*, RTD. civ., 1925, p. 795. Cuvintele exacte ale autorului sunt acestea: "c'est ainsi que, dans notre droit, la notion de "garde" apparaît aujourd'hui comme une notion fondamentale".
- ⁴ A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 222, no. 436.
- ⁵ A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 222, no. 436.
- ⁶ A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 222, no. 436.
- ⁷ A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 222-223, no. 436.
- ⁸ A se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 784, no. 788, nota de subsol nr. 5.
- ⁹ A se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 784, no. 788, nota de subsol nr. 5.
- ¹⁰ A se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 784, no. 788, nota de subsol nr. 5.
- ¹¹ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564, no. 517.
- ¹² A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564-565, no. 518.
- ¹³ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564, no. 518.
- ¹⁴ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564, no. 518.
- ¹⁵ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ¹⁶ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564, no. 518.
- ¹⁷ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ¹⁸ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564, no. 518.
- ¹⁹ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564, no. 518.
- ²⁰ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564, no. 518.
- ²¹ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 564, no. 518.
- ²² A se vedea, H. Mazeaud et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome second, deuxième édition, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 138, no. 1189.
- ²³ A se vedea, *Cons. Connot c. Franck*, Ch. réun. 2 décembre 1941, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 261 și urm.
- ²⁴ A se vedea, *Cons. Connot c. Franck*, Ch. réun. 2 décembre 1941, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 261, no. 194.
- ²⁵ A se vedea, *Cons. Connot c. Franck*, Ch. réun. 2 décembre 1941, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 261, no. 194.

- ²⁶ A se vedea, *Cons. Connot c. Franck*, Ch. réun. 2 décembre 1941, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 261, no. 194.
- ²⁷ A se vedea, *Cons. Connot c. Franck*, Ch. réun. 2 décembre 1941, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 261, no. 194.
- ²⁸ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ²⁹ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ³⁰ A se vedea, *Cons. Connot c. Franck*, Ch. réun. 2 décembre 1941, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 262, no. 194.
- ³¹ A se vedea, *Cons. Connot c. Franck*, Ch. réun. 2 décembre 1941, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 262, no. 194.
- ³² A se vedea, H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 262, no. 194.
- ³³ A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 223, no. 436.
- ³⁴ A se vedea, Ph. Le Tourneau et al., *Droit de la responsabilité et des contrats*, sixième édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 1387, no. 7833.
- ³⁵ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ³⁶ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ³⁷ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ³⁸ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ³⁹ A se vedea, H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 262, no. 194; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 223, no. 436; Ph. Le Tourneau et al., *Droit de la responsabilité et des contrats*, sixième édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 1387, no. 7833.
- ⁴⁰ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 575.
- ⁴¹ A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 566, no. 519, nota de subsol nr. 6.
- ⁴² A se vedea, Civ. 2^e, 14 juin 1995, in Fr. Jacob et al., *Code civil*, cent-onzième édition, Dalloz, édition 2012, Paris, 2011, p. 1727.
- ⁴³ A se vedea, Civ. 2^e, 14 juin 1995, in Fr. Jacob et al., *Code civil*, cent-onzième édition, Dalloz, édition 2012, Paris, 2011, p. 1727.
- ⁴⁴ În ochii lui Philippe Brun, reținerea unei concepții materiale asupra gărzii semnifică privilegierea puterii de fapt față de puterea de drept. A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 223, no. 437. Din câte pricepem, garda materială implică o hegemonie a puterii de fapt.
- ⁴⁵ A se vedea, H. Mazeaud, *La faute dans la garde*, RTD. civ., 1925, p. 838.
- ⁴⁶ A se vedea, H. Mazeaud, *La faute dans la garde*, RTD. civ., 1925, p. 838.
- ⁴⁷ A se vedea, H. Mazeaud, *La faute dans la garde*, RTD. civ., 1925, p. 838.

- ⁴⁸ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 224, no. 439.
- ⁴⁹ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 224, no. 439.
- ⁵⁰ A se vedea, Ph. Le Tourneau *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, sixième édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 1389, no. 7850. Autorii arată că ipoteza clasică de transfer involuntar este cea a furtului.
- ⁵¹ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 225, no. 439.
- ⁵² A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 225, no. 439.
- ⁵³ A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 225, no. 439.
- ⁵⁴ A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 225, no. 439.
- ⁵⁵ A se vedea, Civ. 2^e, 12 déc. 2002, in Fr. Jacob *et al.*, *Code civil*, cent-onzième édition, Dalloz, édition 2012, Paris, 2011, p. 1727.
- ⁵⁶ A se vedea, Civ. 2^e, 12 déc. 2002, in Fr. Jacob *et al.*, *Code civil*, cent-onzième édition, Dalloz, édition 2012, Paris, 2011, p. 1727.
- ⁵⁷ A se vedea, Civ. 2^e, 27 sept. 2001, in Fr. Jacob *et al.*, *Code civil*, cent-onzième édition, Dalloz, édition 2012, Paris, 2011, p. 1727.
- ⁵⁸ A se vedea, J. Ghestin (sous la direction de), *Traité de droit civil*, G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2006, p. 747, no. 690.
- ⁵⁹ A se vedea, J. Ghestin (sous la direction de), *Traité de droit civil*, G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2006, p. 749-750, no. 691.
- ⁶⁰ A se vedea, J. Ghestin (sous la direction de), *Traité de droit civil*, G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2006, p. 750, no. 691.
- ⁶¹ A se vedea, Civ., 2^e sect. civ. 11 juin 1953, *Bouchaïd ben Ahmed ben Saïd et autres c. Schneider*, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 267 și urm.
- ⁶² A se vedea, Civ., 2^e sect. civ. 11 juin 1953, *Bouchaïd ben Ahmed ben Saïd et autres c. Schneider*, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 267, no. 195-196.
- ⁶³ A se vedea, Civ., 2^e sect. civ. 11 juin 1953, *Bouchaïd ben Ahmed ben Saïd et autres c. Schneider*, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 267, no. 195-196.
- ⁶⁴ A se vedea, Civ., 2^e sect. civ. 11 juin 1953, *Bouchaïd ben Ahmed ben Saïd et autres c. Schneider*, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 267, no. 195-196.
- ⁶⁵ A se vedea, Civ., 2^e sect. civ. 11 juin 1953, *Bouchaïd ben Ahmed ben Saïd et autres c. Schneider*, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 267, no. 195-196.
- ⁶⁶ A se vedea, Civ., 2^e sect. civ. 11 juin 1953, *Bouchaïd ben Ahmed ben Saïd et autres c. Schneider*, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 267, no. 195-196.
- ⁶⁷ A se vedea, Civ., 2^e sect. civ. 11 juin 1953, *Bouchaïd ben Ahmed ben Saïd et autres c. Schneider*, in H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 267, no. 195-196.
- ⁶⁸ A se vedea, J. Ghestin (sous la direction de), *Traité de droit civil*, G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2006, p. 750-751, no. 692.
- ⁶⁹ Ph. Le Tourneau *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, sixième édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 1394, no. 7877.
- ⁷⁰ A se vedea, J. Ghestin (sous la direction de), *Traité de droit civil*, G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2006, p. 750, no. 691. Viney și Jourdain întrebuintează această

expresie: "... selon cet auteur (Goldman - nota ns., S.G., A.T.) ... le gardien de la «structure», c'est-à-dire le propriétaire ...". Pricepem că, în optica lui Goldman, gardianul structurii ar fi proprietarul.

- ⁷¹ A se vedea, H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 270, no. 195-196.
- ⁷² A se vedea, H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 271, no. 195-196.
- ⁷³ A se vedea, Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 231, no. 448.
- ⁷⁴ A se vedea, J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1990.
- ⁷⁵ A se vedea, V. V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, in M. Bussani & U. Mattei (editors), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 379-380.
- ⁷⁶ A se vedea, J.-L. Baudouin, *Quebec (Report 2)*, in V. V. Palmer (editor), *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*, Cambridge University Press, 2001, p. 355.
- ⁷⁷ A se vedea, *Commentaires du Ministre de la Justice*, in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1991 ["il établit une présomption de faute qui peut être renversée par la simple preuve de l'absence de faute ..."].
- ⁷⁸ A se vedea, *Québec inc. c. Corbeil*, (C.S., 2005-05-13), in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1992.
- ⁷⁹ *Québec inc. c. Corbeil*, (C.S., 2005-05-13), in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1992.
- ⁸⁰ *Madore c. Bourque*, (C.S., 2007-04-04), in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1992.
- ⁸¹ *Madore c. Bourque*, (C.S., 2007-04-04), in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1992.
- ⁸² *Québec inc. c. Corbeil*, (C.S., 2005-05-13), in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1992.
- ⁸³ *Madore c. Bourque*, (C.S., 2007-04-04), in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1992.
- ⁸⁴ A se vedea, e.g., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Paris, 2005, p. 223, no. 437 ("retenir un conception matérielle de la garde, c'est privilégier le pouvoir de fait sur le pouvoir de droit").
- ⁸⁵ *Lacombe c. Power*, (C.S. Can., 1928-05-10), in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1992.
- ⁸⁶ *Lacombe c. Power*, (C.S. Can., 1928-05-10), in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 2, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1992.
- ⁸⁷ A se vedea, L. Pop, *Faptele juridice ilicite și celelalte fapte juridice extracontractuale cauzatoare de prejudicii (răspunderea civilă delictuală sau extracontractuală)*, in L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 377, no. 311.
- ⁸⁸ A se vedea, L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului Cod civil*, *Revista Română de Drept Privat* nr. 1/2010, p. 181.
- ⁸⁹ A se vedea, M. Nicolae, *Codex Iuris Civilis*, tomul 1, *Noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. CXXXVI.
- ⁹⁰ A se vedea, L. R. Boilă, *Art. 1376. Comentariu*, in Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664*, Editura C. H. Beck, București, 2012, p. 1446.
- ⁹¹ A se vedea, L. R. Boilă, *Răspunderea civilă delictuală pentru pagubele cauzate de lucruri și animale, potrivit Codului civil român*, *Dreptul* nr. 8/2014, p. 54.
- ⁹² A se vedea, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 655.

- ⁹³ A se vedea, L. R. Boilă, *Art. 1377. Comentariu, in Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664*, Editura C. H. Beck, București, 2012, p. 1449.
- ⁹⁴ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ⁹⁵ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ⁹⁶ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ⁹⁷ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ⁹⁸ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ⁹⁹ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ¹⁰⁰ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ¹⁰¹ A se vedea, L. R. Boilă, *Art. 1377. Comentariu, in Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664*, Editura C. H. Beck, București, 2012, p. 1449.
- ¹⁰² A se vedea, L. R. Boilă, *Art. 1377. Comentariu, in Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664*, Editura C. H. Beck, București, 2012, p. 1449.
- ¹⁰³ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ¹⁰⁴ A se vedea, Civ. 2^e, 18 déc. 1964. Afacerea *Trichard* poate fi consultată pe următorul site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000006967475> (Ultima accesare: 22 mai 2015).
- ¹⁰⁵ A se vedea, L. Pop, *Faptele juridice ilicite și celelalte fapte juridice extracontractuale cauzatoare de prejudicii (Răspunderea civilă delictuală sau extracontractuală)*, in L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 497, no. 345.
- ¹⁰⁶ A se vedea, *Proiectul Codului civil - Forma adoptată de Senat. Amendamente Propuse. Motivare*.
- ¹⁰⁷ A se vedea, *Proiectul Codului civil - Forma adoptată de Senat. Amendamente Propuse. Motivare*.
- ¹⁰⁸ A se vedea, e.g., L. Pop, *Faptele juridice ilicite și celelalte fapte juridice extracontractuale cauzatoare de prejudicii (răspunderea civilă delictuală sau extracontractuală)*, in L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 377, no. 311; M. Nicolae, *Codex Iuris Civilis*, tomul 1, Noul Cod civil, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. CXXXVI.

ARTICOLE

THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE IN HUNGARY

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).1.4

Published Online: 2017-03-15

Published Print: 2017-03-30

László PRIBULA*

Abstract: *The new Hungarian Civil Procedure Code comes into effect on 1 January, 2018. The new code aimed to create a regulation which is based on the responsible litigation of the parties and the active procedure litigation of the judiciary to ensure the presumptions of a concentrated process. During the forming of the code, the legislator made use of the experiences of the right judicial practice, and also took into account the decade-long researches of legal literature, and was eager to learn from foreign examples. It introduced several new legal institutions such as the divided process structure, process caesura, substantive litigation, collective assertion of claims. The appropriate application of these lies in the judicial practice. It is up to the future to decide whether the new code is able to establish an efficient and successful process order which meets the requirements of the modern age.*

Keywords: *Hungarian New Code of Civil Procedure, principles of civil procedure, divided structure of civil procedure, professional litigation, substantive litigation*

1. The necessity of the new civil procedure code

Creating a new code of civil procedure plays a crucial part in a certain state's history of law. No matter how elaborate and detailed rules of material law exist, civilians who are searching for their rights would not be able to vindicate their rights effectively and successfully without an up-to date system of rules that is wrought to answer the needs for the claims, follows traditions and meets the requirements of the age. In the past few years Hungarian legislators wished to realise the three great procedure laws at the same time, namely to carry through the laws about penal procedure, administrative procedure and civil procedure. Among these to top the list, Hungarian Parliament passed Act CXXX of 2016 on the Code of Civil Procedure on 22 November 2016.

One of the most important acts in Hungarian history of law was *Act I of 1911*, the first Hungarian Code of Civil Procedure, the result of the decade-long arranging work of Sándor Plósz, the excellent professor of law and practicing expert. This law, including the promotion of the parties' right of action, the principle of public hearing, the priority of orality, and the ensuring of instruments to make the trial effective, has already contained features, which may also be expected from an up-to-date present-day civil procedure code. Legal literature unanimously thinks that the regulations of the 1911 code were clear-cut, logical, and they were adjusted to real practical problems. The Soviet-type regime, however, abrogated this code, just like the traditional court system, and introduced the second Hungarian Code of Civil Procedure of *Act III of 1952* instead, which was in effect for more than fifty years.

During the past decades, especially after the change of political regime, the second Civil Procedure Code underwent significant changes resulting in a decreased role of trial courts and an increased role of legal institutions that accelerate the legal process. The demand still showed up both in practice and in jurisprudence for the creation of a new civil procedure code based on a fundamentally different concept. First, as a result of a decade-long preparation, the legislator effectuated a new civil substantive law: Act V of 2013 on the Civil Code, which came into force on 15 March, 2014. The approach of the Civil Code determined the concept of the implementation of the recognised substantive laws, as it put forward the ideal of the independent, autonomous, responsible entity, promoting conscious, responsible, well-prepared, and professional assertion.

It was debated whether it is enough to amend the effective Civil Procedure Code, or is it necessary to create a fundamentally new code. The majority of jurists, lawyers and legislators agree that even though the jurisdictional practice has successfully accommodated to the challenges following the change of political regime, the radically changed social and economic conditions require a more modern regulation which helps to arrange the complex legal disputes efficiently, and which integrates the well-functioning procedure regulations of other countries. The main reason behind this was that, even though the previous code which was effectuated more than sixty years ago does not consist of the socialist procedure law any more, still the ideological starting point has been passed as a basis for possible amendments. After the change of regime, the code has been amended for more than a hundred times, thus breaking the unity of regulation and forming inconsequence in the text. Moreover, one of the main expectations, process efficiency was to be reached mainly by the continuous aggravation of deadlines, but process structure remained intact. All these facts made the comprehensive renewal of civil procedure necessary.

It was obvious during codification that – leaving the discussions on founding administrative courts intact, which topic is to be detailed later – it is not necessary to alter the historically-based four-level court system, and to change the court model which divided technical and administrative control, and which was introduced in 2011.

When the legislator decided on making the new code, it had to declare which European country's civil procedure code it would use as a model. For historical reasons it was German and Austrian law that had the greatest effect on the development of Hungarian law history. At the same time, the consequences of the historical events and the geographical position

created the same problems in Central European Countries. The new Hungarian Civil Procedure Code looked on the 1877 German procedure code (Zivilprozessordnung – ZPO), the 1895 Austrian civil procedure code (öZPO), and the 2008 Swiss federal civil procedure code (schZPO), but it also wished to examine the lessons of the Central European (Slovenian, Lithuanian, Croatian, and Romanian) civil procedure codes of the past few years.

There seem to be a consensus in Hungarian legal literature concerning the dual function of civil procedure law. It can only be effective in the individual and abstract defence of rights if it is built on five pillars: 1.) it acknowledges the parties' *right of action*, namely that it is the right of the parties to initiate action and assert the rights involved; 2.) it is an inquisitorial system, which entrusts *the parties* and not the court *to supply the material for the trial*; 3.) it is based on the *independent use and consideration of evidence*; 4.) it restricts and sanctions the misuse of procedural rights, or *chicanery*; 5.) it *offers help* for the indigent – either as a result of their level of income, property status, or their inaptness in law – *to assert their rights* in front of a court. When the arrangements of the new civil procedure code began, it was beyond dispute that the new code will rest on these requirements.

The formation of the new civil procedure code cannot be autotelic: the necessity of the codification can only be justified if it is able to create institutions and guaranties by which it can promote the development of an effective application of laws. In order to facilitate this endeavour, during the elaboration of the provisions of the law, the legislator hugely had to rely on the experience of the different branches of lawyers, the achievements of jurisdiction, and the law-developing interpretation of judicial practice. The legislator recognised the legitimacy of this need, and aimed to involve as many theoretical and practical experts as possible during the codification process.

The Hungarian Government decided on the codification of the procedural law with Government Decision No. 1267/2013 (V. 17.) It aimed to create an up-to-date civil procedure code which relies on the achievements of jurisdiction and court practice, and meets the expectation and practice of international practices, and which efficiently ensures the assertion of substantive laws. It decided on establishing of a Civil Procedural Law Codification Chief Committee, the members of which are renowned legal experts and practicing professionals.

It requested the Minister of Law to develop the concept of the new civil procedure code, to initiate a professional and social discussion, and, finally, to formulate the new code. The committees responsible for the certain topics laboured the concept of the law, which served as the base for the new civil procedure code developed by the Ministry of Law, which was passed by the Government on 14 January, 2015. Then the Minister of Law called for working committees to develop the standard text, which was the preparation for a comprehensive experts' proposal.¹ Utilising the experts' proposal, even though based on a partially different concept, the Ministry of Law – under the lead of a specially commissioned ministerial commissioner – finalised the standard text, and the Ministry of Law submitted the proposal to the Parliament in September, 2016. After the debate of the proposal, the Parliament passed the law with minor amendments.

Based on an intensive professional and social debate, we can conclude that, even though there were different points of views, the passed law did not receive strong philippic criticism, neither from the public opinion, nor from the legal professions. Unlike the administrative procedure code, the civil procedure code did not receive political significance, and the media presented it from professional aspects.

2. Conceptual Changes in the New Code of Civil Procedure

The significant *conceptual changes* in the new code are the followings:

1. One of the greatest strategic changes is that, in the future, the rules of administrative proceedings are not included in the civil procedure code any more, but the new, *independent administrative procedure code*, which will refer to the previous code only as a background law. According to the previous solution, administrative actions, as special civil actions were included among the special provisions of the civil procedure code. It was the case even though administrative actions showed substantial differences to civil actions concerning the purposes, the tools of legal defence, and the typical processions. Judicial control over administration includes the assertion of the material rights beyond the subjective legal defence of the parties, thus, as a result, the right of action is limitedly asserted, authority's evidence has a greater role, and the action position of the parties has to be assessed differently since they are in a subordinate/superordinate relationship determined by common law. These aspects justify the clear-cut division of administrative and civil actions. The new regulatory system, however, does not only result in that regulations concerning administrative actions are omitted from the civil procedure code, but the development of administrative jurisdiction also affects the *competence of civil jurisdiction*. While previously the legislator classified only the judicial review of administrative decisions among the administrative proceedings, the new administrative procedure code aimed to ensure the complete and effective legal defence against administrative authorities², satisfying a criterion long expressed in legal literature. As a result, not only the judicial control of the administrative authority's individual decisions are referred to the judicial channel, but also those decisions of the administrative authority which target or result in a change in the entity's legal position, in case the decision is regulated by administrative law. Another consequence of the development of the judicial channel is that individual disputes which earlier fell under the civil procedure, will fall under the concept of administrative action in the future. Thus, first and foremost, the legislator expands the concept of administrative dispute also to *administrative contracts* which were earlier proceeded according to the general rules of civil substantive law, arguing that contracts concluded by administrative authorities when exercising public power cannot be characterised by the features of the legal relationship of private law, but rather the asserting of public interest, and the resulting limited right of action. However, the civil procedure code does not generally define the concept of administrative contracts, but entrusts it on individual laws or government decisions in order to classify them as administrative. Similarly, it enlists among administrative proceedings the classification of *civil service disputes* which previously belonged to private labour law disputes, as these originate in the legal relationship of persons who are

employed by the state for the common good. After lengthy debates compensation proceedings for damages caused in administrative legal power were not included among administrative but civil disputes, similarly to the German solution. The new regulation, however, binds the hands of civil courts in terms of procedure law, since the condition of being able to assert a claim for a damage caused in administrative legal power is that the proceeding court has to establish the violation of right in a final judgement.³

The final decision of the court concerning an administrative proceeding binds the hands of the civil court.⁴ No decision has yet been made about whether the independent administrative procedure law is bringing forth an independent administrative judicial system of organisation in the future. Beyond the professional debates social, public, and political differences has emerged.

The legislator decided to renew administrative jurisdiction completely, which is planned based on three superimposed alterations: *one* is the creation of detached *procedure regulations* for administrative lawsuits, the *other* is a partial change in the *structural framework* of administrative jurisdiction, while the *third* is the modification of the *selective conditions* of administrative judges. In August 2016 the practicing lawyers could learn about the legislator's ideas which concern the amendments of administrative jurisdiction, its legal status and the structural laws.

Before 2013, there were no administrative courts in Hungary, not even partially functioning Administrative and labour courts were founded on 1 January, 2013 in every county, as the successors of labour courts acting since 1972 as specialised first-instance courts, which, however, were differentiated from the normal court structure only at first instance. According to the legislator's plans about the differentiated administrative jurisdictional structure, regional administrative courts would act at first instance in several counties, the sole administrative appeal court would act at second instance and at first instance in cases of high priority, while technical control of administrative courts would be the duty of the Curia, the uppermost-level court of the normal Hungarian jurisdictional structure. The necessity of restructuring was justified by the opportunity to specialise, because the smaller number of cases as compared to civil lawsuits requires lower-level regional administrative courts of greater regional competence on the one hand, and on the other hand, specialised upper-level courts with competence over the whole country. According to the plan to alter the personal conditions, the special appointment of administrative judges would be determined as compared with the appointment of judges, namely that a person can be appointed to administrative judge who, after fulfilling the conditions to become a judge and passing the bar exam, had specialised in administrative law for at least five years, while to half of the administrative judicial positions a person can be appointed, who, after passing the bar exam, has specialised in administrative law for at least ten years, but not as an administrative judge.

According to the justification of the alteration, besides knowledge of administrative law and of administration, professional experience of administrative law is significantly important, as verified by international examples. For example in Poland and Portugal, a

long-term experience is expected, while in Austria and Bavaria, the regulation significantly promotes rotation.

The draft generated huge debates, it was also criticised by the National Judicial Office, especially for the unsolved conditions of labour jurisdiction, the difficulties in personal conditions originating in the regional competence instead of county competence, such as the employees moving into another town, or the complicated case maintenance when a place of jurisdiction materialised, or as a result of losing the advantages of a unified judicial organisation. Finally the debate arrived to a political space, and since the parties of the opposition did not support it, the legislator did not even attempt to amend the law on the legal status of judges and the judicial structure, which draft would have required a two-third majority. On 6 December, 2016, with simple majority the Parliament passed the law on administrative procedure separated from civil procedure, which, however, did not change the judiciary structure, but the majority of administrative lawsuits were referred to eight regional administrative and labour courts, while the courts in the capital were renamed “courts acting as administrative appeal court”, and assured for them a first-instance competence in cases of priority, and a national second-instance competence. The president of state, however, alluding to constitutional nullity, referred the law to the Constitutional Court, which annulled the regulation of administrative procedure code which related to “court acting as administrative appeal court”, justifying by that the legislator would actually create a new court, which would have required a two-third majority amendment of the judiciary structure law. At the same time the Constitutional Court annulled the regulations of elections and media authorities, both requiring two-third majority.⁵

2. The structure of the civil procedure law adjusts traditional solutions. The *foundations* are followed by the establishment of the *static rules* of the civil procedure – concerning the courts, the parties, the costs of proceeding –, then by the *dynamic rules* of legal acts ranging from the statement of claim to the final decision. The regulations of the proceeding at first instance, the appeal proceeding, and the extraordinary remedy are discussed separately. Finally the code arranges the *special proceedings* which require special instruments because of their subject or the personality of the parties. The question emerged that the procedure code could have included the basic regulations of non-contentious proceedings which can be found in several other laws, especially because of their relationship to the legal proceedings, but this proposal was rejected by the legislator.

It is, however, worthwhile to pay attention to the technical comment that the often conceptually significant changes will affect a great number of non-contentious proceedings, as these regulations are often applied in the background of such proceedings.⁶

3. The law includes the special *principles* of the civil proceedings only in the most necessary measure. It treated the solutions of the Swiss civil procedure code in effect from 2011 as an example, which included only a short conceptual section enlisting the most important directions. It is careful not to burden the procedure law with general principles of

human rights, constitution, or the operation of justice which are norms of civil procedures. It defines only the principles which allocate the technicalities of civil procedures in short, abstract formulas. Above the traditional *principle of disposition*, which includes bringing court action at request, the fact that the court is bound to the submitted request and to the legal statement, and free disposition with the rights involved in the action, the new principle is the *principle of procedure concentration*, which expresses the efficient defence of rights. According to the latter principle – with regard to the 2006 propositions of CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice) which prioritised the efficiency of lawsuits –, both the judiciary and the parties have to endeavour to present all the facts and evidences necessary for the decision in time in order to make the dispute ready to be judged in one hearing. It does not mean implicitly that the case must be judged in one hearing, but the legislator considers it important to express a message which urges all the participants to litigate and finish the proceedings as quickly as possible.⁷ Procedure concentration results in the parties' *obligation to support the proceeding* on the one hand, as the parties are obliged to promote the concentrated litigation and finishing,⁸ and, on the other hand, the *ministering activity of the judicature*, as the judicature assists the parties to fulfil their procedural obligations utilising the ways and instruments defined in the law to vindicate procedure concentration.⁹

Accentuating the concern in the concentrated litigation and finishing of the proceeding alone may remain a mere wish if the legislator does not introduce institutions which are able to promote the real predomination of the principle. Of these the legal appearance of the institution of *substantive litigation* generated the greatest technical debate and interest.¹⁰ As opposed to the Soviet-type procedure code, the role of the judiciary is not paternalistic, resulting from the principles of disposition and of public hearing, so it cannot take over the obligation to present material for the proceeding, neither can it make up for the lack of the parties' legal knowledge. The judiciary cannot be responsible for providing information about the substantive laws, neither for undertaking ex officio probation in the sphere of the parties' interest if it is not offered. However, the judiciary cannot be completely passive. It cannot restrict itself merely to determining the procedural acts and to maintaining the order and merit of the proceeding. In order to finish a civil proceeding quickly, efficiently, and successfully, it is essential to neglect the unnecessary propositions for evidence and to litigate a concentrated probation. For this aim one needs to presume a fully comprehensive presentation of statement of claim based on relevant facts, in accordance with the rights involved in the action, and an also comprehensively reacting counter-statement, in addition the exact definition of the facts to be evidenced and the burden of proof within the framework of the statement and the counter-statement. Inconsistent statements eventuate a lengthy continuance of procedure. The requirement concerning the judiciary to promote adequately detailed and consequent declarations from the parties' in order to exactly define the dispute does not interfere with the interpretation of the role of the judiciary. The necessary instruments such as questioning, calling for declaration, informing about the framework of the dispute, must be provided for the judiciary. The legislator realised this when

they defined the substantive requirements of litigation for the judiciary within the limits of the parties' requests and statements. The new institution, nevertheless, will probably not cause practical problems, since substantive litigation of procedure has implicitly existed, the right judicial practice has been applying it correctly. Substantive litigation can ensure procedure concentration without the injury of the parties' procedural rights only if the requisition of legal literature is asserted, namely that the parties' can only receive support from the judiciary for their needs during the procedure.¹¹

4. Another essential change in the new civil procedure code is the introduction of *divided structure of procedure*, which has been applied by the paradigmatic German and Swiss civil procedure codes, and which has been effectuated by certain Central European countries such as Slovenia, Croatia or the Czech Republic. The previously effective procedure code did not divide the first instance civil proceedings into legally ascertained sections, but treated them as one unit. This arrangement implied the risk that in a relatively late section of the first instance the parties' could alter their statements, presentations, or claims in such a measure that made all the previously performed actions unnecessary, giving way to the prolonging of the procedure. The new code wishes to interfere by arranging a sequence in which the parties' have to *give statement first*, then *secondly produce evidence* for their statement but they cannot alter their statement depending on the outcome of the evidence. That is why the first instance procedure resolves into two sections, divided by a judiciary decision. The first section is called the *procedure entry section*. The aim of the procedure entry section is to define the framework of the dispute, in this section the claimant has to present the statements of facts, of allegation, and of claim, while the respondent has to present an exhaustive response for the claim as well. In this section the parties' have to submit evidence according to their statements, and there is opportunity to perform several legal acts only in this section, such as intervening on either party's side, alteration of the parties' person. The judiciary closes the procedure setup section with an unappeasable court decision called *procedure caesura*, and then in the second, substantive dispute section the substantive evidencing acts take place. It is not impossible that an unpredictable circumstance which is beyond the parties' responsibility justifies the redefinition of the framework of the dispute, based on which even after the finished entry section, the statement or the counter-statement can be altered, new evidence claims can be proposed, and in this exceptional situation the entry can be amended as explicitly permitted by the judiciary, according to strict procedure regulations. From the introduction of the divided procedure structure the legislator expects that "it encourages the parties to a more intensive preparation, and enables a more concentrated, tighter procedure."¹² The presumption for it is that the reopening of the procedure entry section is possible only in extremely exceptional cases.

5. The new civil procedure code wishes to enforce the requirement of *professional litigation*. According to the previous arrangement legal representation was required only exceptionally, in certain implicitly important cases, and for parties turning to appeal courts.

Instead, the new law models the procedure to compulsory legal representation. The Hungarian judicial structure system – apart from the administrative and labour courts which are independent only at the first instance level – is a traditionally four-level system: *district courts* (“járásbíróság”), which have only first instance competence, are at the basic level, on the next level there are the *regional courts* (“törvényszék”) acting partly on first, partly on second instance level, at the next level there are the *regional courts of appeal* (“ítélőtábla”), which act only on second instance, and at the highest level there is the Curia (“Kúria”), which is responsible for the unity of law application, and it proceeds in cases of review against final judgements only on the grounds of infringement. A dual entrance level adapts to the four-level court system. Everyday cases requiring simple decisions start at the district courts, while more complicated cases which demand special knowledge, start at the regional courts. As opposed to the earlier model, however, the legislator assigns *regional courts as general first instance courts*, and only exceptionally defines the competence of the district courts, not making actual changes in the proportion of the distribution of cases. Basically the reason for it is that regional courts own juridical personality, the judicial college which is responsible for the professional co-operation of the judges is organised there, moreover, it is also supported by the previously discussed endeavour to model the procedures on a professional processing. During court procedures, legal representation is *obligatory* for all parties, without legal representation their statements are treated as invalid. The official necessity for an advocate is not formal, there are strict requirements. The code particularly defines both the assumptions of the claimant’s statement of claim and the respondent’s counter-statement, and deficient statements have no ground for substantive dispute, as no supplication is possible for a deficiency, according to the directions of the law. From these regulations the legislator assumes expects a strengthened professional responsibility of legal representation and, indirectly, an increase in efficiency. In certain cases, however, such as matrimonial, paternity and genealogical processes or processes for smaller assets, where legal representation cannot be required, the legislator wishes to promote efficiency by supplying forms to fill in and a wider opportunity of call for deficiency supplementation.

6. The legislator wants to adjust the rules of *evidence* to the substantial characteristics of the civil process. Improper judicial practice pragmatically enforced the regulation that the party (claimant) who wants to assert a claim has to allege the facts, and also bears the burden of proof. The extreme expectation of the claimant’s and the respondent’s burden of proof did not take into account the previous acts of the parties. The case may emerge when the reason for the claiming party’s inability to state the claim or to supply evidence is exactly the non-supporting attitude of the other side. So the new civil procedure law introduced the concepts of *emergency of statement* and *emergency of evidence* by which it aims to dissolve the wrong pragmatic interpretation. Even though, as a general rule, the party still needs to state facts which party wants to assert a claim, but if the party renders it probable that only the other side possesses the necessary information needed to allege facts, and the party has already done everything to get the information, but still has not been able to get it due to the attitude of the other side, then the party is in an emergency of statement, which is the base for the judge to accept the statement as real.¹³ If it is the other side who exclusively possesses the necessary

information for evidence, the other side can be expected to prove the unreality of the statements, or if the other side defeated the success of proof, then the party is in an emergency of evidence, providing base for the judiciary to accept the evidence as real.¹⁴

7. While neither the legislator nor those who apply the law question that based on the principle of hearing it is the duty of the parties to supply the material for the process, and any kind of evidence can be used in the dispute which is necessary to state the case, this principle was not applied consequently in the expert evidence. The previous practice excluded the facts presented by the expert (*private expert*) from the circle of evidence if the expert was commissioned by the party, and treated them as the party's private presentation. However, in the case when the expert evidence takes place exclusively at the judiciary's assignment, answering only the questions of the judiciary, the parties' responsible litigation may be effaced. This approach is rooted in the view shared by a majority that the expert is the judge's colleague, or helper, as a study put it, a "scientist judge."¹⁵ In contrast with this practice, the expert is of among the evidence tools, and the independent evidence system is consequent if it does not neglect the conclusions of the expert opinion. That is why the law defines the application of a *private expert* commissioned by the party with guaranties of the appropriate process regulations as *primary*, with the reservations that the forensic expert must possess the adequate qualification, skill, and entitlement, and the expert must give comprehensive responses to the questions and reflections of not only the commissioning party, but also the other side. The opposition of the evidencing party also has the right to commission a private expert, in this case the occurring discrepancies must be solved. Applying an expert based on the judiciary's commission can take place only *secondarily*, if there is no private expert involved, or if the presented expert opinion is ambiguous, and also in this case the parties have to ask questions to the expert.

Even though the previous law did not acknowledge the private expert's opinion and the one's commissioned by the judiciary as equal, in practice it did not hold back the parties from enclosing their private experts' opinions without limit and control, which practice resulted in uncertainty. From the new model of evidence the legislator expects the acceleration of the processes.

8. According to the legislator's intention, the *parties' right to action* will prevail more emphatically in the *second instance procedures*. Appeal courts were criticised for countermanding first instance decisions more often than it was justified, and for directing the first instance courts to rehear the cases and to carry out new decisions, even if it was not the expressed intention of either party. The civil procedure code which is still in effect facilitates countermanding depending on the court's deliberation in cases when the essential regulations of the first instance process are violated, independently from the parties' reference to violation. The substantial rule of the new civil procedure code is that the second instance court can practice the power of revision within the limits of the parties' claims. Apart from exceptional, extremely serious violations of procedure rules, which result in obligatory countermanding (contribution of a dismembered judge, non regulated forming of the judicial committee) the second instance court cannot take into account the violation of procedure

rules that is not referred to in the appeal.¹⁶ Moreover, the conditions of the considerable countermanding became stricter. For this, it is not sufficient alone that the first instance court violated essential rules which the parties' pronouncedly pled, and it affected the substantial decision of the case, but also that remedy is not at all feasible or only irrationally feasible (in a very long period).¹⁷ Restriction or exceptionalisation of countermanding serves both the interest of civilians asserting their rights and of legal practice, the legislator strongly wished to promote this aim.

9. The introduction of procedures of *collective assertion of claims*, a previously unknown institution, is an important change in Hungarian legal system. In several cases, especially because of the retentivity of the disproportionately high legal costs compared to the value of the claims, the individual cannot initiate an action against en-masse, frequent violations, while the consequences of the wrong behaviour can be repelled or compensated only in co-operation. According to one of the renowned experts on the topic, the establishing of new procedure mechanisms is enhanced by the fact that such co-operations increase the equality of power, thus they can help rebalance the disparities of resources and power imbalances.¹⁸ The legislator introduced two new special types of processes: processes of *public interest* and *joint processes*. The essence of the former¹⁹ is that explicitly authorised individuals and organisations are permitted to bring a suit to protect public interest, and the substantive power of the decision extends to those entitled but not involved in the suit, in case the respondent informed them about the judgement-at-law, and they did not declare that they reserve their right of action. The essence of the latter²⁰ is that in proceedings originating in customer contracts, and in actions for damages concerning labour law or caused by environment pollution, at least ten claimants can assert their substantially similar rights in co-operation, and only one "representative" claimant has to act practically, while the substantive power of the judgement-in-law extends to all of them.

10. During the process of codification there were debates about the proposition that the civil process of the 21st century should omit the written record, and instead requires the *continuous voice and picture recordings* of the hearings. Eventually the legislator came to the compromising decision that written records of the hearings are of primary importance, which is obligatory in the entry section. In the substantive section, however, exceptionally, for the parties' request, if the technical conditions are at hand, the court can ordain the making of continuous and synchronical voice and picture recording. In this case the continuous recording is considered a record, and as a general rule, merely the abridgement of the procedure act is written simultaneously.²¹

3. Conclusion

In conclusion we can state that the new Civil Procedure Code, which comes into effect on 1 January, 2018, regards as its primary duty to close the processes quickly, efficiently, and successfully, as it adjusted the conceptual changes to this endeavour. We cannot expect, however, a radical change, since the new Civil Procedure Code primarily

wished to raise the well-functioning judicial practice to a legal level in order to fulfil its aims. Whether these expectations were well-founded, can we give an established answer of course only after the law comes into effect, based on the future judicial practice.

* Habil. dr. associate professor, University of Debrecen Faculty of Law - Head of Civil Procedure Law Department; pribula74@freemail.hu.

¹ Varga, István – Éless, Tamás (editors): Szakértői javaslat az új polgári perrendtartás kodifikációjára. („Expert proposal about the codification of the new civil procedure code.”) HVG-Orac Kiadó, Budapest 2016.

² F. Rozsnyai, Krisztina: Közigazgatási bíráskodás Prokrusztész-ágyban. („Administrative jurisdiction in Procrustes’ Bed.”) ELTE Eötvös Kiadó, Budapest 2010.; Patyi, András: Közigazgatási bíráskodásunk modelljei – Tanulmány a magyar közigazgatási bíráskodásról. („Models of Administrative Jurisdiction – Study on Hungarian Administrative Jurisdiction.”) Logod Bt., Budapest 2002.

³ A polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény – „Hungarian Code of Civil Procedure, Act CXXX of 2016” – (*hereinafter*: Pp.) § 24 (3) –24. § (3)

⁴ Pp. §264. (2).

⁵ Constitutional Court Decision 1/2017 (I.17.)

⁶ Udvary, Sándor: A jövő polgári perrendtartása madártávlatból. („The Civil Procedure Code of the Future from a Bird’s-eye-view”) Pro Futuro 2016/2., p.116.

⁷ Pp. §3.

⁸ Pp. §4. (1)

⁹ Pp. §6.

¹⁰ Pp. §237.

¹¹ Éless, Tamás – Döme, Attila: Alapvetések a polgári per szerkezetéhez. („Foundations of the Structure of Civil Procedure.”) In: Németh, János – Varga, István (editors): Egy új polgári perrendtartás alapjai. („Basis of a new civil procedure code.”) HVG-Orac Kiadó, Budapest 2014., p. 74.

¹² Interview with professor Zsuzsa Wopera, ministerial commissioner responsible for the management and co-ordination of the reform of the civil procedure code, creating the new regulatory system and the preparation of the laws involved. <http://www.jogiforum.hu/hirek/36544> (2017.01.05.).

¹³ Pp. §184.

¹⁴ Pp. §265. (2), (3)

¹⁵ Novák, István: A bíró és a szakértő. Gondolatok egy gyakorlati témáról – több változatban. („The Judge and the Expert. Ideas on a practical topic – in several versions.”) Magyar Jog 1991.6., p. 359.

¹⁶ Pp. §370. (1), (3)

¹⁷ Pp. §381.

¹⁸ Harsági, Viktória: A kollektív igényérvényesítés hazai szabályozásának jövőjéről. („The Future of the Regulation of Collective Claim Assertion.”) In.: Németh, János – Varga, István (eds.): *Ibid.* pp. 172.-173.

¹⁹ Pp. §571.-579.

²⁰ Pp. §580.-591.

²¹ Pp. §159. (4).

ARTICOLE

COMPETITION LAW PROVISIONS APPLIED IN SPORTS.
ARTICLES 101 AND 102 TFEU (PART I)¹

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).1.5

Published Online: 2017-03-15

Published Print: 2017-03-30

Daniela-Olivia GHICAJANU*

Abstract: *Competition law provisions tend to be used by both the European and National competent authorities on different markets. The sports market is one of the newest and brings many novelties. Sportsmen in Europe perform also economic activities which created a whole new industry. This article will be focused on the possibilities and modalities to apply Article 101 TFEU.*

Keywords: *competition law, sports industry, sports law, market, Article 101 TFEU, European Commission, ECJ.*

I. Introduction

1. Sports represent a typical human activity, but with a different approach from a simple competition to a business area. Nevertheless, this field has also an economic dimension shall be analysed from a legal and financial points of view.

2. The idea of an economic activity which needs to be regulated is not new, but it is, still, raising lots of debates. Only professional sports are an economic activities. Professional sport is regulated by legal and technical norms. These last ones are also known as *lex sportiva*; soft law created by the sports regulating bodies and the jurisprudence of CAS/TAS.

3. In Europe, the debates around qualification of sports' activities begun in 1974 when the European Court of Justice (hereandafter ECJ) had to give its judgement regarding *the conformity of national clauses with the European law* [Art. 45 from the Treaty for Functioning of the European Union – TFEU - (ex -39 TCE)].

In the two cases analysed at that time, *Dona*² and *Walrave*³, it was for the first time when the ECJ had to reason whether European law applies or not to sports activities. The General Advocate in his conclusions proposed the application of one of the four fundamental freedoms. The Court tried to avoid a decision too narrow which could undermine the authority

of the European and International Sport Federations. So, in these two cases the ECJ concluded that *European law applies to sports' activities only when it has an economic dimension. In this situation, the nationality clauses do not relate with an economic aspect, but merely with sports organization system which means that European law shall not be applied.*

4. After two decades of total silence, the ECJ had, again, to analyse if the European law provisions can be applied in case of players' transfers when clubs are located in different Member States. This was the revolutionary decision *in case Bosman*⁴.

The ECJ stated that "1. *Article 48 of the EEC Treaty precludes the application of rules laid down by sporting associations, under which a professional footballer who is a national of one Member State may not, on the expiry of his contract with a club, be employed by a club of another Member State unless the latter club has paid to the former club a transfer, training or development fee.*

2. *Article 48 of the EEC Treaty precludes the application of rules laid down by sporting associations under which, in matches in competitions which they organize, football clubs may field only a limited number of professional players who are nationals of other Member States.*

3. *The direct effect of Article 48 of the EEC Treaty cannot be relied upon in support of claims relating to a fee in respect of transfer, training or development which has already been paid on, or is still payable under an obligation which arose before, the date of this judgment, except by those who have brought court proceedings or raised an equivalent claim under the applicable national law before that date."*

5. The *Bosman* ruling changed the transfer system of footballers. It obliged both UEFA and FIFA to pay close attention to the European law provisions and comply with them. Transfer of players is an economic side of sports, it is one of the most common methods used to finance clubs' activity.

6. In *Bosman*, the ECJ accepted the solution proposed by the General Advocate Lenz, which was reasoned according to the general principles of law and the past jurisprudence of the Court. An interesting point to be discussed, later in our article, is that the applicant, Mr. Bosman, claimed the application not only of Art. 48 of the Rome Treaty, but also of competition provisions. The ECJ tried to avoid again the matter, even if the General Advocate proposed that competition law shall be applied because the transfer rules were against the Treaty.

7. At the European level, only recently, it was accepted that competition law provisions should be applied to sports industry. This involved mostly the different sources of financing like cessation of media rights, sponsorships agreements or publicity contracts. In the last decade the frequency of European Commission's investigations in sports market raised.

8. The central question of this article to which we will try to answer is "Why should we consider a necessity to apply the competition law provisions in sports?". The sports field is regarded by the European Commission as a growing industry where competition rules shall be applied. Nevertheless, it is mandatory to take into account the sport' specificity.

II. Compliance between competition law rules and sports law

9. Sports field is regarded by the European Commission as a new area of business with a growing economic impact⁵: **the sports business**. The new and in constant evolution face of sport tends to become the habit.

10. The ECJ was reluctant to apply competition law to sports as we previously saw. In its first decisions it tried to balance the specificity of sports and its economic side. But since *Dona case*, there is a clear rule: "when sport is regarded more as an economic activity, European law applies".

11. One of the most popular decisions in the sector was in *Bosman* and its effects are seen even today. Technically speaking this is not a pure competition law decision because the core of it relies more on Art. 48 of Rome Treaty. But the opinion of Advocate General Lenz regarding the possibility to apply the competition law along with the free movement of persons' rules cannot be ignored.

12. Nevertheless, when sports have an economic nature, also antitrust law applies⁶. This principle can be extracted from *Dona ruling*. In the Report delivered by the European Commission in 1999 to the European Council in Helsinki, the Commission stated very clear that after *Bosman ruling* the sports national and international federations shall respect European law, so, including the antitrust law and state aid law. But in the first phase the tendency was to protect the federations and their autonomy by invoking the social, educational and cultural role of sport. Also by stating that without these sports bodies the "game rules" would not exist.⁷

It was not intended to apply competition law to sports in its original shape. But alongside with the professionalization of sport and the raise of entertainment function, it became a true economic sector⁸.

13. In some specific cases ECJ concluded that competition law could be applied also to doping cases⁹. These rules are elaborated by the sporting bodies which may try to avoid competition law saying that sports' specificity needs an exemption¹⁰. What are trying these sport regulators is to create a universal sports exception in order to avoid EU or national law's application. But this type of *general sports exception* is not accepted. Thus, is neither justified to have such an exception¹¹.

PART I. Article 101 TFEU – Application, conditions and practical exceptions

III. Conditions for Article 101 TFEU application in sports industry

14. Antitrust law is applied by both European and national authorities in order to prevent any dysfunctions on the Internal Market. The main purpose is to protect the market as well as the consumers. This general principle is applied also in the sports sector.

15. Art. 101(1) TFEU prohibits *agreements, decisions by associations of undertakings and concerted practices* that are restrictive of competition. Art. 101(3) provides an exception when actually Art. 101(1) becomes inapplicable. If there is an agreement which is against Art. 101(1) and in the same time is not covered by Art. 101(3) then, by virtue of Art. 101(2), the agreement shall be declared null and void¹².

16. Art. 101(1) explains which are the general and cumulative conditions of an anti-competitive behaviour:

- 1) Existence of at least **two undertakings separated or by association**
- 2) Co-ordination of market behaviour expressed via an **agreement, a concerted practice or decision of an association of undertakings**
- 3) The object or effect of such an agreement shall be **prevention, distortion or restriction of competition on the market**
- 4) The restriction of competition shall be appreciable (*De Minimis* Notice)
- 5) The **effect is on the trade between Member States**

17. There is no definition of "*undertaking or associations of undertakings*" in the Treaties. It was ECJ's mission to define them and state the distinction case by case.

The European case-law defines the *undertaking as a concept which encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed*¹³. The economic activity was defined next in *Pavlov case*¹⁴ as "*any activity consisting in offering goods or services on a given market*".

In another case, *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*¹⁵ the Court ruled that *the competition rules in the Treaty do not apply to activity which, by its nature, its aim and the rules to which it is subject does not belong to the sphere of economic activity or which is connected with the exercise of the powers of a public authority*.

18. In these decisions the European Court offered some general definitions which shall be applied and interpreted from case to case regarding the facts and the context of each case. But what can we assume is that a club, a federation and even a sportsman¹⁶, in some cases, can be regarded as an undertaking if they pursue an economic activity¹⁷.

This was also the European Commission's position regarding the World Football Cup in 1990: FIFA, the Italian Football Federation and the National Organizing Committee are undertakings¹⁸. In its decision regarding distribution of touristic fees for the World Cup, the Commission stated that "*it is an economic activity, every activity which participates in economic exchanges, abstraction made by the profit seeker*". The conclusion was the same in 1998 regarding the French National Organizing Committee of the World Football Cup¹⁹.

19. Football clubs are also considered undertakings according to the ECJ decision in *Bosman*. In this judgment, the Court dismissed the Belgian Football Federation's arguments that only the big European clubs shall be considered as undertakings whether the small clubs shall be regarded as having only insignificant economic activity. **Not the European or national dimension is the determinant, but the type of activity.**

20. The legal doctrine in its attempt to align sports law with the EU Competition law concluded that there exists the concept of *sport's undertaking or association of undertakings*. In this concept are included national, European and International federations, sports clubs and even athletes when they perform an economic activity. In other words, when these entities sell tickets to sport events, rent spaces of the stadiums for publicity, sign publicity contracts or sponsorship agreements, they have a duty to comply with EU Competition law²⁰.

21. The evolutionary character of ECJ jurisprudence proved itself in *Deliège* decision when the Court admitted *that even an athlete is an undertaking according to Article 2 from the Treaty when his principal financing resources are a result of publicity contracts*²¹. In other words, in such a case the athlete concluded a services contract with the sponsor.

22. There is another important issue when both national and European authorities try to determine the application of competition regulatory: **the problem of the relevant (product) market**. This market is regarded from two points of view: geographical and products²². But the legal doctrine²³ concluded that *in the field of sports, every event is in itself a separated market*²⁴.

23. Actually, in sports there are two markets interconnected: one is represented by the economic competition generated by the sport event taking place (**the sports representation market**) and the other is the **game market** (the sports' activity performed by professional athletes). So, there are economic competition and sports competition as such. One cannot exist without the other.

24. Some differences between these two markets shall be pointed out: the score's incertitude is the main feature of the second market while in the case of the first market every market player has as main goal to reduce the market proportion of its competitors, the second market exists because of the competitors and every player needs its competitor to survive both as a sport entity and performer while the first market can exist even if there is only one major player.

The first market is the typical market where competition law rules apply; while the second one needs a certain degree of attention. There the sport bodies regulating the existence of the competition itself and clubs by establishing some internal rules such as the competition access and financing rules. In these two areas the competition authorities analyse the application of competition law rules.

25. The next step is to analyse if there exists any type of coordination on the market between the sports undertakings. This coordination has many forms expressed also in Art. 101(1) TFEU: agreements, concerted practices or decisions of an association of undertakings.

Between these three types we can extract a common factor: the autonomy of will which drives the undertakings to establish certain behaviour on the market. The coordination can be expressed via a written agreement²⁵, an oral one, coordination or a decision of an

association of undertakings which in the end is the equivalent of a mandate given by the clubs to their federation.

The practical issues arising from the conclusion of an agreement are usually seen in media rights and sponsorships contracts.

26. The coordination by a decision of an association of undertakings can take different forms such as:

1. Regulations issued by the association - this was the case in *Bosman* ruling where only the General Advocate gave some arguments why the nationality clauses can be considered a decision of an association of undertakings with no importance of the form of collaboration.

2. Agreements between the national federations²⁶ - according to UEFA's rules on the retransmission of sport events if there is a game played in other Member States then the federation which is organising has to ask for the permission of the other federation to allow the broadcasting companies to transmit the game²⁷.

3. Agreements between television channels – at the European level exists an association of the television channels called the European Union of Radiodiffusion. Its decisions were considered against EU Competition law by the General Court²⁸.

27. The next condition refers to the *object or effect* of these market behaviours of the sports undertakings: *prevention, distortion or restriction of competition*. It depends from case to case. And as the literature and case law proved, it has to be analysed from an economic point of view.

In a decision of reference²⁹, the ECJ stated that in order to decide if an agreement hinders competition by its object "*regard must be had inter alia to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms part*". And in *T-Mobile Netherlands*³⁰ concluded that if it has only *the potential* to affect the competition then the agreement is prohibited by Art.101(1) TFEU.

The **object** has to be regarded from a pragmatic point of view. In this case, the facts and the whole background shall be analysed. This rule is followed by the Commission and the ECJ in every competition case. It was also analysed in the tickets and media rights selling cases investigated by the Commission.

While the object of an agreement can be analysed from the factual and economic point of view, there is a difficulty for the European authorities when it comes to the anti-competitive effect. This is a broad concept which needs a deep and extensive analysis. Moreover, the Commission needs a much longer period of time to foresee the effects on the market and over the consumers. As the European judicature it pointed out in *Wouters*³¹ and for sports in *Meca Medina*³² - "*specific rules cannot be declared as anti-competitive from the beginning but must be analysed if there exists an anti-competitive effect and how a certain domain is organised, in this case the legal profession in a specific country or the access to a sport competition. They must be put in balance and if the objectives are non-competition but the effects restrict the competition it may appear that the objectives are more important on the long term.*"

28. The last condition is that the **trade between at least two Member States must be affected**. But this one is envisaged only when the European Commission starts an investigation. If there is a national case, the competition authority has to see if the trade in general is affected or not. Again, the economic side is firstly regarded. This condition depends from case to case.

29. As a conclusion, in order to apply Art. 101(1) TFEU to sports activities the conditions are the same as for any other competition investigation. The difference is that in sports activities the competition authorities must take into account the "*sports' specificity*" claimed so often by the sports bodies. In case of *the specificity of sports*, Art. 101 (3) TFEU is applicable and though the practice is exempted from sanction.

In the following lines we will address the practical issues of Art. 101 TFEU.

A. Media rights selling and European Competition Law

30. Financing the sports sector has its difficulties. One source to finance sport is to commercialize it. The most used commercialization of professional sports is the media rights selling by the organizers of sports competitions to media companies. Buying and selling sports media rights emerged really fast in the mid of the '90s and the beginning of 2000s. Certainly, this commercialization is an economic activity which reveals the necessity to apply competition law provisions.

1. Importance of media rights selling in sport

31. *This marriage between sport and television is one made in heaven* (Goldlust 1987). It is a self-interest and dependence relationship. Both industries achieve valuable economic benefits from this *partnership*: sports provide valuable content and audience for media companies, while the media is a source of revenue³³. The question is how, from a legal point of view, it can be established a relationship between the two industries? To answer this question we shall see how the professional sports activities exist.

32. Firstly, there is a club which register itself to a federation as a professional club. After, it starts to employ professional sportsmen, to participate in professional competitions. Its revenue sources are most of the times: shareholders' investments, donations and **commercial contracts**.

33. The foundation of a sports activities-media trust relationship is **the conclusion of a contract**. The agreement is concluded between the club/the competition organizer³⁴ of the competition and the media undertaking. The organizer holds the image rights over the competition. These rights include also the rights to broadcast the competition. The organizer agrees to cessation of the right to a media company because it does not have the infrastructure or the necessary qualifications to publicly promote and transmit the competition.

Legally, these two entities concluded a typical selling contract. A sum of money will be distributed after to the club(s), team(s) and athletes. The price of this contract is actually an investment in sports. It is the principle source of revenue for sports activities. In this case the competition authorities have to pay close attention to these contracts because both national and European media rights markets shall be protected.

2. Analysis of Article's 101 (1) TFEU application in media rights selling

34. Media rights companies try to exploit the position they have when it comes to media rights acquisitions. Such a behaviour can be encountered when media trusts impose exclusive media rights contracts for long periods of time.

The consequences of such behaviour are foreclosure of the media market. Obviously, it restricts the market and creates dominance of the media undertakings. But the European Commission and National Competition Authorities intervened to set some limits of these practices.

35. The demand for broadcasting rights is constantly increasing and new media technologies are used. So, there are many more challenges for competition law³⁵. The cases regarding selling of media rights were investigated by the competition authorities with reference, mainly, to Article 101 (1) TFEU (ex-81 TCE).³⁶

36. Article 101(1)'s conditions will be discussed to see how the European Commission applied them to the sports sector.

(i). Undertakings and associations of undertakings

37. According to the definition offered by ECJ, the concept of "*undertaking*" was seen "*as every entity engaged in economic activity regardless of the legal status of the entity and the way it is financed*³⁷". An economic activity encompasses any activity that involves "*offering goods or services on the market*". Sports clubs and sports regulating bodies are undertakings when they engage in economic activities. Selling media rights is such an activity³⁸.

(ii). Agreement, decision, concerted practices

38. Article 101(1) TFEU uses the terms *agreements, decisions of undertakings and concerted practice* to refer to a collaborative behaviour of the undertakings implied in an economic activity on a specific relevant market. A simple *meeting of the minds* is sufficient to have such a collaborative practice. These agreements and decisions might be in a written form, but also are accepted the so called "*gentlemen agreements*". ECJ stated that an agreement exists when the involved undertakings "*have expressed their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way*"³⁹.

39. In case of sports events, a selling of media rights might take place via an agreement between the club and a media company, a decision of association, this was the case when UEFA signed the contract for joint selling of media rights⁴⁰: *“The regulations of the UEFA Champions League provide the regulatory basis for the manner in which the commercial rights of the UEFA Champions League are sold. [...] The Regulations of the UEFA Champions League are binding on the national football associations and on the football clubs”*.

(iii). The object or effect is prevention, restriction or distortion of competition

40. This condition allows the competition authorities to appreciate if the undertaking's behaviour on the market affects competition in a negative manner. Whereas for media rights selling as well as for the other industries it can be difficult to distinguish if it was a specific object of the agreement or decision to distort the competition. Also, if the object is not clear, the competition authorities shall analyse all the circumstances and provisions of the contract/ decision or to closely observe the practices of the investigated undertakings on the market.

41. Most of the cases investigated by the Commission or brought before the ECJ had some common features such as: a long period of time for the agreement to be in force, existence of a clause of exclusivity for the media company, exclusive hours to transmit the competition. In a first decision regarding the joint media rights selling, the European Commission pointed that:

“One effect of joint selling, especially when coupled with exclusivity, is that only big media groups can afford the acquisition and exploitation of the bundle of rights. This leads to higher prices and shuts out competitors from key content. Football fans are also potentially harmed since they are offered less football on TV, or no coverage at all in those cases where they do not subscribe to pay-TV as there are no live matches on free TV. The lack of competition may also limit the packages of rights available for new media and new technologies, in particular the third-generation of mobile phones, which could see their introduction slowed down as a result. All these anti-competitive effects do not mean, however, that joint selling is to be banned outright. Article 81(3) requires the Commission to assess whether agreements, which at prima facie are anti-competitive could bring benefits, including to the consumer, in which case they could be exempted^{41”}.

The Commission and national authorities will treat each case separately but this condition of the object or effect of the undertakings' behaviour is fundamental to reach out a decision.

(iv). The trade between Member States is affected

42. This condition is fulfilled most of the times in case of joint media rights selling resulted from a decision of a European or International federation. Its regulations apply within several countries. Interestingly, the European Commission considered that *if an agreement is to operate across the territory of an entire Member State this will raise a presumption of effect on interstate trade, as access to this Member State's market may be hampered by this very agreement⁴²*

43. The legal doctrine pointed that not only European and International federation regulations may affect the trade between Member States, but also those issued by a national federation. The conclusion revealed in this case was that agreements concerning national sports events media rights selling can have an effect on the trade between Member States⁴³.

(v). Definition of the relevant market

44. Regarding the definition of the relevant market, usually the Commission defined it as *the market of selling or purchasing media rights*. But it has to be taken into account that every case has its own specificities. So, the market definition is different from case to case.

There was made a difference between *the upstream markets* (the markets where the rights owners sell them to media companies) and *the downstream markets* (the markets where media companies bring the information to the public⁴⁴). The European Commission distinguished the market for television from the other media markets.

45. As to the market of television, the Commission distinguishes again between the *pay-television* (including pay-per-channel and pay-per-view⁴⁵) and the market for *free-to-air television*. In a decision⁴⁶, the European Commission concluded that *it may exist two separate markets for analogue and digital television because digital television is only a further development of analogue television*. In another case⁴⁷ it recognized the fact that there is a separate market for traditional media and a market for new media, like mobile and Internet rights.

46. The most common markets identified by the European Commission are:

(a) Broadcasting rights for major sports events and broadcasting rights for other television programs⁴⁸.

(b) Broadcasting rights for football games and broadcasting rights for other sports game.

(c) Broadcasting rights for football events played regularly through every year (Champions League, domestic championships etc.) and broadcasting rights for football events that do not take place regularly (Olympic Games, World Cups etc.)⁴⁹.

3. Selling the media rights in sport sector

47. An important issue which may influence if an agreement falls within or outside the scope of Art. 101(1) TFEU or it can benefit from an exemption, is the act of selling or purchasing those rights.

As we argued before, the entities organizing sports event decide whether they allow the public to see it or not. So, they are the only one to decide the conclusion of an agreement to sell the rights.

48. In Europe, these rights are owned by clubs which previously agreed to transfer them to the Federation or agencies of National Leagues. These entities became the official

organizers of the event. Meanwhile, they represent the clubs in contracts regarding the commercialization of sport events such as selling of tickets and/or selling of media rights.

49. Within the Internal Market selling of media rights takes many forms, but the most used is **the collective selling/buying**. This is the "Eurovision", a form of collective selling and buying media rights. One may ask if this falls in the scope of Art. 101 (1) TFEU. The Commission concluded negatively, but the Court of First Instance annulled these decisions⁵⁰.

Further, we will shortly discuss exclusive and collective selling of media rights in sport.

(i). Exclusive selling

50. Exclusive selling may appear as being in contradiction with Art. 101(1) TFEU. But it is not always the case because there are also other factors to be taken into account, such as the period of time for the exclusivity, the market dimension, the product market and the type of industry. This was the reasoning of the ECJ in its decision *Nungesser v. Commission*⁵¹: "the grant of an open exclusive licence, that is to say a licence which does not affect the position of third parties such as parallel importers and licensees for other territories, is not in itself incompatible' with the Treaty".

The Court saw the exclusive selling as an incentive for new competitors to penetrate the market even for a limited period of time. So, all the factual circumstances of an agreement shall be analysed.

51. Regarding the sports field, it was stated that "exclusivity is an accepted commercial practice in the broadcasting sector. It maximises profitability for the buyer and is the key to building up a new audience. But duration, quantity and upstream and downstream market power need to be examined in order to assess whether the exclusivity seriously restricts competition⁵²".

52. In *Champions League*⁵³ case, the Commission distinguished between the market of yearly events and other sports events. In these cases, a contract for a long period of time may fall within the scope of Art. 101(1) TFEU, but not necessarily⁵⁴.

53. As far as now exclusive selling may, at first sight, be considered as against antitrust law, but it is only a first impression. For certainty, it shall be analysed the ECJ's jurisprudence, the situation on the market and the factual circumstances of each case.

2. Collective selling

54. Sports clubs cease to federations their media rights. The Federation sells those rights as a whole for one complete season.

55. One of the most important decisions of the European Commission regarding collective selling of sports media rights concerns the *Champions League*⁵⁵ investigation. The decision was issued in 2003, when the Commission concluded that the UEFA' system of collective media rights' selling on an exclusive base and for a period of several years infringed Art. 101(1) TFEU (ex-Art. 81 TCE). In its decision the Commission pointed it out that *this system was not a set of arrangements that were indispensable to the organisation of sport, but rather it was a commercial choice which affected the competitive process.*

56. After this decision, the Commission established some factors to be taken into account when it starts an investigation of broadcasting rights selling. It desires to see that there was an open tender with many buyers, not with an excessive exclusivity (a period of three years or less seems fair) and with no automatic renewal. If these elements exist it is probable to see the agreement being exempted, but not necessarily.

57. The European Commission let unsolved the problem of solidarity financing from collective media rights selling. In our opinion, if a federation uses the argument of the "sports specificity", but before it concluded agreements for more than three years, which obviously foreclose the market and impede potential competitors to enter the market, it is a sign that the agreement falls under Art. 101(1) TFEU. To apply the exemption from Article 101(3) TFEU, it is necessary to exist a benefit for the consumer and for the market. In *Champions League* case did not exist.

The problem of solidarity in sports is still unsolved. It is unacceptable to sacrifice the consumer welfare when actually there is no solidarity, but rather a commercial activity trying to escape the competition law.

58. We must admit that sports media rights selling appear interesting both from the economic and legal points of view. It is an important source of revenue for the sector. But nevertheless, it is an economic activity performed by undertakings on a specific market which produces effects not only for sports entities or media companies, but also for consumers, other suppliers and the market itself.

As we demonstrated above each of the Article 101(1) TFEU conditions are applicable to sports media rights selling. Antitrust law comes in scene when such an agreement is concluded. This selling appears both as collective and exclusive which may create the appearance of breaking competition law rules. But both the European Commission and ECJ demonstrated how first impression shall not mislead the investigation. Each case has to be treated individually.

5. Sports sponsorship agreements under competition law provisions

59. Sponsorship represents another very used source to finance the sports sector.

``Sponsorship is a commercial agreement between the sponsor, usually a private company, which pays a certain sum of money (sponsorship fee) and/ or provides certain products, services or other facilities to the Rights Holders, in return for which the sponsor is

*granted certain rights of association with the Rights Holders, through which the sponsor can promote its image and sale of its products and/or services*⁵⁶``.

60. In sports, off all marketing arrangements, sponsorships are considered the “*bed rock*”. It is one of the most common ways for the companies to promote their products and services. For example, the brand PUMA signed a sponsorship contract with the athlete Usain Bolt for 20 million dollars, the tennis star, Maria Sharappova concluded sponsorship agreements with Nestle, Evian, Avon and Nike. But the most impressive sponsorship contracts have been reported as coming from the football sector⁵⁷.

61. As it can be perceived, private companies decide to invest in sports in order to develop their international brand, their popularity and to attract new customers.

62. Competition law provisions interfere in sponsorship agreements when it appears that sponsors claim a sort of exclusivity. Having an exclusivity is not always against competition law and not always harmful for the market. This was the opinion of the French Competition Council in 1997 in *Adidas case*⁵⁸. But some previous conditions must have been fulfilled before this exclusivity was acquired. One of these conditions is existence of previous tender offers and a selection according to objective criteria. The French Competition Council decided that this agreement of exclusive sponsorship for a period of five years signed between the National Football League and Adidas was against the French equivalent of Art. 101(1). This decision was upheld by the Paris Court of Appeal.

The French Competition Council maintained its position in a similar case regarding a sponsorship agreement concluded between the French Sport Federation and its balls’ producers⁵⁹ - no tender offers before the conclusion of the contract it harms the competition and such a behaviour falls within the scope of the correspondent of Art.101 (1) TFEU.

63. If a national federation obliges the clubs or the individual athletes buy or use exclusively only one type of product because the federation concluded a sponsorship contract with a private company, there is an abuse of dominance from the federation: including an obligatory clause to have only the insurance provided by a specific company in order to have delivered the professional licence even if the price of this insurance will be reimbursed afterwards⁶⁰ or the obligation to use only a certain type of sport equipment delivered by a specific company to the federation is against national and European antitrust law⁶¹. The sponsorship agreement falls within the scope of Art.101(1) if a call of offers was not issued before the conclusion.

64. When a federation concludes exclusive sponsorship agreements for a period of 4 years and inserts in the contract a clause of tacit reconduction, this agreement falls within the scope of antitrust law. Moreover, the clause constitutes an artificial barrier for the competitors and forecloses the market⁶².

65. The European Commission started its first investigation in a case regarding a sponsorship agreement concluded between the *Danish Tennis Federation and its tennis ball suppliers*⁶³. The Danish Tennis Federation (DTF) had a system, since the eighties, by which it had the ability to conclude sponsorship agreements without any call for tender and by using only its internal selection criteria for the sponsors.

Obviously, there was a presumption that the DTF did not have any objective criteria. What is more, the contracts were concluded for an undetermined period and the players were obliged to use in competitions only the balls with the inscription “official ball” or “official supplier”. The European Commission concluded that these agreements violated Art. 101(1) TFEU provisions. It allowed the DTF to modify its sponsorship agreements and internal rules regarding conclusion of sponsorship contracts.

When the Commission retook the investigation, DTF indeed modified its internal regulations and adopted a new system for sponsorship agreements’ conclusion: DTF will call for tender every two years to choose a sponsor. The selection will be transparent, non-discriminatory and opened to all suppliers.

The selected sponsor will be granted the denomination “sponsor of the DTF” (but not “official”) and will become the only tennis ball supplier for tournaments organised by the DTF during the two-year period. In exchange, it will supply a specified quantity of balls at a preferential price below the Danish market price⁶⁴.

66. An interesting decision was issued by a Dutch Court. In November 2011, the District Court of Utrecht found that an exclusive sponsorship agreement signed by the Dutch Badminton Association (NBB) with a sponsor, Yonex, for a substantial sum of money do not fall within the scope of prohibition of cartels. But if the Federation obliges badminton professionals to terminate their private sponsorship agreements signed with other sponsors in order to sign with Yonex then the NBB abuses of its position.⁶⁵ The Court concluded that a sponsor aims to sign a contract mainly if it has exclusivity, otherwise there is no incentive for sponsorship.

67. A recent survey conducted by the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) indicated that a competition-law effect can only occur in the event of (a system of) special circumstances. This could include, for instance:

- an extremely long duration of the exclusive contract, as a result of which there can be no competition for the exclusive right;
- the scope of the contract (can the bound players or teams be sponsored by a competitor at other events);
- the possibilities of promoting competing products via other channels and/or sponsorship contracts (in addition to the exclusively bound players or teams, are there other events or players than the exclusively bound players available for sponsoring)⁶⁶.

PART II. Article 102 TFEU applied in the sports field – Conditions and practical examples

68. Articles 101 and 102 TFEU are the core of antitrust law. While Art. 101 prohibits a collaborative behaviour which may harm competition and the market, Art. 102 sanctions the unilateral behaviour coming from one big player or from a group of influential undertakings on the market which act in an abusive manner.

69. The conditions which have to be fulfilled in order to apply Art. 102 can be extracted from its text: **(1) existence of one or more undertakings, (2) existence of a dominant position within the market or in a substantial part of it; (3) existence of an abuse** such as: unfair purchase or selling prices; unfair trading conditions; limitation on the production, markets or technical development; application of dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties by placing them at a competitive disadvantage; imposing supplementary obligations to the contracting parties which were not previewed before; **(4) the commerce between Member States shall be affected by this behaviour.**

70. The undertaking has *dominance* on the relevant market *or in substantial part of it*. The concept of “*dominant position*” was defined in *United Brands*⁶⁷ case: “*The dominant position thus referred to by Art. 102 relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers*”.

The ECJ seeks to compare the market share of the actual undertakings on the relevant market. According to ECJ jurisprudence⁶⁸ created in a case of reference for competition law, *AZKO v Commission*⁶⁹, if an undertaking has a market share of 50% or more than 50% then it has a dominant position. Moreover, in *United Brands*, the Court stated that even if the market share is of 40 up to 45% there is also a dominant position for that undertaking. In *Virgin v British Airways*⁷⁰, the Court stated that *a market share lower than 40% indicates a dominant position but because the rivals had very low market shares.*

71. Regarding the concept of “*a substantial part of the market*” the European Court concluded that each case shall be treated according to its specificities. Sometimes the test of substantiality may be negative regarding the Internal Market, but in other cases even the market of only one Member State may be sufficient to prove the dominance.

72. The concept of *abuse* was defined by the ECJ. Also, the European legislator gave some examples of what may be an abusive behaviour on the market. But the list provided in Art. 102 TFEU is not an exhaustive one.

73. There is no sanction for the existence of dominance of an undertaking or a group of undertakings on a specific market. The abuse of this position is punished if the dominant undertaking uses its position in such a manner which harms the competition and finally the consumers. So, those undertakings which have acquired dominant position shall have to respect many obligations⁷¹

74. In the field of sports, dominance is worldwide accepted. Every sports area needs a federation to adopt the so-called "game rules", so they have a regulatory monopoly. But there are rules which do not comply with competition law. This type of provisions is attentively observed by the competition regulators. Such non-compliance cases can be seen in the field of competition organizing rules or commercialisation of sports activities.

1. Dominance in sport law? Practical examples for Article 102 TFEU

*Power can corrupt the human being and absolute power creates absolute corruption*⁷².

75. In sports, some entities might acquire dominant position. On one hand it can be the individual athlete, the sports teams or sports clubs. On the other hand dominance can come from the federations. A special situation appears in case of private companies acting in the sports business: companies producing sport equipment, supplements or even media companies.

A. Entities which may have dominance in sport sector

(i). Athletes, sport teams and sport clubs

76. A dominant position refers to "a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers"⁷³.

77. The idea that individual sportsmen, teams or sports clubs can have a dominant position on the market was firstly analysed by the General Advocate Lenz in *Bosman case*⁷⁴. Each of these three entities is an undertaking when has an economic activity.

On a specific market one or more undertakings can be dominant and their unilateral behaviour can hinder competition. But sports competition itself is a specific issue due to the numerous players on the market whether is about individual sports like judo, tennis, boxing, karate etc. or sports teams. Like clubs and teams, they rely on their competitors in order to exist on the market.

78. Regarding the assumption that sportsmen can acquire a dominant position, we think this might happen in a sport not very practiced. But to consider that an individual sportsman having a dominant position on the market will try making an abuse of it that scarcely is possible. The same assumption is relevant for teams and clubs.

79. As AG Lenz stated in his conclusions for the *Bosman case* there can be considered a situation of dominance like a *collective dominance*⁷⁵ of sports clubs derived from the fact that the *sports clubs from a professional division are united by an economic reason*⁷⁶. Each club has a double interest: firstly, its own prosperity and secondly, prosperity of its competitors.

80. Mr Lenz proposed a situation when this collective dominance may affect the market and the consumers: when clubs regroup to discuss selling of broadcasting rights. For example in case of football, a group of 14 of the biggest European football clubs created a group to negotiate with UEFA the selling of media rights for European competitions. This **"Europe Club"** negotiates television rights for the participation at the European competitions. In such a case, it might be possible to see Art. 102 TFEU applied⁷⁷.

Otherwise, cases when an individual sportsman/team or club can achieve dominance are highly impossible to see, due to the specificity of sports.

81. A situation of collective dominance can be imagined. For example, in the case of an individual sportsman when he refuses to play in a competition or to promote a product or to honour their obligations in a sponsorship contract or if he can decide who will acquire the television rights. But even if it happens, our assumption is that civil liability for non-performance applies better.

(ii). Dominance of sport federations

82. Sports federations have a *de jure* monopoly regarding organisation of sports both at national and European level. The same is the situation at the International level.

83. There is no debate that every sport needs a regulatory body to adopt the so called *"game rules"*. In this matter, European law shall not interfere. But European law cannot allow sports regulators to adopt rules which may have a negative effect on the Internal Market. These bodies act in a double quality: pure sports regulators and economic regulators.

The European Commission had an attempt to make a distinction between *"purely sporting activities"*, which shall fall outside the scope of Art. 101 and 102 TFEU, and the economic activities in this field, which are subject to antitrust law⁷⁸. But in the ruling in *Meca-Media*⁷⁹ (2006) the ECJ dismissed the concept of *"purely sporting exception"*: *"It is apparent that the mere fact that a rule is purely sporting in nature does not have the effect of removing from the scope of the Treaty the person engaging in the activity governed by that rule or the body which has laid it down."*

After this decision, it became crystal clear that regulatory aspects of sports must comply with the requirements of both Art. 101 and 102 TFEU. In par. 42 of the decision the Court applied the rules of *Wouters* method in order to test of proportionality: *"as long as an organisational sporting rule is inherent and proportional to a legitimate objective in the interest of sports, its restrictive effects are not caught by the prohibitions of Article 101(1) TFEU and 102 TFEU"*.

So, after *Meca-Medina* it is accepted that a sports federation is an undertaking which can adopt decisions, rules with or without an economic effect, but which can be subject to antitrust law.

84. A federation can have dominance on a specific market like selling of tickets, selling of television rights, conclusion of sponsorship agreements. The idea of analysing the market was also expressed by the AG in *Bosman case*: *"It must therefore first be*

ascertained whether it is the clubs or their associations which must be considered in the present connection. Since the rules in question are contained in the regulations of the various associations, the obvious approach would in itself be to look at their position on the market. If, for example, the present case concerned the question of the marketing of television rights for the UEFA Champions League, one would plainly have to consider the market position of UEFA, which organizes and markets that competition.”(par.282)

Also in *Meca-Medica*, the ECJ highlighted the monopoly that the federation has regarding the regulatory and why this regulatory falls within the scope of Art. 102. In *Deliège* case, the European judge stated that the Belgian Judo Federation had dominance regarding the organisation of Belgian market on judo competitions.

85. It must be taken into account that dominance equals with the concentration of economic power to only one or few undertakings. Being in dominance, the powerful undertaking has the capacity to change the market as it wishes, to impose its conditions, objectives to its clients, competitors and finally to consumers⁸⁰.

In *Bosman*, the General Advocate concluded that there certainly exists a dominance of the national federations, one of the European federations (UEFA for football) and also a collective one when few clubs regroup themselves in some specific situations. But Mr Lenz let the question *opened if we have to consider UEFA as an association of undertakings or there is the possibility to see it as only one undertaking which acts unilaterally and not as an expression of its members’ will.*

86. If it are taken into consideration the case law until this moment and the Statutes of UEFA (plus of some national federations not only in football, but also in other sports) the conclusion is that these entities have a double character: single and influential undertaking, but also as an association of undertakings. In some areas, such as selling of television rights or tickets they cease to represent the clubs. Now they act as an independent body.

Even if they claim to represent clubs’ interests, these federations have dominance on the market of broadcasting. Clubs are not allowed to interfere in the contracts concluded by the European and/or national federations. These federations are in a position of power and they can influence the market.

87. The European Commission sanctioned, in 1998, the French Organizing Committee of the World Football Cup because of abuse of dominance regarding the ticket selling. It creates some extra advantages for French buyers.

Again in 2006, the European Commission demanded that in the second phase of tickets selling there should be allowed buying also without credit card or via an internet banking purchasing from a bank account from the organising country. The Commission demanded that the buyers shall be allowed to pay with their own national bank accounts via an electronic transfer from their national coin.

The same situation regarding the possibility to purchase online the ticket and pay it by using a national bank account happened in 2004 with the Organizing Committee of the Athens’ Olympiad. The organizers had to comfort with the Commission’s requirement.

88. The General Court, considered that FIFA has a position of collective dominance regarding the rules of player's agents⁸¹ because it is actually the clubs' decision which is adopted by the intermediary, in this case FIFA.

89. In our opinion, this dominance whether exists as singular or collective because sports clubs associated themselves can still be argued. But nevertheless, no matter how we call it there is a proof that national, European and international federations have a dominant position regarding sports regulatory. This conducts to the other consequence that antitrust law is applicable. Moreover since *Meca Medina* even what can appear as *a purely sporting rule* may actually affect the competition falling within the scope of Art. 101 and 102 TFEU.

90. Abuse of dominance exists also when the national federations oblige clubs or individual athletes to buy or use exclusively one type of product because the federation concluded a sponsorship contract with a private company: including an obligatory clause to have only the insurance provided by a specific company in order to have delivered the professional licence, even if the price of this insurance will be reimbursed afterwards⁸² or the obligation to use only a certain type of sport equipment delivered by a specific company to the federation, it is against national and European antitrust law⁸³.

We will go further to analyse how private companies can acquire dominance in the sports industry and how their behaviour can affect sports competitions, clubs, athletes and finally, the consumers.

3. Private companies, dominance and abuse of dominance in sport business

91. Sports used to be a sector of public interest. Little by little it developed as a business and private companies started to become more and more active. These private companies can be equipment or supplements producers, media companies or any other company which deliver a service or a product useful in a manner in the sport sector, as it was seen above event insurance companies can deliver a product useful for an athlete.

92. The most common cases with private companies acting in sport services which were investigated by the European Commission concerned media rights selling, sports goods and state aids when private companies were selected as tenders.

Regarding media rights selling cases, these were investigated under Art. 101 (1) TFEU because in every case were agreements concluded between undertakings not a unilateral behaviour of an undertaking.

93. The European Commission investigated some cases which seemed to be break Art.102. But in two of them, *VEGA Spa/ CIK-FIA*⁸⁴ and *FIFA-Technical specifications of footballs*⁸⁵, the Commission concluded that Art.102 does not apply because in none of them it was dominance either of the sport federation, or of a private company.

On the other hand, in *Danish Tennis Federation case*⁸⁶, on its first investigation the European Commission concluded that allowing the Danish Tennis Federation to nominate the sponsors of tennis ball suppliers on an exclusive and unilateral manner and giving the permission to write on the balls "*official supplier/ official ball*" revealed of a conduct falling in the scope of Art. 102. In this situation it can be observed two undertakings in dominance: the DTF and the official supplier which by an agreement with the DTF acquired dominance on the market of tennis balls. After the first investigation of the European Commission, the DTF changed its policy in order to comply with Art. 102.

94. It is interesting to see that private companies acquire a dominant position in a sports related market because another undertaking, a sports federation. There is a cause-relation effect: a dominant undertaking empowers another one to become dominant as well. Such a situation is dangerous and competition authorities sanction it every time. Private companies shall interfere in sports related markets in order to help athletes, teams and clubs, not only to seek the economic advantages.

Conclusions

96. After December 2009, it was for the first time when the European Union inserted in a Treaty provisions related to sport. Until then, European law applied in some cases when sports had an economic dimension. But since 2009 not only when is seen as an economic activity. In this paper our goal was to offer a short glimpse on this new business sector.

97. Since 1995, after the European Court's ruling in *Bosman*, the sports sector passed through a process of total transformation.

At the European level, competition rules encompass the antitrust and state aid regulations. This first part of our research was concentrated more on the application of Art. 101 and 102 TFEU in the sports sector. Antitrust law applies in the same conditions with a difference when it comes to *sports specificity*. This concept may lead to the conclusion that sports activities are not economic ones. As the ECJ stated four decades ago, if there is a profit making activity/lucrative/economic one in sports, then the European law provisions shall be enforced.

98. The European Commission conducted some investigations under both Art. 101 and 102 TFEU. In sports, there exist undertakings and associations of undertakings which comply with the definition offered by the European case law. These entities may try to distort competition on the internal market. It does not matter if the undertaking is an athlete, a sport club, association or a federation, when they perform economic activities, they have a duty to comply with European Competition Law.

Art. 101 TFEU applies, mainly when sports clubs conclude financing contracts with different private companies, mostly media trusts. A media right selling represents the consequence of the sport commercialization. It is an activity which brings profit to those

involved in the media agreements. This led the European Commission to start investigations when media rights were selectively and exclusively sold only to some broadcasters. Such a selling is covered by Art. 101 (1) TFEU.

Apparently, even if these rights have an economic aspect because they are related to a special field, such as the sports, and with regulatory bodies sustaining its specificity, some difficulties may appear. But nevertheless media rights selling in sports shall be seen as an economic activity which has to comply with EU law.

99. Another manner to finance sports is represented by the conclusion of sponsorship agreements. Such contracts bring to our attention interesting legal issues. One of them touches competition law. Sponsorship contracts can be negotiated and signed with athletes, clubs or even federations. If a club or an athlete signs a contract for a longer period of time there is no point to consider is against competition law provisions. In the cases where the sponsorship contract was signed by a sport federation then a period longer than 2 years can lead to a foreclosure of the market which is against antitrust law and falls within the scope of Article 101(1) TFEU.

These contracts do not harm competition because out there is a big market of athletes. But they may distort the competition when an entity having decisional power can create the milieu for a sponsor to became dominant or if obliges clubs or athletes to sign with that particular sponsor. In these situations, EU antitrust law applies.

100. In Part II of this article we tried to see if Art. 102 TFEU can also be applied in the sports sector. As it was said many times, the Treaties do not sanction the existence of dominance, but the abuse of it. Those who acquired dominance, no matter how, have a special obligation to not use this power in a way that can harm the market.

In the sports field, dominance existed ever since because in most of the cases there is only one federation as a regulatory body. Also in concluding sponsorship contracts for a competition or in selling of media rights if they own those rights, sport federations may be the only ones able to sign those contracts. And this is the mechanism used by sponsors in order to win a contract for a very long period of time.

This is the moment when Art. 102 TFEU comes in place because an undertaking or an association of undertakings had a unilateral behaviour (signed a contract) and foreclosed a specific market related with the sport by using its power as a representative of the clubs. The effect was that another undertaking, which is a private one, acquired a dominant position on a market related to sport.

So, dominance in sport, in our opinion, shall be viewed as a two level construction: a dominance coming from the sports regulatory bodies and one for the private companies acting in the sports business. Both fall under Art. 102 TFEU's provisions as the ECJ case law proved it in *Meca Medina* or *Deliège* cases.

¹ The opinions and views expressed in this article are only personal consideration.

* ghicajanu_daniela@yahoo.com.

² ECJ, Decision from 14th of 1976, Case C-13/76, *Dona / Montero*, Rec. 1976, p.1333

- ³ **ECJ**, Decision from 12th of 1974, Case C-36/74, *BNO Wlarave and Koch vs. Union Cycliste Internationale and others.*, Rec. 1974, p.1405
- ⁴ **CJCE**, Decision from 15th of December 1995, Case C-415/93 *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL and others/ Jean-Marc Bosman and others*, [1995], ECR, p. I-4921
- ⁵ Only in 2004 the sport's revenues were around €407 billion representing 3.7% of EU GDP. For more statistics please see the website http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/overview_en.html - last consulted in 17th of July 2016 last seen on 10th of August 2016
- ⁶ **CA Paris**, Decision from 23rd of December 1991, *La Cinq S.A*, BOCC 1992, no. 3, p.42 - In this Decision the Appellate Court of Paris ruled that the cessation of broadcasting rights for sport events is a services activity. Thus, competition law applies.
- ⁷ **EU Council Declaration- Annexe to Nice Treaty**: "It is fundamental to take into account in each action of the European Community the social, educational and cultural functions of sport which express its specificity with the aim to respect and promote ethics and the necessary solidarities to preserve its social role."
- ⁸ F. Berthault, *Le droit de la concurrence appliqué au secteur sportif*, Legicom no. 3, 2000, pp. 47-60; J.F Pons, *Le sport et la politique européenne de la concurrence : règles du jeu et exemples récents*, in *L'Europe et le sport*, published by l'Institut de Relations Internationales et Stratégiques ; B. Geneste, *Les fédérations sportives face au droit de la concurrence*, RAE, 1999, p. 147 ; L. Idot, *Sport et concurrence*, Rev. Conc. Conso., 1999, p.6 ; K. Van Miert, *Sport et concurrence: développements récents et action de la Commission*, RMUE, 1997, no. 4 ; G. Campogrande, *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles après l'arrêt Bosman*, RMUE, 1996, no. 1 ; D. Primault, *Concurrence sportive et concurrence économique sont-elles compatibles ?*, Rev. Conc. Conso., 1999, p.11 ; G. Auneau et P. Jacq, *L'application du droit de la concurrence aux pratiques sportives*, Rev. jurisp. Co., 1995, p. 371 et 1996, p. 24 ; G. Auneau, *Les conséquences de l'application du droit de la concurrence au secteur du sport*, Rev. jurisp. Co., 1998, p. 157 ; Dict. Permanent Droit du sport, Droit de la concurrence et sport, 2000
- ⁹ **CJCE**, Decision from 18th of July 2006, Case C-519/04, *David Meca Medina and Igor Majcen v. Commission*, [2006] ECR p-I 6991
- ¹⁰ This was UEFA's argument in *Bosman* case saying that transfer rules are part of the sport's exception and cannot be submitted to EU law.
- ¹¹ L. Idot, *Sport et concurrence*, previous article.; J F. Gunther, *La gestion des droits de radiodiffusion*, Rev. conc. Consomm., 1999, no. 111, p. 20
- ¹² Full text of Article 101 TFEU: "1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to the acceptance by other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts. 2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void. 3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:
– any agreement or category of agreements between undertakings;
– any decision or category of decisions by associations of undertakings;
– any concerted practice or category of concerted practices;

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

- ¹³ CJCE, Decision from 23th of April 1991, Case C-41/90, *Hofner and Elser v Macrotron GmbH*, [1991] ECR I- 1979, CJCE, Decision from 17th of February 1993, Case C-159/91 et C-160/91, *Christian Poucet c/ Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, [1993] ECR, p. I-637
- ¹⁴ CJCE, Decision from 23th of April 1991, Case C-41/90, *Hofner and Elser v Macrotron GmbH*, [1991] ECR I- 1979,
- ¹⁵ CJCE, Decision from 19th of February 2002, Case C- 309/99, *Wouters and others* [2002] ECR I- 1577
- ¹⁶ In case of an amateur is little chance that he performs an economic activity for the club. Maybe the club or the association has such an activity. But in the case of professional sportsmen the CJEU stated very clear that when they receive a salary, as part of team, or remuneration for their services (image, publicity contracts, and sponsorships) then they perform an economic activity- *Dona* ruling. In *Bosman*, according to the Advocate General’s opinion even the athletes’ part of a team can be considered as undertakings.
- ¹⁷ CFI, Decision from 9th of November 1994, Case T-46/92, , *Scottish Football Association /Commission*, [1994] ECR, p. II-01039: *“activities like concluding publicity contracts, use of World Cup emblems and broadcasting or TV retransmission of sport events are economic activities within the meaning of the European law and this court case law”*
- ¹⁸ EC, Decision 92/521 from 27th of October 1990, Case COMP/33.384 and 33.378, *FIFA World Cup 1990 (Italy)*
- ¹⁹ EC, Decision from 20th of July 1999, Case COMP/ 36.888, *PO/World Cup 1998 (France)*
- ²⁰ L. Idot, *op. cit.* p.7; G. Auneau, *La notion d’entreprise sportive en droit français et en droit communautaire*, Rev. jurisp. Co., 1994, p. 141; M. Thill, *La reconnaissance de la spécificité du sport en droit communautaire*, Europe, June 2000, p. 4.
- ²¹ CJCE, Decision from 11th of April 2000, Joint Cases C 51/96 et C 191/97, *Deliège v Ligue de Judo*, [2000] ECR I-254911. In this ruling the opinion of the General Attorney deserves to be taken into account because it pointed out that *“practicing an amateur sport but at an elevated level can be considered also as an economic activity”*; N. Parisis et M. F. Salas, *Le sportif individuel au regard de l’arrêt Bosman : les ordonnances Deliège*, RMUE, 1996, no 1.
- ²² Commission Notice par. 7 and 8: *“A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by the reason of the products’ characteristics, their prices and their intended use. The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products and services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas”*.
- ²³ F. Rizzo, *Le droit de la concurrence au service de la spécificité sportive*, Chronique de droit de la concurrence, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/aj20011219rizzof1.pdf> last consulted on 17th of July.
- ²⁴ A. Pappalardo and N. Parisis, *Le droit de la concurrence et le sport professionnel par équipe : quelques appréciations critiques sur la notion de marché en cause, en marge de l’affaire Bosman*, RMUE, 1996, no. 1

- ²⁵ This is the materialisation of a concerted practice. But we shall pay attention to the fact that not every contract is prohibited just those with an anti-competitive effect on the market. In sport, contracts are concluded regarding the commercialisation of sport activities (selling of tickets or selling the media rights) and the financing of sport activities via a sponsorship contract. This is principle application of Article 101(1) TFUE.
- ²⁶ EC, Decision from 14th of August 1990, Case no. 33-249 *La Cinq SA c/ UER*, Court of First Instance, Decision from 24th of January 1992, Case T-44/90, *La Cinq SA / Commission of the European Community*, RJCE, II, p.1
- ²⁷ M. Sabatier, *Droit de la concurrence et compétition sportive*, <https://cdcmontpellier.files.wordpress.com/2015/01/m-sabatier-droit-de-la-concurrence-et-compc3a9tition-sportive-1.pdf> last consulted on 18th of July 2016
- ²⁸ Court of First Instance, Decision from 24th of January 1992, Case T-44/90 *La Cinq SA c/ Commission des Communautés Européennes*, RJCE, II, p.1
- ²⁹ CJUE, Decision from 6th of October 2009, Case C-501/06, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission*, [2009] ECR I - 9291, point 58
- ³⁰ CJCE, Decision from 4th of June 2009, Case C- 8/08, *T-Mobile Netherlands* [2009] ECR I - 4529
- ³¹ CJCE, Decision from 19th of February 2002, Case C - 309/99, *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*, [2002] ECR I - 1577
- ³² CJCE, Decision from 18th of July 2006, Case C-519/04P, *David Meca Medina and Igor Majcen v. Commission*.
- ³³ K. Lefever, *New Media and Sport. International Legal Aspects*, Asser International Sports Law Series, TMC Asser Press, Springer, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 7
- ³⁴ A sport federation or national league which have special competence to sign these conventions
- ³⁵ S. Weatherill, *European Sports Law. Collected Papers*, 2nd Edition, Asser International Law Series, TMC Asser Press, Springer, The Hague, The Netherlands, 2014, p. 335
- ³⁶ EC, Decision from 20th of July 1999, Case COMP/ 36.888, *PO/ World Cup 1998- discriminatory ticketing practices*, published in OJ 2000 L 5/55; EC, Several decisions, Case COMP/ 38.173, *The Football Association Premier League Limited, - joint selling of media rights*; EC, Decision from 19th of January 2005, Case COMP/ 37.214 *The German Bundesliga joint selling of media rights*; EC, Decision from 20th of July 2001, Case COMP/ 37.398 *UEFA Champions League- joint selling of media rights*; EC, Case COMP/ 37.576 *UEFA broadcasting regulations*; EC, Case IV/ 32.150 EBU/ *Eurovision- joint acquisition and exchange of sport media rights*.
- ³⁷ CJCE, Case C-41/90, *Höfner and Elser v Macrotron GmbH*,
- ³⁸ EC, Case COMP/37.398, Decision UEFA Champions League, par. 109
- ³⁹ CFI, Case T-7/89, *SA Hercules Chemicals NV v. Commission*, [1991] ECR II-1711
- ⁴⁰ EC, Decision UEFA Champions League, *cited above*
- ⁴¹ EC, Decision The Football Association Premier Ltd, *cited above*
- ⁴² *Ibidem* par, 31
- ⁴³ K. Lefever, *cited above*, p. 111.
- ⁴⁴ *Ibidem*, p. 107
- ⁴⁵ EC, Case IV/M.993, Decision Bertelsmann/Kirck/Premier, published in OJ C 1439, par. 18.
- ⁴⁶ *Ibidem*
- ⁴⁷ EC, Case COMP/37.214, Decision German Bundesliga,
- ⁴⁸ EC, Bertelsmann case, *cited above*

- ⁴⁹ EC, Decision UEFA Champions League, *cited above*, par. 59, 62–63; EC, Decision from 2nd of April 2003, Case COMP/M. 2876, *Newscorp/Telepiù*, published in OJ L 110/73
- ⁵⁰ CFI, Case T-403/93 *Eurovision*, OJ 1993 L 179/23 granting exemption under (what is now) Art. 101(1) TFEU was annulled in Joined Cases T-528/93, T-542/93, T-543/93 and T-546/93 *Métropole Télévision and Others v. Commission*, [1996] ECR II-649; and the subsequent exemption granted by the Commission in Decision 400/2000 *Eurovision*, OJ 2000 L 151/18 was annulled in Cases T-185/00 et al. *M6 and others v. Commission*, [2002] ECR II-3805
- ⁵¹ ECJ, Decision from 8th of June 1982, Case C-258/78, *Nungesser v Commission*, [1982], ECR 2015
- ⁵² DG COMP-, *Broadcasting of Sports Events and Competition Law*, Wachtmeister 1998
- ⁵³ EC, *Champions League, case cited above*
- ⁵⁴ EC, Decision from 30th of October 2001, Case COMP/ 35.163 *FIA (Formula One)*, OJ 2001 C 169/5
- ⁵⁵ EC, *Champions League Case, cited above*
- ⁵⁶ I.S.Blackshaw, *Sports Marketing Agreements: Legal, Fiscal and Practical Aspects*, TCM Asser Press, Springer, The Hague, 2012, p. 125
- ⁵⁷ In 2002, the football team Manchester United signed with Nike a contract for 13 years for over 302.9 million pounds; in 2013, Real Madrid concluded an agreement with Bwin for three years for 54.9 million pounds; in 2012, AC Milan and Fly Emirates signed a contract for a five year sponsorship for at least 52 million pounds
- ⁵⁸ French Competition Council, Decision from 7th of October 1997, *Adidas case*, BOCC 1987, no. 24
- ⁵⁹ F. Berthault, *cited above.*, p. 30-31
- ⁶⁰ French State Council, Decision from 29th of September 2003, *Figeac Athlétisme Club*, Lebon 384
- ⁶¹ French State Council, Decision from 19th of November 1997, *Société Nike France and others*, Lebon T. 1094; French State Council, Decision from 3rd of April 2006, *Société Nike European Operations Netherlands BV and others*, AJDA 2006. 1463
- ⁶² French Competition Council, Decision from 13th of Mai 1998, Case 98-D-31, *Fencing Sector*; *Revue Contrats Concurrence Consommation*, 1198, no. 147
- ⁶³ EC, Decision from April 1998, Case COMP/ 33.055 and 35.759, *Danish Tennis Federation*
- ⁶⁴ Press release for the Danish Tennis Federation case, please see the website http://europa.eu/rapid/press-release_IP-98-355_en.htm?locale=en last seen on 21st of July 2016
- ⁶⁵ District Court of Utrecht, Decision from 30th of November 2001, please see the website <http://legalknowledgeportal.com/2012/01/02/exclusive-sponsorship-contract-not-in-violation-of-competition-law/>, last visited on 21st of August 2016
- ⁶⁶ *Ibidem*
- ⁶⁷ CJCE, Case - 27/76, *United Brands v Commission*, [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429; par.65
- ⁶⁸ CFI, Case T - 51/89 *Tetra Pak Rausing SA v Commission* [1990] ECR II- 539, [1991] 4 CMLR 334; CJCE, Decision from 6th of April 1995, Case C- 310/93 P *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission* [1995] ECR I- 865;
- ⁶⁹ CJCE, Case C - 62/86, *AZKO v Commission* [1991] ECR I- 3359
- ⁷⁰ CFI, Case T - 219/99 *British Airways plc v Commission* [2003] ECR II- 5917, par. 189–225, upheld on appeal to the Court of Justice, Case C- 95/04 P *British Airways plc v Commission* [2007] ECR I- 2331
- ⁷¹ CJCE, Decision from 9th of November 1983, Case 322/81, *Michelin/ Commission*, [1983] ECR 3461
- ⁷² Ch. De Secondat, baron de Montesquieu, *About the Law Spirit*, published by G. Bell&Sons, Ltd., London, 1914
- ⁷³ ECJ, Case - 27/76 *United Brands v Commission*, [1978] ECR 207, [1978]

⁷⁴ Conclusions of AG Lenz for Case C-415/93 published in JO I-4930-5039

⁷⁵ CFI, Case T-68/89 *SIV v Commission*, [1992] ECR, p. II-1403

⁷⁶ Opinion of Advocate General Mr Lenz, *cited above*.

⁷⁷ M. Sabatier, *op. cit.*, p. 51-52

⁷⁸ B. Van Rompuy, *cited above.*, p. 2; Commission Preliminary guidelines on the application of the competition rules to sport (internal memo to the Commission), SEC (1999) 249; Commission Report from the Commission to the European Council with a view to safeguarding current sports structures and maintaining the social function of sport within the Community framework – The Helsinki Report on Sport, COM (1999) 644 final; Commission, ‘Commission debates application of its competition rules to sports’, 24 February 1999, Press Release IP/99/133; Commission, ‘Limits to the application of Treaty competition rules to sport: Commission gives clear signal’, 9 December 1999, Press release IP/99/965.

⁷⁹ **CJCE**, Case C-519/04 *David Meca-Medina and Igor Majcen v. Commission*, par. 27

⁸⁰ M. Sabatier, *cited above*, p. 50

⁸¹ **CFI**, Case T-193/02 *Piau v Commission*, [2005], ECR 2006 I-00037

⁸² **French State Council**, Decision from 29th of September 2003, *Figeac Athlétisme Club*, Lebon 384

⁸³ **French State Council**, Decision from 19th of November 1997, *Société Nike France et autres*, Lebon T. 1094; French State Council, Decision from 3rd of April 2006, *Société Nike European Operations Nederlands BV et autre*, AJDA 2006, no. 1463

⁸⁴ **EC**, Decision from 19th of March 2004, Case COMP/38.316 *VEGA Spa/ CIK-FIA*, , OJ 13th to 21st of February 1962, p. 204

⁸⁵ **EC**, Decision from 1st of March 2000, Case COMP/35.266 *FIFA*,
http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_35266

⁸⁶ **EC**, Danish Federation, *cited above*

ARTICOLE

CONTRIBUȚII LA STUDIUL EVOLUȚIEI LEGISLAȚIEI DE PROTECȚIE A FAUNEI SĂLBATICE ACVATICE ÎN ROMÂNIA ÎN A DOUA JUMĂTATE A SECOLULUI AL XIX-LEA PÂNĂ LA APARIȚIA LEGII ASUPRA PESCUITULUI DE LA 1896

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).1.6

Published Online: 2017-03-15

Published Print: 2017-03-30

Mihai-Bogdan IONESCU-LUPEANU*

Abstract: *Contribution to the Study of the Evolution of Aquatic Wildlife Protection Legislation in Romania in the Second Part of the 19th Century Until the Fishing Act of 1896.* The main goal of this article is to reveal an unexplored period in the history of Romanian Environmental Law. By comparison with legislation for the protection of terrestrial wildlife, the legislation for aquatic wildlife protection was not a subject of study. Most of the Romanian authors in the field of Environmental Law just remember the existence of two articles in the Romanian Criminal Code of 1865 and the first Fishing Act of 1896, but nothing between these two specific moments. That is why the author considers necessary writing about this unmapped period. His intention is to inform the public about the existence of the aquatic wildlife protection provisions in the Romanian Civil Code of 1864, in the general terms for the leasing of the Public Estates, The general terms for the leasing of the left side of the Danube channel together with its aits (1888), The general terms for the leasing of the fishing rights in Dobruja (1889) and The police of hunting Act of 1891.

Keywords: *aquatic wildlife protection; The general terms for the leasing of the left side of the Danube channel together with its islands (1888); The general terms for the leasing of the fishing rights in Dobruja (1889); The police of hunting Act of 1891; legal history;*

Cuvinte cheie: *protecția faunei sălbatice acvatice; Condițiunile generale pentru arendarea șanalului Dunărei de pe partea stângă împreună cu ostróvele aflate pe dânsul (1888); Condițiuni generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea (1889); Legea asupra Poliției Vânatului de la 1891; istoria dreptului;*

Introducere. Doctrina în materia dreptului mediului nu acordă atenție perioadei de pionierat a protecției faunei sălbatice acvatice. Majoritatea doctinarilor consultați¹ în materia dreptului mediului menționează sancționarea, prin Codul penal de la 1865, a otrăvirii peștilor din bălți, heleștee ori havuzuri și/sau apariția Legii asupra pescuitului în 1896, între aceste

două jaloane găsim-ne în fața unui teritoriu necartografiat. În mod excepțional², găsim unele trimiteri lapidare la istoricul recent al reglementărilor activității de pescuit.

O lectură atentă a Codului Civil de la 1864 și a Codului Penal de la 1865 relevă atenția legiuitorului nu atât spre fauna sălbatică acvatică și protecția ei, cât spre piscicultură. În acest sens, art.468 C.civ.³ stabilește calitatea de bun imobil prin destinație al exemplarelor faunei salmonicole aflate în amenajările piscicole, protecția penală a acestor bunuri fiind asigurată prin normele imperative ale Codului penal de la 1865 care sancționa, prin art.309⁴ și 368⁵ C.pen. cumulativ, cu pedepsele închisorii și amenzi, furtul, respectiv distrugerea prin otrăvire a exemplarelor din speciile de faună acvatică aflate în proprietate privată.

Necesitatea reglementării exploatării faunei sălbatiche terestre și acvatice se face simțită. Ca dovadă, art. 648 C.civ al Codului civil de la 1864 prevedea că «*facultatea de a vâna sau a pescui este regulată prin legi speciale*». Aceste legi speciale s-au lăsat îndelung așteptate. Dacă în ceea ce privește facultatea de a vâna, comentariile lui Dimitrie Alexandresco, probabil cel mai de seamă civilist de la sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul secolului al XX-lea, aprofundează chestiunea, ce-i drept din perspectiva acestei ramuri de drept, nu același lucru se poate spune și despre pescuit; ca dovadă, lucrarea sa de căpătâi, îi acordă trei aliniate, dintre care unul istoric⁶.

La două decenii de la intrarea în vigoare a celor două coduri, organele de stat simt nevoia întocmirii și administrării unui chestionar agricol care cuprinde un capitol distinct, format din trei întrebări, privitor la vânătoare și pescuit. Răspunsurile denotă stringența reglementării domeniului sau măcar a aplicării normelor juridice existente⁷.

Până la edictarea unei legislații în materia protecției faunei sălbatiche acvatice ce făcea obiectul activității de pescuit, această lipsă a fost suplinită după cum vom arăta în cele ce urmează prin normele administrative emise de Ministerul Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor.

Condițiunile generale pentru arendarea șanalului Dunărei de pe partea stângă împreună cu ostróvele aflate pe dânsul (1888)⁸ consacră dreptul arendașului de a pescui în apele Dunării pe parcursul întregii distanțe arendate, precum și în bălțile de pe ostrovurile aflate pe acest teritoriu. În patrimoniul cetățenilor din localitățile riverane se naște dreptul de a pescui „cu undița sau cu cartage pentru trebuințele lor casnice, fie din Dunăre fie din bălți”⁹, corelativ fiind prohibit pescuitul de către aceștia, în scop comercial, cu năvoade, cârlige sau alte unelte.

Arendașului și prepușilor săi le era interzis pescuitul prin ridicarea de «garduri sau gardurile în Dunăre, cari să aducă împiedecare navigațiunei» (de unde deducem că interdicția era una relativă, circumstanțiată de împiedecarea navigației; opinie întărită de formularea aliniatului în integritatea sa¹⁰), precum și folosirea substanțelor otrăvitoare.

Condițiuni generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea (1889)¹¹ reglementează arendarea dreptului de pescuit pe Dunăre, în partea dobrogeană a acesteia, inclusiv în ghiolurile, lacurile, gârlele și jepcele lor, precum și în apele Mării Negre, pe o perioadă de cinci ani, cu începere de la data de 1 martie 1890 și până la 1 martie 1895.

Prevederile *Condițiunilor...* vin într-un context istoric și legislativ mai larg; potrivit art.16 lit.d) din Legea pentru regularea proprietății imobiliare în Dobrogea din 3 aprilie 1882 (modificată la 10 martie 1884, 17 februarie 1885, 11 iunie 1889 și 25 mai 1893), toate lacurile, bălțile, canalele și pescăriile aflate pe teritoriul dobrogean constituiau proprietate a Statului Român.

Situația efectivelor speciilor din fauna sălbatică acvatică existente în regiune nu ne este cunoscută însă, prin raportare la prevederile dreptului otoman potrivit cărora pescuitul în apele din Dobrogea era permis tuturor persoanelor, „fără nici o deosebire, el fiind considerat ca o manifestare a dreptului de uzagiū comun, recunoscut în principiu de toate doctrinele și de toți jurisconșulții”¹², putem presupune în mod rezonabil că nu era una strălucită.

În anul apariției *Condițiunilor...*, situația faunei sălbatică acvatice la nivel național era deplânsă. Se reclama necesitatea votării unei legi a pescuitului, iar până la acel moment reglementarea acestuia prin măsuri administrative era văzută ca o posibilitatea eficientă de stopare a depopulării apelor¹³.

Cauzele depopulării rezidau în lipsa oricărei măsuri de protecție luate de proprietarii de către bălți și eleștee, regimul liber al bazinelor naturale, otrăvirea peștilor și folosirea dinamitei, răstocirea apelor, inexistența unor perioade de prohibiție, poluarea în special în jurul aglomerărilor urbane unde deșeurile industriale și menajere erau deversate în bazinele naturale, proliferarea anumitor specii de faună sălbatică acvatică (răpitori) dar și a avifaunei care se hrănea cu pește. Potrivit aceluiași autor, o problemă majoră o ridicau prevederile contractelor de arendare a moșiilor Statului, „prin carī obligă pe arendași a lăsa bălțile curățite de erburī, papură, și nomol, în scop de a facilita umblarea nevódelor prin apă. Aplicația acesteī are de rezultat: I. Facilitatea vânătoarei tutulor peștilor ce se află în apă; II. Suprimarea hrânirei peștilor și III. desființarea locurilor unde să se depună icrele spre a se fecunda.”¹⁴

Prin raportare la situația faunei salmonicole din apele de munte, exemplificată punctual prin trimitere la situația râului Teleajăn din județul Prahova precum și la contractele de arendare a moșiilor pe întinderea cărora se găseau bălți deducem că situația prezentată era limitată la teritoriul inițial al Principatelor Unite (Muntenia și Moldova) întrucât la momentul dat, pe tot cuprinsul țării, cu excepția teritoriului dobrogean, „celelalte pescării mari – între cari Brateșul, Domeniul Brăilei, Ezerul Călărași, Greaca, Nedeia, Potelu etc. - erau considerate ca anexe ale moșiilor și se arendau împreună cu ele tot pe câte 5 ani.”¹⁵

Totuși, arendarea moșiilor Statului, cel puțin la nivel formal, aducea, o dată cu drepturile subiective și obligații corelative, unele dintre ele având ca obiect protejarea faunei sălbatică acvatice.

Primele reglementări, în materie, identificate de noi se găsesc în *Condițiunile pentru arendarea moșiilor Statului pe periodul 1871 – 1876*, emise în anul 1870. În mare, arendașului i se interzicea topirea teiului sau a cânepei în heleșteele sau bălțile cu pește, pescuitul în timpul inundațiilor, împiedicarea circulației peștilor între bălțile care comunicau. Iminența edictării unei legislații în materia pescuitului îi determină pe funcționarii Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor, să impună arendașului prin *Condițiuni...* conformarea de îndată la „nouiile măsuri ce se vor lua pentru pescuit”¹⁶.

Deși legea pescuitului întârzia să apară, periodic (în 1875, 1879, 1883, 1885, 1887 și 1891¹⁷) au fost emise noi *Condițiuni pentru arendarea moșiilor Statului*. Acestea au preluat și îmbunătățit textul inițial atât din punct de vedere al conținutului cât și al structurii.

Astfel, în 1875, prohibiția privitoare la topirea teiului și a cânepii în bălți și eleștee se extinde asupra inului și a altor „*asemenea plante vătămătoare*”. Începând cu același an, „*arendașul nu poate ridica nici o pretenție de dezpăgubire pentru măsurile ce s-ar lua în privința pescuitului (...), prin legi speciale*”. În 1879, se arată că astfel de legi speciale ar fi de interes public. În 1883, în sarcina arendașului sau a prepușilor săi se naște interdicția de a pescui „*prin mijloace otrăvitoare și distrugătoare pescelui*”¹⁸.

*Condițiunile speciale ale contractului de arendare al domeniului Giurgiu, pe periodul 1873 – 1878*¹⁹ impun drepturi și obligații speciale, derogatorii de la dreptul comun în materie, limitate la o anumită arie geografică. Apariția lor prefigurează *Condițiunile generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea*.

Condițiunile generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea reglementează, pentru prima oară în istoria dreptului românesc, într-o manieră complexă, conservarea, administrarea și exploatarea resurselor acvatice vii. Prin cuprinsul lor exced tuturor prevederilor de până atunci.

Activitatea de pescuit în apele arendate putea fi exercitată de orice pescar dintr-o localitate, sub condiția prezentării sale la arendaș, în vederea stabilirii locului de desfășurare a activității, a instrumentelor de pescuit, a modalității de plată a taxei (în bani sau în natură), a cherhanalei de prezentare a capturii și a asumării respectării tuturor prevederilor *Condițiunilor generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea*²⁰. Prin grija arendașului exemplare ale *Condițiunilor...* urmau să fie aduse la cunoștința publicului prin distribuirea și afișarea publică, „lipite pe păreți”, în fiecare comună și în toate localitățile în care se găseau cherhanale²¹.

Este reglementată instituția permisului de pescuit. Sarcina emiterii incumba arendașului. În termeni contemporani, reglementarea privește permisul de pescuit comercial. Eliberarea permiselor de pescuit se efectua atât personal de către arendaș, la domiciliul său, cât și prin reprezentanți, la toate punctele de lucru (cherhanale)²².

Indubitabil, legiuitorul urmărea nu atât conservarea resurselor acvatice vii, cât interese de natură financiar-fiscală și socială, motiv pentru care refuzul emiterii permisului de pescuit deschidea solicitantului posibilitatea declanșării unei proceduri administrative în fața autorității comunale competente teritorial. Autoritățile comunale constatau refuzul printr-un proces-verbal și procedau la autorizarea pescuitului în apele declarate de solicitant, cu stabilirea cherhanalei unde acesta urma să prezinte capturile spre taxare²³. Un exemplar al procesului-verbal ținea loc de permis de pescuit²⁴.

Activitățile de pescuit comercial în apele Dobrogei de către pescarii de naționalitate străină se exercitau în baza permisului de pescuit eliberat de către antreprenor²⁵, cu respectarea tuturor regulilor²⁶ și fără posibilitatea stabilirii în sarcina acestora a unor obligații patrimoniale mai reduse decât ale autohtonilor²⁷. Celor veniți „a pescui provisoriu pe comptul lor, iar nu ca angajați la alți pescari indigeni, autoritatea comunală nu le pôte

permite pescuirea fără autorizarea antreprenorului”²⁸, de unde deducem că prepușilor pescarilor autohtoni, autoritatea comunală avea competența de a le dresa procesul-verbal ce ținea loc de permis de pescuit.

Pe cale de excepție²⁹, era reglementat pescuitul de subzistență. Locuitorii unităților administrativ-teritoriale riverane li se permitea „pescuitul pentru trebuințele lor casnice”, în limita unei capturi de 5 kilograme zilnic, cu utilizarea ca mijloace numai a undiței și cârlionțului³⁰, iar în mare și a unor mici cârlige, precum și apropierea altor vietăți acvatice comestibile³¹.

În cazul în care antreprenorul solicita sprijinul statului pentru prevenirea și combaterea fenomenului contrabandei cu produse pescărești în zona de frontieră, autoritățile militare puteau dispune înființarea de pichete de grăniceri, construirea lor fiind în sarcina sa³².

După standardele contemporane, putem spune că în cuprinsul *Condițiilor generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea*, identificăm mare parte dintre măsurile care realizează și astăzi politica națională privind pescuitul în apele maritime și continentale, și anume: „măsuri de conservare a resurselor acvatice vii, prin reglementarea echipamentelor de pescuit sau a oricăror alte măsuri care să fie determinate de starea resurselor; măsuri de protejare și regenerare a resurselor acvatice vii prin stabilirea (...) perioadelor de prohibiție, a zonelor protejate și a zonelor de cruțare, precum și a măsurilor preventive; măsuri de administrare a pescuitului, astfel încât să se obțină o mai bună raționalizare a efortului de pescuit; stabilirea sistemelor de control și de inspecție a activităților de pescuit”³³, la care se adaugă „măsurile pentru menținerea calității apelor de suprafață în scopul susținerii vieții piscicole.”³⁴

Măsuri de protejare și regenerare a resurselor acvatice vii.

Perioada de prohibiție. S-a introdus o perioadă de prohibiție în apele dulci cuprinsă între 1 iulie și 15 august³⁵, ulterior perioada a fost redusă la intervalul 1 iulie - 1 august³⁶ și, pe cale de excepție, s-a permis ridicarea peștelui căzut la gard inclusiv în perioada de prohibiție.

Desfășurarea activității de pescuit în timpul perioadei de prohibiție constituia contravenție³⁷. Contravenienților urmau să li se confiște uneltele de pescuit, cu dresare de proces-verbal. Valorificarea uneltelelor de pescuit, în folosul Statului, se efectua cu autorizarea prealabilă a ministerului.

Desfășurarea activității de pescuit în perioada de prohibiție de către prepuși, în numele și pe seama antreprenorului, atrăgea sancționarea acestuia cu amenda de la 100 la 1000 de lei, cu aprobarea prealabilă a ministerului, organul constatator procedând și la confiscarea capturii.

Dimensiunile minime ale capturilor. Pentru a putea face în mod legal produs al activității de pescuit se stabilea, pe de-o parte, că peștele trebuia să fie atins vârsta de reproducere, iar pe de alta că, măsurat de la vârful capului la vârful cozii, dimensiunile minime trebuiau să fie de 100 cm. pentru morun și nisetru, 50 cm. - păstruga și somnul, 28 cm. - cega, crapul și știuca, 20 cm. -

linul, șalălul, plătica, babușca³⁸. Opinăm că pentru speciile de apă dulce neincluse în enumerarea limitativă, singura condiție era cea a atingerii vârstei de reproducere.

Pescuitul speciilor marine precum chefali, scrumbii, barbuni, guvizi, calcani, nu cunoștea nici o restricție³⁹.

Comercializarea peștelui sub dimensiunile legale constituia contravenție sancționată cu amenda între 50 și 200 de lei și confiscarea acestuia⁴⁰.

Zonele interzise. Erau enumerate limitativ locurile unde desfășurarea activității de pescuit era prohibit⁴¹.

Unelte și mijloace interzise. Se interzicea pescuitul prin utilizarea explozibililor și a substanțelor otrăvitoare, precum și a instrumentelor tăietor-înțepătoare precum: armele de foc, sulțițele, sondolele, țepoaiile de fier sau lemn⁴².

Pescuitul cu vintile și setci era oprit în toate apele dulci sau marine, în perioada 1 martie – 1 mai.

Era prohibit pescuitul la daraban⁴³.

Între carmecele cu cârlige utilizate pentru pescuirea morunilor se păstra o distanță de cel puțin 200 de metri, iar așezarea lor în Dunăre se făcea astfel încât să nu cuprindă Dunărea de la un mal la altul, lăsându-se totdeauna talvegul liber.⁴⁴

Măsurile pentru menținerea calității apelor de suprafață în scopul susținerii vieții piscicole. Se interzicea topirea inului și a cânepei în apele arendate⁴⁵.

Pentru diminuarea presiunii factorului antropic, antreprenorului îi era interzis să permită pescuitul, în bălți, cu năvoade, de către pescarii din țările limitrofe, cu excepția cazurilor în care fie pescarii autohtoni ar fi declinat efectuarea acestei operațiuni, fie situația de fapt permitea aceasta.⁴⁶

Inițial, sistemul de arendare a dreptului de pescuit s-a dovedit unul eficient, nu numai în teorie dar și în practică, pentru conservarea, administrarea și exploatarea resurselor acvatice vii⁴⁷, ulterior însă, ca urmare a supraexploatării, s-a ajuns la scăderea cantitativă și calitativă a efectivelor speciilor acvatice⁴⁸. Sistemul arendării dreptului de pescuit a resurselor acvatice vii a fost aspru criticat și considerat cauza principală a împușinării faunei sălbatice acvatice⁴⁹, cu atât mai mult cu cât „în ultimul an de arendare, cruțarea pentru ei nu mai prezintă nici un interes și dacă ar putea să pescuiască tot peștele, lăsând în baltă numai nisipul, de sigur că nu arendașii ar avea vre-o pagubă din aceasta”⁵⁰; potrivit aceluiași autor, „(...) bălțile la 1895 erau într-o așa stare încât au trebuit vre-o câțiva ani de cruțare serioasă și de exploatare rațională pentru a le readuce la puterea lor de producțiune normală”⁵¹.

Legea asupra Poliției Vânătorului de la 1891, publicată în Monitorul Oficial № 170 din 2 noiembrie 1891 sancționa, prin coroborarea prevederilor art.6 alin.2⁵²cu cele ale art.14⁵³, cu amenda penală de la 10 la 100 de lei, pescuitul prin folosirea dinamitei⁵⁴, prin utilizarea substanțelor otrăvitoare⁵⁵sau prin secarea apelor⁵⁶. Potrivit art.15, cuantumul amenzii se dubla în cazurile comiterii faptei de către un recidivist⁵⁷, de amenințări sau violențe împotriva agenților constatați indiferent că aceștia erau publici sau privați. Însă

era lăsată la aprecierea instanței posibilitate de înlocuire a sancțiunii amenzii penale în cuantum dublu cu pedeapsa închisorii, independent de angrenarea răspunderii penale sau civile potrivit prevederilor Codului Penal de la 1865.

Prin hotărârea de condamnare, instanța de judecată, în virtutea prevederilor art.17 alin.1, avea obligația de a dispune confiscarea și distrugerea instrumentelor și mijloacelor nepermise.

Includerea unor măsuri de protecție a faunei sălbatice acvatice într-o lege destinată vânatului nu este lucru de mirare întrucât pe de-o parte, pescuitul era perceput ca o formă de vânătoare, ca dovadă actele normative anterioare uzitând, nu o dată, sintagma de „a vâna pește”⁵⁸, pe de alta necesitatea unor măsuri de protecție era stringentă.

În 1896 a fost promulgată prin Înaltul Decret Regal nr.3904 din 7 octombrie 1896 și publicată în Monitorul Oficial nr.153 din 10 octombrie 1896 Legea asupra Pescuitului. Actul normativ cuprindea 48 de articole structurate în 9 capitole. Regulamentul Legii asupra pescuitului, promulgat prin Înaltul Decret Regal nr.2668 din 14 iulie 1897, a fost publicat în Monitorul Oficial nr.109 din 15 august 1897. Unele rectificări au fost aduse în Monitorul Oficial nr.110 din 17 august 1897.

Concluzii. Dacă primele prevederi de protecție a faunei sălbatice acvatice, formulate de o manieră incipientă, se găsesc în *Condițiunile pentru arendarea moșiilor Statului*, *Condițiunile generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea (1889)* se demonstrează a fi cu mult înaintea epocii lor. Considerăm că în *Condițiunile generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea (1889)* sunt trasate principiile fundamentale, încă de actualitate, în materia conservării resurselor acvatice vii, principii ce se regăsesc și în legislația actuală. Acestui act normativ i se poate reproșa doar sfera de competență redusă la apele dobrogene și implementarea deficitară.

Prevederile privitoare la protecția faunei sălbatice acvatice prevăzute în Legea asupra Poliției Vânatului de la 1891 au meritul de a fi primele măsuri de conservare a resurselor acvatice vii aplicabile pe întreg teritoriul Regatului României.

* Avocat, Baroul București, doctorand, Universitatea din București, e-mail: contact@avocatlupeanu.ro;

¹ Spre exemplu, DANIELA MARINESCU, MARIA-CRISTINA PETRE, *Tratat de Dreptul mediului*, ediția a V-a, revizuită și adăugită, București: editura Universitară, 2014, p. 33 – 35; MIRCEA DUȚU, ANDREI DUȚU, *Dreptul mediului*, ediția 4, București: C.H.Beck, 2014, p. 48; FLORIN FĂINIȘI, *Dreptul mediului*, București: Pinguin Book, 2005, p. 23; RĂDUCAN OPREA, *Dreptul mediului înconjurător*, Galați: Editura Fundației Universitare „Dunărea de Jos”, 2006, p. 25; ERNEST LUPAN, *Dreptul mediului, Partea Generală, Tratat elementar I*, București, editura Lumina Lex, 1996, p. 115; DANIELA MARINESCU, *Etapele organizării și legiferării ocrotirii mediului înconjurător în România*, Analele Universității București – Drept, anul XXIX, 1990, p. 13; RADU STANCU, GH.DEACONU, A. RICHÎTEANU, SALTÎȚA STANCU, *Aspecte ale dezvoltării legislației de ocrotire a naturii în România*, revista *Ocrotirea naturii și a mediului înconjurător*, t.21, nr.2, 1977, p. 97;

- ² ȘTEFAN-ALEXANDRU TOMA, *Câteva considerații referitoare la unele infracțiuni privitoare la regimul activității de pescuit reglementate în Ordonanța de urgență a Guvernului nr.23/2008*, revista Dreptul, №2/2015, p. 147 – 163;
- ³ „Obiectele ce proprietarul unui fond a pus pe el pentru serviciul și exploatarea acestui fond sunt imobile prin destinație. Astfel sunt imobile prin destinație, când ele s-au pus de proprietar pentru serviciul și exploatarea fondului: (...)peștele din iaz (heleștee).” (art.468 C.civ.)
- ⁴ „Se va pedepsi cu închisoarea dela trei luni până la doi ani și cu amendă dela 100 până la 1000 lei: 1. Acela care va fi furat sau va fi cercat să fure (...)pești din cotețe ori alte locuri închise (...)” Potrivit jurisprudenței instanței supreme, furtul peștilor aflați în eleșteele deschise se sancționa potrivit prevederilor art.308 C.pen care incrimina furtul simplu.(a se vedea C. HAMANGIU, N.M.SOTIR, *Codul penal, codul justiției militare, codul justiției marine, Codul silvic adnotate cu jurisprudența motivată a Tribunalului, Curților de apel și a Casației precedate de un index alfabetic și urmate de: Convențiunile de extrădare și de dispozițiunile penale, din legile și regulamentele uzuale*, editura Librăriei Leon Alcalay, p. 258 col.1)
- ⁵ „Cel ce va otrăvi cu voință, pești în bălți, heleștee ori havuzuri, se va pedepsi cu închisoarea de la una lună până la două ani, și cu amenda dela 26 lei până la 200 lei.”
- ⁶ D. ALEXANDRESCO, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, T.III, partea II, art.644 – 799, București: Atelierele Grafice Socec& Co., Societate Anonimă, 1912, p. 18: „Rămâne însă bine înțeles că pescuitul ca și vânatul nu poate fi un mod de a dobândi proprietatea prin ocupație decât pentru peștele care se găsește *in laxitate naturali*. Peștele din iazuri, bălți, cotețe, etc., (...) ne mai fiind *res nullius*, ci o proprietate privată, acei cari ar prinde asemenea animale prin ascuns, s' ar face culpabili de delictul de furt.
- ⁷ *Raportul d-lui C.G.Pistreanu asupra răspunsurilor primite la chestionarul agricol. Resumatul succint al răspunsurilor primite la chestionarul agricol*, Buletinul Ministerului Agriculturii, industriei, comerțului și domeniilor (Acte oficiale. Statistică. Raporturi consulare. Dări de seamă de misiuni în țera și în străinătate. - Studii. Diferite științe. Climatologia), anul I, 1885, №7, București, Tipografia Ștefan Mihalescu, 1885, p. 832:

„S. Vânătorie și pescuirea

75. Necesitatea unei legi speciale asupra vânătoriei și a pescuitului înaintea redactării codului rural?

Necesitatea unei asemenea legi este foarte mult simțită seú mai bine dis aplicarea cu stricteță a legii de poliție rurală, care prevede ce-va în această afacere, este foarte mult reclamată. Astă-dî nu se vénéză, nu se pescuesce; se distruge pentru a nu măi rămâne nimic. Aviditatea gróselor câștiguři orbesce.

76. Oprirea pescuitului prin mijlóce de esplosiune seú otrăvitoare, precum și oprirea otrăvirii apelor curgătoare prin in, cânepă, etc.?

De ne-aperată trebuință și cât măi urgent posibil.

77. Urmărirea din oficiú a infracțiilor contra legii pentru vânătorie și pescuit, precum și pentru otrăvirea apelor curgătoare și din eleștaie?

Da, căci este vorba de un interes general.”

- ⁸ *Anuarul Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor (anul 1893) - Legile, decretetele, regulamentele și diferite acte ale acestui departament 1859 – 1893*, București: Tipografia Curții Regale F.Göbl fii, 1893, p. 641 – 649.
- ⁹ *Condițiunile generale pentru arendarea șanalului Dunărei de pe partea stângă împreună cu ostróvele aflate pe densusul (1888): art.15 alin.1.*

- ¹⁰ *Idem.*:art.15 alin.2:„Arendașul său ômenii sêi vor fi liberi să vêneze pesce cu uneltele usitate, fără însă să le fie permis a înființa garduri și gârduire în Dunăre, cari să aducă împiedecare navigațiunei. Este de asemenea absolut interdis vênarea pescelui de către arendaș sau ômenii sêi cu substanțe otravitoare de orî-ce fel.”
- ¹¹ *Anuarul Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor (anul 1893) - Legile, decretetele, regulamentele și diferite acte ale acestui departament 1859 – 1893*, București: Tipografia Curții Regale F.Göbl fii, 1893, p. 679 – 694.
- ¹² Ioan N. ROMAN, *Studiu asupra proprietății rurale din Dobrogea urmat de Codul proprietății fonciare otomane din 1858 și de Legile românești referitoare la proprietatea imobiliară rurală din Dobrogea*, Constanța: Tipografia „Ovidiu” H.Vurlis, 1907, p. 75.
- ¹³ G.V.CORDEA, *Pescuitul. Conferință publică ținută la Societatea „Progresul silvic” în ziua de 26 februarie 1889*, București: Tipografia C.C. Savoii & Comp, 1889, p. 29.
- ¹⁴ G.V.CORDEA, *op.cit.*, p. 11.
- ¹⁵ GR. ANTIPA, *Politica de stat în chestiunea pescăriilor domeniiale. Memoriu prezentat D-lui Ministru al Domeniilor*, București: Tipografia „Urbana”, 1922, p. 24.
- ¹⁶ Art.33 alin.2 din Condițiunile pentru arendarea moșiilor Statului pe periodul 1871 – 1876 în *Anuarul Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor (anul 1893) - Legile, decretetele, regulamentele și diferite acte ale acestui departament 1859 – 1893*, București: Tipografia Curții Regale F.Göbl fii, 1893, p. 461.
- ¹⁷ *Condițiunile pentru arendarea moșiilor Statului pe periodul 1873 – 1876:*
„Art.42 Arendașul nu este liber să topescă teiș, cânepă sau în în heleștaele sau bălțile cu pesce, fiind tot-d 'o-dată dator a se conforma cu nouile măsuri ce se vor lua pentru pescuit.
Art.43 În timpul vërsărei apelor, când pescele intră în bălți, orî-ce pescuire este oprită.
Art.44 Arendașul este obligat a nu împiedeca în ori-ce chip intrarea pescilor în bălțile ce comunică una cu alta
art.45 Arendașul este cu desăvârșire oprit ca la curățirea privalurilor sau a riușoarelor ce pun în comunicațiune bălțile cu apele curgătoare, a le săpa mai jos de cât nivelul bălților spre a nu se putea scurgea apele dintr'ênsele.
Art.47 Arendașul este dator la expirarea contractului să lase bine curățite canalurile de comunicație între bălți cu apele curgătoare.”
- ¹⁸ Art.36 alin.2 din *Condițiunile pentru arendarea moșiilor Statului pe periodul începător de la 23 Aprilie 1883 în Anuarul Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor (anul 1893) - Legile, decretetele, regulamentele și diferite acte ale acestui departament 1859 – 1893*, București: Tipografia Curții Regale F.Göbl fii, 1893, p. 563.
- ¹⁹ „Art.3 Antreprenorul are drept de pescuire în toate bălțile de pe domen, precum și în rîul Dunărei, partea țerei în totă întinderea distanței de la gura Argeșului până la hotarul din sus al moșiei Năsturelu. Locuitorii de pe domen și ai orașului Giurgiu au drept a pescui cu undițe numai în apa Dunării și Bradu, iar în bălți nu.” (*Anuarul Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor (anul 1893) - Legile, decretetele, regulamentele și diferite acte ale acestui departament 1859 – 1893*, București: Tipografia Curții Regale F.Göbl fii, 1893, p. 481).
- ²⁰ *Condițiunile generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea (1889): Art.2 alin.1;*
- ²¹ *Idem.*:Art.65 alin. 1 și 2;
- ²² *Idem.*:Art.3 alin.2;
- ²³ *Idem.*:Art.5 alin.1;

²⁴ *Idem.*:Art.5 alin.2;

²⁵ *Idem.*:Art.2 alin.3;

²⁶ *Idem.*;

²⁷ *Idem.*:Art.7 alin.1 pct.11;

²⁸ *Idem.*: Art.5 alin.3;

²⁹ *Idem.*:Art.8 alin.1;

³⁰ GR. ANTIPA, *Pescăria și pescuitul în România (cu 403 figuri în text și 75 de tabele)*, București: Librăriile Socec&Comp., C. Sfetea, Pavel Suru, 1916, p. 377 – 378: „Acesta este instrumentul pe care-l întâlnim cel mai des pe tot cursul Dunărei românești. Cu el pescuește mai cu seamă populațiunea riverană săracă pentru hrana casei și marinarii de pe la șlepurile și ceamurile cari navigă pe Dunăre; mai pescuiesc însă și câțiva pescari de meserie de prin porturi – numiți Chipcelari – cari prind obleți pentru vânzare. (...) se compune dintr'o prăjină de brad, lungă ca de 2 – 2.5m, numită *Coadă cârlionțului*, de capătul căreia este legată în prelungirea ei o nueâncovoiată în sus numită *Celnicul cârlionțului*; perpendicular pe coadă, puțin mai sus de locul unde e legat celnicul, este legată de ea, în formă de cruce, o altă prăjină lungă, ale cărei capete sunt de asemenea îndoite în sis ca și capătul celnicului; acestea sunt *coarnezle celnicului*. Celnicul este legat din apropierea vârfului său cu o sfoară, numită *Sfoara celnicului*, al cărei capăt se prinde de locul unde se încrucișează coada cu coarnezle. Această sfoară este bine întinsă și ține celnicul încârligat («încârlionțat»).Întregul instrument în fine este îmbrăcat pe din afară cu o plasă pătrată, întinsă foarte bine peste crucea chipcelului.(...) Instrumentul în totul are forma unei linguri foarte mari cu care se vântură mereu apa.”

Potrivit aceluiași autor (GR. ANTIPA, *Op.cit.*, p. 378), instrumentul poartă și denumirile de *chipcel* și *târboc*. În mod eronat, în Oltenia, era cunoscut sub denumirile de *cârstaș* și *posfat*, aceste două denumiri aparținând în fapt unor instrumente de pescuit similare.

³¹ *Idem.*:Art.8 alin.2: „asemenea se pot prinde raci, melci, scoici, tot pentru trebuințele lor casnice.” Opinăm că, și în acest caz, captura zilnică era limitată la cantitatea de cinci kilograme.

³² *Idem.*:Art.25 alin.1;

³³ Daniela MARINESCU, Maria-Cristina PETRE, *Op.cit.*, p. 342;

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Condițiunile generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea (1889)*:Art.29 alin.1;

³⁶ *Modificarea unor articole din condițiunile generale din 1889 pentru arendarea pescuitului în Dobrogea (1890 Februarie)*, p. 694 in *Anuarul Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor (anul 1893) - Legile, decretetele, regulamentele și diferite acte ale acestui departament 1859 – 1893*, București: Tipografia Curții Regale F.Göbl fii, 1893;

³⁷ *Condițiunile generale pentru arendarea pescuitului în Dobrogea (1889)*: Art.29 alin.2;

³⁸ *Idem.*:Art.30 alin.1;

³⁹ *Idem.*:Art.30 alin.2;

⁴⁰ *Idem.*:Art.30 alin.3;

⁴¹ *Idem.*„Art.31: Pescuirea este prohibită în tot decursul anului în următoarele locuri:

1. la gurile Sulina și Sf.Gheorghe (Kadrileț) atât în Dunăre, cât și în mare; în Dunăre pe trei kilometri în susul fluviului, socotit de la linia malurilor Mărei și în mare, pe 5 kilometri înainte de la această linie și un kilometru în dreapta și stânga pe malul Mărei, lăsându-se ast-fel tot-d'una gura Dunărei liberă.

In cas de contravențiune, cârmacele și cârligele puse se vor confisca și scóte, fie de antreprenor, fie de orî-ce autoritate.

2. La gurile fie-cărui canal orî prival care conduce din Dunăre în bălți, pe o distanță de 200 m., asemenea și pe lungimea acestor canale de comunicare cu Dunărea.
3. In porturi unde staă vasele.”
- ⁴² *Idem.*:Art.32 alin. 1 și 2;
- ⁴³ *Idem.*:Art.32 alin.4: „Modul de pescuire prin daraban, obișnuit în unele bălți, este cu desăvârșire oprită”. Gr. ANTIPA, *Pescăria și pescuitul în România (cu 403 figuri în text și 75 de tabele)*, București: Librăriile Socec&Comp., C. Sfetea, Pavel Suru, 1916, p. 507: „ Obiceiul la Ave este de a se pescui cu Darabana, bățând mereu cu un obiect oarecare – și de obicei cu Ispolul – în lotcă sau în tinichele și făcând tot felul de sgomote cari sperie peștele și-l gonesc în Ave. Obiceiul acesta însă are și mari inconveniente pentru pescuitul dela mare în general, căci prin aceste sgomote se alungă din marea teritorială tot peștele mare – Morunul și Nisetrul – la adânc (...);”
- ⁴⁴ *Idem.*:Art.33 alin.2;
- ⁴⁵ *Idem.*:Art.32 alin.5;
- ⁴⁶ *Idem.*:Art.33 alin.1: „Antreprenorul nu va putea învoi pescarilor streini din țările limitrofe a băga pe bălți năvođe, de cât numai atunci când pescarii indigeni nu ar voi să bage ei, sau ar fi loc și pentru dênșii.”
- ⁴⁷ I.P.DAIA, *Exploatarea pescăriilor statului*, București: Ministerul Agriculturii și Domeniilor, Direcția Generală a Îndrumărilor Agricole, Direcțiunea Statisticii și Publicațiilor, 1926, p. 6;
- ⁴⁸ M.D. IONESCU, *Dobrogea în pragul veacului al XX-lea (Geografia matematică, fizică, politică, economică și militară)*, București: Atelierele grafice I.V.Socescu, 1904, p. 806;
- ⁴⁹ AL. MARTHINEANU, *Exploatarea peștelui pe Volga și Rhin în raport cu exploatarea lui pe Dunăre*, București: Tipografia Speranța, 1900, p. 108: „(...) cauza dezastrului nu poate fi de câtuna singură, și aceasta residă în faptul că: Statul a nesocotit tot-d'auna această ramură de bogăție, căutând a arenda cele 102 proprietăți ale sale, pe cari se găsesec bălți și canale de pescuire, terenul împreună cu obiectul de pescuit.”
- ⁵⁰ GR. ANTIPA, *Legea pescuitului și rezultatele ce le-a dat. Un răspuns atacurilor ce i s'au adus*, București: Institutul de Arte Grafice și Editură „Minerva”, 1899, p. 12;
- ⁵¹ GR. ANTIPA, *Pescăriile statului din Tulcea. Un răspuns la atacurile aduse prin expunerea situației județului Tulcea pe anul 1910 de D-nul Prefect I.C.Atanasiu. Raport prezentat d-lui Ministru al Agriculturii și Domeniilor cu №15996 din 22 februarie 1911*, București: Imprimeriile „Independența”, 1911, p. 39;
- ⁵² „Tot asemenea va fi oprit a se pescui prin dinamită, prin înveninarea sau secarea apelor, cu scopul de a se prinde peștele din ele.”
- ⁵³ „Se vor pedepsi cu amendă de la 10 până la 100 lei: 3. Acela care va vîna(...)prin mijloce și instrumente nepermise de prezenta lege;”
- ⁵⁴ Introducerea dinamitei pentru pescuit, în România, este pusă în seama constructorilor italieni a unei șosele de pe Valea Bistriței, obicei care ulterior a proliferat în toată țara. (GR. ANTIPA, *Op.cit.*, p. 90;)
- ⁵⁵ GR. ANTIPA, *Op.cit.*, p. 125: „Țăranii de pe văile diferitelor râuri din țară, mai cu seamă de de partea lor mijlocie, cunosc o mulțime de substanțe toxice sau narcotice, pe cari aruncându-le în apă omoară sau amețesc peștii, făcându-i să iasă la fața apei cu burta în sus, de unde apoi îi culeg cu mâna, cu crâsnicele sau cu voloacele.”
- ⁵⁶ GR. ANTIPA, *Op.cit.*, p. 122 – 123: „Se numește Răstoacă sau Răstocirea apelor, Abaterea apelor (Muntenia), Mutarea apei (Oltenia), etc. scurgerea apei sau secarea totală sau parțială a albiei unui râu sau pârău, pentru a face să rămână peștele și racii din ele pe uscat spre a-i putea prinde cu ușurință; acest pescuit comod dar vătămător (...)e unul din mijloacele de pescuit cele mai răspândite atât în țară cât și chiar în Transilvania și Banat.”

⁵⁷ Potrivit art.17 din Legea asupra Poliției Vânătorului de la 1891, sensul noțiunii de „recidivist” era unul derogator de la dreptul comun în materie, în speță, Codul Penal de la 1865. Prin „recidivist” era desemnat individul care, în termen de 12 luni de la data condamnării pentru săvârșirea unei fapte prevăzute de Legea asupra Poliției Vânătorului de la 1891, suferea o nouă condamnare în virtutea prevederilor aceleași legi speciale. Prin urmare, Legea asupra Poliției Vânătorului de la 1891 institua o recidivă specială și temporară.

⁵⁸ Spre exemplu, în *Condițiunile generale pentru arendarea șanalului Dunărei de pe partea stângă împreună cu ostróvele aflate pe dânsul (1888)*: „art.15 alin.1: Aredașul va avea dreptul a vâna pesce în partea Dunărei (...).”

ARTICOLE

CONDIȚIILE DE FORMĂ ÎN MATERIA CONTRACTULUI DE DONAȚIE

DOI:10.24193/SUBBjur.62(2017).1.7

Published Online: 2017-03-15

Published Print: 2017-03-30

Anthony MURPHY*

Abstract: *The legal requirements concerning the form of a donation contract. This study puts forward an analysis of the legal requirements concerning the form of a donation contract, while also aiming to highlight the correlation between the legal provisions of the new Civil Code of Romania and its relevant doctrine, on the one hand, and their French counterparts, on the other hand. For this purpose, the paper is divided into five main sections, encompassing some preliminary considerations, followed by the requirements of form, including an in-depth discussion on the principle of solemnity and its exceptions, the formation of the contract, the newly-introduced provisions with respect to the promise of a donation, while ending in some short conclusions.*

Keywords: *donation, liberality, requirements of form, solemnity, contract*

Cuvinte cheie: *donatie, liberalitate, condiții de formă, solemnitate, contract*

1. Considerații generale

În reglementarea noului Cod civil¹, contractul de donație este actul juridic *inter vivos* prin care se realizează operațiunea juridică de gratificare a unei persoane. Sub acest aspect, definiția legală prevăzută de art. 985 C.civ. stabilește că „donația este contractul prin care, cu intenția de a gratifica, o parte, numită donator, dispune în mod irevocabil un bun în favoarea celeilalte părți, numită donatar.” Prin urmare, specificitatea donației constă în intenția liberală (*animus donandi*) cu care donatorul își transmite dreptul, acest transfer operând cu titlu gratuit și fără a se urmări obținerea unei contraprestații.²

Cu prilejul noii codificări, legiuitorul a remediat neajunsurile definiției legale prevăzute de art. 801 din vechiul Cod civil, potrivit căreia „donațiunea este un act de liberalitate prin care donatoarele dă irevocabil un lucru donatarului care-l primește”.³ Vechea definiție a fost criticată

pentru faptul că nu a consacrat expres apartenența donației la categoria contractelor⁴, iar doctrina a venit în completarea reglementării legale, arătând că donația presupune în mod necesar acordul de voință al părților (*consensus duorum in idem placitum*), în absența căruia ne-am afla în prezența unei policitațiuni.⁵

2. Forma contractului de donație

Solemnitatea donației constituie o excepție de la principiul consensualismului în materia încheierii contractelor civile, instituit în conținutul art. 1178 C.civ., fiind consacrată ca măsură de protecție a voinței și intereselor dispunătorului. Astfel, potrivit prevederilor art. 1011 alin. (1) C.civ., donația poate fi încheiată în mod valabil numai în formă autentică, nesocotirea acestui principiu fiind sancționat cu nulitatea absolută. Pe cale de consecință, contractul de donație poate fi elaborat numai de către notarul public, în sensul dispozițiilor⁶ art. 78 alin. (1) din Legea nr. 36/1995.⁷

2.1. Principiul solemnității donației

În cazul contractelor consensuale, redactarea acestora nu trebuie făcută în mod necesar în formă scrisă decât dacă acest lucru este impus de lege pentru a se putea dovedi existența sa (*ad probationem*) – altfel spus, actul este valabil prin simplul acord de voință al părților. În schimb, contractele solemne, cum este și donația, presupun respectarea unei anumite forme – care poate fi scrisă (înscrisul sub semnătură privată) sau autentică (actul autentic notarial) – impuse de lege pentru încheierea valabilă (*ad validitatem*) a contractului, simpla manifestare de voință a părților fiind inaptă să genereze efecte juridice până la autentificarea înscrisului.⁸

Ratione legis, după cum am amintit anterior, consacrarea solemnității donației urmărește ocrotirea voinței donatorului. Originea solemnității donației rezidă în vechiul drept francez, mai exact în ordonanța cancelarului d'Aguesseau din 1731, această regulă fiind reluată în art. 931 din Codul civil francez.⁹ În dreptul roman, Iustinian nu a prevăzut o asemenea rigoare, și nici vechiul drept românesc nu cunoaștea această cerință.¹⁰ De altfel, principiul solemnității a fost introdus într-o perioadă istorică în care societatea franceză era preocupată de problema menținerii averii în cadrul aceleiași familii, fiind inițial privit ca un sprijin al irevocabilității donațiilor, privit ca mijloc principal de descurajare a înstrăinărilor cu titlu gratuit.¹¹

Această formă de protecție își are justificarea în aceea că mecanismul juridic al donației constă în gratificarea donatarului de către dispunător, care astfel își reduce patrimoniul în favoarea beneficiarului fără a primi în schimb vreun echivalent, de regulă în mod irevocabil.¹² Sub acest aspect, protecția se îndreaptă împotriva viciilor de consimțământ, cum este dolul (întâlnit, în această materie, sub forma captației și a sugestiei¹³), dar în același timp este avută în vedere și ocrotirea familiei donatorului, întrucât prin donație se pot deturna bunuri de la transmiterea firească a acestora pe cale succesorală¹⁴, situație în care s-ar abuza de dreptul de

a gratifica prin depășirea cotității disponibile și încălcarea corelativă a rezervei succesoriale. Nu în ultimul rând, forma autentică are rolul de a reaminti dispunătorului că înstrăinarea pe care o face este irevocabilă, întrucât actele notariale sunt păstrate de către notarul public¹⁵, fapt care garantează că revocarea nu se poate face decât potrivit legii și că donatorul își va manifesta intenția liberală după o gândire mai atentă.¹⁶

În acest context, notarul public are datoria de a verifica identitatea părților și capacitatea acestora de a dispune, respectiv de a primi liberalități, putând solicita, atunci când se impune, documente justificative, sau chiar să acceseze Registrul Național de Evidență a Populației.¹⁷ Trebuie menționat faptul că sancțiunea nulității absolute a contractului pentru vicii de formă intervine și în ipoteza în care donația a fost autenticată cu nerespectarea rigorilor prevăzute de lege în materia întocmirii actelor notariale (e.g. lipsa semnăturii sau a capacității părților, încălcarea competenței teritoriale a notarului public).¹⁸

O protecție suplimentară este asigurată prin prevederile art. 1012 C.civ., care instituie, în sarcina notarului public, obligația de a înscrie contractul de donație în Registrul Național Notarial de Evidență a Liberalităților¹⁹, ținut în format electronic, în considerarea faptului că unele persoane ar putea avea un interes legitim care ar impune informarea acestora în privința încheierii unor liberalități. Poate fi, așadar, cazul unui creditor (care poate promova acțiunea revocatorie) sau moștenitor al donatorului (care poate cere raportul donației sau reducțiunea liberalităților excesive²⁰ în cazul în care este îndreptățit la rezervă succesorală).²¹

În cazul donațiilor care au ca obiect bunuri imobile, art. 1012 C.civ. stabilește în teza a II-a că regulile în materie de publicitate imobiliară rămân aplicabile. Sub acest aspect, notarul public care a redactat contractul este ținut să solicite, din oficiu, înscrierea în cartea funciară²², comunicând actul autentic către instituția specializată.²³

Cerința formei autentice se aplică și în cazul donației încheiate între absenți și chiar prin reprezentare. În acest sens, donația încheiată prin reprezentare presupune un mandat special și autentic²⁴, iar mecanismul ofertei urmată de acceptare produce efecte numai dacă atât oferta cât și acceptarea îmbracă forma autentică.²⁵ Întrucât această formă este cerută *ad validitatem*, și nu doar *ad probationem*, proba existenței donației nu se poate face cu martori nici măcar în baza unui început de dovadă scrisă.²⁶

Nulitatea absolută pentru vicii de formă a donației poate fi invocată, din oficiu, de către instanța de judecată, cu respectarea condițiilor stabilite de art. 1247 alin. (2) și (3) C.civ., sau la cererea oricărei persoane interesate, cum ar fi părțile contractului, procurorul, succesorii sau creditorii. Dreptul de a invoca nulitatea absolută este imprescriptibil extinctiv, atât pe cale de acțiune în justiție, cât și prin ridicarea unei excepții.

În principiu, acoperirea prin confirmare a nulității donației pentru vicii de formă nu este posibilă, fiind necesară refacerea în întregime a acesteia, cu respectarea rigorilor legii.²⁷ Prin excepție, art. 1010 C.civ. permite succesorilor universali sau cu titlu universal ai donatorului să renunțe la dreptul de a opune aceste vicii sau orice alt motiv de nulitate²⁸, dacă nu se aduce astfel o lezare drepturilor unor terți.²⁹ Astfel, confirmarea donației nu impune în mod necesar respectarea cerințelor de valabilitate și nici identificarea motivului de nulitate.³⁰

În sistemul vechiului Cod civil, chestiunea confirmării donației lovite de nulitate pentru vicii de formă a generat opinii divergente în doctrină. În această privință, putem identifica trei

abordări distincte, cu corespondent și în doctrina franceză. Astfel, o primă idee pornește de la premisa că sancțiunea nulității absolute a donației se transformă, prin decesul dispunătorului, într-o nulitate relativă, susceptibilă de confirmare, întrucât protecția conferită de solemnitate se va manifesta, începând cu acel moment, exclusiv față de succesorii donatorului³¹, or aceștia pot, în viziunea legiuitorului, „să aprecieze oportunitatea și temeinicia” liberalității.³²

Pe de altă parte, o a doua opinie a fost aceea că legiuitorul a consacrat o obligație civilă imperfectă sau naturală, întrucât nu permite repetiția, în sensul art. 1092 alin. (2) din vechiul Cod civil.³³ Acest punct de vedere a fost contestat prin aceea că transformarea unei obligații naturale într-una civilă presupune o novație, și nu doar simpla confirmare.³⁴ În egală măsură a fost exprimată și o a treia opinie, potrivit căreia sancțiunea nulității absolute reprezintă regula, iar posibilitatea confirmării donației constituie o excepție.³⁵ Întrucât noua reglementare civilă în materia confirmării liberalităților privește nu doar viciile de formă, ci și orice altă cauză de nulitate, suntem de părere că acest regim juridic are un caracter într-adevăr excepțional pentru că derogă, în ceea ce privește instituția donației, de la dreptul comun în materie contractuală.

2.2. Cerința actului estimativ

În măsura în care donația are ca obiect transferul unor bunuri mobile, art. 1011 alin. (3) C.civ. prevede o cerință de formă suplimentară, și anume cea a elaborării unui act estimativ, care trebuie să prevadă natura, calitatea și valoarea bunurilor mobile donate.³⁶ Nerespectarea acestei reguli atrage sancțiunea nulității absolute a donației potrivit noului Cod civil, soluție împărtășită de doctrina franceză³⁷, însă neconsacrată în reglementarea noastră anterioară, unde actul estimativ era prevăzut strict *ad probationem* și în absența acestuia era permisă evaluarea prin expertiză a bunurilor mobile.³⁸

Statul estimativ poate fi inclus în însuși contractul de donație³⁹, însă poate fi redactat și în mod separat, ca înscris autentic sau chiar sub forma unui înscris sub semnătură privată.⁴⁰ S-a arătat că această cerință a fost instituită pentru identificarea și valorificarea bunurilor în eventualitatea în care donația este revocată și bunurile dobândite în temeiul acesteia trebuie restituite, dar și în ipoteza întoarcerii convenționale, reducțiunii sau raportului donației.⁴¹

2.3. Excepții de la solemnitatea donației

În sistemul vechiului Cod civil, art. 813 instituia regula potrivit căreia „toate donațiunile se fac prin act autentic”, având corespondent direct în dispozițiile art. 931 din C.civ.fr., care la rândul său statua că „*tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaire, dans la forme ordinaire des contrats, et il en restera minute, sous peine de nullité.*” Totuși, de la această regulă s-au reținut anumite excepții, iar în doctrina franceză s-a arătat că din modul în care legiuitorul a ales să formuleze norma enunțată mai sus nu ar rezulta că toate donațiile ar trebui să îmbrace forma autentică⁴², așa cum regula a fost transpusă în dreptul nostru.

În pofida acestei formulări nefericite a vechiului Cod, s-a stabilit și în dreptul nostru civil, fie în temeiul legii, fie pe cale pretoriană, că intenția liberală poate fi manifestată și în absența formei autentice.⁴³ În lumina noului Cod civil, legiuitorul român a clarificat această chestiune prin textul art. 1011, care în conținutul alin. (1) prevede că „donația se încheie prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute”, în vreme ce alin. (2) statuează că „nu sunt supuse dispoziției alin. (1) donațiile indirecte, cele deghizate și darurile manuale.”

a. *Darul manual* este un contract real, așadar nu presupune respectarea formei autentice și se încheie prin simplul acord de voință al părților împreună cu tradițiunea unui bun mobil corporal.⁴⁴ Valabilitatea darului manual a fost admisă atât de legiuitorul francez⁴⁵, cât și de cel român: sub imperiul vechiului Cod civil era admis cu caracter general prin tradițiune, și cu caracter special în materia raporturilor de familie⁴⁶, în vreme ce noul Cod civil îl consacră în conținutul art. 1011 alin. (4). Alte legislații au consacrat expres validitatea darurilor manuale cu mult timp înainte de noua noastră reglementare, și în această privință constituie exemplu Confederația Elvețiană și Regatul Țărilor de Jos.⁴⁷

În sensul acestui text de lege, darul manual poate avea ca obiect un bun susceptibil de remitere materială – deci un bun mobil corporal, a cărui valoare nu trebuie să depășească suma de 25.000 de lei. *Per a contrario*, bunurile care au o valoare mai mare pot fi transmise numai cu încheierea unui act autentic. Cu privire la această îngrădire de ordin pecuniar trebuie precizat că legiuitorul noului Cod civil s-a inspirat din legislațiile străine care au introdus mai timpuriu această măsură, deși unii autori s-au pronunțat împotriva acestor limitări în sistemul vechiului Cod.⁴⁸ Proba dificilă a darului manual a fundamentat aceeași opinie și în doctrina franceză.⁴⁹

Remiterea materială a bunului astfel dăruit nu echivalează cu executarea unui contract, ci ține de însăși încheierea valabilă a operațiunii.⁵⁰ Dacă bunul se află în posesia celui pe care dispunătorul dorește să-l gratifice, atunci contractul se încheie prin acord verbal (*traditio brevi manu*)⁵¹, nefiind necesară remiterea efectivă *de manu ad manum*. Mai trebuie precizat că, deși darurile manuale derogă de la rigorile formalismului, acestea rămân guvernate de regulile de fond cerute pentru încheierea valabilă a donației.⁵²

b. *Donația indirectă* constituie, în esență, gratificarea unei persoane prin intermediul unei operațiuni juridice distincte față de donație. În acest sens, donațiile indirecte nu sunt supuse exigențelor de formă care condiționează valabilitatea donației. Cu toate acestea însă, condițiile de fond trebuie îndeplinite în continuare – atât cele din materia donației⁵³, cât și cele corespunzătoare actului prin intermediul căruia se realizează indirect intenția liberală⁵⁴ – iar raportul, reducțiunea și revocarea sunt aplicabile potrivit normelor prevăzute în materie.⁵⁵ Donațiile indirecte pot fi făcute printr-o varietate de acte, și cele mai întâlnite în practică sunt remiterea de datorie, renunțarea la un drept și stipulația în favoarea unei terțe persoane.⁵⁶

c. *Donația deghizată* constă în simularea unui act cu titlu oneros din diverse rațiuni, cum ar fi ascunderea liberalității față de moștenitorii dispunătorului sau chiar evitarea taxelor percepute pentru încheierea donației.⁵⁷ Fiind o simulație, donația este deghizată de un act public cu titlu oneros, dublat de unul secret și cu titlu gratuit. Sub acest aspect, în vreme ce contractul simulat lasă aparența unei operațiuni juridice cu titlu oneros, părțile convin în realitate asupra unui transfer gratuit.

Ca regulă, simulația este recunoscută de noul Cod civil ca fiind valabilă în măsura în care sunt respectate cerințele de valabilitate ale contractelor, prevăzute în conținutul art. 1179, dar și regulile speciale, respectiv condițiile de fond aplicabile donației.⁵⁸ Excepția o constituie simulațiile făcute pentru încălcarea legii sau a principiului revocabilității donației între soți, acestea nefiind considerate valabile.

Cu privire la forma în care trebuie încheiată donația deghizată, această chestiune a fost controversată sub imperiul reglementării anterioare.⁵⁹ Astfel, cu toate că jurisprudența a arătat că donația deghizată trebuie să respecte numai forma cerută pentru actul simulat⁶⁰, unii autori au susținut⁶¹ această opinie în timp ce alții au criticat-o⁶² și s-au pronunțat în favoarea formei autentice, fundamentând acest punct de vedere pe textul art. 813 din vechiul Cod civil, despre a cărei formulare deficitară am făcut referire mai sus.

În cazul donației deghizate, proba simulației se poate face prin orice mijloc de probă, în privința terților sau a creditorilor unei părți contractante, respectiv chiar a uneia dintre părți, în măsura în care se pretinde că simulația are un caracter ilicit.⁶³ Ca protecție suplimentară față de moștenitorii rezervari ai dispunătorului, art. 1091 alin. (4) C.civ. instituie o prezumție relativă în materia actelor de înstrăinare cu titlu oneros care sunt încheiate cu descendenți sau ascendenți privilegiați ori chiar cu soțul supraviețuitor.

Sub acest aspect, „dacă înstrăinarea s-a făcut cu rezerva uzufructului, uzului ori abitației sau în schimbul întreținerii pe viață ori a unei rente viagere”, acest act va fi considerat a fi o donație deghizată, prezumție care poate fi răsturnată prin probă contrară. În conformitate cu același text de lege, prezumția nu operează decât în favoarea claselor de moștenitori amintite mai sus, cu excepția cazului în care au consimțit la înstrăinare – cazul în care ar fi beneficiari ai respectivei donații deghizate.

Alături de donația deghizată, simulația poate fi realizată și prin *interpunere de persoane*, cu predilecție în cazurile în care se urmărește eludarea dispozițiilor care instituie incapacități în materia liberalităților, în general, sau a donației, în particular. În acest caz, contractul public este încheiat cu o persoană interpusă, iar actul secret este încheiat cu adevăratul donatar. Actul public rămâne supus formei autentice întrucât reprezintă tot un contract de donație, însă condițiile de fond trebuie să fie îndeplinite cu privire la actul secret și persoana adevăratului donatar.⁶⁴

Și în această situație noul Cod civil instituie o prezumție relativă, consacrată la art. 992 alin. (2), potrivit căruia „sunt prezumate [a fi] persoane interpușe ascendenții, descendenții și soțul persoanei incapabile de a primi liberalități, precum și ascendenții și descendenții soțului acestei persoane”. Prin urmare, incapacitățile instituite de noul Cod civil se răsfrâng și asupra rudelor incapabililor la care fac referire art. 988, 990 și 991, donațiile simulate care încalcă astfel regulile de fond privitoare la capacitate urmând a fi sancționate cu nulitatea relativă.

3. Formarea contractului

Având în vedere faptul că prezentul demers este centrat pe analiza cerințelor de formă în materia contractului de donație, ca în cazul oricărui alt contract civil este necesară și scoaterea în evidență a principalelor aspecte legate de formarea acordului de voință. Sub acest aspect, donația poate fi încheiată atât între persoane prezente, prin

manifestarea expresă a voinței în fața notarului public, cât și între absenți, prin mecanismul ofertei urmate de acceptare.

În această materie, regula este aceea că atât oferta de donație, cât și acceptarea acesteia trebuie întocmite în formă autentică⁶⁵, excepție făcând darurile manuale, care sunt valabile indiferent de forma în care sunt încheiate, chiar și în absența unei procuri autentice, în măsura în care părțile contractante sunt reprezentate prin mandate speciale.⁶⁶ Totuși, reprezentarea părților contractante presupune, în general, existența unui mandat autentic și special, așa cum am amintit anterior.⁶⁷

Întrucât legiuitorul instituie un regim juridic restrictiv în materia liberalităților, această rigurozitate se reflectă și în cazul ofertei de donație, care derogă de la normele aplicabile în general ofertei de a contracta.⁶⁸ În acest sens, dreptul comun în materie prevede că oferta este irevocabilă în măsura în care menționează termenul în care ar trebui acceptată, iar în absența unei asemenea precizări, oferta rămâne valabilă pentru un termen rezonabil, care să fie suficient pentru ca aceasta să fie primită și analizată, iar acceptarea să fie expediată.⁶⁹

Regulile speciale în materia donației statuează, în cuprinsul art. 1013 alin. (1) C.civ., că oferta poate fi revocată cât timp ofertantul nu a cunoscut acceptarea ei de către destinatar.⁷⁰ S-a arătat că donația nu produce efecte în sensul nașterii obligației donatorului decât din ziua în care a fost acceptată.⁷¹ Ținând cont de faptul că încheierea donației între absenți presupune ca oferta și acceptarea să nu fie cuprinse în același înscris, actele trebuie întocmite separat și în formă autentică, în sensul dispozițiilor art. 1187 C.civ.⁷² Însă, cu toate că acceptarea trebuie să fie făcută expres, revocarea se poate face chiar și tacit, prin înstrăinarea bunului în favoarea unei alte persoane, acțiune din care reiese lipsa intenției liberale⁷³, iar destinatarul nu trebuie notificat în mod obligatoriu.

În situația în care acceptarea ofertei este precedată de revocare, decesul ori incapacitatea ofertantului, formarea contractului de donație nu poate avea loc întrucât intervine caducitatea ofertei.⁷⁴ Totuși, decesul destinatarului nu împiedică formarea valabilă a contractului întrucât moștenitorii acestuia pot comunica acceptarea făcută de acesta în timpul vieții sale. Cu toate acestea, moștenitorii destinatarului nu pot accepta în locul acestuia.⁷⁵ În privința persoanelor lipsite de capacitate de exercițiu, acceptarea ofertei trebuie făcută de către reprezentantul legal al acestora, iar persoanele cu capacitate restrânsă de exercițiu pot accepta cu încuviințare din partea ocrotitorului legal, așa cum prevăd dispozițiile art. 1013 alin. (4) C.civ.

4. Promisiunea de donație

Promisiunea de donație, ca specie a promisiunii de a contracta, trebuie să cuprindă toate clauzele contractului promis, în absența cărora operațiunea nu ar mai putea fi executată, așa este prevăzut și în art. 1279 alin. (1) C.civ., cu mențiunea că acest act trebuie încheiat tot în formă autentică, sub sancțiunea nulității absolute, în sensul art. 1014 alin. (1). Promisiunea de donație poate fi unilaterală, caz în care promitentul își asumă obligația să doneze în viitor un bun către beneficiarul acestei promisiuni, sau bilaterală, atunci când promisiunea este oferită și acceptată în forma autentică prevăzută de lege pentru contractul de donație.

Cu toate acestea, neexecutarea promisiunii nu conferă beneficiarului dreptul de a cere instanței de judecată pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract autentic de donație. De altfel, un astfel de remediu este împiedicat de caracterul gratuit al donației.⁷⁶ Temeiul legal îl reprezintă prevederile art. 1279 alin. (3) C.civ., potrivit cărora pronunțarea unei hotărâri se face numai dacă permite natura contractului, iar art. 1014 alin. (2) înlătură orice posibilitate legală de a obține pe cale judiciară executarea în natură a contractului.⁷⁷

În schimb, neexecutarea promisiunii de donație permite beneficiarului astfel prejudiciat să pretindă daune-interese echivalente cu cheltuielile pe care le-a făcut și avantajele pe care le-a acordat terților în considerarea promisiunii.⁷⁸ Pentru evitarea abuzului de drept, proba și cuantumul daunelor pretinse de beneficiarul promisiunii sunt lăsate la aprecierea instanței de judecată. Revocarea promisiunii poate interveni de drept atunci când sunt incidente cauzele de revocare pentru ingratitudine enumerate la art. 1023 C.civ., sau în situația în care executarea promisiunii devine excesiv de oneroasă ori promitentul devine insolubil.⁷⁹

5. Concluzii

Liberalitățile sunt considerate a fi acte juridice problematice întrucât implică un transfer de drepturi, de regulă fără contraprestație, motiv pentru care legiuitorul le stabilește un regim juridic mai restrictiv în comparație cu cel al contractelor cu titlu oneros.⁸⁰ Întrucât dreptul civil român este tributar celui francez, a fost firească preluarea principiului solemnității din Codul civil Napoleon, însă trebuie scos în evidență faptul că originea acestei reguli este mult mai veche – precede cu jumătate de veac Revoluția Franceză – și reflectă ideologia dominantă epocii istorice în care a fost edictată.

Cu toate că solemnitatea aparține unui *Ancien Régime* preocupat de menținerea averii în interiorul aceleiași familii, legiuitorul contemporan a păstrat acest mecanism cu scopul de a ocroti părțile contractante. Astfel, pentru a se evita periclitarea circuitului civil (care ar deveni instabil în absența acestor dispoziții), au fost instituite norme care să apere interesele părților contractante. Anticipând pericolele la care acestea s-ar expune, legiuitorul protejează atât donatorul și familia acestuia, stabilind condiția formei autentice, cât și pe donatar, împotriva incertitudinii beneficiului obținut, prin consacrarea irevocabilității donației.

* Student, Universitatea „Ovidius” din Constanța; anthonymurphy@yahoo.co.uk.

¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009 și a intrat în vigoare la data de 1 octombrie 2011, fiind pusă în aplicare prin Legea nr. 71/2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011.

² Florin Moțiu, *Contractele speciale*, Editura Universitii Juridice, București, 2014, p. 115.

³ Donația era definită în Codul civil francez ca fiind un act întrucât Napoleon Bonaparte a apreciat că noțiunea de contract implică asumarea de sarcini mutuale de către părți. Cu toate că acest sofism a fost denunțat mai târziu de doctrină, denumirea de act a fost preluată și de Codul civil italian, care în schimb particulariza noțiunea, în conținutul art. 1050: „*un atto di spontanea liberalità*” (în traducere, un act de liberalitate spontană). A se vedea Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil*, vol. IV, partea I, Socec & Co., București, 1913, p. 11, n. 5.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

- ⁵ *Ibidem*; Mugurel Marius Oprescu, *Contractul de donație*, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 5.
- ⁶ Art. 78 alin. (1) din Legea nr. 36/1995 statuează că „actele juridice pentru care legea prevede forma autentică *ad validitatem* vor fi redactate numai de notarii publici”.
- ⁷ Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 444 din 18 iunie 2014.
- ⁸ Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 2237/1956, în *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă (1952-1969)*, p. 379, *apud* Florin Moțiu, *op.cit.*, p. 117.
- ⁹ D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român*, vol. II, Socec & Co., București, 1926, p. 294; Ambroise Colin, Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3^{ème} tome, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1932, p. 819; Marcel Planiol, George Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{ème} tome, 11^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1932, p. 663.
- ¹⁰ D. Alexandresco, *op.cit.*, 1926, pp. 294-295.
- ¹¹ Juanita Goicovici, „Discuții în legătură cu solemnitatea contractului de donație”, în *Dreptul*, nr. 7/2005, p. 39.
- ¹² Matei B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Editura All Educational, București, 1998, p. 363.
- ¹³ Sugestia implică exercitarea influenței asupra gândirii dispunătorului pentru ca acesta să ia o decizie pe care nu ar fi luat-o în absența acestei intervenții, în vreme ce captația presupune inspirarea unui atașament față de dispunător pentru ca acesta să fie determinat să îi procure un avantaj (M. Planiol, G. Ripert, A. Trasbot, Y. Loussouarn, *Traité pratique de droit civil français*, vol. V, L.G.D.J., Paris, 1956, p. 272, n. 2, *apud* D. Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 115, n. 5).
- ¹⁴ D. Alexandresco, *op.cit.*, 1913, p. 14; Constantinovici, în Flavius Antoniu Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 1127; Fr. Terre, Y. Lequette, *Droit civil. Les succesion, Les liberalites*, Edition Dalloz, Paris, 1997, p. 368, *apud* Florin Moțiu, *op.cit.*, p. 118.
- ¹⁵ M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, p. 664.
- ¹⁶ J. Goicovici, *op.cit.*, p. 39.
- ¹⁷ Ioan Leș, *Elemente de drept notarial*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 77.
- ¹⁸ Dan Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 185.
- ¹⁹ I. Leș, *op.cit.*, p. 93.
- ²⁰ Reducțiunea liberalităților excesive reprezintă sancțiunea civilă care se aplică donațiilor ori legatelor făcute cu încălcarea rezervei succesoriale și constă în lipsirea de eficacitate a acestora, însă nu trebuie confundată cu nulitatea. Pentru mai multe amănunte legate de instituția reducăunii, a se vedea Francisc Deak, Romeo Popescu, *Tratat de drept succesoral*, vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 315 și urm.
- ²¹ Constantinovici, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op.cit.*, p. 1129.
- ²² A se vedea punctul I.4. din Protocolul de colaborare nr. 429.312/1.404/2010 încheiat între Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară și Uniunea Națională a Notarilor Publici din România privind modul de efectuare a operațiunilor de publicitate imobiliară, în aplicarea Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare.
- ²³ I. Leș, *op.cit.*, p. 77.
- ²⁴ D. Alexandresco, *op.cit.*, 1926, pp. 293-294; D. Chirică, *op.cit.*, p. 177; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. III, Editura Națională „S. Ciornei”, București, 1928, p. 765.
- ²⁵ A. Colin, H. Capitant, *op.cit.*, pp. 823-824; Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Actami, București, 1999, p. 130; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op.cit.*, p. 765.

- ²⁶ Tribunalul Suprem, col.civ., decizia nr. 800/1963, în *J.N.* nr. 6/1964, p. 163, *apud* Fr. Deak, *op.cit.*, p. 128; Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 1809/1971, decizia nr. 407/1972 și decizia nr. 344/1973, în *Repertoriu* 1969-1975, p. 135, *apud* Florin Moțiu, *op.cit.*, p. 118.
- ²⁷ Ph. Malaurie, *Les successions. Les libéralités*, p. 197, nr. 393, *apud* D. Chirică, *op.cit.*, p. 185; M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, p. 665; Tribunalul Suprem, deciziile nr. 800/1963, nr. 1809/1971, nr. 344/1973 și nr. 407/1972, în *Repertoriu* 1969-1975, p. 135, *apud* Fr. Deak, *op.cit.*, p. 129, n. 20.
- ²⁸ Anterior, sub imperiul vechiului Cod civil, s-a arătat că este posibilă confirmarea unei donații pentru vicii care nu țin de forma acesteia. În acest sens, a se vedea D. Alexandresco, *op.cit.*, 1926, p. 293.
- ²⁹ Fr. Deak, *op.cit.*, pp. 129-130.
- ³⁰ C. Macovei, Dobrilă, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op.cit.*, p. 1126.
- ³¹ M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, p. 666.
- ³² C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op.cit.*, p. 474?
- ³³ M.B. Cantacuzino, *op.cit.*, p. 364; A. Colin, H. Capitant, *op.cit.*, p. 827; Fr. Deak, *op.cit.*, p. 130.
- ³⁴ D. Alexandresco, *op.cit.*, 1913, p. 208; M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, p. 666.
- ³⁵ M.M. Oprescu, *op.cit.*, p. 78.
- ³⁶ A. Colin, H. Capitant, *op.cit.*, p. 825.
- ³⁷ M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, 683.
- ³⁸ Fr. Deak, *op.cit.*, p. 132.
- ³⁹ F. Moțiu, *op.cit.*, p. 120.
- ⁴⁰ A. Colin, H. Capitant, *op.cit.*, p. 825; Fr. Deak, *op.cit.*, p. 132.
- ⁴¹ *Ibidem*; Constantinovici, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op.cit.*, p. 1128.
- ⁴² M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, p. 666.
- ⁴³ D. Alexandresco, *op.cit.*, 1913, pp. 254-257, 260-262; M.B. Cantacuzino, *op.cit.*, p. 365.
- ⁴⁴ M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, p. 667.
- ⁴⁵ *Ibidem*.
- ⁴⁶ M.B. Cantacuzino, *op.cit.*, p. 366.
- ⁴⁷ D. Alexandresco, *op.cit.*, 1913, pp. 262-263.
- ⁴⁸ M.B. Cantacuzino, *op.cit.*, pp. 366-367.
- ⁴⁹ A. Colin, H. Capitant, *op.cit.*, p. 838.
- ⁵⁰ M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, p. 668.
- ⁵¹ F. Moțiu, *op.cit.*, p. 138.
- ⁵² D. Alexandresco, *op.cit.*, 1913, p. 276.
- ⁵³ Corneliu Turianu, „Donațiile deghizate și indirecte reflectate în literatura juridică și în practica judiciară”, în *Dreptul* nr. 8/2000, p. 151.
- ⁵⁴ Dan Chirică, „Donațiile deghizate și indirecte”, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 3/2009, p. 39.
- ⁵⁵ R. Constantinovici, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op.cit.*, p. 1127.
- ⁵⁶ Liviu Stănculescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 226.
- ⁵⁷ A. Colin, H. Capitant, *op.cit.*, p. 829; Fr. Deak, *op.cit.*, p. 149.
- ⁵⁸ Fr. Deak, *op.cit.*, p. 150.
- ⁵⁹ *Ibidem*, pp. 150-151.
- ⁶⁰ Practica judiciară a stabilit că, din prevederile art. 812 și art. 940 din vechiul Cod civil, rezultă că „donațiile deghizate sub forma unui contract oneros sunt valabile [în măsura în care] sunt făcute în favoarea unei persoane capabile” (a se vedea, în acest sens, C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat*, vol. II, Editura Librăriei „Universala” Alcalay, București, 1925, p. 229, pct. 38, *apud* Fr. Deak, *op.cit.*, p. 150, n. 93). Această soluție este împărtășită și de jurisprudența franceză (a se vedea decizia Camerei civile a Curții Supreme din 31 mai 1813, citată de A. Colin, H. Capitant, *op.cit.*, p. 830).

- ⁶¹ M.B. Cantacuzino, *op.cit.*, p. 368-369; D. Chirică, *op.cit.*, 2014, p. 207; F. Moțiu, *op.cit.*, p. 127.
- ⁶² D. Alexandresco, *op.cit.*, 1926, pp. 312-313; Fr. Deak, *op.cit.*, p. 151.
- ⁶³ R. Constantinovici, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op.cit.*, p. 1128.
- ⁶⁴ Fr. Deak, *op.cit.*, p. 153.
- ⁶⁵ A. Colin, H. Capitant, *op.cit.*, p. 824; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op.cit.*, p. 766.
- ⁶⁶ D. Chirică, *op.cit.*, 2014, p. 177.
- ⁶⁷ A se vedea *supra*, nota 24.
- ⁶⁸ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op.cit.*, p. 766.
- ⁶⁹ D. Chirică, *op.cit.*, 2014, p. 177.
- ⁷⁰ *Ibidem*, p. 178.
- ⁷¹ Tribunalul București, secția a IV-a civilă, decizia nr. 1406/1992, în *Culegere de practică judiciară în materie civilă pe anul 1992 a Tribunalului București*, p. 150, *apud* F. Moțiu, *op.cit.*, p. 119.
- ⁷² A se vedea R. Constantinovici, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op.cit.*, p. 1130; Curtea de Apel București, secția a III-a civilă, decizia nr. 1249/1995, în *Curtea de Apel București. Culegere de practică judiciară civilă 1993-1998*, Editura All Beck, București, 1999, p. 14-15, *apud* D. Chirică, *op.cit.*, 2014, p. 178.
- ⁷³ D. Chirică, *op.cit.*, 2014, p. 178-179.
- ⁷⁴ Fr. Deak, *op.cit.*, p. 130.
- ⁷⁵ F. Moțiu, *op.cit.*, p. 119.
- ⁷⁶ R. Constantinovici, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op.cit.*, p. 1131.
- ⁷⁷ *Ibidem*.
- ⁷⁸ F. Moțiu, *op.cit.*, p. 117.
- ⁷⁹ *Ibidem*.
- ⁸⁰ D. Alexandresco, *op.cit.*, 1913, p. 370.

ARTICOLE

CÂTEVA CONSIDERAȚII PE MARGINEA PROIECTULUI DE MODIFICARE A LEGII NR. 514/2003 PRIVIND ORGANIZAREA ȘI EXERCITAREA PROFESIEI DE CONSILIER JURIDIC

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).1.8

Published Online: 2017-03-15

Published Print: 2017-03-30

Andra HUIDAN*

Abstract: *A few considerations regarding the draft law amending Law 514/2003 on the exercise and practice of the legal adviser profession. Over the past few years, the legislation regarding legal advisors has made the object of two attempts to reform. None of the two bills passed by a vote in Parliament and so, the legal framework remains as it is, despite its multiple flaws and inadequacies caused by the lack of adaptation to current realities. Unlike other legal professions, the legal advisor practices under the authority of his employer, which gives him the statute of an employee rather than the one afferent to a free practitioner. The possibility of private legal practice is a non-existent option in the current state of the legislation. The article analyzes the amendments the two bills proposed, which follow the line of improvement towards professional independence, thoroughly organised professional associations and, nonetheless, means of increasing self-performance as one of the legal professions in the judicial system. All of the above are subsequent to a series of debates between members of the Legal Advisors College and representatives of the National Union of Romanian Bars.*

Keywords: *private legal practice, legal advisor, professional performance, legal compartments, professional independence*

Cuvinte cheie: *societăți civile profesionale, consilier juridic, pregătire profesională, compartimente judiciare, independență profesională*

Legea nr. 514/2003 privind organizarea și exercitarea profesiei de consilier juridic a făcut, de-a lungul timpului, obiectul a doua inițiative legislative de modificare a parametrilor de exercitare a profesiei, ambele proiecte fiind respinse de către Parlament. Primul proiect de lege, care a vizat modificarea statutului consilierului juridic, Pl. x – nr. 312/2010¹, a fost respins definitiv de către Camera Deputaților, într-o conjunctură diametral opusă față de cea în care se află actualul proiect. Pl. x – nr. 312/2010 a fost adoptat, într-o primă etapă, de către Senat. Cea de-a doua inițiativă legislativă de modificare, *proiectul Legii nr. 138/2016 privind modificarea și completarea Legii nr. 514/2003 privind organizarea și exercitarea profesiei de consilier juridic precum și a Legii nr. 200/2004 privind recunoașterea diplomelor și*

calificărilor profesionale pentru profesiile reglementate din România, cu modificările și completările ulterioare, urmând regimul legilor organice, este plasat, pentru adoptare, către Camera Deputaților, aceasta fiind camera decizională, care va fi sesizată ulterior, după votul Senatului. Legea nr. 138/2016, a fost respinsă de către Senat, cu majoritate de voturi, în cadrul ședinței din 27.06.2016². Cu toate că legea așteaptă votul decizional definitiv al Camerei Deputaților, aflându-se în prezent în dezbateră a acestei camere, adoptarea dispozițiilor legislative pare o alternativă distantă și improbabilă în contextul necesităților de reformare a profesiei de consilier juridic. Membrii ai Senatului, organe reprezentative ale U.N.B.R, cât și Guvernul au exprimat puncte de vedere negative referitoare la modificările propuse.

Restructurarea profesiei, astfel cum s-a dorit în anul 2009, prin intermediul Pl. x – nr. 312/2010, a vizat însăși natura publică, respectiv privată a acestei profesii, care se regăsește în Codul Ocupațiilor din România sub denumirea de “consilier juridic” sau “consultant juridic”. În funcție de grupa de ocupații din care face parte, consilierul juridic aparține *Specialiștilor în domeniul juridic*, iar consultantul juridic, având un nivel de studii nedefinit de către Codul COR, aparține grupei de bază a *Înălților conducători ai administrației publice*. Acest caracter de subspecie este reliefat și în cazul primei categorii, al cărei indicator stabilește ca și grupă de bază pe cea a avocaților³. Pornind de la aceste precizări, vom analiza punctual încercarea de modificare a statutului profesiei prin raportare la structurile publice în care consilierul juridic își desfășoară activitatea, atrăgând atenția asupra lacunei legislative care s-ar fi creat prin adoptarea Pl. x – nr. 312/2010, dispozițiile acestuia lăsând în afara sferei de aplicare a legii, consilierul juridic angajat, în baza unui contract individual de muncă, în cadrul unei întreprinderi, societăți private.

Astfel, potrivit art. 1, 2 și 3 ale Legii nr. 514/2003 privind organizarea și exercitarea profesiei de consilier juridic, în forma sa actuală, consilierul juridic poate să fie numit în funcție sau angajat în muncă, urmând să aibă statutul unui funcționar public, respectiv al unui salariat și este acea persoană care asigură apărarea drepturilor și intereselor legitime ale statului, ale autorităților publice centrale și locale, ale instituțiilor publice și de interes public, precum și ale persoanelor juridice de drept privat, în slujba cărora se află. Scindând modurile de exercitare a profesiei și într-o optică inedită din perspectiva cadrului de muncă al consilierului juridic, Pl. x – nr. 312/2010 păstra în sfera de aplicabilitate a legii și a statutului profesiei doar persoana care își exercită atribuțiile în slujba persoanelor juridice de drept public, art. 3 al acestui text de lege prevăzând că este asimilată unui magistrat persoana care își desfășoară activitatea în cadrul autorităților administrației publice centrale, locale și județene, precum și a instituțiilor publice corespunzătoare. Art. 1 al (2) mai prevedea că au calitatea de consilieri juridici “numai persoanele care își desfășoară activitatea în compartimentele judiciare prevăzute de prezenta lege”⁴. Proiectul ar fi impus ca la nivelul autorităților administrației publice centrale, județene și locale să fie constituite anumite structuri judiciare, în cadrul cărora să își desfășoare activitatea consilieri juridici numiți în funcție sau angajați în muncă, aceștia fiind singurii care ar urma să beneficieze de prevederile Legii nr. 514/2003 și implicit, de statutul magistratului, având drepturi și obligații similare.

Compartimentele judiciare menționate mai sus, pot fi clasificate în 3 categorii, în funcție de autoritatea publică în cadrul căreia ar fi urmat să funcționeze. Astfel, potrivit art. 24 al Pl. x – nr. 312/2010 *directiile generale judiciare* ar fi fost constituite la nivelul

administrației publice centrale, al prefecturilor și al consiliilor județene, *direcțiile judiciare* ar fi urmat să funcționeze în cadrul consiliilor locale, iar la nivelul instituțiilor publice, în funcție de structura acestora, urmau să funcționeze *birouri și servicii judiciare*. Aceste unități ar fi fost subordonate numai Consiliului Superior al Magistraturii. Stabilirea modului de organizare și al numărului posturilor disponibile a fost plasată în sarcina Ministerului de Justiție, iar numirea directorilor acestor structuri urma să fie făcută de către președinte prin decret, într-un mod asemănător celui în care sunt numiți judecătorii.

În anticiparea dificultăților pe care o astfel de soluție legislativă le-ar fi atras, instituind *minimul subordonării pur administrative a unui departament al autorității publice față de structura în cadrul căreia acesta funcționează*, principala critică de la acea vreme a fost în legătură cu asimilarea statutului consilierilor juridici cu cel al magistraților, în temeiul mai multor prevederi. Textul proiectului de lege ridica probleme de constituționalitate, sub acest aspect. Magistratura, ca și activitate judiciară, deși este definită în Legea nr. 303/2004, iar nu în textul Constituției, este desfășurată doar de către judecători și procurori, aspect consacrat atât la nivel constituțional, prin enumerarea entităților care fac parte din autoritatea judecătorească (instanțele judecătorești și Ministerul public), cât și la nivelul legislației primare, prin ancorarea activității în anumite scopuri limitativ enumerate în art. 1 al Legii nr. 303/2004. Astfel că, deși apreciem neconstituționalitatea textelor analizate doar prin raportare la scopul desfășurării activității judiciare, astfel cum este cuprins în art. 124 și art. 131 ale Constituției, adoptarea Pl. x – nr. 312/2010 ar fi presupus o extindere a noțiunii de “magistratura”. Modificarea Legii nr. 303/2004 privind organizarea judiciară este una dintre schimbările pe care intrarea în vigoare a acestui proiect ar fi antamat-o, alături de modificarea unor dispoziții ale Legii nr. 215/2001 privind administrația publică locală, precum și ale Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, lege care încadrează consilierul juridic funcționând în cadrul unei autorități publice ca funcționar public.

Un aspect pozitiv al acestei asimilări cu totul inedite, propusă de către inițiatorii proiectului de lege, ar fi fost faptul că, activitatea publicistică salarizată ar fi devenit compatibilă cu exercitarea profesiei de consilier juridic, asemănător regimului incompatibilităților magistraților, precum și ale avocaților. Din acest punct de vedere, doctrina a susținut o restructurare a profesiilor juridice⁵.

Una dintre inadvertențele conținute în acest proiect privește caracterul profesiei și, mai precis, pe cel al independenței. Problematika independenței profesionale este încă actuală, fiind aspectul central al tuturor dezbaterilor privind restructurarea profesiei. *O distincție se impune a fi făcută, între independența opiniilor profesionale ale consilierului juridic, în exercitarea atribuțiilor sale și independența profesiei față de alte profesii juridice reglementate autonom, precum și față de structura în cadrul căreia consilierul juridic își desfășoară activitatea*. Art. 5 al proiectului de modificare proclama consilierul juridic independent în exercitarea profesiei, asemenea magistratului, acesta supunându-se numai legii, statutului profesiei și codului deontologic profesional, în vreme ce art. 7 vorbește despre consilierii juridici “încadrați” în compartimente judiciare constituite la nivelul autorităților administrației publice. Avem în vedere, referitor la modul în care ar fi funcționat cele două articole coroborate, independența profesională în latura sa privitoare la raporturile consilierului juridic cu beneficiarul serviciilor sale. Singurul mod consacrat legal prin care un

consilier juridic poate presta activități în favoarea unei entități juridice este, și ar fi rămas și odată cu intrarea în vigoare a acestui proiect, încadrarea în muncă a consilierilor juridici prin numirea în funcție sau angajare în cadrul entității în slujba căreia își desfășoară activitatea, apărând drepturile acestei persoane juridice. Funcționarea compartimentelor judiciare în cadrul unor autorități publice, raporturile de muncă existente între consilierul juridic și beneficiarul serviciilor sale, precum și scopul activității desfășurate de către consilierul juridic, scop care nu poate excede intereselor autorității publice și implicit ale statului, fac ca acesta să nu poată fi caracterizat ca independent în exercitarea profesiei față de entitatea angajatoare, ci subordonat instituției în care funcționează. Deși s-a dorit ca profesia de consilier juridic să fie caracterizată de independența profesională de care se bucură magistratul, această asimilare nu este viabilă prin prisma scopului activității desfășurate. Astfel, scopul desfășurării activității judiciare de către judecător este înfăptuirea justiției, după cum cel al desfășurării activității judiciare de către procuror este cel al apărării ordinii de drept. Scopul activității desfășurate de către consilierul juridic este și ar fi rămas și în forma modificată a legii “apărarea drepturilor și intereselor legitime ale statului, ale autorităților publice centrale și locale, ale instituțiilor publice...în slujba cărora se află”. Orice încercare de a caracteriza profesia de consilier juridic ca *independentă prin prisma relației cu entitatea beneficiară*, presupune ca și condiții sine qua non, eliminarea raporturilor de muncă, precum și, la nivel teoretic, identificarea interesului public în funcționarea organizațiilor profesionale ale consilierilor juridici. După cum s-a atras atenția în doctrină, consilierul juridic exercită un rol de prevenție referitor la situațiile litigioase⁶ în care este atrasă răspunderea entității ale cărei interese le apără, îndeplinindu-și în acest scop atribuțiile prevăzute de lege, precum și de alte acte emise de către instituția beneficiară a serviciilor sale.

De altfel, raporturile de muncă au ca situație premisă subordonarea, presupun imixțiuni de fond în activitatea consilierului juridic și mențin imposibilitatea acestuia de a-și organiza “afacerile” pe cont propriu⁷. În acest sens s-a pronunțat și Curtea Constituțională prin Decizia nr. 101 din 27 februarie 2014, statuând că “profesia de consilier juridic, nefiind o profesie liberală asemenea celei de avocat, nu poate fi exercitată decât în limitele cadrului legal al raportului de serviciu (în condițiile prevăzute de Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici) sau al raportului juridic de muncă (în urma încheierii unui contract individual de muncă în conformitate cu prevederile Codului muncii)”. *Subliniem astfel, că orice încercare de liberalizare a profesiei trebuie să aibă fundamentul interesului public în desfășurarea activității specifice, fundament care să se deosebească de exercitarea unei apărări calificate, pentru a evita apariția nejustificată a unor structuri paralele celor create în baza Legii nr. 51/1995, structuri a căror necesitate nu s-a conturat până în prezent.*

Necesitățile de restructurare a profesiei de consilier juridic se datorează lipsei unui cadru asociativ coerent, exclusiv și cu drepturi depline în ceea ce privește profesia și membrii săi, precum și lipsei unui program de pregătire profesională continuă asemenea celui instituit pentru profesia de avocat. Nevoia imperioasă de perfecționare profesională se conturează în special în raport cu variatele obiecte de activitate ale entității ale cărei interese le apără, aspect care transformă consilierul juridic într-un simplu subordonat în desfășurarea unor activități de interes public sau privat, în antiteză cu profesionistul independent. Totuși, consilierul juridic poate fi pus în situația concretă de a exercita apărarea calificată în beneficiul entității angajatoare,

reprezentând beneficiarul serviciilor sale în fața instanțelor judecătorești și a celorlalte autorități cu atribuții jurisdicționale. Tocmai pentru acest considerent, trebuie recunoscut consilierului juridic accesul la forme de pregătire și perfecționare profesională la standarde corespunzătoare. În această componentă a activității sale, interesul public este pregnant, iar lipsa reglementărilor în materie este de natură să afecteze calitatea activității consilierului juridic. Orice formă suplinoare a acestei lacune prin subordonarea consilierilor față de Consiliul Superior al Magistraturii sau prin introducerea unei forme liberale de exercitare a profesiei în cadrul unor societăți profesionale este inutilă și creatoare de confuzii.

În strânsă legătură cu realizarea activității consilierului juridic, atât legea cât și proiectul de modificare în discuție recunosc consilierului independența opiniilor profesionale, inviolabilitatea lucrărilor și actelor cu caracter profesional, garanții care apar ca inerente unei profesii juridice organizate autonom și care se exercită integrat în sistemul de justiție românesc. În ceea ce privește ultima componentă a independenței consilierului juridic față de alte profesii organizate, aceasta este consacrată în cadrul art. 2 al Statutului profesiei și nu poate fi contestată, în condițiile dispozițiilor Legii nr. 514/2003.

Pl. x – nr. 312/2010 mai impunea obligația consilierilor juridici de a se asigura pentru răspundere profesională, similar avocaților. Din toate aceste motive, proiectul de modificare a Legii nr. 514/2003 a fost respins cu majoritate de voturi de către Camera Deputaților, în anul 2010.

Într-o a doua încercare de modificare a legii profesiei și pornind de la dezideratul creării unei independențe profesionale parțiale⁸, proiectul *Legii nr. 138/2016 privind modificarea și completarea Legii nr. 514/2003 privind organizarea și exercitarea profesiei de consilier juridic precum și a Legii nr. 200/2004 privind recunoașterea diplomelor și calificărilor profesionale pentru profesiile reglementate din România, cu modificările și completările ulterioare* a fost înregistrat la Senat pentru dezbatere în anul 2015, în procedură de urgență. În intervalul de timp scurs de la înregistrare și până la momentul votului negativ al acestei camere (27.06.2016)⁹, asupra modificărilor propuse s-au pronunțat, prin emiterea unor avize, Consiliul Legislativ, Guvernul, Comisia pentru muncă, familie și protecție socială, Comisia pentru drepturile omului, culte și minorități și Comisia pentru egalitatea de șanse.

Ca un corolar al independenței profesionale a consilierului juridic, proiectul de lege¹⁰ introduce o nouă formă de exercitare a profesiei prin *societăți civile profesionale* al căror unic obiect de activitate îl constituie principalele moduri în care consilierului juridic își realizează activitatea, astfel cum sunt consacrate la art. 4 al legii și care fac, la rândul lor, obiectul unor succinte modificări. Astfel, consilierul juridic își îndeplinește atribuțiile oferind asistență și consultanță juridică, reprezentând entitățile de interes public și privat în fața instanțelor judecătorești, redactând opinii juridice, proiecte de contracte, alte acte juridice, ocazie cu care acesta poate atesta identitatea părților, a conținutului, a datei și a consimțământului părților prin aplicarea parafei profesionale individuale conținând elemente de identificare ale Colegiului din care acesta face parte. Actuala forma a Legii nr. 514/2003 mai prevede printre activitățile consilierului juridic și avizarea și contrasemnarea actelor cu caracter juridic, verificarea legalității actelor, precum și semnarea, în cadrul reprezentării, a documentelor cu caracter juridic. Toate aceste atribuții corespund formelor subordonate de desfășurare a activității, ca și angajat sau ca și funcționar public în cadrul entităților private sau publice.

Societatea civilă profesională vine în completarea celor două, entitate cu personalitate juridică, constituită în baza unui contract de societate de către unul sau mai mulți consilieri juridici definitivi și supusă unor formalități de înregistrare la Colegiul din județul în care societatea își are sediul. Acest Colegiu este responsabil și de înregistrarea filialelor constituite potrivit art. 2 al. (4). Textul legii nu menționează condiții suplimentare pentru înființarea societății, singura cerință fiind cea cu privire la calitatea asociaților. Dat fiind faptul că modul de organizare, funcționare și dizolvare al societății sunt lăsate de al. (7) al art. 2 în sarcina Congresului Consilierilor Juridici, Regulamentul ar putea să prevadă cerințe privind compunerea capitalului social, a duratei societății și a aporturilor consilierilor juridici definitivi asociați. Dorim să atragem atenția asupra calificării desuete a formei de exercitare a profesiei, aceasta nefiind în concordanță cu Legea nr. 71/2011 care prevede la art. 7 lit. c), înlocuirea sintagmei “societate civilă profesională” cu aceea a “societății profesionale”, cu sau fără personalitate juridică, în cuprinsul tuturor actelor normative. Acest aspect a fost semnalat și în ceea ce privește Legea nr. 51/1995¹¹.

Activitatea care ar urma să fie desfășurată de către acești profesioniști ai dreptului a fost și ea diversificată prin includerea a doua noi tipuri de prerogative și atribuțiuni, noutăți pe care le regăsim în textul art. 4 al legii în dezbatere, spre deosebire de actuala reglementare care consacră activitățile consilierului juridic în textul art. 10, într-o formă mai precisă. Noutățile constau în posibilitatea consilierului juridic de a atesta conținutul și data certă pentru validitatea actelor juridice întocmite și de a desfășura activități de conciliere, negociere, management și audit juridic.

Activitățile de negociere nu reprezintă o noutate absolută în ceea ce privește exercitarea profesiei, acestea sunt consacrate și în actuala reglementare cu o referire punctuală la clauzele contractuale. Activitățile de conciliere sunt cele care vin să completeze sfera formelor de activitate profesională a consilierului juridic, respectiv a serviciilor oferite în cadrul formei societare propuse. În concret, acestea pot avea scopul de a preîntâmpina apariția situațiilor litigioase sau de a stinge unele deja declanșate. Textul legii nu face nicio distincție sub acest aspect, astfel că, raportul dintre această activitate și cea desfășurată de către mediatori în baza Legii nr. 192/2006 nu se conturează cu claritate, obligativitatea vreunei autorizări suplimentare a consilierului nu este consacrată, iar o incompatibilitate *de plano* între cele două profesii nu există, din perspectiva art. 13 al Legii nr. 192/2006¹². Totuși, analizând textul Legii nr. 514/2003, în forma sa actuală, observăm faptul că profesia de consilier juridic este incompatibilă cu orice altă profesie autorizată sau salarizată în România. Textul Legii nr. 138/2016 modifică însă regimul incompatibilităților, eliminând incompatibilitatea activității cu cea publicistică salarizată, intervenție salutară, precum și incompatibilitatea vizând orice altă profesie autorizată sau salarizată. Conchidem astfel că, diferența dintre activitatea de conciliere și cea de mediere nu este una de substanță, în viziunea legiuitorului.

Noțiunea de management juridic este conexată de către autorii de specialitate¹³ cu activitatea de legiferare și aplicare a legilor. Aceste activități, primate în ansamblul lor, ca un sistem, ar presupune o conducere, într-un mediu organizațional, având o anumită structură, acest mediu fiind constituit în vederea realizării unor obiective. Beneficiile acestui sistem ar consta tocmai în posibilitatea de a analiza eficiența actului de conducere a activității, prin analiza

performanțelor obținute în cadrul sistemului, în raport de obiectivele propuse și procentul de realizare al acestora. Este, fără îndoială, vorba despre un instrument adjuvant în asigurarea calității activităților cu specific juridic desfășurate de către diverși actori în sistemul de justiție românesc sau, de ce nu, în chiar procesul de legiferare.

În ceea ce privește activitatea de audit juridic, aceasta, fără a beneficia de o reglementare proprie, este desfășurată în momentul de față de către instituțiile și autoritățile publice, cu privire la activitatea juridică proprie, în cadrul misiunilor de audit intern, cu o periodicitate variabilă, în funcție de prevederile Legii nr. 672/2002 privind auditul public intern¹⁴. Referitor la societățile comerciale având capital majoritar privat, precum și la cele pe acțiuni, s-a conturat, în ultima perioadă, o practică a contractării unor astfel de audituri, realizate de către societăți profesionale de avocați. În concret, în cadrul unui astfel de audit juridic, verificările pot varia de la analiza situațiile litigioase în care firma sau societățile sale partenere sunt implicate sau au fost implicate, verificarea raporturilor contractuale în derulare în care societatea s-a angajat, identificarea și verificarea concordanței reglementărilor interne ale societății cu legislația aplicabilă în funcție de obiectul său de activitate.

Trecând la cel de-al doilea mod prin care consilierul juridic își va putea desfășura activitatea și care reprezintă un element de noutate absolută, spre deosebire de marea parte a actualului art. 10 care ar fi urmat să sufere doar reformulări, remarcăm faptul că acest profesionist al dreptului ar urma să poată conferi dată certă unei categorii de înscrisuri, și anume acelor înscrisuri care încorporează operațiuni juridice pentru a căror validitate este necesară această formalitate¹⁵. Din formularea art. 4 al. (1) lit. c) a proiectului de lege, reiese că, într-o formulare nefericită, odată cu atestarea conținutului și a identității părților prin aplicarea parafei profesionale, consilierul juridic va atesta data certă a unui act întocmit în numele entității juridice reprezentate. Considerăm că formularea corectă va pune accentul pe opozabilitatea actului față de terți, din momentul aplicării parafei profesionale și al consemnării în registrul profesional corespunzător. Această soluție este în concordanță și cu prevederile art. 278 Noul Cod de procedură civilă.

Referitor la aceste modificări, U.N.B.R. a emis o opinie¹⁶, o poziție fundamentată pe Decizia ICCJ nr. 22/2006 care prevede că „activitățile juridice de consultanță, de reprezentare și asistență juridică, precum și de redactare de acte juridice, inclusiv a acțiunilor introductive în instanță, cu posibilitatea atestării identității părților, a conținutului și a datei actelor, apărarea și reprezentarea cu mijloace juridice a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice, în raporturile cu autoritățile publice, cu instituțiile și cu orice persoană română sau străină, constituie... activități specifice profesiei de avocat, reglementate în art. 3 din Legea nr. 51/1995, cu modificările și completările ulterioare, ...”. Astfel, încercarea de liberalizare a profesiei de consilier juridic, prin introducerea unei noi forme de exercitare a profesiei (societăți profesionale), precum și prerogativa conferirii datei certe unor anumite categorii de acte reprezintă, de fapt, preluarea unor atribuții specifice profesiei de avocat, lucru care, în esență, este incorect și goleşte Legea nr. 51/1995 de conținut.

Punctul de vedere a fost însușit și de către alți membri ai baroului¹⁷ care au subliniat inutilitatea și redundanța creării unei structuri paralele cu cea a avocaților. Cu toate că au trecut mai bine de 6 luni de la trimiterea proiectului la Cameră pentru dezbateri,

niciun reprezentant al organizației profesionale a consilierilor juridici nu a comentat scopul modificărilor propuse.

Alte modificări introduse prin acest proiect privesc obligativitatea înscrierii în organizația profesională pentru a putea utiliza titlul profesional¹⁸ și impunerea condiției promovării unui examen pentru accesul în profesie. Se poate observa că, reglementarea propusă contribuie la dezideratul privind exercitarea profesiei cu sprijinul unui cadru asociativ organizat, responsabil pentru asigurarea standardelor corespunzătoare privind pregătirea profesională a consilierului juridic. Asemănarea din acest punct de vedere, al legilor nr. 514/2003 și nr. 51/1995, este justificată din perspectiva atribuțiilor de reprezentare în fața instanțelor judecătorești, ce caracterizează ambii profesioniști, în calitatea lor de participanți la înfăptuirea actului de justiție. Mai mult chiar, cele două profesii nu sunt la o primă evoluție tangențială. În anul 2007 dl. avocat prof. dr. Gheorghe Piperea a fost nominalizat de către decanul Baroului București, Cristian Iordănescu, ca alături de secretarul general al Colegiului Consilierilor Juridici București, Lucian Florescu, să întocmească un proiect de lege care să prevadă unificarea profesiilor în discuție¹⁹. Inițiativa a fost pornită la sugestia președintelui *American Barr Association*, urmând modelul american.

Asupra proiectului de lege s-au pronunțat și comisile parlamentare de specialitate, avizând negativ textul propunerii, din motive nespecificate²⁰. Guvernul a emis un punct de vedere de asemenea negativ. Principalele critici au vizat similitudinile nejustificate dintre profesia de consilier juridic astfel reformata și cea de avocat, tehnica legislativă care lasă loc ambiguităților în interpretare și, nu în ultimul rând, lacunele dispozițiilor legale²¹. În acest sens, autoritatea executivului a criticat eliminarea din corpul legii a specificului activității consilierului juridic, astfel cum este consacrat în forma în vigoare a Legii nr. 514/2003, la art. 1²².

Spre deosebire de Pl. x – nr. 312/2010, modificările cuprinse în Legea nr. 138/2016 depășesc sfera teoreticului, a schimbărilor de ordin formal în ceea ce privește statutul consilierului juridic și a calificării acestuia ca independent profesional, în raport cu entitățile în care își desfășoară activitatea. Articolele vizate aduc o varietate salutară în modurile de realizare a activității profesionale, precum și în formele de exercitare a profesiei. Ca orice formă liberală de exercitare a profesiei, societatea de consilieri juridici trebuie să aibă potențialul de a asigura o pregătire profesională adecvată a salariaților săi, în paralel cu desfășurarea obișnuită a activității cotidiene, activitate care nu este desfășurată în exclusivitate de către acești profesioniști. Situația nu este decât favorabilă unui mediu concurențial ale cărui beneficii se vor releva pe parcurs.

Concentrată asupra reglementării acestei noi posibilități și lacunară în ceea ce privește asigurarea unor standarde superioare în exercitarea profesiei de consilier juridic, Legea nr. 138/2016 ar urma să introducă doar un examen de acces în profesie, precum și obligativitatea înscrierii în Colegiile Consilierilor juridici, membre ale Ordinului Consilierilor juridici, pentru a putea utiliza titlul profesional. Ori, utilitatea acestor prevederi în asigurarea unui cadru unitar este subliniată de câțiva ani. În aceste condiții, exprimăm rezerve cu privire la caracterul adecvat al cadrului legislativ în care ar urma să fie adoptate aceste modificări.

* andra.huidan@yahoo.ro.

- ¹ http://www.cameradeputatilor.ro/pls/proiecte/upl_pck.proiect?idp=11074&cam=2
- ² http://www.senat.ro/legis/lista.aspx?nr_cls=L138&an_cls=2016
- ³ <http://coduri-cor.com/>
- ⁴ <http://www.cdep.ro/proiecte/bp/2009/300/70/4/pl374.pdf>
- ⁵ Ș. Beligrădeanu, Considerații în legătură cu Legea nr. 514/2003 privind organizarea și exercitarea profesiei de consilier juridic, Dreptul nr. 2/2004, pag. 14 și următoarele.
- ⁶ L. Florescu, Consilier juridic versus Avocat. Societati profesionale ale consilierilor juridici versus contracte de asistenta ale societatilor de avocatura cu institutii statale, articol disponibil la adresa : <http://www.universuljuridic.ro/consilier-juridic-versus-avocat/>
- ⁷ S. I. Gidro, Motiv de cugetare : proiectul de modificare a Legii Consilierilor Juridici, disponibil la adresa: <https://www.juridice.ro/420467/proiectul-de-lege-pentru-modificarea-legii-nr-5142003-privind-organizarea-si-exercitarea-profesiei-de-consilier-juridic-motiv-de-cugetare.html>
- ⁸ Expunerea de motive a proiectului, document disponibil la adresa : <http://www.senat.ro/legis/PDF/2016/16L138EM.pdf>
- ⁹ http://www.senat.ro/legis/lista.aspx?nr_cls=L138&an_cls=2016
- ¹⁰ Proiectul de lege a fost respins în ședința Senatului din data de 27.06.2016 și se afla în prezent în stadiu de dezbateră, informații disponibile la adresa : http://www.senat.ro/legis/lista.aspx?nr_cls=L138&an_cls=2016
- ¹¹ M. Enache, Societate profesională de avocați în loc de Societate civilă de avocați, disponibil la adresa <https://www.juridice.ro/226573/societate-profesionala-de-avocati-in-loc-de-societate-civila-de-avocati.html>
- ¹² **Art. 13**
Exercitarea profesiei de mediator este compatibilă cu orice altă activitate sau profesie, cu excepția incompatibilităților prevăzute prin legi speciale.
- ¹³ V. Patulea, Tratat de management juridic și jurisdicțional, Editura I.R.D.O., București, 2010, pag. 110 și următoarele.
- ¹⁴ A se vedea, spre exemplu, GHID PRACTIC MISIUNEA DE AUDIT INTERN PRIVIND ACTIVITATEA JURIDICĂ, elaborat de Ministerul Finanțelor Publice, disponibil la adresa : http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/audit/Ghid_juridic_Ed_II.pdf
- ¹⁵ Menționăm, cu titlu de exemplu, subrogatia consimțită de către debitor.
- ¹⁶ <http://uniuneabarourilor.ro/comunicatul-comisiei-permanente-a-unbr-cu-privire-la-propunerea-legislativa-privind-modificarea-si-completarea-legii-nr-5142003-privind-organizarea-si-exercitarea-profesiei-de-consilier-juridic-pre/>
- ¹⁷ S. I. Gidro, op. cit.
- ¹⁸ Lucru care se dorește a fi implementat încă de la prima încercare de reformare a cadrului legislativ în domeniu și ale cărui beneficii pot fi cu greu trecute cu vederea, în condițiile unei nevoi tot mai pregnante de perfecționare profesională într-un cadru unitar, organizat. De altfel, chiar în ședința Senatului, s-a reproșat acestor profesioniști că ar fi “cel mai slab pregătiți absolvenți ai facultăților de drept”.
- ¹⁹ L. Florescu: Profesia de consilier juridic este cea mai frumoasă profesie din lume, interviu disponibil la adresa : <https://www.juridice.ro/410092/lucian-florescu-profesia-de-consilier-juridic-este-cea-mai-frumoasa-profesie-din-lume.html>
- ²⁰ <http://www.senat.ro/legis/PDF/2016/16L138ca15.pdf>
- ²¹ <http://www.senat.ro/legis/PDF/2016/16L138PV.pdf>
- ²² Art. 1 Consilierul juridic asigură apărarea drepturilor și intereselor legitime ale statului, ale autorităților publice centrale și locale, ale instituțiilor publice și de interes public, ale celorlalte persoane juridice de drept public, precum și ale persoanelor de drept privat, în slujba cărora se află și în conformitate cu Constituția și legile țării