

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 1 / 2016
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: asist.dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii:** Juanita GOICOVICI, EFECTELE NULITĂȚII CLAUZELOR ABUZIVE ÎN CONTRACTELE DE CREDIT IPOTECAR / *LES EFFETS DE LA NULLITÉ DES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DE CRÉDIT GARANTIS PAR UNE HYPOTHÈQUE / EFFECTS OF THE UNFAIR TERMS NULLITY IN CREDIT CONTRACTS ASSORTED BY MORTGAGE* 5
- » **Studii:** Cristina TOMULEȚ, METAMORFOZA DREPTULUI. DE LA VIRTUALITATE LA REALITATE / *THE METAMORPHOSIS OF LAW. FROM VIRTUALITY TO REALITY* 19
- » **Articole:** Sergiu GOLUB, CÂTEVA CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA DEFINIREA FIDUCIEI ÎN CODUL CIVIL ROMÂN / *SOME CONSIDERATIONS ON FIDUCIE'S DEFINITION IN THE ROMANIAN CIVIL CODE*..... 44
- » **Articole:** Bogdan-Dumitru MOLOMAN, Lazăr-Ciprian URECHE, AUTORITATEA PĂRINTEASCĂ / *THE PARENTAL AUTHORITY* 52
- » **Articole:** M.B. IONESCU - LUPEANU, Cristina IONESCU – LUPEANU, RADU DIMIU / *RADU DIMIU* 86

STUDII

EFECTELE NULITĂȚII CLAUZELOR ABUZIVE ÎN CONTRACTELE DE CREDIT IPOTECAR

Juanita GOICOVICI*

Résumé. *Les effets de la nullité des clauses abusives dans les contrats de crédit garantis par une hypothèque. Effects of the unfair terms nullity in credit contracts assorted by mortgage.* La nullité des clauses abusives est une nullité partielle, en affectant seulement la clause comme disposition contractuelle ponctuelle, sans affecter la validité du contrat accessoire d'hypothèque. Le débat principal s'est développé à propos du principe de la spécialité de l'hypothèque, dans le contexte représenté par l'absence des indicateurs objectifs pour le calcul des intérêts variables dans le contrat bancaire de crédit. La sûreté réelle immobilière constituée par le débiteur consommateur reste valable dans la mesure en laquelle le contrat contient une description exacte du bien hypothéqué, en termes de l'article 2372 du nouveau Code civil roumain. La clause relative au commission de risque bancaire a été jugée comme abusive dans les contrats de crédit garantis par une hypothèque, comme créant au détriment du consommateur, malgré l'exigence de bonne foi, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Il s'agit de clauses qui, sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle qui aurait permis au consommateur d'exercer une influence sur le contenu, notamment dans les contrats d'adhésion de crédit dans laquelle le remboursement de la créance est garantie par une hypothèque, ont prévu pour le créancier bancaire le droit d'appliquer un commission mensuel pour le risque de l'insolvabilité du débiteur, étant déjà couvert par la garantie hypothécaire.

Mots-clé: *clause abusive, nullité, crédit, hypothèque, consommateur.*

Key-words: *unfair terms, nullity, credit, mortgage, consumer.*

Cuvinte-cheie: *clauză abuzivă, nulitate, credit, ipotecă, consumator.*

1. Observații introductive

Nulitatea clauzelor care nu au fost negociate cu consumatorii a reprezentat, în jurisprudența recentă, piatra care poate doborî Goliath-ul întruchipat de practicile bancare netransparente.

Nulitatea clauzelor bancare abuzive este, de regulă, o nulitate parțială, afectând doar clauza în sine, care va fi reputată ca nescrisă sau extirpată din câmpul contractual, raporturile contractuale urmând să se deruleze în continuare, în măsura în care nu este

afectată însăși cauza acestora. Din unghiul garanției reale accesorii, se poate ridica întrebarea consecințelor pe care constatarea nulității clauzelor împrumutului ipotecar (de pildă, clauza privitoare la dobânda variabilă fără indicatori de referință precisi) le-ar produce asupra contractului de ipotecă prin care este garantată rambursarea împrumutului. Problematika efectelor nulității clauzelor abuzive este esențială pentru a ști în ce măsuri nulitatea contractului de ipotecă ar fi iminentă în aceste cazuri, dedusă fie din caracterul accesoriu al ipotecii (în condițiile în care clauzele abuzive ale contractului principal sunt afectate de nulitate), fie din nerespectarea principiului specialității ipotecii, în condițiile în care cuantumul dobânzii variabile nu este determinabil la momentul încheierii contractului, în absența indicatorilor obiectivi de referință.

Ne vom focusa analiza asupra creditului ipotecar, nu numai pentru motivul că acest tip de credit suscită interogații în legătură cu soarta ipotecii în contextul constatării nulității unor clauze abuzive, ci și pentru că, în prezența contractului accesoriu de ipotecă, se ridică în practică problema validității comisionului de risc bancar de neplată, deja acoperit prin garanția reală ipotecară.

2. „Lista neagră” a clauzelor abuzive

În general, pot fi disjuncte două tipuri de clauze abuzive¹: *clauze cu potențial abuziv*, numite și „clauze relative”, al căror caracter abuziv se va verifica sau nu în funcție de contrabalansarea drepturilor profesionistului cu drepturi similare acordate consumatorului și pe care le putem considera incluse pe o „listă gri” cu potențial nociv (a), respectiv *clauze absolut abuzive* sau al căror caracter este invariabil abuziv, întrucât nu poate fi „edulcorat” prin niciun fel de prerogative atribuite consumatorului, clauze incluse pe o „listă neagră”, simpla prezență a acestora în textul unui contract încheiat cu consumatorii fiind suficientă pentru aplicarea sancțiunii legale (b).

În ceea ce privește reverberațiile juridice ale absenței negocierii, se impun unele nuanțări. Fiind vorba despre *contracte de adeziune*, în accepțiunea de contracte ale căror clauze reprezintă rodul voinței unilaterale a uneia din părți (a profesionistului bancar), cealaltă parte (consumatorul) nu a avut posibilitatea de a le discuta ori negocia, ci numai pe aceea de a adera sau nu la setul global de norme private în cauză. Este vorba despre uzul unor modele (tipare) contractuale construite pe suportul *condițiilor generale de contractare* practicate de către profesionistul bancar în cauză, reproduse de regulă în fiecare dintre contractele individuale încheiate cu consumatorii². Negocierea clauzei se referă la implicarea activă a consumatorului în formularea clauzei, iar proba acestui rol activ jucat de consumator în conceperea clauzei incumbă creditorului bancar.

3. Proba „absenței negocierii”

Sarcina probei negocierii directe a clauzelor incumbă profesioniștilor. Art. 4 alin. (2) al Legii nr. 193/2000, modificată prin Legea nr. 65/2002 și, ulterior, prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii prevede

că: „o clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitatea consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de comercianți”.

În materia reprimării clauzelor abuzive, *absența negocierii* reprezintă un criteriu decisiv în evaluarea caracterului abuziv³ al clauzei litigioase, prin „posibilitatea consumatorului de negociere” a prevederilor contractuale înțelegându-se aici nu simplele dezbateri precontractuale care au avut rolul de a clarifica consumatorului consecințele negative ale nerespectării clauzelor contractuale, ci dezbaterile care ar fi putut genera o modificare efectivă a clauzei în sensul dorit de consumator.

Negocierea clauzei privitoare la comisionul bancar litigios nu se rezumă la semnarea acestei clauze de către consumator. De altfel, toate clauzele bancare abuzive au fost semnate și acceptate de către consumatori, ceea ce nu împiedică nicidecum declararea lor ulterioară ca abuzive în instanță. Negocierea clauzei se referă la implicarea activă a consumatorului în formularea clauzei, iar proba acestui rol activ jucat de consumator în conceperea clauzei incumbă profesionistului bancar. Dacă banca eșuează în dovedirea caracterului negociat al clauzei, aceasta va fi eligibilă pentru a fi înlăturată din contract de către instanță ca fiind o clauză abuzivă, în măsura în care contrar bunei-credințe a dezechilibrat semnificativ poziția contractuală a părților⁴.

4. Cât reverberează nulitatea clauzelor abuzive?

De regulă, nulitatea clauzelor bancare abuzive este o *nulitate parțială*, afectând doar clauza în sine, care va fi reputată ca nescrisă sau extirpată din câmpul contractual⁵, raporturile contractuale urmând să se deruleze în continuare, în măsura în care nu este afectată însăși cauza acestora. Revine judecătorului misiunea de a stabili toate consecințele care decurg din constatarea caracterului abuziv al unei clauze⁶. Recent, în literatura de specialitate s-a pus problema consecințelor pe care constatarea nulității clauzelor împrumutului ipotecar (de pildă, clauza privitoare la dobânda variabilă fără indicatori de referință preciși) le-ar produce asupra contractului de ipotecă prin care este garantată rambursarea împrumutului, opinându-se chiar că o nulitate a contractului de ipotecă ar fi iminentă în aceste cazuri⁷, dedusă fie din caracterul accesoriu al ipotecii (în condițiile în care clauzele abuzive ale contractul principal sunt afectate de nulitate), fie din nerespectarea principiului specialității ipotecii (în condițiile în care cuantumul dobânzii variabile nu este determinabil la momentul încheierii contractului, în absența indicatorilor obiectivi de referință).

Considerăm că nulitatea clauzelor abuzive din contractul de împrumut nu reverberează asupra contractului de ipotecă, pentru argumentele ce urmează a fi expuse în paragrafele următoare, fondate în esență pe ideea că ipoteca nu va garanta decât suma determinabilă conform contractului de credit, iar dacă se reduce un element al obligației de plată a debitorului, suma garantată se va reduce în mod corespunzător, fără a atrage dispariția juridică a ipotecii.

5. Există reverberații asupra ipotecii? Nulitatea contractelor accesorii

În literatura de specialitate⁸ s-a opinat că nulitatea contractului de ipotecă va fi atrasă de nulitatea clauzelor contractului principal, dedusă fie din caracterul accesoriu al ipotecii (în condițiile în care clauzele abuzive ale contractului principal sunt afectate de nulitate), fie din nerespectarea principiului specialității ipotecii (în condițiile în care cuantumul dobânzii variabile nu este determinabil la momentul încheierii contractului de credit, în absența indicatorilor obiectivi de referință).

În opinia noastră, existența ipotecii nu este afectată de nulitatea clauzelor abuzive referitoare la dobânda variabilă ori la comisionul de risc bancar, pentru următoarele argumente:

(a) După cum s-a arătat în literatura de specialitate⁹, principiul specializării ipotecii a fost edulcorat în abordarea jurisprudențială a ultimului deceniu, cât timp contractul de ipotecă include o descriere suficient de precisă a bunului ipotecat. De altfel, nu principiul specialității ipotecii este afectat prin inserarea unei clauze abuzive privind dobânda variabilă fără indicatori preciși, ci eventual principiul rezonabilității întinderii ipotecii¹⁰.

(b) În măsura în care modalitatea de determinare a dobânzii variabile a fost deturnată prin inserarea unor clauze abuzive constatate ca atare de către instanță, întinderea ipotecii se va plia pe noul cuantum al creanței garantate. Prin urmare, dacă valoarea creanței garantate se va diminua prin aplicarea indicatorilor de referință obiectivi pentru calculul dobânzii variabile, diminuându-se obligația de plată a debitorului, acest fapt nu va atrage dispariția ipotecii, care va garanta restituirea capitalului împrumutat și plata dobânzii aferente.

(c) Interesul debitorului consumator de a cere constatarea nulității contractului accesoriu de ipotecă este, credem, inexistent, întrucât (chiar și în prezența unor clauze abuzive privind dobânda variabilă), acesta ar rămâne în continuare obligat la rambursarea capitalului împrumutat, iar absența garanției reale imobiliare ar îngreuna executarea, augmentând, cel mai probabil, cheltuielile de executare pe care debitorul insolubil va trebui să le suporte.

(d) După cum judicios s-a observat în literatura de specialitate¹¹, importanța cerinței rezonabilității¹² ține de posibilitatea de a determina valoarea creanței garantate la momentul analizării validității ipotecii. Prin urmare, numai în cazurile în care ipoteca ar tinde să garanteze o sumă nedeterminabilă (deschizând astfel pentru creditor breșa pentru modificarea unilaterală ulterioară a valorii creanței garantate), contractul de ipotecă ar fi lovit de nulitate absolută. Dimpotrivă, în cazurile în care dobânda de creditare nu a fost fixată de bancă prin utilizarea de indicatori de referință obiectivi, cât timp valoarea creanței bancare de rambursat poate fi determinată (chiar dacă, în cuantum, ar avea caracter nerezonabil, ceea ce ar determina instanța să oblige banca la inserarea unor indicatori obiectivi de referință pentru calculul viitor al dobânzii variabile), considerăm, în acord cu autorul citat, că nu sunt incidente dispozițiile art. 2372 NCC¹³.

(e) În fine, nici principiul accesorialității ipotecii în raport cu contractul principal de împrumut nu permite reținerea ideii nulității contractului de ipotecă, având în vedere că, în ipotezele în care instanța a constatat caracterul abuziv al clauzei privind dobânda

variabilă, este vorba despre nulitatea unei *clauze accesorii* (dobânda reprezintă, la rândul său un accesoriu al creanței principale, fiind vorba despre fructele civile generate de capital); or, nulitatea clauzelor accesorii nu poate antrena nulitatea altor contracte accesorii precum cel de ipotecă, în contextul în care contractul principal (de împrumut ipotecar) nu este desființat.

6. Nulitatea clauzei privind comisionul de risc bancar, în prezența ipotecii

În practica judiciară recentă, comisionul bancar de risc în contractele de credit ipotecar încheiate cu consumatorii a fost considerat ilicit, iar clauza referitoare la acesta a fost sancționată ca fiind o clauză abuzivă, în contextul în care riscul insolvabilității debitorului este deja acoperit prin contractarea garanției reale imobiliare.

De regulă, din perspectiva creditorilor bancari, comisionul de risc bancar reprezintă costul perceput de bancă și datorat de client în legătură cu administrarea riscurilor de neplată asumate de bancă prin punerea la dispoziție a creditului, întrucât pe parcursul derulării convenției există posibilitatea ca banca să sufere o pierdere ca urmare a producerii unui eveniment viitor și nesigur cum este cel legat de fluctuațiile pieței sau căderea pieței imobiliare (deprecierea garanției ipotecare). Instanțele de judecată au reținut însă caracterul ilicit al clauzei care nu prevede *posibilitatea restituirii sumelor încasate cu acest titlu, în cazul în care riscul de nerambursare nu se produce* iar la scadență creditul este restituit integral de către consumator.

Într-o astfel de speță¹⁴, instanța fondului a constatat *nulitatea clauzei* menționate în condițiile speciale ale convenției de credit privind *comisionul de risc*, a obligat banca pârâtă la eliminarea acestor clauze din convenția de credit și restituirea către reclamant și a sumei de 8.677,21 CHF, reprezentând contravaloarea comisionului de risc achitat în perioada 19 septembrie 2008-20 iulie 2011 și dobânda legală aferentă acestei sume, calculată începând cu data de 22 iulie 2011 și până la plata efectivă a acestei sume.

Pentru a pronunța hotărârea, instanța de fond a constatat că art. 5 lit. a din condițiile speciale ale convenției de credit stabilește valoarea de „0,26%” aplicat la soldul creditului, credit plătit lunar, în zile de scadență, pe toată perioada de derulare a prezentei convenții de credit, clauză care nu a fost negociată direct cu reclamantii, deoarece face parte dintr-un contract standard, preformat, utilizat de banca pârâtă. Tribunalul a reținut că, față de valoarea comisionului de risc pe toată perioada convenției, perceperea acestuia rămâne *nejustificată obiectiv*, având în vedere că *nu reprezintă costul unui anume serviciu prestat de banca pârâtă*, în contextul în care banca pârâtă și-a luat măsuri suplimentare de a preîntâmpina riscul neplății ratelor, prin instituirea unei *garanții reale* asupra imobilelor aflate în proprietatea reclamantilor.

Înalta Curte de Casație și Justiție, examinând decizia recurată din perspectiva criticilor de nelegalitate formulate, a constatat că recursul băncii este nefondat, pentru următoarele argumente:

(a) Textul art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000 nu exclude *ab initio* controlul unui eventual caracter abuziv al clauzelor referitoare la obiectul principal al contractelor prin

raportare la preț ca parte a obiectului contractului, în condițiile în care acea clauză care le determină este clară, neechivocă și exprimată într-un limbaj inteligibil, același text prevăzând posibilitatea exercitării unui asemenea control, cu titlu de excepție, în situația în care clauzele respective nu sunt exprimate în mod clar și inteligibil;

(b) Din acest punct de vedere, se constată că instanța de control judiciar a realizat, în mod judicios, distincția între clauzele ce nu pot forma obiect al controlului judecătoresc și cele supuse acestui control, apreciind în mod corect că, în condițiile în care clauza privitoare la *comisionul de risc nu este exprimată în mod clar, lăsând loc la echivoc* ori este folosit un limbaj neinteligibil poate fi supusă analizării din perspectiva unui eventual caracter abuziv;

(c) Sintagma „exprimate într-un limbaj ușor inteligibil” folosită de legiuitorul național cât și cea folosită în norma comunitară are în vedere situația în care clauza este clar definită astfel încât consumatorul să aibă reprezentarea clară a rațiunilor și fundamentelor relative la conținutul clauzelor și efectelor acestora asupra contractului în ansamblu.

(d) Sub acest aspect, deși așa-zisul comision de risc, face parte din costul total al contractului, clauza ce reglementează perceperea acestuia poate fi analizată pentru argumentele arătate, în condițiile în care ea nu este exprimată în mod clar și inteligibil, lăsând loc la echivoc. „Astfel, în clauza a cărei nulitate s-a solicitat, se stabilește la valoarea de „0,28%” a comisionului de risc aplicat la soldul creditului, lunar, pe toată perioada de derulare a convenției, după ce în condițiile generale este prevăzut dreptul băncii de a percepe un comision de risc pentru punerea la dispoziție a creditului, situația fiind aceeași și în cazul clauzei reglementate în convenția de credit unde se prevede că pentru acordarea a creditului se percepe dobânda curentă, ceea ce induce ideea perceperei a două costuri pentru același serviciu al băncii, fără ca distinctiv dintre acestea să fie exprimată în mod clar.”

Or, după cum se arată în motivarea instanței de recurs, „scindarea prețului în aceste componente poate duce la ideea că, pentru aceeași prestație s-au avut în vedere rațiuni diferite de percepere a acestora, fundamentul perceperei acestora nefiind cunoscut într-o manieră neechivocă consumatorului, la momentul perfectării convenției de credit, astfel că față de caracterul neclar și echivoc al clauzei în discuție, aceasta poate fi supusă analizei din perspectiva caracterului abuziv”¹⁵.

7. Nulitatea clauzei privind dobânda variabilă fără indicatori obiectivi

Trecând prin filtrul soluțiilor jurisprudențiale ale ultimilor ani în controversata problemă a dobânzii bancare variabile fără indicatori obiectivi de referință, următoarele remarci ale instanțelor merită a fi punctate:

(a) Caracterul abuziv al clauzei conform căreia „**dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii**” a fost reținut în repetate rânduri în jurisprudența autohtonă în materia împrumutului bancar. Consumatorii au solicitat instanței să constate caracterul abuziv al clauzei inserate în contractul de credit pentru nevoi personale garantat cu ipotecă, clauză conform căreia „dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii” și să o înlăture

din cuprinsul contractului, raporturile contractuale urmând să continue fără aceasta. Reclamanții au argumentat că banca pârâtă a mărit abuziv dobânda la 6,49% și respectiv 6,99% cu motivarea că indicele LIBOR a crescut, ceea ce nu ar fi adevărat, acest indice scăzând constant de la 2,5% la 0,17%. „Politica băncii” nu este definită în contract și nu este o valoare cunoscută și transparentă, întrucât ține de confidențialitatea datelor băncii pârâte și pe cale de consecință nu le poate fi opozabilă consumatorilor. Instanța a constatat faptul că banca a modificat dobânda doar în favoarea acesteia, când indicele LIBOR a crescut, fără a modifica procentul de dobândă când indicativul a avut scăderi, afectând interesele economice ale consumatorului.

(b) Instanța a reținut drept abuzivă¹⁶ clauza conform căreia „dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii” și că solicitarea unui comision de acordare a creditului de 2% (altul decât comisionul de analiză a dosarului) reprezintă o practică comercială incorectă.

Instanța a mai reținut că „prevederile din contractele de credit ipotecar sunt abuzive ca fiind contradictorii, întrucât majorarea dobânzii se putea face în raport de politica băncii și nu doar de evoluția indicelui de referință LIBOR”. Instanța a subliniat că „față de maniera de redactare a contractelor de credit, consumatorii au acționat de pe poziții inegale în raport cu banca, aceste contracte fiind de adeziune, clauzele cuprinse fiind prestabilite de către bancă, fără a da posibilitatea co-contractantului de a modifica sau înlătura vreuna din aceste clauze, în urma unei negocieri”. În consecință, instanța a constatat caracterul abuziv al clauzei potrivit căreia „dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii”¹⁷.

(c) În practica judiciară a fost sancționată ca reprezentând o clauză abuzivă clauza potrivit căreia creditorul profesionist are dreptul de a modifica unilateral valoarea dobânzii practicate „**în funcție de intervenția unor schimbări semnificative pe piața monetară**”. O astfel de exprimare contractuală este imprecisă, neclară și nu permite identificarea de criterii obiective în funcție de care este practică majorarea dobânzii. Pe de altă parte, ca urmare a modificării ratei dobânzii, ar trebui ca debitorul să aibă posibilitatea de a accepta modificările ori de a opta pentru rezilierea contractului (restituind capitalul împrumutat); or, este abuzivă stipulația contractuală de majorare unilaterală a ratei dobânzii care nu recunoaște consumatorului această posibilitate de opțiune între continuarea raporturilor contractuale, respectiv rezilierea contractului¹⁸.

(d) Prin „motiv prevăzut în contract” pentru practicarea unor majorări ale ratei dobânzii trebuie să se înțeleagă, în sensul legii, o situație clar descrisă în textul contractual, care să ofere consumatorului posibilitatea de a cunoaște situațiile obiective care autorizează creditorul să majoreze unilateral dobânda practică. Totodată, „motivul trebuie să fie suficient de clar arătat ca, în eventualitatea unui litigiu în legătură cu aplicarea unei astfel de clauze, instanța să poată verifica dacă respectiva situație care a justificat majorarea dobânzii chiar s-a produs (...) Motivul unei schimbări semnificative pe piața monetară nu îndeplinește această condiție”¹⁹.

(e) Clauza care autorizează creditorul să modifice unilateral condițiile contractuale, fără un motiv specificat în contract și acceptat de consumator prin semnarea

acestui „este considerată abuzivă *ex lege*. Motivul apariției unor schimbări semnificative pe piața monetară, ce conferă dreptul băncii de a revizui unilateral structura ratei dobânzii, fără prezentarea unor elemente de identificare, nu este redactat în termeni clari și neechivoci, astfel încât se poate considera că acesta nu reprezintă un motiv în sensul Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive”²⁰.

(f) Clauza potrivit căreia „banca își rezervă dreptul de a revizui structura ratei dobânzii curente în cazul apariției unor schimbări semnificative pe piața monetară”, în contextul în care în cuprinsul contractului există o clauză care stipulează o rată a dobânzii curente de „5,95% pe an dobândă fixă”, oferă băncii pârâte dreptul discreționar de a modifica rata dobânzii, cu simpla înștiințare a debitorului, ceea ce încalcă dispozițiile legale privitoare la dobânda variabilă²¹.

(g) Într-o altă decizie judecătorească, privitoare la dobânda fixă, urmată de o perioadă de dobândă variabilă în *absența unor indicatori contractuali obiectivi pentru calculul dobânzii variabile*, s-a pus problema nulității clauzei privitoare la dobânda variabilă²².

În speță, s-a reținut că, după primii trei ani de rambursare a creditului cu dobânda fixă de 9,75 % pe an, dobânda a devenit variabilă, iar din acest moment a început corespondența între părți cu privire la dobânda aplicabilă în continuare, reclamantul fiind notificat în acest sens.

Apelul declarat de reclamant împotriva acestei sentințe a fost admis ca fondat²³, Instanța de apel a reținut că reclamantul, prin cererea adresată intimatului pârâte, a solicitat acordarea unui credit cu dobânda fixă în primii trei ani și variabilă pentru restul perioadei, însă în ceea ce privește *caracterul variabil al dobânzii* părțile nu au stabilit, în urma unei negocieri efective al cărei rezultat să se regăsească în contract, care este algoritmul de calcul al dobânzii variabile, prin *stabilirea unui indicator precis*, în mod clar individualizat, în funcție de care dobânda variază.

În ceea ce privește rata anuală a dobânzii, nu s-a stabilit niciun criteriu contractual în funcție de care aceasta se determină. S-a concluzionat astfel că, neexistând niciun criteriu de determinare a ratei anuale a dobânzii, acest element esențial din formula de calcul a dobânzii lipsește, ceea ce permite băncii să modifice în mod unilateral dobânda, după libera sa apreciere, fără a da posibilitatea consumatorului să verifice dacă variația dobânzii (în sensul majorării acesteia) este transparent stabilită.

De asemenea, instanța a reținut că părțile nu au negociat în mod efectiv și direct elementele care determină variația dobânzii prin *stabilirea unor indicatori preciși, obiectivi* care să confere reclamantului și, în cele din urmă instanței, posibilitatea de a cunoaște și verifica dacă dobânda variabilă se încadrează în limitele convenite de părți. În absența oricărui criterii obiective de determinare a dobânzii variabile care să se regăsească în contract, banca, în calitatea sa de profesionist, inserând această prevedere în contract și punând-o în aplicare, a acționat contrar cerințelor bunei-credințe și a creat un dezechilibru semnificativ în detrimentul reclamantului.

Ca instanță de recurs, ÎCCJ a considerat că instanța de apel a încălcat principiul disponibilității, întrucât a anulat clauza privitoare la dobânda variabilă, reținând ca valabilă

o dobândă fixă dincolo de perioada de un an menționată în contract, ceea ce atrage nulitatea deciziei atacate și casarea acesteia cu consecința trimiterii cauzei spre rejudecare la aceeași instanță²⁴.

Raționamentul instanței de apel fusese următorul: (i) în contractul de credit a fost prevăzută o dobândă fixă de 9,73 %/an pentru primii 3 ani și o dobândă variabilă pentru următorii ani; (ii) contractul nu conține însă prevederi clare și inteligibile cu privire la indicatori obiectivi în funcție de care va fi calculată dobânda variabilă; (iii) prin urmare, fără acești indicatori contractuali obiectivi, dobânda variabilă nu există, ea neputând fi stabilită discreționar de către bancă pe parcursul derulării contractului; (iv) singura dobândă clar și corect stipulată în contract fiind cea fixă de 9,73 %/an, aceasta va fi considerată dobânda aplicabilă capitalului în privința întregului contract / întregii durate contractuale.

O posibilă variantă de rezolvare pare a fi cea a instanței de apel din speța de mai sus: reprezintă o clauză abuzivă reputată ca nescrisă clauza care impune o dobândă variabilă fără stabilirea de indicatori de referință obiectivi pentru calculul acesteia, iar dacă în contract a fost stabilită și o dobândă fixă, aceasta va fi singura dobândă luată în calcul, pe întreaga durată a convenției de credit. În esență, argumentele instanței de apel au fost următoarele: dacă banca intenționează să introducă în contract o perioadă de dobândă fixă, urmată de o perioadă de dobândă variabilă, cât timp eșuează în a stipula indicatori clari, obiectivi de calcul pentru dobânda variabilă (de exemplu, indicele ROBOR + 1,5%), singura dobândă stipulată valabil este cea fixă (de 9,73 % din primul an de creditare), instanța neputând completa ea însăși contractul de credit în sensul inserării unor astfel de indicatori. Teoretic, se poate acorda prin hotărâre judecătorească un termen de negociere a clauzei privitoare la dobânda variabilă conținând indicatori preciși de referință²⁵, însă credem că în acest mod s-ar încuraja băncile să manifeste în prima fază, atunci când propun oferta de credit către consumatori, o neglijență crasă asimilabilă dolului, mizând pe eventuala refacere ulterioară a textului contractual numai ca urmare a pronunțării unei hotărâri judecătorești.

8. Observații conclusive

Nulitatea clauzelor abuzive din contractul de împrumut nu reverberează asupra contractului de ipotecă, având în vedere că ipoteca nu va garanta decât suma determinabilă conform contractului de credit, iar dacă se reduce un element al obligației de plată a debitorului, suma garantată se va reduce în mod corespunzător, fără a atrage dispariția juridică a ipotecii. Principiul accesorialității ipotecii în raport cu contractul principal de împrumut nu permite reținerea ideii nulității contractului de ipotecă, având în vedere că, în ipotezele în care instanța a constatat caracterul abuziv al clauzei privind dobânda variabilă, este vorba despre nulitatea unei clauze accesorii (dobânda reprezintă, la rândul său un accesoriu al creanței principale, fiind vorba despre fructele civile generate de capital); or, nulitatea clauzelor accesorii nu poate antrena nulitatea altor contracte accesorii precum cel de ipotecă, în contextul în care contractul principal de împrumut ipotecar nu este desființat.

Clauzele bancare abuzive sunt reputate ca nescrise sau înlăturate din câmpul contractual, raporturile contractuale urmând să se deruleze în continuare, în măsura în care nu este afectată însăși cauza acestora. Revine judecătorului misiunea de a stabili toate consecințele care decurg din constatarea caracterului abuziv al unei clauze, inclusiv din perspectiva contractelor accesorii. În practica judecătorească recentă, comisionul bancar de risc în contractele de credit ipotecar încheiate cu consumatorii a fost considerat ilicit, iar clauza referitoare la acesta a fost sancționată ca fiind o clauză abuzivă, în contextul în care riscul insolvabilității debitorului a fost acoperit prin contractarea garanției reale imobiliare. Instanțele au reținut totodată caracterul ilicit al clauzei care nu prevede posibilitatea restituirii sumelor încasate cu titlu de comision bancar de risc, în cazul în care riscul de nerambursare nu se produce, iar la scadență creditul este restituit integral de către consumator.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, jgoicovici@yahoo.com.

¹ A se consulta pentru detalii J. Calais-Auloy, Fr. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 185-208 ; Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation*, Ed. Armand Colin, Paris, 2005, p. 139-156; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, Paris, 2008, p. 342-368; T. Vignal, “Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé”, în *Mélanges M. Cabrillac*, Ed. Litec, Paris, 1999, p. 545 și urm.; F. Capriglione, “Operazioni bancarie e tipologia contrattuale”, în *Rivista di diritto civile* nr. 1/2006, Dottrina, p. 26-54; M. Aden, *Comentariu (Acțiunea în despăgubiri a clienților pentru consiliere eronată din partea agenților băncii)*, Conferința internațională „Probleme actuale în domeniul juridic bancar”, în volumul *Probleme actuale în dreptul bancar / Current Issues in Banking Law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008; C.D. Enache, *Clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori, Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 76 și urm.; L. Pop, I.-Fl. Popa, S. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 160 și urm.; Ph. Stoffel-Munck, *L’Abus dans le contrat. Essai d’une théorie*, LGDJ, Paris, 2000, p. 165 și urm.; I.Fl. Popa, „Remediile abuzului de drept contractual”, RRDP nr. 6/2014, p. 175-198.

² Modificările majore aduse regimului juridic al convențiilor de credit încheiate de către consumatori prin O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, se referă la:

- (a) reglarea limitelor publicității făcute ofertei de credite;
- (b) reglementarea unui drept potestativ al consumatorului de retractare a consimțământului, alocându-i un termen de exercițiu de 14 zile de la data semnării contractului de credit;
- (c) obligativitatea utilizării de către profesioniștii creditului, în cuprinsul mesajelor publicitare, a unui *exemplu de calcul reprezentativ*, care să elucideze sau să evidențieze pentru consumator valoarea totală a creditului pentru consumator și calculul dobânzii;
- (d) includerea unei *obligații de consiliere* incumbând băncilor; spre deosebire de obligația precontractuală de informare a consumatorului – care presupune livrarea către consumator a unor date tehnice, cu conținut neutru, obiectiv, obligația de consiliere incumbând profesioniștilor creditului implică emiterea unor repere subiective, a unor judecăți de valoare ori a unor sfaturi / explicații adaptate nevoilor particulare ale consumatorului, astfel încât executarea obligației de informare prevăzute de art. 11-16 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori nu dispensează creditorul de executarea obligației corelative de consiliere a consumatorului;

- (e) introducerea *formalismului informativ*, care presupune inserarea în textul contractual scris a mențiunilor obligatorii specificate de către legiuitor, în mod expres și fără a face trimitere la condițiile generale de afaceri ale creditorului, la lista de tarife și comisioane sau la orice alt înscris,
- (f) configurarea detaliilor tehnico-juridice pentru exercitarea dreptului de rambursare anticipată a creditelor.

³ Prin definiție, clauzele abuzive sunt dispoziții contractuale marcate de *absența negocierii*, iar reprimarea lor se constituie într-o contrapondere la această absență a libertății consumatorului de a alege conținutul contractual.

⁴ În ceea ce privește obligația de informare pre / post-contractuală, trebuie subliniat că informațiile relevante vor fi furnizate consumatorului cu respectarea unei duble cerințe – temporală și materială: (a) cu suficient timp înainte, dar nu cu mai puțin de *15 zile înainte* ca un consumator să încheie un contract de credit sau să accepte o ofertă; (b) pe hârtie / pe un alt suport durabil, prin intermediul formularului „Informații standard la nivel european privind creditul pentru consumatori”, prevăzut în Anexa nr. 2 la ordonanța de urgență comentată.

Obligația de informare post-contractuală incidentă în cazul creditelor acordate consumatorilor se referă, între altele, la comunicarea către consumator, pe parcursul producerii de efecte de către contractul de credit valabil încheiat, a informațiilor relative la *modificarea ratei dobânzii* aferente creditului, conform art. 50 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori. Textul legal citat stabilește obligativitatea informării consumatorului, „pe hârtie sau pe un alt suport durabil, în legătură cu orice modificare a ratei dobânzii aferente creditului”, asupra: (a) valorii plăților de efectuat după intrarea în vigoare a noii rate a dobânzii aferente creditului; (b) numărului sau frecvenței plăților, în măsura în care acestea se modifică. În cazul imposibilității consumatorilor de a accepta majorarea dobânzii, creditorul nu are dreptul să denunțe unilateral sau să rezilieze contractul fără o *propunere, transmisă în scris, de reeșalonare sau refinanțare a creditului, în raport cu veniturile actuale ale consumatorului*, în măsura în care o asemenea reeșalonare sau refinanțare este posibilă potrivit reglementărilor interne ale creditorului (art. 39 din O.U.G. nr. 50/2010).

Totodată, conform art. 40 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010, *sunt interzise clauzele contractuale care dau dreptul creditorului să modifice unilateral clauzele contractuale fără încheierea unui act adițional, acceptat de consumator*. Potrivit alin. (2) al aceluiași articol, creditorul trebuie să poată face dovada că a depus toate diligențele pentru informarea consumatorului cu privire la semnarea actelor adiționale. Nesemnarea de către consumator a actelor adiționale prevăzute în art. 40, alin. (1) este considerată acceptare tacită numai în cazul modificărilor contractului impuse prin legislație; în acest caz, este interzisă introducerea de către bancă în actele adiționale a altor prevederi decât cele impuse prin dispozițiile imperative ale legii, sub sancțiunea nulității de drept a clauzelor suplimentare astfel introduse.

⁵ Articolul 6, alin. (1) din Directiva 93/13 privind clauzele abuzive (transpusă în dreptul intern prin Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, cu modificările ulterioare) prevede că clauzele abuzive nu creează obligații pentru consumator. Este vorba despre „o dispoziție imperativă care urmărește să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile cocontractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți” (a se vedea CJCE, Hotărârea Sánchez Morcillo și Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, pct. 23).

⁶ În acest context, CJCE a hotărât în repetate rânduri că instanța națională este obligată să analizeze din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale care se încadrează în domeniul de aplicare al Directivei 93/13/CE privind clauzele abuzive și, prin aceasta, să suplinească dezechilibrul existent între consumator și profesionist, de îndată ce dispune de elementele de drept și de fapt

necesare în acest scop (a se vedea în special Hotărârea Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, pct. 46, Hotărârea Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014:279, pct. 34, precum și Hotărârea Sánchez Morcillo și Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, pct. 24). CJCE a statuat de asemenea că art. 6, alin. (1) și art. 7, alin. (1) din Directiva 93/13 privind clauzele abuzive trebuie interpretate în sensul că instanța națională care a constatat din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale are obligația, fără a aștepta ca și consumatorul să prezinte o cerere în acest scop, să stabilească toate consecințele care decurg potrivit dreptului național, sub rezerva respectării principiului contradictorialității (a se vedea, în acest sens, Hotărârea Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, pct. 36).

⁷ În acest sens, a se vedea I. Vucmanovici, „Consecințele nerespectării principiului specializării ipotecii convenționale (II)”, publicat în 12 nov. 2015, www.juridice.ro, secțiunea *Banking*.

⁸ În acest sens, a se vedea I. Vucmanovici, „Efectele constatării caracterului abuziv al contractelor de împrumut ipotecar, încheiate de către consumatori”, publicat în 2 nov. 2015, www.juridice.ro, secțiunea *Banking*.

⁹ A se consulta, pentru importante detalii, R. Rizoiu, „Când nu știi ce garantezi: despre cauza cauțiunii reale”, în *Creditori versus debitori. Perspectiva hexagonului*, editori M. D. Bob, A.-R. Trandafir, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 166 și urm.

¹⁰ În cuprinsul art. 2372 alin (1) NCC, legiuitorul a abandonat sistemul anterior ce presupunea indicarea sumei maxime a cărei rambursare o garanta ipoteca și a optat pentru o abordare mai flexibilă, adaptată noilor tehnici de creditare, noul text legal nemaisolicitând menționarea expresă a sumei maxime care face obiectul garantării. Din această perspectivă, va fi suficientă indicarea capitalului și a tipului de dobândă, cu menționarea unor indicatori obiectivi de referință pentru calculul dobânzii.

¹¹ A se vedea R. Rizoiu, *cit. supra*, p. 173; autorul subliniază că “Tocmai pentru a permite astfel de tehnici de finanțare, legiuitorul a precizat că ipoteca garantează (cu același rang) nu numai capitalul împrumutat, ci și accesoriile acestuia (dobânzi, comisioane etc.) (art. 2354 NCC, art. 867 NCPC), îndepărtându-se de la soluția tradițională care viza numai dobânzile pe ultimii trei ani (art. 1785 NCC). Aceste texte trebuie citite prin prisma posibilității de a garanta o sumă care nu este determinată, ci doar determinabilă”.

¹² Art. 2372, alin. (1) NCC impune ca suma pentru care este constituită ipoteca să se poată determina „în mod rezonabil” în temeiul actului de ipotecă.

¹³ De altfel, textul art. 2370 NCC permite constituirea unei ipotecii pentru garantarea unor obligații viitoare sau chiar eventuale.

¹⁴ T. Iași, sent. civ. nr. 2937 din 20 dec. 2011, www.scj.ro, adresă consultată la data de 18 dec. 2015. Curtea de Apel Iași, secția civilă, prin decizia nr. 87 din 6 iunie 2012 a respins apelul pârâtei SC V.R. SA și a admis apelul declarat de G.R. și G.L.N., a modificat în parte sentința apelată în sensul că, în temeiul art. 6 din Legea nr. 193/2000, a dispus derularea convenției de credit din 19 septembrie 2008 în continuare, cu excepția clauzelor pentru care s-a constatat nulitatea și a menținut celelalte dispoziții ale sentinței.

În fundamentarea acestei decizii instanța de control judiciar a reținut, în esență, că reclamantii, ca motiv de nulitate, nu au invocat vicii de consimțământ ca o condiție de validitate a actului juridic conform dreptului comun, art. 948 din vechiul Cod civil, ci încălcarea dispozițiilor legii speciale ce definesc clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, conform dispozițiilor Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive. Instanța de judecată a avut în vedere și faptul că acest „comision de risc” a fost impus fără să se arate în funcție de ce indicatori obiectivi a fost stabilit și când se produce așa-zisul „risc” ori în ce constă acesta. Deși existau garanții imobiliare, contractul nu prevede motivul pentru care comisionul de risc perceput este nerambursabil la finalul creditului în situația reproducerii riscului, după cum nu se prevede dacă se poate restitui și în ce situații. Instanța a reținut astfel că, prin

modul în care a fost formulat și perceput comisionul de risc, fără nici o posibilitate de negociere, s-a urmărit perceperea sub altă formă a unui nou comision, cu același efect ca și dobânda deja percepută conform contractului.

Împotriva acestei decizii a declarat recurs pârâta SC V.R. SA, argumentând că, potrivit art. 4 alin. (5) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu poate fi asociată cu noțiunile de preț și plată, iar conform Directivei nr. 93/13/CEE, caracterul abuziv nu privește caracterul adecvat al prețului în măsura în care clauzele sunt exprimate clar și inteligibil. Recurenta a susținut că riscul de credit este asumat în urma analizei economico-financiară a solicitantului de credit și a solidității garanțiilor reale sau personale pe care acesta le propune ca accesoriu al creanței principale, aflându-se totodată în strânsă corelație cu riscul de diminuare a valorii creanțelor, riscul contrapartidei, riscul de poziție, riscul de decontare / livrare, riscul valutar, riscul de marfa, riscul reputațional și riscul operațional, astfel cum sunt acestea reglementate de dispozițiile art. 26 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului. Comisionul de risc nu ar fi un echivalent al garanției reale imobiliare-ipotecă, comisionul de risc fiind perceput pentru gestionarea și a altor riscuri decât riscul de neplată, și anume: riscul de neexecutare a garanției, riscul de urmărire a garanției, riscul de depreciere / pierdere a garanției, de neîncasare a valorii asigurării și orice alte riscuri care exista în legătură cu un credit acordat.

- ¹⁵ Î.C.C.J., secț. a II-a civ., dec. nr. 1768/2013, www.scj.ro, adresă consultată la data de 18 dec. 2015.
- ¹⁶ Motivare citată cupă <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-1-2012>, adresă consultată la 06.01.2016. Conform motivării instanței, „clauza contestată dă posibilitatea interpretărilor multiple și îi permite pârâtei să modifice într-o manieră inechitabilă dispoziția contractuală privind dobânda. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut în hotărârea din 3 iunie 2010, în cauza C-484/08 că, de fapt, clauzele vizate de art. 4 alin. 2 din Directivă sunt exceptate de la aprecierea caracterului lor abuziv numai în măsura în care instanța națională competentă consideră, în urma unei analize de la caz la caz, că acestea au fost redactate de vânzător sau furnizor în mod clar și inteligibil. În prezenta cauză, dispoziția contractuală care permite băncii să modifice dobânda nu are un caracter clar”.
- ¹⁷ <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-1-2012>, adresă consultată la 06.01.2016.
- ¹⁸ Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 9940/2009, irevocabilă prin respingerea recursului, citată după C.D. Enache, *Clauze abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori*, cit. supra, p. 99-104.
- ¹⁹ Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 6444/2011, irevocabilă prin respingerea recursului, citată după C.D. Enache, *op. cit.*, p. 105-110.
- ²⁰ Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 2174/2011, citată după C.D. Enache, *op. cit.*, p. 111-125.
- ²¹ Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 5337/2010, citată după C.D. Enache, *op. cit.*, p. 143-155. A se vedea și Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 1941/2010, citată după C.D. Enache, *op. cit.*, p. 159-167, în care se arată că: „În contractul de credit la care reclamantul este parte nu se specifică în mod clar natura fixă sau variabilă a dobânzii practicate, or dobânda nu poate fi fixă și variabilă în același timp, în funcție de unica voință a creditorului; în partea de condiții speciale a contractului se specifică faptul că dobânda este de 4,25% pe an, iar în următorul paragraf se arată că banca poate modifica rata dobânzii în funcție de apariția unor schimbări semnificative pe piața monetară, de unde rezultă că dobânda ar fi variabilă, or această clauză este abuzivă, în condițiile în care rata dobânzii nu este precizată expres în condițiile speciale (...). În plus, rata dobânzii variabile din contract nu este legată de un indicator de referință (în cazul de față, LIBOR CHF”.

²² Prin cererea înregistrată la Tribunalul Vrancea, reclamantul a solicitat tribunalului: să constate că dobânda asupra căreia și-a exprimat consimțământul prin contractul de credit din 8 februarie 2006 este de 9,75 % pe an, să oblige pârâtele să impute plățile efectuate în plus, în aceste condiții, asupra soldului curent al creditului și să modifice graficul de rambursare a împrumutului, pe toată durata creditului.

Prin sentința civilă nr. 4 din 19 ianuarie 2011, Tribunalul Vrancea a respins cererea formulată de reclamantul G.O.S. ca fiind neîntemeiată. Tribunalul constatat că, prin cererea de credit din 3 februarie 2006, reclamantul a solicitat băncii acordarea unui credit în sumă de 86.000 lei, cu plata unei dobânzi fixe de 9,75 % pe an pentru primii trei ani (36 luni) și cu plata unei dobânzi variabile în continuare (pentru următoarele 324 luni). Cu privire la dobânda percepută, au fost stabilite prin contractul de credit următoarele: „Art. 9 – Rata anuală a dobânzii care se achită de către client este variabilă pe întreaga durată de creditare / fixă pe întreaga durată de creditare. Clientul acceptă nivelul actual al ratei dobânzii de 9,75 % pe an. Banca își rezervă dreptul să modifice nivelul ratei anuale a dobânzii variabile pe întreaga durată de creditare. În cazul modificării ratei anuale a dobânzii, noul nivel se aplică la contul curent al creditului existent la data modificării și se face public prin afișare la sediul băncii”.

²³ Prin decizia nr. 44 din 12 mai 2011 a Curții de Apel Galați, secția comercială, maritimă și fluvială,

²⁴ A se vedea Î.C.C.J., secț. a II-a civ., dec. nr. 370/2012, www.scj.ro, adresă consultată la data de 06.01.2016.

²⁵ Obligarea băncii la negocierea clauzei privitoare la dobânda variabilă prin convenirea de indicatori obiectivi de referință reprezintă unica soluție corectă în ipoteza împrumuturilor fără dobândă mixtă, stipulate a fi cu dobândă variabilă fără indicatori preciși (unde instanța n-ar mai putea reține ca aplicabilă dobânda fixă din primul an și pentru anii următori).

STUDII

METAMORFOZA DREPTULUI. DE LA VIRTUALITATE LA REALITATE

Cristina TOMULEȚ*

Abstract. *The metamorphosis of law. From virtuality to reality.* The present study aims at recreating the journey of law from its potential existence to reality. The author begins by ascertaining the necessity of law as a cause of its emergence in various non-positive forms in a pre-legal phase. However, law continues to develop in the form of positive law, thus giving way to potential conflicts between natural and positive law. These conflicts are essential for defining the true nature of law, which cannot be reduced to legal texts in force.

In the second part of the study, the author analyzes legal interpretation as the main tool for transposing law into reality. Viewed as partially overlapping concepts, law and legal interpretation are defined by their ability to generate arguments instead of clear rules.

As a final phase in the journey of law, the author underlines the importance of *in concreto* interpretation in reconnecting positive to natural law. In this endeavor, reason is not sufficient for a precise determination of meaning, adequate to the specific circumstances of the case. Intuition is the only proper interpretative instrument for an exact discernment of the facts and for identifying the most suitable solution for legal disputes.

Keywords: *definition and nature of law; natural law vs. positive law; legal interpretation; in abstracto interpretation; in concreto interpretation; legal argumentation; legal language; reason; intuition; decision.*

I. Introducere

Există oameni care iau dreptul ca atare; ei sunt specialiști în mecanismele sale concrete de funcționare. Ei nu pun la îndoială fundamentele sale generale, dar critică aspectele sale particulare în scopul de a contribui la creșterea randamentului mașinăriei juridice. Fără ei nu ar exista drept în *realitate* – în viața de zi cu zi. Există alți oameni pe care nu îi interesează în mod particular modul de funcționare a mașinăriei și a instalațiilor sale. Ei se întrebă mai degrabă *cine* a inventat mașinăria, *care* sunt fundamentele sale, în ce *direcție* se îndreaptă aceasta, dacă existența sa este *legitimă* și în ce condiții poate fi mașinăria distrusă și înlocuită cu o alta, dacă își pierde legitimitatea¹. Fără ei, dreptul va continua să existe din punct de

vedere material. Dar mașinăria va claca în întregime atunci când fundamentele și direcția sa vor fi distorsionate².

Ambele perspective sunt la fel de necesare³. În absența primei abordări, dreptul s-ar confunda cu filozofia, pierzându-și orice funcție de utilitate socială. Dar fără a doua perspectivă, dreptul s-ar transforma în tehnică pură, fără origine și fără scop, rămânând vulnerabil în fața marilor atacuri ale celor care doresc să îl exploateze pentru a-și atinge scopurile egoiste⁴.

În cuprinsul acestui articol, utilizând cea de-a doua perspectivă, vom cerceta natura și esența dreptului prin recrearea drumului pe care îl parcurge norma juridică de la *virtualitate* până la *realitatea* aplicării sale *in concreto*.

II. Etapele metamorfozei dreptului. De la virtualitate la realitate

1. Necesitatea dreptului, dreptul natural abstract și apariția normei de drept pozitiv

Chiar dacă pare absurd, prima etapă a existenței dreptului este non-existența sa. Pentru a realiza necesitatea și importanța dreptului, trebuie să îl înlăturăm la nivel conceptual din societate și din viața noastră. Încercând un astfel de demers, înțelegem cu atât mai acut necesitatea și funcțiile sale⁵. Fiind inseparabil de om și de traiul său în societate⁶, dreptul a existat cu mult înaintea⁷ dreptului pozitiv sub diverse forme - cutume, principii, simple obiceiuri – toate derivate în mod natural dintr-un Ceva sau Cineva indefinibil. În acest sens, s-a afirmat că norma juridică se sprijină pe o ordine preexistentă, când divină, când naturală, când umană, când socială și că faptul generator de drept se află în afara statului – exponent prin excelență al dreptului pozitiv⁸.

Astfel, la nivel conceptual, într-o etapă anterioară consacării dreptului pozitiv, și chiar înaintea formelor primitive de manifestare a dreptului, au existat principii constante și absolute de justiție sau *drept natural abstract*⁹. Cu toate acestea, dreptul natural abstract, deși cât se poate de autentic într-o sferă spirituală și la nivelul conștiințelor individuale, nu poate deveni realitate prin îndeplinirea funcțiilor sale decât dacă îmbracă forma dreptului pozitiv. În același sens, s-a afirmat că „nimic nu devine real sau valabil decât printr-o anume determinare care-i constituie esența”¹⁰. Totuși, faptul că dreptul natural abstract este *simbolizat* printr-un text gramatical însoțit de forță juridică – dreptul pozitiv¹¹, nu pune semnul identității între cele două categorii.

2. Drept natural abstract și drept pozitiv. Armonie sau conflict?

În cele ce urmează, vom analiza caracteristicile dreptului natural abstract, cu precădere prin prisma relațiilor sale cu dreptul pozitiv, în scopul de a ilustra originea legitimității acestuia din urmă.

Vom începe acest demers prin examinarea trăsăturilor generale ale dreptului natural. În primul rând, dreptul natural este *ascuns*. „Să nu prejudiciezi o altă persoană” este o normă de drept natural, nereglementată în această formă în dreptul pozitiv. Cu

toate acestea, ea se află la temelia tuturor ramurilor de drept. În acest sens, s-a afirmat că multe dintre conceptele de bază general acceptate în doctrină fără a fi puse sub semnul întrebării nu sunt altceva decât elemente de drept natural¹². De asemenea, nimeni nu își pune vreodată întrebarea dacă buna-credință în dreptul civil este o idee bună sau nu. Totodată, nu se poate afirma că acest concept a fost inventat la un moment dat de o instanță sau de un parlament. Buna-credință a existat dintotdeauna ca mecanism de relaționare între persoane și a fost recunoscută ulterior în dreptul pozitiv. Astfel, se poate concluziona că dreptul natural se reflectă indirect în dreptul pozitiv, constituind o temelie invizibilă a acestuia din urmă¹³.

În al doilea rând, dreptul natural își dezvăluie natura doar atunci când este violat de normele dreptului pozitiv¹⁴. De aceea, conflictul dintre dreptul pozitiv și dreptul natural este punctul de pornire în definirea acestuia din urmă¹⁵. Doar imperfecțiunile dreptului pozitiv ne fac să aspirăm spre dreptul natural – sau spre *cum ar trebui să fie dreptul*. Deci pentru a defini dreptul natural, trebuie să plecăm de la ceea ce nu este – abuz, arbitrar, inechitate, inegalitate, cauzarea unor prejudicii – toate consecințe ale deficiențelor dreptului pozitiv – care, simțite în mod direct de destinatarul normei de drept pozitiv, produc în conștiința lor o reacție adversă. Chiar dacă dreptul natural pare să își ducă existența în mod timid în umbra dreptului pozitiv, violările repetate ale acestuia cauzează în cele din urmă prefaceri violente ale sistemelor juridice și politice prin intermediul revoluțiilor¹⁶. Se dovedește astfel că deși aspirațiile înspre dreptul natural par idealiste și inofensive, ele au aptitudinea de a-și face loc în realitate și de a transforma dreptul pozitiv. Deși statul nu este întotdeauna plasat în cea mai bună poziție pentru a sancționa eventualele neconformități dintre cele două tipuri de drept, fiind strâns legat de dreptul pozitiv pe care îl reprezintă, oamenii au reacționat întotdeauna la marile contradicții dintre dreptul natural, înscris în propria lor conștiință, și dreptul pozitiv, înscris în legi. Normele de drept pozitiv vădit contrare dreptului natural sunt aproape imposibil de respectat deoarece îi obligă pe oameni să acționeze împotriva propriei conștiințe¹⁷. De aceea, un sistem juridic întemeiat pe astfel de norme se va autodistrage în final, ori prin revoluție ori datorită faptului că persoanele pur și simplu nu respectă voluntar normele sistemului¹⁸, iar acesta nu are resurse suficiente pentru a-i reduce pe toți la tăcere prin forța sa coercitivă. În cele din urmă, se va ajunge din nou la un sistem măcar în parte bazat pe principii de drept natural, ceea ce demonstrează că acest tip de drept este *imposibil de distrus în întregime*¹⁹.

Conflictul expus anterior și rezultatul acestuia demonstrează *preexistența* sau *obiectivitatea* dreptului natural, din care decurge *superioritatea* acestuia față de dreptul pozitiv. Cu privire la *obiectivitatea* dreptului natural, s-a afirmat că „(...) trebuie să existe în afară, *anterior și independent* de aceste stări sociologice, un Bine obiectiv, un Just obiectiv, o *noțiune obiectivă a dreptului*, susceptibilă de a-și proiecta, de a-și oglindi, în sistemul de referință al datului social, imaginea sub forma acestor principii sau postulate etico-juridice”²⁰. Caracterul obiectiv și absolut al dreptului natural nu înseamnă că dreptul pozitiv derivat din acesta ar trebui să fie identic în conținut la nivelul tuturor sistemelor juridice. Chiar dacă asemănările întâlnite în sistemele juridice ale tuturor popoarelor confirmă identitatea fundamentală a naturii umane, în care dreptul își are rădăcinile sale²¹, modul în care se

manifestă dreptul natural la nivelul dreptului pozitiv depinde de structura societății în care acesta din urmă ia naștere²². Dreptul natural, transpus în dreptul pozitiv, nu este identic indiferent de epocă. Deși există un nucleu dur, absolut al dreptului natural, care rămâne valabil indiferent de circumstanțe, evoluția societății și diferențele culturale impun rearanjări ale răsfrângerii dreptului natural în dreptul pozitiv²³. Astfel, legiuitorul, la momentul concepției normei de drept pozitiv, trebuie să urmărească adaptarea principiilor de drept natural la caracteristicile societății pentru care legiferează²⁴. Cu toate acestea, deși exteriorizările dreptului natural sunt variabile, acesta își păstrează caracterul *absolut*, care nu trebuie înțeles în sens absolutizant, ci prin raportare la faptul că este incoruptibil în esența sa.

O altă latură a obiectivității dreptului natural constă în faptul că acesta nu are nevoie de confirmări exterioare, de ordin uman, pentru a exista și pentru a-și îndeplini rolul de fundament al dreptului pozitiv. Dreptul natural este recunoscut și transpus instinctiv în dreptul pozitiv inclusiv de către persoanele care nu recunosc existența sa în mod activ²⁵. Dreptul natural nu se impune în mod artificial asupra voinței umane, ci concordă cu natura umană într-o asemenea măsură încât respingerea preceptelor sale este egală cu violarea propriei conștiințe.

Pe lângă faptul că este superior în natura sa, dreptul natural este *preeminent* față de dreptul pozitiv. În acest sens, încă din Antichitate s-a afirmat că ar fi absurd ca adevărul sau justiția să atârne de bunul plac al fiecăruia, Cicero întrebându-se dacă omuciderea sau furtul ar deveni lucruri juste, în momentul în care un oarecare legiuitor sau tiran, sau chiar mulțimea le-ar declara ca atare²⁶. În același sens, Cicero a afirmat că „nu putem fi eliberați de obligațiile ei [ale legii naturale] de către Senat sau de către Oameni²⁷”. Cu alte cuvinte, *dreptul natural este standardul prin prisma căruia se măsoară dreptul pozitiv*²⁸, iar loialitatea noastră trebuie să se îndrepte în primul rând înspre acesta. Dreptul natural a continuat să fie considerat reperul absolut al validității dreptului pozitiv și de alți mari gânditori. Astfel, Sf. Augustin a afirmat că „o lege nedreaptă nu este lege²⁹, iar în concepția lui Toma d’Aquino, „dacă o lege omenească nu concordă în vreo măsură cu dreptul natural, ea nu mai este lege, ci mai degrabă o denaturare a legii³⁰. Prin urmare, supunerea în fața autorității dreptului natural este mai mult decât o simplă opțiune; este o obligație impusă de natura lucrurilor pentru evitarea autodistrugerii.

Cu toate acestea, trăim în prezent într-o epocă a pozitivismului juridic care tinde să transforme dreptul pozitiv în propriul său reper, tăind legătura dintre drept și valori de altă natură³¹. Această abordare este ilogică, după cum s-a observat încă din Antichitate de către Cicero³², în primul rând datorită faptului că modifică radical în sens invers ierarhia celor două tipuri de drept, transformând dreptul pozitiv – o slabă, trunchiată și unilaterală reflexie a valorilor care necesită protecție prin intermediul dreptului – în reper absolut al acelorași valori. În al doilea rând, pozitivismul juridic este ilogic pentru că pune semnul egalității între noțiunea de drept și texte gramaticale care îmbracă forma legilor, omițând faptul că doar interpretarea legilor creează drept. Or, procesul interpretării normelor este influențat în mare măsură de factori non-juridici care diferă de la interpret la interpret³³. Negarea acestor influențe creează două mari riscuri. În primul rând, aceia care vor să

deturneze dreptul de la scopurile sale legitime³⁴ au cale liberă în acest sens datorită naivității celor care sunt orbiți de dreptul pozitiv și consideră că trebuie să i se supună în orice condiții. În al doilea rând, separarea dreptului de valorile care îi impun existența și de factorii non-juridici care îi determină conținutul blochează capacitatea sa de evoluție, respectiv posibilitatea remedierii *cauzelor* unor probleme care afectează sistemele juridice.

Deși în prezent abordarea pozitivistă este predominantă, trecând sub tăcere dreptul natural, acesta din urmă continuă să susțină din umbră întreg sistemul juridic, conferindu-i *coerență, stabilitate și legitimitate*. Totuși, dacă s-ar recunoaște deschis potențialele beneficii ale dreptului natural prin continua verificare a legitimității dreptului pozitiv în lumina acestuia, soluțiile juridice echitabile ar fi identificate mult mai facil și transpuse mult mai rapid în dreptul pozitiv.

3. Etapa abstractizării. Natura dreptului pozitiv

Având în vedere că secțiunea anterioară a fost dedicată identificării caracteristicilor dreptului natural, în cele ce urmează ne vom concentra asupra procesului de abstractizare al dreptului natural în drept pozitiv.

Deși într-o lume ideală raporturile sociale ar putea fi guvernate de principii naturale și flexibile, descoperite intuitiv de fiecare persoană prin sondarea propriei conștiințe, adevărul este că lumea în care trăim are nevoie să fie condusă de norme de drept pozitiv³⁵, care datorită caracterului lor concret, nu pot fi eludate de aceia care nu vor să se supună propriei conștiințe. Cu toate acestea, transpunerea dreptului natural în dreptul pozitiv creează dezavantaje importante. Realitatea este transformată în concepte abstracte, exprimate printr-un limbaj sec, juridic. Acest limbaj este utilizat atât de legiuitor în procesul legiferării, cât și de persoanele care interpretează și/sau aplică normele de drept pozitiv, dând naștere unei adevărate tipologii discursive specifice fenomenului juridic. Paradoxul abstractizării constă în faptul că deși abstractizarea este necesară pentru ca norma să devină reală, exact același proces o separă de realitate. În acest sens, s-a afirmat că rațiunea divizează realitatea în mii de bucăți considerând că prin alăturarea lor o poate reconstitui. Cu toate acestea, realitatea este mai mult decât suma părților unui întreg³⁶.

Aceeași discrepanță între realitatea exterioară fenomenului juridic și „realitatea” juridică este evidențiată în piesa de teatru „The Trap” (*Capcana*) scrisă de William E. Conklin³⁷. Personajul principal, Flink, este un profesor de drept acuzat în fața unui tribunal secret că a predat dreptul în mod critic, și nu practic, axându-se mai degrabă pe filozofie decât pe drept. În timpul procesului său, Flink începe o conversație cu un spirit în încercarea de a înțelege natura și identitatea fenomenului juridic. „Problema este că noi, juriștii, pur și simplu nu înțelegem limba nebunilor și a altora din afară decât prin intermediul limbajului nostru oficial (...). Noi scriem cu ajutorul vocabularului nostru foarte special. Limba noastră este scrisă. De fapt, nu am putea cădea de acord la acest moment, Flink, că ceea ce noi, juriștii, am considerat a fi până acum cunoaștere juridică nu este decât un nivel superficial de scriere? Nu este adevărat că cu cât sunt mai precise concepțiile noastre și

mai riguroasă analiza noastră, cu atât mai mult argumentele noastre ascund durerea și suferința pe care alții – non-juriști – le-au experimentat? Putem noi să auzim cu adevărat pe celălalt atunci când îi transformăm semnificațiile în configurări de semne pe care noi, oficialii, nu vocile autohtone, le recunoaștem ca fiind ale noastre?”³⁸.

Tristețea limbajului juridic constă în faptul că secătuieste de viață realitatea prin integrarea sa procustiană în canoane juridice stricte. Aceași idee a fost exprimată în doctrina interbelică: „Rațiunea, utilizând cuvântul pentru a ne pune în contact cu realitatea, interpune prin însăși acest fapt între realitatea de cunoscut și noi, care vrem să o cunoaștem, perdeaua rece, moartă și stearpă a conceptelor. Ceea ce însemnează că până la noi spre a le cunoaște nu ajung lucrurile ci perdeaua de cuvinte după care ele s-au ascuns privirilor noastre raționale”³⁹; „între definiție și realitatea pe care va ca să o exprime e o distanță de netrecut, pentru că definiția e cuvânt mort, pe când realitatea e lucru viu, definiția e haină fixă, pe când realitatea e corp schimbător, definiția e statică, imobilă și rece, pe când realitatea e dinamică, evolutivă și creatoare”⁴⁰.

Astfel, dreptul pozitiv, nu doar ca sumă de texte gramaticale aflate în vigoare, ci ca fenomen complex cuprinzând opinii, concepte juridice, jurisprudență, forme de argumentare, are la bază procesul de abstractizare și disimulare a realității descris anterior. Limbajul juridic stabilește sfera participanților la o dezbateră de ordin juridic, iar necesitatea de a avea abilități juridice speciale în acest sens exclude non-juriștii din câmpul discursului juridic⁴¹. Prin urmare, „limbajul juridic este un simbol important al autorității dreptului atât de a stabili (...) cine poate exercita drepturi în sens juridic, cât și de a ascunde posibilele moduri de utilizare ale dreptului de către cei din sistem față de cei din afară”⁴².

Este de la sine înțeles că o astfel de fragmentare atât între realitate și sfera juridică, cât și între juriști și non-juriști nu este benefică deoarece lipsește actul justiției de conținut. Una dintre cauzele acestui clivaj este chiar percepția juriștilor asupra dreptului ca fiind în mod exclusiv o formă scrisă de manifestare. Punctul focal al juriștilor este textul scris, iar această perspectivă exclude din sfera dreptului mecanismele sale nescrise⁴³. Cu toate acestea, dreptul în sine se află chiar în această sferă nescrisă, în ceea ce a fost respins ca fiind exterior sistemului⁴⁴. Formele de argumentare sau de analiză specifice dreptului, principiile logice de interpretare a normelor, standardele juridice, criteriile relevanței juridice, intuiția, rațiunea, facultatea de a judeca, simțul echității – toate acestea și multe altele constituie, de fapt, dreptul și nu sunt scrise nicăieri⁴⁵. Ele nu sunt nici măcar puse sub semnul întrebării, ci există pur și simplu.

Remediarea acestei scindări între sfera scrisă și cea nescrisă nu poate avea loc decât prin schimbarea mentalității juriștilor în sensul de a recunoaște activ în noțiunea dreptului toate componentele sale indiferent de forma pe care acestea o îmbracă. În acest sens, s-a afirmat că „până când nu ne vom revizui simțul dreptății în a include atât cele nescrise, cât și cele scrise, atât cele gestice, cât și cele verbale, întruchiparea semnificațiilor, precum și semnificații, problema exteriorității justiției va rămâne nerezolvată”⁴⁶.

Considerăm că posibilitatea atingerii acestui scop este intrinsec legată de problema definirii, și mai ales a interpretării dreptului, motiv pentru care vom dedica următoarele secțiuni ale prezentei lucrări abordării acestor teme.

4. Definirea dreptului

Până în acest punct al drumului parcurs de norma juridică de la virtualitate la realitate, am descoperit că există drept natural abstract și drept pozitiv, care pot fi compatibile sau incompatibile. Chiar dacă trăsăturile celor două categorii, mai ales în lumina conflictului dintre acestea, clarifică natura dreptului – în sens general – considerăm că o definire a dreptului doar prin raportare la această clasificare este incompletă.

Dreptul, în sensul său esențial, are impact asupra vieții oamenilor. Or, cele două tipuri de drept menționate nu au în sine această aptitudine. Dreptul real este doar dreptul interpretat și aplicat într-o situație specifică. Având în vedere această accepțiune a dreptului, este de la sine înțeles că fără a cunoaște interpretarea nu putem cunoaște nici dreptul. Deși interpretarea pare a fi doar o *metodă* de descoperire a dreptului, ea este atât de strâns legată de obiectul său încât ajunge să fie indispensabilă definirii lui⁴⁷. Mecanisme de funcționare ale interpretării sunt, de fapt, mecanismele de funcționare ale dreptului, iar procesul interpretării ajunge într-un sens să se identifice cu rezultatul său – norma juridică interpretată. Altfel spus, fără interpretare nu există drept, iar acesta din urmă este egal în conținut cu interpretarea care i se oferă. În același sens, în doctrina interbelică s-a afirmat: „Fiindcă – precum am văzut – într-înșea (*arta de a interpreta*) se însușește – în realizarea lui concretă – tot dreptul și de dânsa e legată în eminentă măsură întreaga artă de a judeca a magistratului”⁴⁸.

Înainte de a pune în discuție problematica interpretării, rămâne să identificăm obiectul acesteia. Cu alte cuvinte, *ce interpretăm?* Bineînțeles că în procesul de interpretare al normelor se pornește de la un text, dar după cum am arătat anterior, dreptul nu este egal cu textul respectiv, acesta din urmă fiind doar un punct de pornire în descoperirea dreptului real⁴⁹. Textul normei juridice este doar un simbol al dreptului care camuflează principiile de drept natural abstract. În consecință, apreciem că interpretarea trebuie să aibă ca obiect atât dreptul pozitiv, cât și dreptul natural abstract. Pornind de la analiza dreptului pozitiv, interpretul trebuie, în primul rând, să identifice principiile de drept natural abstract aplicabile situației în discuție. Doar printr-o interpretare a dreptului pozitiv în lumina acestora se poate ajunge la dreptul natural concret – care este, de fapt, justa decizie a celui care interpretează și aplică norma de drept pozitiv. Considerăm că doar acesta din urmă este dreptul veritabil – dreptul unei singure situații sau dreptul care are capacitatea de a schimba vieți.

Având în vedere importanța interpretării în identificarea dreptului natural concret, în următoarea secțiune vom clarifica noțiunea în discuție prin raportare la diverse definiții, clasificări și dificultăți pe care aceasta le ridică.

5. Interpretarea juridică. Dificultăți, definiții și clasificări

5.1. Dificultăți

Vom începe această secțiune cu expunerea câtorva dintre dificultățile pe care le ridică interpretarea juridică. Dificultățile în discuție, primele de care se lovește interpretul

În demersul său interpretativ, sunt totodată primele instrumente de cunoaștere ale interpretării. Limitele și contradicțiile interpretării sunt indicii *prima facie* ale naturii și caracteristicilor sale.

Cu privire la caracterul dificil al interpretării, în doctrina interbelică s-au observat următoarele: „Ci faptele dovedesc că dreptul este mai subtil decât se crede, legea e mai puțin decât se spune, interpretarea e mai grea decât se bănuie, iar judecata mai dificilă decât se pretinde.”⁵⁰ De asemenea, același autor a sesizat că stările de fapt sunt mai ușor de cunoscut prin probațiune, pe când sensul legii, îmbrăcat în haina relativă a cuvintelor și influențat de o mulțime de factori, e cu mult mai greu de identificat. În același timp, dificultățile interpretării sunt cu atât mai mult evidențiate cu cât a judeca și a interpreta sunt noțiuni care adeseori se identifică datorită faptului că centrul de greutate în judecarea cauzelor cade, în general, pe interpretarea legii.⁵¹

Deși depășirea dificultăților interpretării este deosebit de importantă, având în vedere cele citate anterior, legiuitorii și doctrinarii nu s-au arătat deosebit de interesați în a crea o metodologie fermă și unitară de interpretare a normelor. Aceasta este prima și principala dificultate în abordarea problematicii interpretării. Nu există legi care să ne învețe cum să interpretăm normele. Există doar principii amintite în doctrină, vechi de când lumea, pe care le aplicăm intuitiv (*a fortiori*, *per a contrario* etc.) și curente doctrinare în materia interpretării care își au adepții lor, fără a fi general obligatorii. Subliniem că datorită strânsei conexiuni dintre interpretare și drept, care ajunge chiar până la o suprapunere a conceptelor, absența unei metodologii de interpretare influențează decisiv metodologia generală a dreptului.⁵² Actuala metodologie a dreptului se aseamănă cu cea a unui student la arhitectură care ar studia clădirile în sine, fără a se concentra mai întâi asupra elaborării și stabilirii unor tehnici de construcție.

Fără a stabili cu această ocazie dacă adoptarea unei metodologii unitare de interpretare a normelor ar constitui un factor de progres al dreptului⁵³, rămâne să aflăm ce putem învăța din această absență cu privire la natura dreptului și a interpretării.

Trecând acum la dificultățile specifice ale interpretării, prima dintre acestea este insuficiența textului legal. Crearea de texte legale este o operațiune eșuată pentru că niciodată realitatea nu poate fi integrată într-un text. Pentru a fi aplicabil în realitate, textul în discuție trebuie interpretat. În acest sens, s-a afirmat că „interpretarea – orice interpretare – este un act de creație. Fără interpretare, regula însăși n-ar fi aplicabilă, reprezentând exclusiv o simplă virtualitate ontologică, nu existențială (...) Norma ce nu a fost interpretată, este ca o partitură ce nu a fost cântată.”⁵⁴ De asemenea, deși la prima vedere, interpretarea este un proces științific, gândit pe etape, un algoritm matematic, în realitate, etapele acestui proces nu sunt respectate, uneori aplicându-se o singură metodă de interpretare, alteori două, în ordini diferite etc., fără respectarea vreunei reguli certe⁵⁵. Atât insuficiența textului în sine, cât și absența unui algoritm rigid de interpretare, motivează interpretul să emită opinii/să creeze argumente în favoarea unei anumite interpretări. Astfel, dreptul ajunge să fie o formă de argumentare, și nu o regulă; limitele textului și ale interpretării stimulează dezvoltarea argumentelor și contribuie la creativitatea dreptului.

În același sens, s-a afirmat că deși regulile de interpretare au o aură de autenticitate științifică, interpretarea este mai degrabă o artă decât o știință⁵⁶; „regulile sunt la fel de utile ca semnele unei hărți (...) dar nu îți spun *cum* să navighezi (...). În schimb, trebuie să privești aceste reguli ca fiind *abordări* ale interpretării, unelte ale argumentării⁵⁷. (...) Esența interpretării legale este construirea de argumente.”⁵⁸ De asemenea, s-a mai susținut că „interpretarea este o problemă care ține de *stil*, și nu de reguli.”⁵⁹ Autorul citat a distins între două stiluri de interpretare – ‘*grand*’ și ‘*formal*’. Primul stil este creativ, flexibil și se bazează pe surse externe textului legal în procesul interpretării, pe când al doilea stil se axează pe aspectul formal al normei, pe contextul său intern și pe ierarhia normelor. Formalistul va da preeminență interpretării literale, pe când grandeur-ul va face referire la contextul social și politic, încercând să ofere efect deplin arhitecturii dreptului analizată în ansamblu. În același sens, s-a arătat că în drept, interpretarea nu conduce la concluzii categorice de adevărat sau fals, *tertium non datur*, ci la opinii – obligatorii (ale legiuitorului), care se bucură de autoritate de lucru judecat (ale judecătorului) sau ale teoreticianului (simple opinii)⁶⁰. De asemenea, frumusețea doctrinei juridice, specificul cercetării în domeniul dreptului, constă în faptul că în legătură cu justificarea unei norme sunt posibile mai multe puncte de vedere sau concepții⁶¹.

Cu toate acestea, cele expuse anterior nu trebuie să conducă la concluzia că argumentele create în procesul interpretării nu trebuie să respecte un cadru predeterminat, atât de dreptul pozitiv, cât și de anumite limite acceptabile ale argumentării. Astfel, s-a afirmat că „judecătorii (și avocații) operează într-o cultură care creează limite cu privire la ceea ce reprezintă practici acceptabile ale argumentării. Existența unor principii și reguli obiective, aplicate într-un cadru în care se așteaptă ca deciziile să prezinte cel puțin un anumit grad de coerență normativă și narativă, înseamnă că în majoritatea cazurilor vor exista o variantă și un rezultat mai ‘corecte’ decât altele”⁶².

În același timp, absența unui algoritm rigid de interpretare și posibilitatea interpretului de a alege regulile de interpretare, precum și, în mod implicit, semnificațiile cuvintelor legii, creează puterea discreționară a persoanei care aplică norma de drept pozitiv⁶³. Existența unui set de reguli cu o ordine fixă de aplicare ar transforma persoana care interpretează și aplică legea într-un robot. Or, dreptul trebuie interpretat și aplicat de persoane, care în urma argumentării, iau decizii în funcție de circumstanțele concrete ale cauzei. Problemele reale, cu toate detaliile lor caracteristice, nu pot fi rezolvate prin aplicarea mecanică a unui algoritm matematic. Se poate concluziona, astfel, că procesul de interpretare dă posibilitatea dreptului să se manifeste ca formă de argumentare, pornind de la dreptul pozitiv, dar având la bază acel fundament exterior structurii pozitive a dreptului.

O altă dificultate specifică a interpretării are de-a face cu influența mentalității interpreților asupra conținutului normei. În acest sens, și interpretarea pare a fi o operațiune eșuată. Textul este prea strâmt, dar interpretarea riscă să fie prea diversificată, având în vedere că se realizează de multe persoane cu mentalități și percepții diferite⁶⁴. Astfel, s-a afirmat că semnificația oferită cuvintelor este adesea influențată de dorința persoanei ca interpretarea să fie acceptată, de perspectiva sa generală asupra vieții sau de prejudecățile

acesteia⁶⁵. În același sens, în doctrina interbelică s-a menționat categoria dificultăților interpretării „legate de judecătorul însuși aplicator ale legii”⁶⁶: una dintre cele mai mari dificultăți ale interpretării „e cea legată de concepția filozofică asupra existenței în genere și asupra dreptului în specie, pe care o are, vrând nevrând, și legiuitorul și exegetul. Căci nu trebuie să neglijăm profundul adevăr: oricât de strein ar părea că se află cineva de preocupățiunile filozofice, el conștient sau ba, e pus în anumite împrejurări ale vieții să facă filozofie, să privească și să judece prin urmare lucrurile *sub specie aeternitatis*, așa zicând, adică în lumina unor principii generale și fundamentale care să le explice rostul și să le indice sensul. (...) *Și tot așa, acel ce interpretează legea, necesar și de multe ori chiar fără să-și dea seama, explică articolele ei în funcție de anumite principii generale ce-i stau la baza concepției sale filozofice în genere sau juridice în specie.*”⁶⁷ Totuși, considerăm că în majoritatea cazurilor nu este vorba despre influența unor curente de gândire filosofico-juridice sau valori morale la care interpretul a aderat în mod conștient, ci despre influența unor mentalități inconștiente la care interpretul recurge în mod automat.

Aceste mentalități se reflectă în modalitatea de percepție a cuvintelor utilizate în cuprinsul legii. Varietatea acestor percepții constituie o altă dificultate a interpretării⁶⁸. În acest sens, s-a afirmat că „suntem obișnuiți cu problemele ridicate de percepție atunci când acestea privesc simțurile (...). Totuși, cu privire la cuvinte ne așteptăm ca interpretarea noastră să fie atât universal acceptată, cât și absolută. Orice nivel de experiență ne spune că lucrurile nu stau așa; dar caracterul sacru pe care îl atribuim cuvintelor noastre (mai ales propriilor exprimări) pare să învingă experiența.”⁶⁹ Realitatea este că un termen juridic poate fi interpretat în nenumărate sensuri: în funcție de contextul legii, în funcție de influența anumitor ramuri de drept, în funcție de starea de fapt etc. Se creează astfel o pânză de păianjen de relații de sensuri între termeni juridici, iar autoghidajul într-un astfel de labirint devine, de multe ori, o reală problemă.

Cu toate acestea, sensul atribuit unui termen juridic poate fi mult clarificat prin identificarea interesului urmărit de persoana care îl utilizează. În acest sens, s-au afirmat următoarele: „cuvintele sunt mijloace în vederea atingerii unui scop; același cuvânt poate servi pentru realizarea unor scopuri diferite.”⁷⁰ Într-adevăr, în numeroase cazuri, același cuvânt poate ascunde înțelesuri multiple în funcție de interesele persoanelor care îl interpretează, această situație fiind aptă de a produce numeroase confuzii. De exemplu, cuvântul „urgență” din art. 115 din Constituția României are semnificații distincte în funcție de interesul / perspectiva persoanei care îl interpretează. În accepțiunea Guvernului, simpla urgență, de orice natură ar fi ea, constituie „urgență” în sensul art. 115. În accepțiunea Curții Constituționale, standardul pentru a se reține „urgență” în sensul art. 115 este mai ridicat, în principal datorită faptului că este mai puțin supusă influențelor politice. În accepțiunea doctrinei majoritare, aflată pe o poziție de neutralitate, niciuna din cele două semnificații nu este constituțională. Considerăm că cea mai corectă variantă de interpretare a unui cuvânt este cea a interpretului care nu poate câștiga sau pierde nimic în urma interpretării sale⁷¹.

O altă dificultate a interpretării are de-a face cu relația dintre interpret și autorul normei. În ipoteza în care învelișul normei este opac, interpretul trebuie să identifice

sensul veritabil al normei, fără să o fi creat el însuși și fără să-i fi cunoscut pe autorii acesteia. Această dificultate a fost denumită în doctrina interbelică „situația paradoxală a judecătorului de a judeca lucrurile și a aprecia oamenii nu după capul său, ci după capul altuia, al legiuitorului simbolizat prin lege; (...) „să ți se ceară să judeci și totuși să folosești spre acest scop nu judecata ta ci judecata altuia trecută prin prisma judecății tale, iată o concepție care numai desăvârșit normală nu poate, la prima vedere, să pară.”⁷² Deși nu vom trata cu această ocazie controversa legată de măsura în care interpretul este legat de voința legiuitorului, se poate observa că interpretul dispune de o libertate mare de interpretare a voinței legiuitorului. În aceste condiții, se pune problema stabilirii limitelor demersului interpretativ, în scopul evitării arbitrarului. Această problemă este cu atât mai importantă cu cât este greu de stabilit cu certitudine granița dintre interpretare și legiferare. Astfel, s-a arătat că „în realitate însă aceste două aspecte ale dreptului [formarea regulii de drept, și aplicarea ei, care cere de multe ori să fie interpretată] nu sunt diferite și dacă uneori ele pot fi separate, de cele mai multe ori însă nu se pot separa. Separațiunea se poate concepe numai atunci când legea cuprinde în mod clar regula de drept. Când însă legea este neclară, când ea prezintă lacune, sau când ea numai corespunde timpului actual, atunci interpretatorul, ca și omul de doctrină sau legiuitorul face același lucru, cercetează formarea regulii de drept (...) În limbajul modern al dreptului se și spune că interpretul este de multe ori un adevărat legiuitor, care însă legiferează pentru speță, iar nu cu caracter de generalitate. Bineînțeles că între interpretator și legiuitor rămân diferențe importante. Unul neavând aceiași libertate de acțiune ca secundul...”⁷³

5.2. Definiții

În doctrina interbelică s-a afirmat că interpretarea are ca obiect căutarea adevăratului sens al normei juridice⁷⁴. De asemenea, s-a arătat că „interpretarea este o activitate intelectuală de transformare a ceea ce apare neinteligibil, ascuns, obscur în inteligibil, clar. (...) Premiza este că obiectul [*interpretării*], oricare ar fi el, poartă pentru om un sens ori că este capabil să poarte un sens.”⁷⁵ În același sens, considerăm că interpretarea are ca scop descoperirea *sensului autentic al normei*⁷⁶. Cuvintele utilizate în formularea normelor juridice reprezintă doar indicii ale sensurilor. Destinatarul normelor juridice aud doar cuvintele și înțeleg norma în funcție de percepțiile și interesele lor personale. În majoritatea cazurilor, sensurile false ale normei corespund percepțiilor și intereselor menționate. Rolul interpretării este de a îndepărta sensurile obscure sau greșite și de a ajunge la esența normei⁷⁷. Prin urmare, interpretarea este operațiunea prin care se înlătură sensurile false ale normei și se afirmă cu autoritate sensul său original. În același timp, interpretarea ar trebui să aibă ca finalitate promovarea unității între destinatarii cu percepții diferite. În urma înlăturării sensurilor false ale normei, sensul autentic al acesteia ar trebui să fie agreat de toți destinatarii care au disponibilitatea de a renunța la propriile interese care distorsionează sensul normei. În majoritatea cazurilor, nu formularea normei juridice reprezintă adevărata problemă, ci distorsionarea sensurilor sale de către interpreți lipsiți de neutralitate.

În limba latină, cuvântul „interpret” are și sensul de mesager sau intermediar. Astfel, pe lângă identificarea sensului autentic al normei, interpretarea are și rolul de a transmite acest înțeles destinatarilor normei. Identificarea și transmiterea înțelesului autentic are loc prin „transpunerea sensului unui enunț dintr-un limbaj necunoscut în unul cunoscut astfel încât el să fie evident pentru destinatar”⁷⁸. În acest sens, s-a mai afirmat că „interpretului îi revine efortul intelectual de a dezvălui sensul învăluit de expresia lui, în relațiile ei cu alte expresii.”⁷⁹ Cu privire la acest aspect, considerăm că interpretul are responsabilitatea de a adapta conținutul explicațiilor sale legate de interpretarea normei în funcție de contextul informațional al publicului destinatar⁸⁰.

S-ar putea afirma că definiția interpretării prezentată anterior – descoperirea și transmiterea sensului *autentic* al normei – contravine celor susținute în secțiunea precedentă. Astfel, în secțiunea 5.1. am subliniat că dreptul este o formă de argumentare stimulată de limitele interpretării și că știința dreptului se bazează pe opinii argumentate, nu pe concluzii categorice de adevărat sau fals. Într-adevăr, dar aceasta nu înseamnă că interpretul nu trebuie să urmărească idealul descoperirii sensului autentic al normei. Dacă în demersul interpretativ s-ar porni de la premisa că oricum sensul autentic al normei nu poate fi identificat, șansele ca interpretarea să fie una temeinică ar fi extrem de reduse. De asemenea, o astfel de abordare anulează posibilitatea interpretului de a-și forma o convingere personală care să favorizeze o anumită interpretare. Or, este în natura omului, și mai ales a juristului, de a-și forma convingeri juridice și de a le transmite altora. O hotărâre judecătorească, de exemplu, nefundamentată pe convingeri, nu va avea la rândul său aptitudinea de a convinge justițiabilul că exprimă adevărul. Lipsa convingerilor demonstrează lipsa depunerii unor diligențe suficiente pentru a o dobândi, iar o astfel de atitudine este suficientă pentru a crește probabilitatea unor interpretări eronate.

În concluzie, interpretarea are o natură eterogenă. Deși se urmărește descoperirea unui sens unic al normei, calea înspre țintă este presărată cu nenumărate argumente și contraargumente. Întregul proces descris constituie *interpretare* și *drept* în același timp.

5.3. Clasificări. Interpretarea abstractă și concretă

Având în vedere că lucrarea de față are ca scop identificarea drumului parcurs de norma juridică de la virtualitate la realitate, urmează să clasificăm interpretarea juridică prin raportare la succesiunea etapelor logice necesare soluționării unei cauze. Astfel, ne vom concentra, în cele ce urmează, la etapele interpretării judiciare.

În doctrina străină s-a afirmat că litigiile implică întotdeauna un amestec de elemente de fapt și elemente de drept⁸¹. Rezultă că etapele interpretării judiciare vor fi influențate de această mixtură, ajungând să se întrepătrundă uneori.

Prima etapă a interpretării judiciare este *interpretarea stării de fapt*, care are loc în urma aprecierii probelor. În utilizarea acestei sintagme, ne referim la clarificarea stării de fapt pe baza probelor și la recrearea unui scenariu al stării de fapt în mintea judecătorului cât mai apropiat de realitate. Considerăm că această etapă a interpretării trebuie să rămână,

În primă fază, total separată de orice formă de interpretare a normelor juridice pentru evitarea oricăror posibile erori. Astfel, dacă se trece la etapa interpretării juridice înainte de a se finaliza clarificarea stării de fapt, există riscul ca anumite elemente de fapt să fie calificate juridic în mod greșit, datorită faptului că sunt analizate *ut singuli*, și nu în lumina stării de fapt analizate în ansamblu. În acest sens, s-a susținut că judecarea chestiunilor de fapt și a chestiunilor de drept trebuie să rămână separată în mintea judecătorului⁸². De asemenea, s-a observat că procedurile juridice și intelectuale sunt diferite pentru interpretarea abstractă, respectiv pentru calificarea lumii factuale/aprecierea probelor⁸³.

Următoarea etapă a interpretării judiciare este *interpretarea abstractă* a normei. În această fază, se interpretează textul normei numai din punct de vedere teoretic, lansându-se diverse variante de interpretare, fără a se pune în discuție probleme suplimentare de interpretare legate de aplicarea normei stării de fapt. A treia etapă a interpretării – *interpretarea concretă* – semnifică identificarea sensului autentic al normei în scopul aplicării acesteia unei situații specifice⁸⁴. În majoritatea cazurilor, această etapă este cea mai dificilă. La prima vedere, majoritatea normelor par clare *in abstracto*. Cu toate acestea, la momentul confruntării lor cu situații factice reale, apar nenumărate întrebări cu privire la sensul și aplicabilitatea acestora. În același sens, în doctrina interbelică s-a afirmat că interpretarea este necesară din două motive: datorită neclarității textului *in abstracto* și datorită faptului că legea cuprinde numai enunțarea regulii generale, urmând ca interpretarea să adapteze regula generală la cazurile concrete⁸⁵. Rezultă că încercarea de a adapta norma generală la o situație specifică naște dilemele anterior menționate cu privire la sensul și aplicabilitatea normei. Interpretarea concretă este urmată de ultima etapă de soluționare a oricărui litigiu – *aplicarea normei*. În această etapă, se conferă anumite efecte juridice interpretării concrete prin încadrarea stării de fapt în limitele normei interpretate. Interpretarea concretă și aplicarea normei sunt etape ale interpretării judiciare care se întrepătrund și se influențează reciproc. Interpretarea normei concomitent cu verificarea modalității în care starea de fapt poate fi încadrată în limitele acesteia constituie deja o formă anticipată de aplicare a normei. Aplicarea definitivă intervine atunci când atât starea de fapt, cât și modalitatea de interpretare a normei sunt cât se poate de clare, iar suprapunerea lor dă naștere unor efecte juridice specifice pentru situația dedusă judecății.

Reluând în rezumat cele expuse anterior, interpretul are în primul rând responsabilitatea de a interpreta o stare de fapt, pentru a stabili, în cele din urmă, dacă aceasta se încadrează în textul legal interpretat. Astfel, în urma procesului de cunoaștere a stării de fapt, realitatea trebuie cernută pentru a fi încadrată în canoanele unui text legal. Pe de o parte, se modelează o stare de fapt⁸⁶, iar pe de altă parte se modelează conținutul normei prin interpretarea abstractă și concretă⁸⁷, urmând ca în final rezultatele celor două etape să se unească în etapa aplicării normei⁸⁸. În acest sens, s-a afirmat că „interpretarea causală presupune un demers la finele căruia, având de o parte legea (normă universală și abstractă) și de cealaltă parte realitatea socială în toată concretețea ei, va trebui să rezulte proiectul unei noi realități care să fie legală și concretă deopotrivă. De altfel, când o persoană se prezintă în fața unei autorități administrative sau judiciare cu o petiție înseamnă că ea cere ajustarea după tiparele legii a realității sociale în care ea viețuiește”⁸⁹.

6. De la dreptul natural abstract la dreptul natural concret prin interpretare

În statele democratice, dreptul pozitiv, în litera sa, este arareori contrar dreptului natural abstract. În majoritatea cazurilor, contradicțiile între cele două tipuri de drept încep să apară în urma interpretării dreptului pozitiv. Din acest motiv, în prezenta secțiune urmează să analizăm modalitatea în care dreptul natural abstract poate fi transpus în realitate în etapa interpretării judiciare⁹⁰ a normelor de drept pozitiv. Am ales să ne concentrăm asupra interpretării judiciare deoarece, de regulă, dreptul ajunge să fie transpus în realitate prin intermediul unei hotărâri judecătorești obligatorii.

În primul rând, este important de precizat că dreptul natural abstract nu poate fi transpus în realitate decât în limitele dreptului pozitiv. Dacă dreptul pozitiv este strict și detaliat, există doar un spațiu redus pentru implementarea dreptului natural. Pe de altă parte, dacă dreptul pozitiv garantează competențe discreționare largi interpretului, acesta va dispune de o libertate considerabilă de a recurge la dreptul natural. În acest sens, s-a arătat că inclusiv în legislațiile penale moderne „rămâne o fereastră deschisă dreptului natural ca izvor al dreptului” în situația puterilor discreționare ale judecătorului de a fixa pedeapsa între un minim și un maxim, recurgând la principiile echității naturale⁹¹.

Referindu-ne la cele patru etape ale interpretării expuse anterior, se poate observa că o interpretare a dreptului pozitiv în lumina dreptului natural abstract este posibilă cu precădere în cazul interpretării abstracte și concrete. În acest sens, regulile de drept natural apar foarte rar consacrate ca atare în dreptul pozitiv. Normele de drept pozitiv sunt mai individualizate decât dreptul natural, care este abstract și general. Acesta este unul dintre paradoxurile dreptului natural. El este prea general pentru a fi consacrat expres în legi, dar în același timp, poate fi determinat cu mai multă ușurință în situații concrete. Astfel, dreptul natural preexistă legii în generalitatea sa, se face necunoscut în etapa consacrării legislative, dar reapare în faza interpretării, odată cu aplicarea legii unei situații specifice. În limitele competenței sale discreționare, interpretul creează drept prin decizia sa, în urma interpretării dreptului pozitiv în lumina dreptului natural abstract⁹². Soluția justă rezultată la finalul acestui proces, în urma aplicării normei interpretate, constituie *drept natural concret* sau *dreptul unei singure situații* – singura formă de drept care are aptitudinea de a schimba vieți în mod direct.

În cele ce urmează, vom expune două contraargumente importante aduse dreptului natural în contextul descris anterior. Cu privire la caracterul general al dreptului natural, unul dintre reproșurile cele mai frecvente aduse acestuia este că are un caracter abstract și filozofic, datorită căruia nimeni nu-i poate afla cu certitudine conținutul⁹³. Totuși, caracterul abstract al dreptului natural constituie doar o aparență cauzată de faptul că soluțiile conforme dreptului natural nu pot fi identificate decât în situații concrete. Or, în doctrină, dreptul natural nu este prezentat decât sub formă de concept, ceea ce îl face să pară ireal și pur filozofic. Subliniem astfel că dreptul natural concret nu poate fi determinat decât în situații specifice, fiind imposibil să se stabilească ce este just la modul general. O perspectivă similară asupra dreptului natural poate fi regăsită în dreptul roman. Astfel, s-a afirmat în legătură cu impactul dreptului natural asupra dreptului roman, că „*ius naturale* a jucat într-adevăr un rol important în jurisprudența

romană. Dar avea puțin de-a face cu filosofia juridică; era mai degrabă – după cum s-a sugerat - «o construcție profesionistă a avocaților» (Schulz). Ceea ce căutau juriștii romani era o regulă corespondentă naturii lucrurilor, unei situații concrete de fapt și de viață. Pe scurt, *ius naturale* nu era pentru ei un sistem complet și aprioric de reguli, ci un mijloc de interpretare.⁹⁴ În același sens, s-a susținut că „(...) semnificația reală a dreptului natural trebuie căutată în funcția sa, mai degrabă decât în doctrina în sine. Datorită acestei funcții, noțiunea dreptului natural a ajuns să fie așa cum a fost întruchipată în tradiția romană, și a fost în măsură să exercite o influență pe care cu greu ar fi exercitat-o dacă ar fi rămas în domeniul abstracțiilor filozofice.”⁹⁵

Cum poate fi atins acest obiectiv? Bineînțeles că o transpunere perfectă a dreptului natural în realitate este imposibilă⁹⁶. Această imposibilitate se datorează deficiențelor dreptului pozitiv, respectiv imperfecțiunilor și unicității autorului interpretării – omul. Cu privire la acest aspect intervine al doilea contraargument important adus dreptului natural – variabilitatea acestuia de la persoană la persoană. În sens contrar, s-a susținut că „datul ideal (al Dreptului) nu provine din câmpul de cunoștință rațională ci mai degrabă din aceste forțe neprecise care, sub numele de credință și sentiment, determină într-un mod misterios dar sigur *convingeri* sau mișcări de voință, iar acestea regăsindu-se și în altul prezintă prin însuși acest fapt o obiectivitate suficientă...”⁹⁷ Chiar dacă la prima vedere dreptul natural pare variabil, există o sumă de convingeri despre bine și rău în majoritatea persoanelor care conferă dreptului natural o certitudine suficientă. De exemplu, majoritatea persoanelor vor fi de acord că omorul este rău, că nu este bine să cauzezi prejudicii altuia și că este injust să restrângi drepturi individuale în mod disproporționat. Faptul că există o minoritate care nu este de acord cu aceste principii nu va schimba natura lor de fundament al unui sistem de drept pozitiv normal. Caracterul lor autentic este dovedit prin faptul că absența respectării lor va conduce la distrugere colectivă. În descoperirea dreptului natural concret, trebuie să se înceapă de la lucrurile clare, cum sunt cele menționate anterior, pentru a se face lumină în cele mai puțin clare – în situațiile juridice complexe. Prin urmare, în procesul de interpretare al normei, interpretul trebuie să se dedice căutării *normalului juridic*, sondându-și propria conștiință în acest sens și întrebându-se: Care ar fi soluția de bun-simț în această situație? Cum pot găsi un echilibru între interesele contradictorii ale persoanelor implicate? Care dintre persoanele implicate a acționat just și care a acționat injust? Cine ar trebui să suporte consecințele? etc. Prin găsirea unor răspunsuri la aceste întrebări, dreptul natural își va pierde caracterul abstract și va deveni realitate în procesul interpretării.

În cele ce urmează, vom utiliza un exemplu din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului pentru a demonstra practic rolul dreptului natural în interpretare. În hotărârea *M.C. c. Bulgaria*⁹⁸, Curtea a sancționat statul bulgar pentru modalitatea de interpretare a noțiunii de viol într-o situație concretă. În fapt, reclamanta, în vârstă de 14 ani, a fost de acord să însoțească doi bărbați cu mașina la o discotecă dintr-un oraș apropiat. În timpul drumului de întoarcere, cei doi bărbați au oprit pentru a înota într-un bazin, în pofida obiecțiilor reclamantei, care a rămas în mașină. Unul dintre ei s-a întors singur în mașină și a violat-o. Ulterior, reclamanta a fost dusă la domiciliul unei cunoștințe a celor doi, unde a fost violată de al doilea bărbat. Semnele de violență identificate pe

corpul reclamantei au fost minore, motiv pentru care parchetul a considerat că victima nu a opus rezistență și a dispus încetarea anchetei în discuție. Analizând evoluțiile din dreptul internațional penal, precum și din psihologie, potrivit cărora nu toate victimele violului au capacitatea psihologică de a reacționa violent la viol, Curtea a stabilit că abordarea din dreptul intern, care impunea proba rezistenței fizice a victimei în toate cazurile, risca să lase nesancționate anumite forme de viol. Curtea a observat că autoritățile naționale au transformat rezistența victimei într-un element definitoriu al infracțiunii, deși ancheta ar fi trebuit să se concentreze asupra lipsei consimțământului⁹⁹.

Aplicând noțiunile explicate în cadrul acestei lucrări la situația prezentată anterior, se poate observa, în primul rând, că norma de drept pozitiv, în litera sa, este conformă cu dreptul natural. Violul este considerat a fi un comportament imoral de majoritatea persoanelor și este incriminat ca infracțiune în toate codurile penale¹⁰⁰. Cu toate acestea, simpla existență a unei norme conforme dreptului natural abstract nu garantează că interpretarea sa va surprinde esența normei. În interpretarea concretă a infracțiunii de viol, autoritățile naționale din cauza *M.C. c. Bulgaria* nu au identificat esența normei de drept pozitiv înainte de a proceda la interpretarea ei. Astfel, infracțiunea de viol cuprinde două elemente *sine qua non*: actul sexual și lipsa consimțământului. Dintre cele două elemente, lipsa consimțământului este factorul definitoriu al infracțiunii, având în vedere că, în prezența consimțământului, actul sexual nu are nicio relevanță juridică penală. Principiul de drept natural abstract care evidențiază esența infracțiunii de viol este importanța *voinței libere* a persoanei exercitată, în acest caz, în domeniul vieții sale sexuale. Omițând să ia în considerare acest principiu în etapa interpretării normei, autoritățile din cauza analizată au ajuns la o soluție greșită. Acestea au dat prioritate aspectelor de ordin fizic, exterior, transformând, în rigiditatea lor, un aspect legat de proba infracțiunii în condiție de existență a acesteia. Or, dacă în etapa interpretării normei, interpreții nu se întorc la dreptul natural, există mari șanse ca soluția la care ajung să fie caracterizată de arbitrar, rigiditate, prejudecăți sau formalism.

Am afirmat anterior că dreptul natural poate fi identificat cu mai mare ușurință *in concreto*. Astfel, se poate observa că în speța prezentată soluția echitabilă nu a putut fi stabilită decât prin raportare la circumstanțele specifice ale cauzei (în principal, vârsta și trăsăturile psihologice ale victimei). Totodată, aceleași circumstanțe au reliefat caracterul inequitabil al soluției dispuse de autorități, precum și importanța unui principiu de drept natural abstract – voința liberă a persoanei. Deși, de regulă, opoziția la viol se manifestă în mod violent, situația din speță a arătat că esența acestei infracțiuni nu este modalitatea de exteriorizare a reacției, ci lipsa consimțământului. De asemenea, cu privire la caracterul invariabil al dreptului natural, majoritatea persoanelor vor fi de acord că esența infracțiunii de viol este lipsa consimțământului, și nu reacția violentă a victimei.

7. Intuiția și decizia în procesul interpretării

Înainte de a evidenția rolul intuiției și al deciziei în procesul interpretării, vom comenta câteva pasaje ale celebrului articol scris de H.L.A. Hart - *Positivism and the*

*Separation of Law and Morals*¹⁰¹. În primul rând, în contextul interpretării, autorul a făcut o distincție între nucleul dur al situațiilor standard sau al semnificațiilor clare și „probleme ale penumbrei”, afirmând că acestea din urmă apar în toate ramurile de drept. De asemenea, autorul a afirmat că o penumbră a incertitudinii însoțește toate normele juridice și că aplicarea lor în situații specifice situate în zona de penumbră nu poate fi ghidată de logică. În acest perimetru, logica devine insuficientă. Prin urmare, caracterul „rațional” al argumentelor și deciziilor emise cu privire la astfel de probleme nu este caracterizat de relația lor logică cu premisele. Deci, dacă este „rațional” sau „corect” să decizi că, potrivit unei anumite norme, un avion nu este un vehicul, acest argument trebuie să fie „rațional” sau „corect” fără a fi concludent în mod logic. Potrivit autorului, criteriul care face ca astfel de decizii să fie corecte sau mai corecte, cel puțin, decât alte variante de interpretare, este un concept legat de *cum ar trebui să fie dreptul*¹⁰². Dreptul și morala se intersectează în mod necesar în acest domeniu al incertitudinii. Concepția greșită asupra procesului judiciar, care ignoră problemele penumbrei, și potrivit căreia procesul în discuție constă cu precădere în raționamente deductive este adesea stigmatizat ca fiind eroarea „formalismului” sau „literalismului”¹⁰³.

Apreciem că trei idei ale autorului merită subliniate în mod special. În primul rând, demersul interpretativ conduce la descoperirea zonelor de penumbră ale normelor juridice. În al doilea rând, aceste zone reprezintă locurile de întâlnire dintre dreptul pozitiv și dreptul ideal deoarece oferă șansa interpretului să implementeze principii de drept natural. Nu în ultimul rând, adaptarea dreptului pozitiv la dreptul natural în procesul interpretării în limitele zonelor de penumbră nu se poate face numai pe baza logicii.

Dacă logica este insuficientă pentru interpretarea adecvată a normelor, atunci interpretul trebuie să recurgă la un alt instrument de interpretare, mult subestimat în zilele noastre, și anume la *intuiție*. În acest sens, s-a afirmat că „norma juridică nu poate fi percepută cu niciun organ de simț.”¹⁰⁴ De asemenea, în contextul interpretării, s-a considerat că intuiția este un instrument de cunoaștere al dreptului: „(...) dacă exegetul va fi adept al filozofiei intuiționiste, va spune cu Bergson că realitatea organică, dinăuntru ca și dinafara noastră, viața în sensul larg al cuvântului dar mai ales viața sufletească, este în a ei esență o continuă mișcare (...), pe care nici mintea nu o poate sesiza, fiindcă ea ca s-o cunoască fragmentează aceea ce nu se poate împărți fără denaturare, și nici limba nu o poate exprima, fiindcă ea încadrează în aceeași haină rece și fixă a cuvântului o infinită variație de tonuri și o nesfârșită gamă de culori, prin care, fără un minut de oprire, trece eternul fluid al realității. Ca atare, *nici litera moartă a textului de lege nu ne poate reda cu fidelitate spiritul ei*, adică tocmai ceea ce este viu, mobil, fluidic, neîncetat în devenire și permanent în evoluție creatoare, în viața psiho-fiziologică a omului, în care, ca element de compoziție sufletească, se găsește și ideea de dreptate. Și atunci, în asemenea împrejurări, *dreptul însuși va să se sesizeze mai mult prin intuiție decât să se cunoască prin rațiune*”¹⁰⁵. Făcând trimitere la filozofia lui Bergson, autorul continuă prin a defini intuiția astfel: „intuiția în concepția bergsoniană e un fel de cunoaștere prin instinct nu prin rațiune a lucrurilor, e un fel de simț intim cu ajutorul căruia ființa noastră prinde adevărul, e o pătrundere mai mult sau mai puțin

misterioasă în interiorul lucrurilor, simpatizând așa zicând cu ele spre a le sesiza esența, este o cunoaștere pe dinăuntru nu pe dinafară a realității (...)”¹⁰⁶.

Am afirmat într-o secțiune anterioară că norma juridică este transpusă în realitate doar în urma interpretării. Intuiția este unealta care ghidează interpretul în a crea un drum dinspre abstract înspre realitate. Logica funcționează doar în sfera abstracțiunilor și nu este suficientă pentru cunoașterea realității integrale și, mai apoi, pentru identificarea unor soluții echitabile *in concreto*. De aceea, considerăm că intuiția este un instrument *sine qua non* în fiecare etapă a interpretării.

Începând cu interpretarea stării de fapt, intuiția este necesară pentru sesizarea laturii subiective a situațiilor factuale. Chiar dacă în cunoașterea laturii subiective se pornește de la analiza unor elemente obiective, pot exista situații având o latură obiectivă identică, dar o latură subiectivă diferită. Simpla analiză logică a elementelor obiective nu conduce la înțelegerea intențiilor sau atitudinilor persoanelor implicate într-o situație litigioasă. Revenind la situația din hotărârea *M.C. c. Bulgaria*, rezumându-se la un element obiectiv, de suprafață al stării de fapt – absența rezistenței violente a victimei – procurorii au omis să cunoască realitatea în profunzime și să identifice lipsa consimțământului victimei. O cunoaștere profundă a realității prin intermediul intuiției nu poate avea loc decât prin studierea atentă a persoanelor implicate, simpla analiză a probelor nefiind suficientă. De asemenea, fiecare situație trebuie apreciată individual pe baza intuiției. Orice încercare de a aplica o soluție echitabilă *in concreto* într-o altă situație, care poate fi chiar asemănătoare, riscă să dea naștere unor erori, dacă latura subiectivă a situației nu este identică. De exemplu, aplicarea abordării din hotărârea *M.C. c. Bulgaria* într-o situație similară din punct de vedere obiectiv, dar în care victima ar avea de fapt intenția de a-l manipula pe presupusul autor al faptei să se căsătorească cu ea, ar avea consecințe extrem de inechitabile. Diferențele, uneori foarte fine, între astfel de situații de fapt, pot fi sesizate numai pe baza intuiției.

În același timp, intuiția joacă un rol foarte important și în interpretarea normelor. Astfel, am subliniat anterior că interpretarea nu este un algoritm matematic și că, în practică, interpreții nu urmează o ordine prestabilită a metodelor de interpretare. Intuiția este cea care ghidează interpretul în a alege metodele de interpretare adecvate normei pe care trebuie să o interpreteze, precum și ordinea lor. De asemenea, prin intermediul intuiției poate fi identificată esența dreptului pozitiv – un element de drept natural abstract¹⁰⁷ – pentru a fi recreată prin interpretare în scopul aplicării ei. Totodată, am subliniat într-o secțiune anterioară că dreptul și interpretarea sunt, în realitate, forme de argumentare. Argumentele însoțesc întreg procesul metamorfozei dreptului – de la interpretarea stării de fapt până la identificarea unei soluții echitabile *in concreto*. Selectarea și dezvoltarea naturală a acestor argumente are loc tot în baza unei intuiții inițiale a interpretului. Din întreaga junglă de elemente ale dreptului, interpretul alege, pe baza intuiției, soluția adecvată problemei pe care trebuie să o soluționeze. În concluzie, putem afirma că intuiția este elementul care leagă sistemul de drept pozitiv de fundamentul său nescris, exterior – de dreptul natural abstract, precum și de mecanismele naturale ale dreptului (principii, forme de argumentare, metode de interpretare etc.).

În procesul de transpunere a normei juridice în realitate, intuiția este urmată de *decizia* interpretului. Chiar dacă decizia acestuia trebuie să respecte limitele dreptului pozitiv și ale interpretării juridice acceptabile, interpretul dispune de un spațiu liber de deliberare care corespunde puterii sale discreționare. În acest sens, s-a afirmat că puterea de apreciere este de o importanță considerabilă în context juridic și că nu este de dorit ca normele juridice să fie atât de precise încât să existe un singur mod de aplicare a lor¹⁰⁸. Considerăm că acest spațiu liber de decizie al interpretului este necesar tocmai pentru ca norma de drept pozitiv să poată fi adaptată varietății circumstanțelor factuale, care de multe ori sunt cu neputință de prevăzut la momentul edictării normei. De asemenea, puterea discreționară permite interpretului să identifice soluții echitabile *in concreto* fără a fi îngrădit de niște limite rigide, inadecvate situației cu care se confruntă.

Cu respectarea limitelor menționate la începutul paragrafului anterior, vine un moment în procesul interpretării în care interpretul trebuie să ia o decizie într-un sens sau în altul. Astfel, s-a afirmat că „situațiile factuale nu ne așteaptă împăturate și etichetate cu grijă; nici calificarea lor juridică nu este scrisă pe ele pentru a fi citită pur și simplu de judecător. Dimpotrivă, în aplicarea normelor juridice, *cineva trebuie să-și asume responsabilitatea de a decide*¹⁰⁹ că anumite cuvinte acoperă sau nu o anumită situație, cu toate consecințele practice antrenate de decizia respectivă”¹¹⁰. Cu alte cuvinte, interpretarea, precum și dreptul în latura sa concretă, au natura unei decizii. Această etapă a fost descrisă astfel în doctrină: „în orice decizie intervine un moment în care trebuie să se ia o hotărâre, iar acesta nu este un exercițiu pur mecanic (acesta fiind unul din motivele pentru care este atât de dificil să se inventeze un program informatic care să judece litigii) (...) – este un moment în care logica se sfârșește și judecătorul fie iubește, fie urăște argumentul tău”¹¹¹. După luarea în considerare a tuturor argumentelor, după ce logica ajunge la capăt, interpretul recurge la intuiție și în urma asumării unui risc, ia o decizie.

III. Concluzie

Considerăm firesc faptul că ultima etapă de transpunere a dreptului în realitate este decizia unui om. Dreptul, fiind un fenomen creat de oameni pentru oameni, nu poate funcționa decât prin intermediul acestora. A te supune dreptului înseamnă, până la urmă, a-ți încredința soarta în mâna altui om. Frumusețea riscului există de ambele părți.

* Doctorand, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; cristina_tomulet@yahoo.com.

¹ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, Ed. Europa Nova, București, 1999, p. 29. „Spiritul omenesc nu a stat niciodată cu totul pasiv în fața dreptului, niciodată nu s-a oprit în fața faptului împlinit, ca și când aceasta ar fi o limită de neînvins. Orice individ simte în sine facultatea de a judeca și de a prețui dreptul existent; în fiecare există sentimentul justiției.”

² *Ibidem*, p. 29-30, p. 31. „Științele juridice prin natura lor se mărginesc să explice un sistem existent, se țin strict de el, fără a-i pune în discuție temeiurile (...). Este de altfel logic și chiar necesar ca un jurist ca atare să ia în considerare ceea ce este și să se mărginească a înțelege și a interpreta în sens propriu normele pozitive, fără a cerceta dacă nu ar putea să existe altele mai bune. În afară de această activitate

specială a juristului în sens strict, rămâne însă necesitatea umană de a cerceta și de a judeca valoarea justiției, adică de a stabili dreptul care ar trebui să fie. Această cercetare se îndeplinește în mod autonom și cuprinde speculația idealului și critica raționalității și legitimității dreptului existent. Filosofia dreptului cercetează tocmai ceea ce trebuie sau ceea ce ar trebui să fie în drept, în opoziție cu ceea ce este, opunând un adevăr ideal unei realități empirice.”

³ *Ibidem*, p. 31. „(...) nu putem să ne oprim în mod exclusiv la studiul dreptului pozitiv, pentru că în acest mod am ajunge să tăgăduim și să degradăm însăși conștiința noastră, interzicându-i cercetarea dreptului în sine.”

⁴ A se vedea eșecul sistemelor juridice în a face față regimurilor politice fasciste și comuniste. Dreptul a devenit un simplu instrument obedient de punere în aplicare a unor intenții criminale.

⁵ Pentru o trecere în revistă a unora dintre funcțiile dreptului a se vedea J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules. A Students' Guide to Legal Method and Reasoning*, Oxford University Press, 2010, p. 3-6.

⁶ I. Rosetti Bălănescu, *Dreptul în general și noțiunile sale fundamentale. Expunere introductivă la studiul dreptului*, Ed. Ziarului „Universul”, București, 1937, p. 12. „Omul a trăit zeci de veacuri pe pământ, fără a bănuși că planeta noastră este sferică, că se învârteste în jurul ei și circulă în jurul soarelui dealungul unei orbite. Tot astfel, omul crește în societate fără a bănuși că garantarea raporturilor dintre oameni – raporturi zilnice și obișnuite – o constituie Dreptul. Omul civilizată dobândește noțiunea Dreptului în mod inconștient, odată cu educațiunea și cunoașterea vieții sociale; de aceea, îi vine greu să elaboreze o definițiune a Dreptului, ceea ce ar echivala cu desprinderea unei noțiuni abstracte dintr-un complex de întâmplări obicinuite. Căci Dreptul este o consecință, un produs al conviețuirii omului sub formă de societate.”

⁷ Nu neapărat din punct de vedere cronologic, ci conceptual.

⁸ S.I. Puț, *Principiul distribuirii puterii etatice între tradiția separatistă și fundamentare rațională*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 148 *apud* P. Miculescu, *Statul de drept*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 123.

⁹ Într-o altă secțiune a acestui articol, vom sublinia rolul pe care îl joacă interpretarea juridică în a transforma dreptul natural abstract, care se află, de regulă, la baza normei de drept pozitiv, în drept natural concret.

¹⁰ M. Djuvara, *Ceva despre...forme*, Extras din Revista „Forme” nr. 9, 1939, p. 7.

¹¹ Afirmația este valabilă în măsura în care cele două tipuri de drept sunt concordante.

¹² A.P. d'Entrèves, *Natural Law – An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson University Library, London, 1951, p. 13.

¹³ În acest sens, s-a susținut că „sunt foarte puține legi care să reproducă o regulă de drept natural, căci scopul legilor nu este de a expune formule abstracte, ci din contra, de a arăta în mod precis și imperativ cum înțelege să rânduiască anumite probleme. Măsurile conținute de legi pot fi de acord cu principiile dreptului natural, fără chiar să le pomenească. Legile cu caracter administrativ sau legile privind drepturile private nu reproduc preceptele dreptului natural. Ele sunt însă indirect inspirate din el, fiind conforme, în fond ca și tendință, cu directivele sale”. A se vedea I. Rosetti Bălănescu, *op. cit.*, p. 19-20.

¹⁴ G. del Vecchio, *op. cit.*, p. 344. „Dar dreptul natural rămâne, cu toate acestea, neschimbat în sfera sa, și încă «strălucește cu o măreție neobișnuită», cum a scris Rosmini, când în fapt e violat sau contrazis de dreptul pozitiv.”

¹⁵ *Ibidem*, p. 31. „Filosofia dreptului începe desigur cu aceste antiteze între justul natural și justul legal.”

¹⁶ A.P. d'Entrèves, *op. cit.*, p. 13. „Dar din perspectiva dreptului natural, probabil că nu ar fi existat nicio Revoluție Franceză sau Americană, nici marile idealuri ale libertății și egalității nu și-ar fi găsit calea spre cărțile de drept, dacă nu s-ar fi găsit înainte în inimile oamenilor.” În acest sens, considerăm că în

situațiile excepționale în care normele dreptului pozitiv, în litera lor, sunt contrare dreptului natural (de exemplu, legile naziste), destinatarii normelor sunt îndreptățiți să recurgă la nesupunere individuală și colectivă (*civil disobedience*) până la obținerea eradicării lor.

¹⁷ I.N. Lungulescu, *Drept și dreptate*, Fundația pentru Literatură și Artă «Regele Carol II», București, 1938, p. 108. „Dar ideea însăși de drept ca sursă primară a principiilor acestora, cântarul moral de apreciere a justului și injustului, instrumentul de control moral al faptelor omenești, tot în conștiința noastră interioară și nu în natura fizică, în realitatea din afară deci, se găsește.”

¹⁸ În același sens, I.N. Lungulescu, *op. cit.*, p. 119. „Abisul între ideea de justiție, inspirată și cizelată de morala creștină a colectivității și principiul de drept, străin de această morală, pus în lege va slăbi și autoritatea normelor juridice și coeficientul lor de obligativitate și imperativitate față de membrii unei Societăți, stăpâniți de alte imperative și iluminați de alte idealuri decât cele la care legea îi supune.”

¹⁹ În acest sens, Cicero a afirmat că „este un păcat a încerca să modifice această lege [dreptul natural], nici nu este permis a încerca să abrogî vreo parte a ei și este imposibil să o distrugi în întregime”. A.P. d'Entrèves, *op. cit.*, p. 22.

²⁰ I.N. Lungulescu, *op. cit.*, p. 158.

²¹ G. del Vecchio, *op. cit.*, p. 29.

²² I.N. Lungulescu, *op. cit.*, p. 108. „Dreptul pozitiv este – am putea zice – o construcție psihofizică ce asemenea unui arbore ce își are rădăcina adânc înfiptă în sufletul nostru, dar a cărui coroană își precizează și forma și întinderea și influența conform cu mediul ambiant și cu atmosfera de viață socială în care și pentru care a luat ființă.”

²³ *Ibidem*, p. 160. „(...) Dreptul acesta ideal (sau – ceea ce e tot una – Dreptatea cea mare, cea unică, cea perfectă) îndată ce s-a încorporat în haina tiranizantă a legii prin însăși acest fapt el s-a și împotmolit – cine poate să conteste – întru relativitate. Fundamentul lui însă e înăuntrul nostru, în conștiința noastră, în spiritul nostru, iar exigențele vieții sociale nu fac altceva decât să convertească datul moral al dreptului ideal în principiile pozitive ale dreptului relativ coborât în lege.” p. 160.

²⁴ I. Roseetti Bălănescu, *op. cit.*, p. 19. „Sunt într-adevăr anumite noțiuni superioare, cari rămân neclintite în mijlocul prefacerilor sociale. Unele din ele sunt tot atât de vechi ca și omenirea; altele s-au desprins, în cursul veacurilor, cu ajutorul dezvoltării inteligenței și al progresului instituțiilor sociale. Toate la un loc domină preocupările legiuitorului și influențează asupra formațiunii Dreptului pozitiv. Nu se poate ca societățile umane să nesocotească principiile Dreptului natural, de care sunt pătrunse în mod inconștient. Dreptul natural este un Drept universal.” În același sens, J. Moruzi, *Studii de drept și procedură penală*, București, 1935, p. 288-289. „În faza formulărilor legislative, dreptul natural este un izvor al dreptului pozitiv, fiindcă legiuitorul face apel la preceptele profunde ale conștiinței morale și la principiile de justiție anterioare și superioare instituțiilor umane; face apel la acel complex de norme etice naturale, ce reglementează raporturile sociale în baza principiului de justiție”.

²⁵ P. Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, Ed. Humanitas, București, 1997, p. 319. „(...) este vorba de vechiul nostru drept natural pe care am face mai bine să-l recunoaștem ca atare, în loc să-l travestim, să-i punem surdina, pretextând că nu este el.”

²⁶ G. del Vecchio, *op. cit.*, p. 181.

²⁷ A.P. d'Entrèves, *op. cit.*, p. 22.

²⁸ În același sens, a se vedea G. del Vecchio, *op. cit.*, p. 181, p. 347. „Criteriul absolut al justului se numește cu un termen tradițional «drept natural», adică bazat pe constituția însăși a lucrurilor și nu pe bunul plac al unui legislator.” „Dreptul natural e deci criteriul care permite a judeca dreptul pozitiv și a-i măsura

- justiția lăuntrică. Știm deja că săvârșirea acestei judecăți e o exigență indestructibilă a rațiunii și a sentimentului.”
- ²⁹ A.P. d'Entrèves, *op. cit.*, p. 42-43.
- ³⁰ *Ibidem*, p. 42-43.
- ³¹ Mario G. Losano, *Marile sisteme juridice – Introducere în dreptul european și extraeuropean*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 105.
- ³² A se vedea *supra*, p. 4.
- ³³ W. E. Conklin, *The Trap, Law and Critique*, Vol. 13, Kluwer Law International, 2002, p. 16. „De regulă, judecătorii își integrează valorile personale în conținutul substanțial al unei reguli prin argumentele lor”.
- ³⁴ De exemplu, instaurând o dictatură.
- ³⁵ H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, 1958, p. 600, *apud* J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* 94, Columbia University Press, New York, 1909, § 213. În același sens, autorul face referire la „recunoașterea adevărului că dreptul unui stat... nu este un ideal, ci ceva care există cu adevărat... Nu este ceea ce ar trebui să fie, ci ceea ce este.”
- ³⁶ I.N. Lungulescu, *precit.*, p. 25-27.
- ³⁷ W. E. Conklin, *The Trap, Law and Critique*, Vol. 13, Kluwer Law International, 2002.
- ³⁸ *Ibidem*, p. 7. Aceeași idee este reluată la p. 8. „Organele judiciare sunt acelea care pun întrebările și își integrează dovezile într-o poveste coerentă care poate fi categorisită înăuntrul sau în afara limbajului oficial. Vina și umilirea mea vor rămâne nerostite sau, dacă vor fi rostite, vor fi date uitării. Povestea mea, dacă am tăria să o spun din nou pe limba mea, este codată de limbajul oficial.”
- ³⁹ I.N. Lungulescu, *precit.*, p. 21-23.
- ⁴⁰ *Ibidem*, p. 142-143.
- ⁴¹ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 134. „Utilizarea specială a anumitor forme de limbaj are rolul mai degrabă de a ascunde decât de a spori înțelegerea noastră cu privire la sistemul juridic.” Considerăm că această caracteristică a limbajului juridic poate fi privită chiar ca o limitare a accesului la justiție.
- ⁴² *Ibidem*, p. 135.
- ⁴³ W. E. Conklin, *op. cit.*, p. 17.
- ⁴⁴ *Ibidem*, p. 17.
- ⁴⁵ *Ibidem*, p. 18. „Dar justiția locuiește exact în sfera pe care juriștii au respins-o ca fiind pre-legală. În această sferă a pre-legalului se regăsesc structurile noastre implicite de argumentare și trupurile noastre empirice pe care le aducem în ceea ce am considerat până acum ca fiind sfera legală”.
- ⁴⁶ *Ibidem*, p. 18.
- ⁴⁷ G.C. Mihai, *Teoria interpretării juridice*, teză, Cluj-Napoca, 1999, p. 20. „Cercetarea naturii, mecanismului și funcțiilor interpretării juridice sunt strâns legate de semnificația dreptului.” (*apud* M. Fisk, *The State and Justice*, Cambridge U.P., 1989, p. 67-80).
- ⁴⁸ I.N. Lungulescu, *Arta de a judeca și arta de a interpreta. Exegeza textelor de lege. Greutățile ei. Nevoia unei ermeneutice juridice ca știință de sine stătătoare*, P.R., 1931, p. 207.
- ⁴⁹ Norma de drept pozitiv este felul de a fi aparent al normei juridice reale. A se vedea I.N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p. 19, p. 66. „Legea este o mică sursă – și încă formală nu reală – a dreptului, adică o sursă prin care regula juridică doar se exprimă și atât.” „Prin urmare, între unul și celălalt factor al problemei, între lege și drept, text și dreptate, cod și justiție, nu există nici echivalență și cu atât mai mult nu poate exista identitate.”
- ⁵⁰ I.N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p. 80.
- ⁵¹ I.N. Lungulescu, *Arta de a judeca și arta de a interpreta (precit.)*, p. 205.

- ⁵² Interpretarea este, într-un sens, metodologia dreptului.
- ⁵³ A se vedea în acest sens I.N. Lungulescu, *Arta de a judeca și arta de a interpreta. Exegeza textelor de lege. Greutățile ei. Nevoia unei ermeneutice juridice ca știință de sine stătătoare*, P.R., 1931.
- ⁵⁴ S.I. Puț, *op. cit.*, p. 255, *apud* I. Muraru, M. Constantinescu, S. Tănăsescu, M. Enache, Gh. Iancu, *Interpretarea Constituției. Doctrină și practică*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 20.
- ⁵⁵ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 144-145, p. 254.
- ⁵⁶ *Ibidem*, p. 253.
- ⁵⁷ Sublinierile aparține autorului.
- ⁵⁸ *Ibidem*, p. 255.
- ⁵⁹ *Ibidem*, p. 284 *apud* K. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, Boston, 1960.
- ⁶⁰ G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 27-28.
- ⁶¹ *Ibidem*, p. 29, *apud* M. Constantinescu, *Dreptul*, Nr. 10-11, 1995, p. 39.
- ⁶² J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 148.
- ⁶³ *Ibidem*, p. 144-145.
- ⁶⁴ S.I. Puț, *op. cit.*, p. 262, *apud* N. Popa, Gh. Dănișor, I. Dogaru, D.C. Dănișor, *Filosofia dreptului. Marile Curente*, Ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007. „Multiplicarea și diversificarea instanțelor de aplicare constituie un adevărat abis între regulă și cazul dat spre soluționare în temeiul acestei reguli. Cel care aplică norma devine o forță necunoscută.”
- ⁶⁵ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 253, p. 69.
- ⁶⁶ I.N. Lungulescu, *Arta de a judeca și arta de a interpreta (precit.)*, p. 206.
- ⁶⁷ *Ibidem*, p. 206. Sublinierea ne aparține.
- ⁶⁸ *Ibidem*, p. 206. Această dificultate poate fi integrată în categoria „dificultăților isvorâte din textul legii însăși și în directă legătură cu elementul de expresie formal-literală a ei, care este limba.” J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 187. Varietatea sensurilor atribuite de diverse persoane aceleiași expresii juridice a fost demonstrată în studiul *LSE Jury Project, 1973, Juries and the Rules of Evidence, Criminal Law Review, 208* (J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 139), în care mai multor jurați li s-a cerut să reacționeze la variante diferite de exprimare a noțiunii de „sarcină a probei” considerate ca fiind echivalente de către avocați. Subiecții studiului nu au fost în toate cazurile de acord că variantele respective erau echivalente.
- ⁶⁹ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 189.
- ⁷⁰ G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 23.
- ⁷¹ Considerăm că aceeași idee poate fi aplicată și în contextul interpretării efectuate de participanții la proces. Avocații, respectiv acuzarea, vor interpreta normele, în limitele anumitor principii etice, în funcție de interesul pe care îl urmăresc. Cele două interpretări ghidate de interes se vor confrunta în fața judecătorului, a cărui interpretare ar trebui să fie obiectivă și echilibrată. A se vedea G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 11-12.
- ⁷² I.N. Lungulescu, *Arta de a judeca și arta de a interpreta (precit.)*, p. 205.
- ⁷³ A. Otetelișanu, *Este dreptul o știință sau o artă?*, *Revista de Filosofie* nr. 3-4, 1933, p. 434.
- ⁷⁴ J. Moruzi, *op. cit.*, p. 306. Același autor a susținut că interpretarea aparține dreptului substantiv, iar nicidecum procedurii sau filozofiei dreptului. În același sens, considerăm că interpretarea aparține dreptului substanțial deoarece oferă conținut normei.
- ⁷⁵ G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 25-26.
- ⁷⁶ În utilizarea expresiei subliniate nu ne referim la identificarea voinței concrete a legiuitorului, ci la stabilirea unui sens echitabil al normei *in concreto* – o interpretare echilibrată - nici exces de literă, nici exces de spirit. În acest sens, s-au afirmat următoarele: „Dogmatismul școlii exegetice, ca și anarhia

- concepției „Liberului drept” nu ne mulțumesc. Dreptul nu este numai textul de lege, dar dreptul nu este tot ce mintea fiecăruia din noi crede, că este. Dreptul nu este întotdeauna ceea ce metoda analogiei și a spiritului legiuitorului ar indica că este, dar nu este nici ceea ce pornirea subiectivă a fiecăruia din noi arată, că ar putea fi. Dreptul nu este știința formulilor lipsite de viață pe cari ni le dă un tradiționalism rău înțeles și o rutină, care ucide orice posibilitate de progres, dar dreptul nu este nici orice construcție în afară de trecutul și de cerințele actuale ale unui popor oarecare (...)”. A se vedea A. Oțetelișanu, *op. cit.*, p. 432.
- ⁷⁷ *Ibidem*, p. 31. ”Evident, lămurirea și determinarea, efectuate de teoriile care compun științele juridice, urmăresc decelarea sensului autentic de cel inautentic și înlăturarea acestuia din urmă cu mijloace rigurose științifice.”
- ⁷⁸ G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 25-26.
- ⁷⁹ *Ibidem*, p. 25-26.
- ⁸⁰ *Ibidem*, p. 20. Potrivit autorului, sensul nu poate fi transferat fără un capital de informații al destinatarului.
- ⁸¹ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 125.
- ⁸² *Ibidem*, p. 126.
- ⁸³ G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 26.
- ⁸⁴ G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 24. „Într-un al doilea înțeles, interpretarea normei juridice are loc corelativ cu ceva – cu faptele, cu actele, cu conduitele, cu evenimentele etc., ceea ce ar reveni unui al doilea tip de interpretare – *aceea concretă*”.
- ⁸⁵ Tr. Pop, *Drept penal comparat. Partea generală*, Vol. II, Institutul de Arte Grafice „Ardealul”, Cluj-Napoca, 1923, p. 92.
- ⁸⁶ Prin faptul că interpretul alege din întreaga stare de fapt elementele care au relevanță juridică.
- ⁸⁷ În acest sens, s-au arătat următoarele: „Ca să ajungi să pronunți o hotărâre judecătorească trebuie să posezi în prealabil o dublă cunoștință: a faptului prin probațiunea lui și a legii prin interpretarea ei. Numai cu aceste două elemente de cunoaștere se poate soluționa o cauză edictând o judecată”. I. Lungulescu, *Artă de a judeca și artă de a interpreta (precit.)*, p. 205. De asemenea, a se vedea S. Puț, *op. cit.*, p. 255 *apud* I. Muraru, M. Constantinescu, S. Tănăsescu, M. Enache, Gh. Iancu, *Interpretarea Constituției. Doctrină și practică (precit.)*, p. 20. „Calificarea unei situații, de fapt sau de drept, ca fiind reglementată de o anumită normă juridică supraordonată, implică în mod necesar, nu numai determinarea acestei situații, dar și interpretarea normei respective, spre a se stabili incidența sa.”
- ⁸⁸ G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 32. „(...) interpretarea juridică este unitatea dintre interpretarea dreptului obiectiv din textele normative în una din componentele sale – interpretarea legii - și interpretarea faptelor, într-o generalitate a lor sau în o concretețe a lor – interpretarea factuală.”
- ⁸⁹ S. Voinescu, *Despre interpretarea legilor*, Krisis nr. 4/1996, p. 70.
- ⁹⁰ Considerentele expuse anterior, precum și cele ce urmează să fie prezentate, sunt valabile și pentru interpretarea efectuată de alte autorități ale statului, în afara instanțelor, în măsura în care aceasta cuprinde etapele interpretării concrete și aplicării normei.
- ⁹¹ J. Moruzi, *op. cit.*, p. 288-289.
- ⁹² I. Bursănescu, *Recenzie – La vie, le droit, la liberté - Matei Cantacuzino*, P.R., 1931, p. 157. „Ceea ce noi numim legalitate nu e decât haina pasageră în timp și în infinit variată în spațiu a unui ideal permanent. Opera doctrinarului și practicianului este incompletă dacă soluțiile lor nu sunt în armonie cu un principiu superior de justiție.”
- ⁹³ Cu privire la dreptul natural abstract, am arătat deja într-o secțiune precedentă că acesta poate fi identificat atunci când este contrazis de dreptul pozitiv.

⁹⁴ A.P. d'Entrèves, *op. cit.*, p. 29-30.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁹⁶ Imposibilitatea transpunerii perfecte a dreptului natural în dreptul pozitiv prin interpretare nu înseamnă că interpreții au dreptul de a renunța la acest obiectiv. Urmărirea acestui obiectiv imposibil de atins va crește calitatea interpretărilor lor.

⁹⁷ I.N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p. 21-23. Sublinierile ne aparțin.

⁹⁸ Hotărâre pronunțată în 4 decembrie 2003, (www.echr.coe.int).

⁹⁹ În această hotărâre, Curtea a constatat violarea art. 3 și 8 din Convenție.

¹⁰⁰ În doctrina interbelică s-a observat că dreptul penal este mai apropiat de dreptul natural decât alte ramuri de drept: „Nu mai vorbim de dreptul penal căci el – pentru cine-l citește și pentru cine îl cunoaște, nu este decât o nereușită încercare de a transpune poruncile morale, adăpostite în catehismul etic al religiei sau filosofiei creștine, pe portativul multivariat al articolelor de lege.” A se vedea I.N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p. 117. În acest sens, considerăm că imperfecțiunile cauzate de limitele inerente ale normelor de incriminare pot fi remediate în etapa interpretării prin recurgerea la principiul de drept natural care constituie esența infracțiunii.

¹⁰¹ Publicat în *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958.

¹⁰² „*Spirit*: Ei bine, am căzut de acord că fiecare stat modern dispune de o structură juridică prin care se separă «ceea ce este» de «ceea ce ar trebui să fie». *Flink*: Dreptatea a fost în mod tradițional asociată cu «ceea ce ar trebui să fie».” W. E. Conklin, *op.cit.*, p. 19.

¹⁰³ H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals (precit.)*, p. 607-608.

¹⁰⁴ G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁵ Sublinierile ne aparțin. I. Lungulescu, *Arta de a judeca și arta de a interpreta (precit.)*, p. 207.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 207. Potrivit aceluiași autor, dreptatea nu poate fi limitată prin definiții deoarece este o valoare a spiritului. Din acest motiv, dreptatea poate fi definită doar circular, definiție care nu-i dezvăluie adevărata natură. Această imposibilitate de a defini dreptatea creează tendința de a cunoaște dreptul mai bine prin intuiție, decât prin rațiune. I.N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p. 15-16.

¹⁰⁷ Dreptul natural se împletește cu cunoașterea intuitivă, nu cu cea rațională.

¹⁰⁸ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁹ Sublinierea ne aparține.

¹¹⁰ H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 607.

¹¹¹ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, p. 197, p. 256.

ARTICOLE

CÂTEVA CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA DEFINIREA FIDUCIEI ÎN CODUL CIVIL ROMÂN

Sergiu GOLUB*

Abstract. *Some considerations on fiducie's definition in the Romanian civil code. The New Romanian Civil Code was the first piece of legislation that provided a definition of the fiducie. Although it was possible to encounter said concept before 2011, no definition was offered by the law, prior to the New Civil Code.*

This work is merely a starting point in the analysis of the device called "fiducie". My study shall contain brief comments on fiducie's legal definition. In a series of future articles, I intend to critically analyze fiducie's legal definition, and the definitions highlighted by other authors.

For now, I shall take only a modest step: I will engage in a survey of the Romanian fiducie's definition; also, I will force myself to approach the fiducie in a systemic manner.

Keywords: *fiducie, contract, fiduciary rights, fiduciary obligations, fiduciary fund, Romania, civil code*

Rezumat. *Codul civil român, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, a fost primul act legislativ care a definit fiducia. Chiar dacă, sporadic și accidental, această noțiune a fost utilizată de către legiuitorul român și înainte de 2011, nicio definiție legală nu a putut fi identificată anterior codului civil.*

Prezentul articol constituie punctul de pornire în analiza acestei figuri juridice, conținând scurte considerații legate de definirea legală a fiduciei, autorul intenționând, printr-o serie de articole viitoare, să analizeze critic definiția legală și definițiile doctrinare consacrate acestei operațiuni. O scurtă incursiune istorică, vizând "evoluția" modestă (atât ca întindere în timp cât și calitativ) a definiției fiduciei "românești" cât și o tentativă de abordare "sistemică" constituie un prim pas modest în demersul pe care ni l-am propus.

Cuvinte cheie: *fiducie, operațiune juridică, contract, drepturi fiduciare, obligații fiduciare, fond fiduciar, România, cod civil*

*„Omnis definitio in jure civili periculosa est,
parum est enim, ut non subverti possit.”*

Lucius Iavolenus Priscus

Chiar dacă legiuitorul noului cod civil a încercat să adopte o abordare unitară în ceea ce privește definirea conceptelor juridice, fiind conștient de veridicitatea afirmației din *moto*-ul acestui capitol, totuși, acest lucru nu i-a reușit chiar de fiecare dată¹. În cazul fiduciei, o instituție nouă în peisajul nostru juridic, aceasta (definirea) se impunea.

1. Definiția legală

Legiuitorul nu a ezitat să o definească în cadrul art. 773 C.civ.:

”Art. 773: Noțiune

Fiducia este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciar care le exercită (s.n. S.G.) cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor”.

Însă, legiuitorul român a ezitat atunci când a definit-o. Această definiție a suferit modificări chiar înainte de intrarea în vigoare a noului Cod civil², definiția inițială având următorul conținut:

”Art. 778 Noțiune

Fiducia este operația juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciar care **le administrează** (s.n. S.G.) cu un scop determinat, în folosul unuia sau al mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor.”

Proiectul anterior³, cel din 2004, nu conținea vreo reglementare expresă cu privire la fiducie.

În cadrul celorlalte acte normative au mai apărut, anterior definiției legale, mențiuni sporadice cu privire la fiducie sau anumite operațiuni fiduciare. Aceste referiri apăreau, mai ales, în contextul unor reglementări internaționale, adoptate și de către România⁴, dar și în acte normative de uz intern, în special în perioada de preluare a *aquis*-ului comunitar și după aderare⁵. Numitorul comun al tuturor acestor referiri la fiducie, indiferent de ipostază – „fonduri fiduciare”, „obligații fiduciare”, „activități fiduciare”, „drepturi cu caracter fiduciar”, „servicii fiduciare”, „poziție de trust”, „relație fiduciară sau similară”, „responsabilitate fiduciară”, „societate fiduciară” etc. – este lipsa unei definiții legale. Doar în legea de organizare și exercitare a profesiei de avocat apare o enumerare a posibilelor activități fiduciare. „Primirea în **depozit** (s.n. – S.G.), **în numele și pe seama clientului** (s.n. – S.G.), de fonduri financiare și bunuri, rezultate din valorificarea sau executarea de titluri executorii, după încheierea procedurii succesoriale sau a lichidării...”⁶. Din chiar descrierea operațiunii rezultă că este o combinație dintre două figuri contractuale – depozit și mandat cu reprezentare. „Plasarea și valorificarea acestora, în numele și pe seama clientului”⁷ – subscripția (cumpărare) și vânzarea printr-un mandat cu reprezentare. „Activități de administrare a fondurilor sau a valorilor în care acestea au fost plasate”⁸ – mandat (de administrare) a fondurilor și a valorilor. Analizând activitățile descrise de legiuitor ca fiind activități fiduciare, ne putem lesne da seamă că acestea nu sunt prea „fiduciare” (în sensul fiduciei reglementate în codul civil), ci sunt operațiuni juridice cunoscute, realizate prin mandat⁹.

Prin urmare, chiar dacă la nivel terminologic, sistemul nostru juridic a cunoscut referiri la fiducie și înainte de intrarea în vigoare a noului cod civil, acele operațiuni nu aveau o legătură prea strânsă cu fiducian actuală.

Pe de altă parte, au existat operațiuni care imitau sau erau similare cu mecanismul fiduciar. Câteva dintre acestea vor fi analizate în cadrul unor articole viitoare.

2. Definiții doctrinare

În linii mari, doctrina a preluat, cu mici observații sau nuanțări definiția legală.

Puțini sunt cei care și-au îndreptat atenția spre definiția legală și mai puțini fiind cei care au analizat-o.

În urma unei analize extinse, fiind formulate nu mai puțin de șase observații critice, un autor¹⁰ sintetizează și propune propria definiție a fiduciei: „Definim astfel fiducia ca fiind convenția prin care o parte numită constituitor sau fiduciant transmite bunuri și drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente și viitoare, permise de lege, către altă parte numită fiduciar, care le administrează în scopul determinat de părți cu respectarea interdicțiilor legale, în beneficiul uneia dintre părți ori a unui terț, o perioadă de timp, în schimbul unei remunerații sau cu titlu gratuit”¹¹.

„Fiducia, poate fi definită, în esență, ca fiind „operațiunea prin care o persoană, constituantul, transferă bunuri către altă persoană, fiduciarul, cu un scop determinat, în profitul unei a treia persoane, beneficiarul”¹².

„Comparând toate definițiile menționate se poate deduce că, indiferent de jurisdicția la care ne raportăm, în general, fiducia sau trust-ul este un ansamblu de raporturi juridice structurate într-o operațiune unitară, prin care un constituitor transferă (în principiu ireversibil) drepturi patrimoniale către un fiduciar, care va administra aceste drepturi exclusiv în folosul unui beneficiar. În plus, drepturile supuse fiduciei formează o masă patrimonială distinctă și intangibilă de către terți, în raport cu restul patrimoniului fiduciarului”¹³.

„Fiducia un contract special, fundamentat pe ideea transferului (dublu) unui drept sau bun, în care fiduciarul are o misiune specială: să administreze dreptul sau bunul cu un scop determinat, în folosul unui sau mai multor beneficiari”¹⁴.

Chiar dacă mai sunt alte peste douăzeci de surse care vizează, într-un fel sau în altul fiducia, nu am identificat vreo definiție care să se deosebească radical de definiția legală sau de definițiile prezentate mai sus. Acest lucru este, întrucâtva firesc, deoarece fiducia este o instituție nouă, „nerodată”, fără un trecut tumultuos, fără o întrebuințare practică extinsă și fără nici măcar o singură soluție jurisprudențială care să o vizeze în prezent, dar, sperăm cu un viitor promițător. De altfel, aproximativ în toate sursele bibliografice autohtone am identificat speranțele autorilor legate de viitorul fiduciei. Unii erau mai optimiști, alții mai ... realiști. Când aceste speranțe vor începe să se adevărească¹⁵, s-ar putea să apară elemente noi care să poată influența definirea acestei noțiuni.

Însă, la ora actuală aceste elemente fiind lipsă, nu ne rămâne decât să ne mulțumim cu analiza definiției legale prezente. Acest lucru urmând să constituie obiectul unui viitor articol, dedicat analizei definiției legale a fiduciei.

- * Lect.univ.dr. Sergiu Golub, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; sgolub@law.ubbcluj.ro.
- ¹ Legiuitorul a încercat să adopte un stil unitar în ceea ce privește definirea unor noțiuni juridice. Un număr mare de articole din codul civil poartă denumirea marginală de „Noțiune” (70 de articole poartă această denumire, a se vedea cu titlu exemplificativ art. 34, 321, 405, 451, 773, 1315, 1777, 2333 etc., etc.) sau „Noțiunea” (art. 232, 2280), dar și „Noțiune și categorii” (art. 984), „Noțiune și feluri” (art. 1587, 1609), „Noțiunea de rezervă succesorală” (art. 1086), „Noțiunea de cotitate disponibilă” (art. 1089), „Noțiunea de pază” (art. 1377), „Noțiunea. Condiții” (art. 1634), „Noțiunea și condiții” (art. 1758), „Noțiune și domeniu” (art. 1730), „Noțiunea și formă” (art. 1747), „Noțiune. Capacitate” (art. 2158). Un singur text, art. 858 C.civ. poartă denumirea marginală „Definiția dreptului de proprietate publică” (probabil, legiuitorul nu s-a putut abține să nu aibă măcar o singură definiție, cu tot pericolul sesizat încă de romani).
- ² Textul inițial a fost modificat prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of., nr. 409 din 10 iunie 2011. Codul civil a intrat în vigoare în data de 1 octombrie 2011, prin urmare, textul art. 778 nu s-a aplicat niciodată. A se vedea și Marian Nicolae, *Codex Iuris Civile*, tom 1, *Noul Cod civil, ediție critică*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. XC: „Principalele amendamente, de ordin **formal**, au privit, în special reformularea unor texte pentru acuratețe juridică, corectarea unor trimiteri eronate și uniformizarea terminologică”.
- ³ Sau produsul primei etape de elaborare a Proiectului Noului Cod Civil sau Codul civil I, a se vedea Marian Nicolae, *Codex Iuris Civile*, tom 1, *Noul Cod civil, ediție critică*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. L-LI
- ⁴ A se vedea, spre exemplu, Decretul nr. 123 din 12 aprilie 1974 privind aprobarea Statutului Organizației Mondiale a Turismului, publicat în Publicat în Buletinul Oficial cu numărul 66 din data de 22 aprilie 1974, pct. 7 din Anexa: Reguli de finanțare: „Pot fi stabilite **fonduri fiduciare** (s.n. – S.G.) pentru finanțarea activităților neprevăzute în bugetul organizației, în care sînt interesate anumite țări sau grupe de țări, aceste fonduri fiind finanțate prin contribuții voluntare. Organizația poate cere o remunerare pentru administrarea acestor fonduri.” A se vedea și H.G. nr. 1667 din 14 decembrie 2005 privind aprobarea Proiectului de cooperare tehnică pentru Sistemul de Gestione a Datoriei și Analiză Financiară, încheiat între Ministerul Finanțelor Publice și Banca Națională a României, pe de o parte, și Conferința Națiunilor Unite pentru Comerț și Dezvoltare, pe de altă parte, semnat la Geneva la 12 iulie 2005 și la București la 29 iulie 2005, respectiv la 18 august 2005, publicată în M. Of. cu nr. 32 din data de 13 ianuarie 2006: „**G.FINANȚAREA ȘI ARANJAMENTELE CONTRACTUALE**. Aceste servicii vor fi furnizate în conformitate cu Regulile și procedurile UNCTAD pentru administrarea **fondurilor fiduciare** (s.n. – S.G.) de cooperare tehnică stipulate în Anexa 5 a acestui proiect cat și în concordanța cu Regulamentul de ordine interioară și alte reglementări ale Națiunilor Unite.” Pentru mai multe exemple de tratate internaționale bilaterale sau multilaterale a se vedea Florin-Marius Tacu, *Aspecte privind reglementarea fiduciei în noul Cod civil*, în volumul „*Perspectivile dreptului românesc în Europa Tratatului de la Lisabona*”, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 179 și urm.: „Cu titlu de exemplu, menționăm:
- a) Acordul din 1993 de asociere între România, pe de o parte, Comunitățile Europene și statele membre ale acestora, pe de altă parte, care, „referitor la serviciile financiare descrise în anexa nr. XVIII”, prevede că „prezentul acord nu prejudiciază dreptul părților de a adopta măsurile necesare pentru desfășurarea politicilor monetare ale părților sau pentru rațiuni de prudență cu scopul de a asigura protecția investitorilor, depunătorilor, deținătorilor de titluri și a persoanelor cărora li se datorează **drepturi cu caracter fiduciar** (s.n.) sau de a asigura integritatea și stabilitatea sistemului financiar. Aceste măsuri nu vor discrimina pe motive de naționalitate companiile și cetățenii celeilalte părți în comparație cu propriile companii sau proprii cetățeni” (art. 46 pct. 2);

- b) Acordul din 1996 dintre Guvernul României și Guvernul Canadei pentru promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, care, în cuprinsul art. XI (Investiția în servicii financiare), prevede că „nimic din acest acord nu va fi interpretat ca împiedicând o parte contractantă de la adoptarea sau menținerea unor măsuri rezonabile din rațiuni prudentiale, cum ar fi: protejarea investitorilor, deponenților, participanților pe piața financiară, deținătorilor de polițe de asigurare, solicitanților în baza unei polițe sau persoanelor cărora le este datorată o **obligație fiduciară** (s.n.) de către o instituție financiară (...)”;
- c) Acordul din 12 martie 2008 încheiat între statele membre UE și statele partenere și Marele Ducat al Luxemburgului, având rolul de Autoritate de management și Autoritate de certificare, privind implementarea Programului operațional ESPON 2013, ratificat de România (M. Of. nr. 717 din 22 octombrie 2008), în secțiunea nr. 3 (Cofinanțarea națională și Fondul European de Dezvoltare Regională), prevede că „la începutul fiecărui an Autoritatea de management transmite solicitarea contribuției naționale către PO ESPON 2013. Până la sfârșitul lunii februarie sau, în situații excepționale, când acest lucru nu este posibil, cel târziu în termen de o lună de la aprobarea bugetelor naționale, statele membre și statele partenere își transferă contribuțiile naționale la Program pentru anul în curs pe baza planului financiar agreeat. Plățile se creditează în contul separat în moneda euro (euro) (Cont fiduciar), administrat separat ca **fonduri fiduciare** (s.n.) de către Autoritatea de Certificare”;
- d) art. 56 alin. (2) din Acordul din 15 octombrie 2007 de stabilizare și de asociere între Comunitățile Europene și statele membre ale acestora, pe de o parte, și Republica Muntenegru, pe de altă parte, ratificat de România (M. Of. nr. 889 bis din 29 decembrie 2008), prevede că, „în ceea ce privește serviciile financiare, fără a aduce atingere oricărei alte dispoziții a prezentului acord, părțile nu sunt împiedicate să adopte măsuri prudentiale, inclusiv pentru a proteja investitorii, depunătorii, asigurații sau persoanele cărora li se datorează **drepturi cu caracter fiduciar** (s.n.) de către un furnizor de servicii financiare sau pentru a asigura integritatea și stabilitatea sistemului financiar. Nu se recurge la astfel de măsuri ca mijloc de a eluda obligațiile care incumbă uneia dintre părți în temeiul prezentului acord”. Totodată, lit. B pct. 9 din Anexa nr. VI a acestui acord include în categoria „serviciilor bancare și a altor servicii financiare (cu excepția asigurărilor)” „gestionarea activelor, de exemplu, gestionarea activelor disponibile sau a portofoliului, toate formele de gestionare a plasamentelor colective, gestionarea fondurilor de pensii, **servicii de custodie, de depozitare și fiduciare**” (s.n.)”
- ⁵ A se vedea H.G. nr. 73 din 29 ianuarie 2010 privind mandatarea reprezentanților statului în Adunarea generală a acționarilor la Societatea Comercială „Fondul Proprietatea”- S.A. să aprobe forma finală a Contractului de administrare ce urmează a fi încheiat de societate cu Franklin Templeton Investment Management Limited (Londra), publicat în M. Of. cu nr. 81 din data de 5 februarie 2010, Anexa nr. 1: Contract de administrare încheiat între S.C. „Fondul Proprietatea” - S.A. și Franklin Templeton Investment Management Limited: „16.4 ... inclusiv acuzațiile de neglijență sau încălcare a **obligațiilor fiduciare** (s.n. – S.G.) ori altele, în situația ...; (v) încălcarea de către S.A.I. sau oricare dintre Delegații săi ori Societățile asociate (sau angajații lor) a oricărui **obligații fiduciare** (s.n. – S.G.) sau legi aplicabile.”. De asemenea, a se vedea și Hotărârea Congresului Avocaților nr. 10 din 31 iulie 2007 pentru modificarea și completarea Statutului profesiei de avocat, publicată în M. Of. cu nr. 511 din data de 31 iulie 2007: „Art. 226 lit. d) registrul de înregistrare a **activităților fiduciare** (s.n. – S.G.), în condițiile art. 3 alin. (1) lit. g) din Lege, al cărui model este prezentat în anexa nr. XIX la prezentul statut;” și respectiv Legea nr. 255 din 16 iunie 2004 privind modificarea și completarea Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, publicată în M. Of. cu nr. 559 din data de 23 iunie 2004: „Art. 3 lit. g) **activități fiduciare** (s.n. – S.G.) constând în primirea în depozit, în numele și pe seama clientului, de fonduri financiare și bunuri, rezultate din valorificarea sau executarea de titluri executorii, după încheierea

- procedurii succesorală sau a lichidării, precum și plasarea și valorificarea acestora, în numele și pe seama clientului, activități de administrare a fondurilor sau a valorilor în care acestea au fost plasate;”
- Pentru exemple referitoare la piața de capital, a se vedea Florin-Marius Tacu, op.cit., p. 180 și urm.: „a) prin Regulamentul nr. 4/2009 pentru modificarea și completarea Regulamentului Băncii Naționale a României nr. 11/2007 privind autorizarea instituțiilor de credit, persoane juridice române, și a sucursalelor din România ale instituțiilor de credit din state terțe, a fost introdusă Secțiunea 1¹ (Criterii de evaluare a acționarilor semnificativi), care cuprinde art. 18³ alin. (2) lit. c), conform căruia „În plus față de cele prevăzute la alin. (1), la evaluarea integrității acționarului semnificativ se va avea în vedere măsura în care lipsa corectitudinii în afacerile derulate în trecut poate submina integritatea și credibilitatea acestuia. În acest sens, Banca Națională a României trebuie să aibă în vedere situații cum ar fi: (...) acționarul a fost demis sau eliberat dintr-o poziție de trust, dintr-o relație fiduciară sau o situație similară ori i s-a cerut demisia sau retragerea dintr-o asemenea poziție” (s.n.). În acest sens este și modelul Chestionarului pentru participanții la capitalul social al instituției de credit (Anexa 2 din forma modificată a Regulamentului B.N.R. nr. 11/2007);
- b) prin Regulamentul B.N.R. nr. 5/2009 pentru modificarea și completarea Regulamentului Băncii Naționale a României nr. 6/2008 privind începerea activității și modificările în situația instituțiilor de credit, persoane juridice române, și a sucursalelor din România ale instituțiilor de credit din state terțe, a fost introdusă Lista informațiilor necesare pentru evaluarea unei achiziții propuse. Conform Părții I din această listă (Informații generale), pct. 2 (Alte informații referitoare la achizitor) lit. a) (în cazul persoanei fizice) alin. (10) lit. d) prevede obligativitatea comunicării demiterii „din funcție ori **dintr-o poziție de trust, relație fiduciară sau o situație similară** ori solicitarea de a demisiona dintr-o astfel de poziție sau de a renunța la o astfel de poziție” (s.n.). În același sens sunt și prevederi din cuprinsul Regulamentului C.N.V.M. nr. 2/2009 privind regulile de procedură și criteriile aplicabile evaluării prudențiale a achizițiilor și majorărilor participațiilor la o societate de servicii de investiții financiare;
- c) prin Regulamentul Comisiei Naționale de Valori Mobiliare nr. 2/2009 privind regulile de procedură și criteriile aplicabile evaluării prudențiale a achizițiilor și majorărilor participațiilor la o societate de servicii de investiții financiare se prevede că „la evaluarea integrității achizitorului potențial se ia în considerare corectitudinea în activitățile pe care le-a desfășurat în trecut. Lipsa corectitudinii poate submina integritatea și încrederea potențialului achizitor la momentul achiziției. Se acordă o atenție specială asupra: (...) **demiterii din funcție sau dintr-o poziție condiționată de încredere (trust), dintr-o relație fiduciară ori situații similare** (s.n.) sau solicitării de a demisiona dintr-o astfel de poziție” [pct. 7 lit. c) din Anexa nr. 1 la Regulament]. Totodată, este recunoscută calitatea de achizitor unui **trust preexistent**, dar, în același timp, se recunoaște și **posibilitatea ca, în urma achiziției, să rezulte un trust** (în acest sens, a se vedea lista de informații necesare cu privire la achizitor prevăzută de Partea I – Solicitarea de informații generale și documente pentru autorizarea S.S.I.F., pentru notificarea/aprobarea intenției de majorare a participației la capitalul social/drepturile de vot ale S.S.I.F., lit. A – Identitatea achizitorului potențial, pct. 3 – În cazul unui trust deja existent sau care va rezulta ca urmare a achiziției din Anexa nr. 2 la Regulament). Printre informațiile solicitate cu privire la achizitorul persoană fizică/juridică se numără și cele privind „**demiterea din funcție sau dintr-o poziție condiționată de încredere (trust), dintr-o relație fiduciară ori situație similară** (s.n.) sau solicitarea de a demisiona dintr-o astfel de poziție” [în acest sens, a se vedea lista de informații necesare cu privire la achizitor prevăzută de Partea I – Solicitarea de informații generale și documente pentru autorizarea S.S.I.F., pentru notificarea/aprobarea intenției de majorare a participației la capitalul social/drepturile de vot ale S.S.I.F., lit. B – Informații și documente suplimentare cu privire la achizitor, pct. 1 – În cazul unei persoane fizice, lit. v) și pct. 2 – În cazul persoanelor juridice, lit. v) din Anexa nr. 2 la Regulament];

- d) Normele B.N.R. nr. 12/2003 privind supravegherea solvabilității și expunerilor mari ale instituțiilor de credit, cu modificările ulterioare, cuprind în art. 6 referiri la ponderile de risc pentru diferite categorii de active. Astfel, se acceptă o pondere de risc de 50% pentru acele „titluri acoperite cu creanțe ipotecare (*mortgage-backed securities*) – care pot fi tratate în același mod cu împrumuturile acordate, menționate la primul alineat, dacă acestea sunt echivalente în ceea ce privește riscul de credit. Instituțiile de credit trebuie să se asigure în special că: (i) aceste titluri sunt complet și direct acoperite printr-un ansamblu de ipoteci care sunt de aceeași natură cu cele definite la primul alineat și sunt perfect sănătoase, din punct de vedere al capacității de rambursare a creditului ipotecar, în momentul creării titlurilor acoperite cu creanțe ipotecare; (ii) un drept de rang superior celor instituite în favoarea altor creditori asupra activelor ipotecate este deținut fie direct de investitorii în titluri acoperite cu creanțe ipotecare, fie în contul lor printr-un **administrator fiduciar** (*trustee*) sau un reprezentant mandatat, în aceeași proporție ca și cea a titlurilor deținute” (s.n.);
- e) art. 2 alin. (1) pct. 6 din Legea nr. 411/2004 privind fondurile de pensii administrate privat, republicată, cu modificările ulterioare, definește administrarea specială ca fiind „**exercitarea responsabilității fiduciare** (s.n.) de către administratorul special, pe o perioadă determinată, asupra activelor fondului de pensii, în scopul limitării pierderilor pentru protejarea drepturilor cuvenite participanților și beneficiarilor”. În același sens sunt și prevederile art. 96 alin. (1): „administrarea specială are drept scop **exercitarea responsabilității fiduciare** (s.n.) de a păstra valoarea activelor fondurilor de pensii și de a limita pierderile în vederea protejării drepturilor cuvenite participanților și beneficiarilor”. Prevederi identice se regăsesc și în Legea nr. 204/2006 privind pensiile facultative [art. 2 pct. 6, art. 58 alin. (1)]. O.U.G. nr. 50/2005 privind înființarea, organizarea și funcționarea Comisiei de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private definește schema de pensii private ca fiind un contract, acord, act fiduciar sau reguli care stipulează în ce condiții se obțin drepturile la pensia privată [art. 2 lit. b)].”
- ⁶ Fragment din art. 3 lit. g din Legea nr. 51 din 7 iunie 1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în temeiul art. VI din Legea nr. 270/2010 privind modificarea și completarea Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, publicată în M. Of. nr. 872 din 28 decembrie 2010, dându-se textelor o nouă numerotare.
- ⁷ *Ibidem*
- ⁸ *Ibidem*
- ⁹ Așa cum explica și David Hayton corespondența între trust și instituțiile juridice de drept continental. David Hayton, *Trusturile în dreptul internațional privat european*, în Revista de Drept Internațional Privat și Drept Privat Comparat, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 285-286. Pentru o opinie similară, a se vedea Ioan Popa, *Contractul de fiducie reglementat de noul cod civil*, Revista Română de Drept Privat, Ed. Universul Juridic, București, nr. 2/2011, p. 213-252, referindu-se la activitatea fiduciară care poate fi desfășurată de către avocați, conform legii de organizare, „Mecanismul fiduciei se regăsește totuși *nenumit*, mascat de anumite acte (vânzarea cu pact de răscumpărare, stipulația pentru altul, vânzarea cu clauză de rezervă a proprietății, cumpărarea de titluri de valoare în cadrul unor fonduri de investiții etc.), însă fiducia, contractul de fiducie ca instituție juridică bine articulată ca și *contract numit* își găsește pentru prima dată reglementarea în Noul Cod Civil”, p. 214. (a se vedea și Ana Gabriela Atanasiu, *Fiducia*, în RRDA, nr. 4/2011, p.57-58. „Înainte de adoptarea noului Cod civil, în dreptul românesc se reglementau în diferite acte normative interne (de exemplu, în Legea nr. 51/1995 a profesiei de avocat, în legislația pieței de capital) sau în convențiile internaționale bilaterale sau multilaterale la care România este parte, activități fiduciare, dar o dată cu adoptarea noului Cod civil fiducia va avea un cadru normativ expres, unitar și compact.”) Am prezentat opinia ca fiind similară,

pentru că, din punctul nostru de vedere, acele operațiuni, enumerate de autorul citat nu „maschează” fiducia, ci duc ele însele părțile către finalitatea propusă. Operațiunile enumerate sunt operațiuni reale și nu disimulează nimic, pur și simplu nu există un mecanism suficient de complex pentru a asigura atingerea rezultatului dorit printr-o singură operațiune (cum ar fi fiducia). Prin urmare, din punctul nostru de vedere, activitățile fiduciare enumerate în legea de organizare a profesiei de avocat nu sunt fiducii și pe cale de consecință nici operațiuni fiduciare (în înțelesul pe care fiducia o are la ora actuală). Cel mult, poate fi acreditată ideea că legiuitorul a utilizat un termen, care la ora actuală are un înțeles strict, într-o accepțiune „laică” – „fiduciar” în sens de „încredere” (aceleși lucru s-a întâmplat și în cazul unui alt concept, strâns legat de tema în discuție, - patrimoniul de afectatiune, legiuitorul utilizând noțiunea de „afectatiune” în două sensuri, în sensul larg și apoi, mai întâi, prin O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, publicată în M. Of., nr. 328 din 25 aprilie 2008, și după, prin dispozițiile noului Cod civil), încălcând, din păcate, prescripții clare de tehnică legislativă (a se vedea art. 37 *Unitatea terminologică* din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată în M. Of., nr. 260 din 21 aprilie 2010: „Art. 37 alin. 1 „În limbajul normativ aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceleași termeni” alin. 2 „Dacă o noțiune sau un termen nu este consacrat sau poate avea înțelesuri diferite, semnificația acestuia în context se stabilește prin actul normativ ce le instituie, în cadrul dispozițiilor generale sau într-o anexă destinată lexicului respectiv, și devine obligatoriu pentru actele normative din aceeași materie.”).

¹⁰ Bujorel Florea, *Unele observații asupra contractului de fiducie astfel cum este reglementat în noul cod civil*, Revista „Dreptul”, nr. 7/2013, p. 60-82.

¹¹ *Ibidem*

¹² Ioan Popa, *Contractul de fiducie reglementat de noul Cod civil*, în RRDP, nr. 2/2011, p. 224.

¹³ Cătălin R. Tripon, *Fiducia, rezultat al interferenței celor 2 mari sisteme de drept*, în RRDP, nr. 2/2010, p. 169.

¹⁴ Lavinia Tec, *Aplicații ale fiduciei în dreptul afacerilor în lumina noului Cod civil, în Noile Coduri ale României*, Studii și cercetări juridice, editura Universul Juridic, București, 2011, p. 221.

¹⁵ La ora actuală sunt înscrise în Arhiva Electronică sunt înscrise 80 de avize, din care 59 de avize inițiale, 20 de avize de modificare și un aviz de acceptare. Un start modest pentru primii circa 5 ani de existență a acestei operațiuni juridice.

AUTORITATEA PĂRINTEASCĂ

Bogdan-Dumitru MOLOMAN*
Lazăr-Ciprian URECHE**

Abstract. The parental authority. In this study, the authors have examined the provisions of the Romanian Civil Code (articles 483-507) concerning the parental authority.

The Romanian legislator preferred this notion to the injury of the one of protecting the minor by means of the parents (parental protection) previously stipulated by the stipulations of the Family Code. The Romanian legislator defines the parental authority notion in art. 483 paragraph (1) of the Civil Code as the ensemble of rights and obligations regarding both the child's person and goods and equally belonging to both of the parents.

Keywords: parental authority, parents, child, divorce, presumption, Romanian Civil Code

I. *Prolegomene.* A) *Reglementare.* Sub imperiul Codului familiei, în contextul reglementărilor consacrate „ocrotirii celor lipsiți de capacitate, a celor cu capacitate restrânsă și a altor persoane” (art. 97-160), a fost reglementată „ocrotirea minorului” (art. 97-141); sub auspiciile Codului civil de la 1864, Titlul VIII (alcătuit din art. 309-324) din Cartea I – *Despre persoane*, purta denumirea marginală „*Despre puterea părintească*”.

Actualmente, autoritatea părintească este reglementată de art. 483-512 (art. 483-486 - dispoziții generale, art. 487-502 – drepturile și îndatoririle părintești, art. 503-507 – exercitarea autorității părintești, art. 508-512 – decăderea din exercițiul drepturilor părintești) ale titlului IV, intitulat „*Autoritatea părintească*”, din cartea a II-a, intitulată „*Despre familie*”, din Legii nr. 287/2009 privind Codul civil¹. Aceste dispoziții cu caracter general sunt completate și cu dispozițiile Legii nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului², cu modificările și completările ulterioare.

Prezentul studiu reprezintă o analiza amănunțită a art. 483-507 C.civ.

B) *Noțiune. Principii generale.* Capitolul I „Dispoziții generale” din Titlul al IV-lea, „*Autoritatea părintească*” a Cărții a II-a, „*Despre familie*” din Codul civil debutează, probabil, în mod natural cu o încercare de definire a sintagmei de „*autoritate părintească*”; în acest sens, legiuitorul apreciază universul autorității părintești ca fiind creat din integralitatea

*drepturilor și obligațiilor ce revin în mod egal ambilor părinți referitoare atât la persoana, cât și la bunurile minorului*³.

În ceea ce ne privește, considerăm că renunțarea de către legiuitor la sintagma „ocrotire părintească” din vechea reglementare și utilizarea terminologiei „autoritate părintească” marchează revenirea la tradiția normativă română din domeniul.

În opinia noastră, *autoritatea părintească nu reprezintă altceva decât un conglomerat de drepturi și obligații, atât unele, cât și celelalte având un unic deziderat și ideal comun, anume binele copilului, exprimat într-un limbaj simplu și laic, sau într-unul tehnic, de specialitate, interesul superior al copilului; autoritatea părintească nu este nimic altceva decât consacarea juridică a unei obligații în primul rând morale, și anume de a conduce copilul la vârsta adultă și la independența sa, asigurându-i protecția și educația, prin respectul persoanei sale.*

Din definiția dată autorității părintești de către autorii Codului civil, precum și din textele legale incidente în materie, se desprind următoarele *principii ale autorității părintești* care au la bază *interesul superior al copilului*, și anume⁴: a) autoritatea părintească aparține în mod egal ambilor părinți; b) autoritatea părintească se exercită numai în interesul superior al copilului, cu respectul datorat persoanei acestuia; c) copilul are dreptul de a participa la toate deciziile care îl privesc, ținând cont de vârsta și gradul său de maturitate; d) răspunderea pentru creșterea copiilor lor minori aparține ambilor părinți în mod egal; e) principiul egalității copilului din afara căsătoriei cu cel din căsătorie și din adopție.

C. Criterii/Condiții. Alineatul secund al art. 483 C.civ. pune în lumină criteriile în funcție de care „părinți”⁵ trebuie să se ghideze pentru a asigura o exercitare corespunzătoare a îndatoririlor aferente autorității părintești. Așadar, *condițiile demne de a fi urmate în vederea garantării ocrotirii părintești optime și conforme sunt enumerate și vizează aspecte distincte.*

În primul rând, prioritară este aplicarea principiului interesului superior al minorului, figură centrală în cadrul normelor de dreptul familiei, în jurul căreia au fost creionate instituții multiple. De altfel, minorul este beneficiarul real al instituției autorității părintești, fiind necesară ocrotirea acestuia, idee fundamentată pe faptul dezvoltării sale insuficiente (minorul nu deține capacitatea deplină de exercițiu, și pe cale de consecință, legiuitorul a apreciat necesar și oportun un suport permanent în favoarea acestuia în sarcina părinților săi – acesta este și rolul autorității părintești).

Noțiunea de „*interes superior al copilului*” este o noțiune abstractă, destul de greu de încadrat, astfel încât realizarea practică a acestui principiu presupune, înainte de toate, recunoașterea și garantarea prerogativelor fundamentale ale copilului, însă întotdeauna cu luarea în considerare a nevoilor speciale determinate de vârsta și gradul de maturitate al fiecărui copil în parte.

Principiul *ocrotirii interesului superior al copilului*, ca drept fundamental, pentru a putea produce în practică efectele dorite de legiuitor, trebuie aplicat în mod diferit, de la caz la caz, ținându-se cont de mai multe criterii, cum ar fi de exemplu cele care țin de⁶: vârstă, dezvoltare fizică și psihică, temperament, inteligență emoțională, mediu, antecedente, relațiile cu familia și alte persoane de referință, dezvoltare intelectuală și, nu în ultimul rând, stare de sănătate

Părinții sunt chemați întotdeauna primii să respecte și să garanteze drepturile copilului, ca principali gestionari ai acestor drepturi, dar și ca reprezentanți legali ai acestuia și titulari ai unui pachet consistent de obligații corelative. Însă, pe lângă toate acestea, părinții funcționează ca formatori ai educației copilului, realizând inițierea și modelarea conduitei acestuia.

Astfel, în conformitate cu prevederile legale, părinții sunt cei cărora le revine pe deplin responsabilitatea pentru modul în care înțeleg să asigure creșterea, educarea și dezvoltarea copilului, aceștia având obligația de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini obligațiile părintești cu respectarea *interesului superior al copilului*, prin asigurarea acestuia a tot ceea ce este necesar atât material, cât și spiritual pentru creșterea, educarea și întreținerea sa. În același timp, așa cum, pe bună dreptate, s-a opinat în literatura de specialitate⁷, părinții nu sunt doar gardieni, ci și reprezentanți legali în ceea ce privește persoana și patrimoniul copilului.

În *plan secund*, deși în strânsă legătură cu interesul superior al copilului, autorii Codului civil au apreciat necesar a se face referire expresă și la sentimentul de respect acordat persoanei minorului, de care se impune a se ține seamă în circumstanța exercitării drepturilor și obligațiilor părintești în ce privește persoana și bunurile copilului.

O a treia cerință reliefată, în mod expres, este cea privitoare la rolul pe care copilul îl deține în toate hotărârile pe care părinții le iau în legătură cu soarta acestuia. Deși nu este o entitate cu capacitate de exercițiu deplină, copilul nu este îndrituit a avea o postură pur pasivă față de împrejurările care au ca scop hotărârea unor aspecte referitoare la propria existență.

Față de această conjunctură, legiuitorul prevede, în mod expres, necesitatea implicării copilului la toate deciziile care îl privesc, desigur, având în vedere etatea sa și nivelul de maturitate atins. Ținând seama de faptul că personalitatea unui individ prinde contur pe durata unui interval de timp îndelungat, este fără putință de tăgadă că un copil, chiar neajuns la apogeul dezvoltării fizice, psihice, intelectuale, este în măsură să-și expună viziunea în ceea ce privește luarea unor hotărâri privitoare la dezvoltarea sa armonioasă, la creșterea, învățătura și educarea acestuia.

Alineatul final al art. 483 C.civ. desenează o responsabilitate comună în sarcina ambilor părinți. Ca să fim mai preciși, *răspunderea părinților se află în strânsă conexiune cu creșterea copiilor lor minori*. O astfel de dispoziție este mai mult decât firească, în condițiile în care părinții reprezintă entitățile investite, prin ele însele, să vegheze la respectarea garanției privind creșterea și dezvoltarea armonioasă a propriilor copii minori.

D) *Intervalul de timp în care operează autoritatea părintească*. În conformitate cu dispozițiile art. 484 C.civ.⁸, autoritatea părintească se exercită *până la data când copilul dobândește capacitatea deplină de exercițiu*. În ceea ce ne privește, putem opina faptul că *aceste dispoziții legale fixează puncte de reper pe axa cronologică a existenței unei persoane*. Mai exact, se indică intervalul de timp pe durata căruia operează ocrotirea părintească. Așadar, ansamblul de drepturi și obligații părintești asupra persoanei cât și asupra bunurilor copilului produce efecte până la majoratul minorului, respectiv până la momentul la care copilul dobândește deplinătatea capacității de exercițiu.

În conformitate cu dispozițiile art. 38 C.civ., „Capacitatea de exercițiu deplină începe la data când persoana devine major” [alin. (1)]; „Persoana devine majoră la împlinirea vârstei

de 18 ani [alin. (2)]. Legiuitorul român instituie și excepția de la regula anterior menționată, și anume: capacitatea deplină de exercițiu se poate dobândi înaintea vârstei de 18 ani, fie prin căsătorie [art. 39 alin. (1) C.civ. – *Minorul dobândește, prin căsătorie, capacitatea deplină de exercițiu*], fie prin hotărâre judecătorească (Codul civil instituind astfel instituția emancipării minorului) [art. 40 C.civ. – *Pentru motive temeinice, instanța de tutelă poate recunoaște minorului care a împlinit vârsta de 16 ani capacitatea deplină de exercițiu*].

Oricare dintre cele trei momente poate marca încetarea autorității părintești.

E) *Îndatorirea de respect*. Potrivit art. 485 C.civ., „*copilul datorează respect părinților săi indiferent de vârsta sa*”. Excepție veritabilă de la butada profană dreptului „*respectul se câștigă*”, puterea creatoare a legiuitorului creionează obligația de „*respect*”⁹ pe care norma legală i-o impune copilului, indiferent de etate, cu referire la părinții săi. Prin dispoziția art. 485 C.civ., se explicitează, în mod inerent, *legătura indisolubilă dintre copil și părinții săi, liant care are ca fațetă și îndatorirea de respect*.

Așa cum, pe bună dreptate, s-a evidențiat în literatura de specialitate¹⁰, art. 485 C.civ. obligă copilul să respecte părinții „indiferent de vârsta sa”, adică și atunci când, având capacitate deplină de exercițiu, nu se mai află sub „autoritatea lor”.

În pofida faptului că autorii Codului civil au preferat o reglementare expresă a acestei obligații, în linii generale, încălcarea acesteia nu produce, în principiu, efecte juridice, în sensul în care nu se prevăd sancțiuni inerente în ipoteza violării acestei obligații.

Respectul față de părinți apare și în paginile Bibliei sub forma unor porunci. A patra poruncă a lui Dumnezeu către Moise a fost: „*Cinstește pe tatăl tău și pe mama ta, pentru ca să ți se lungească zilele în țara, pe care ți-o dă Domnul, Dumnezeul tău*”¹¹. Această poruncă apare și în paginile Noului Testament: „*Copii, ascultați de părinții voștri în toate lucrările, căci lucrul acesta place Domnului*”¹².

F) *Neînțelegerile dintre părinți*. Articolul ultim din Capitolul I intitulat „Dispoziții generale”, reglementează ipoteza disputelor intervenite între părinți referitoare la exercitarea ocrotirii părintești. Potrivit art. 486 C.civ., *ori de câte ori există neînțelegeri între părinți cu privire la exercițiul drepturilor sau la îndeplinirea îndatoririlor părintești, instanța de tutelă, după ce îi ascultă pe părinți și luând în considerare concluziile raportului referitor la ancheta psihosocială, hotărăște potrivit interesului superior al copilului. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 C.civ. fiind aplicabile*.

Într-o atare situație, destul de frecventă în practica judecătorească, revine sarcina instanței de tutelă de a tranșa neînțelegerile dintre părinți, în sensul de a stabili căruia dintre aceștia îi revine exercițiul drepturilor sau îndeplinirea îndatoririlor părintești. Pentru a dispune în acest context, instanța investită cu soluționarea unui litigiu de genul celui expus mai sus, este obligată să procedeze la ascultarea părinților și să dispună efectuarea unei anchete psihosociale, de concluziile căreia va ține seama la adoptarea unei poziții, precum și să asculte perspectiva minorului care a împlinit vârsta de 10 ani (sau sub această vârstă, însă doar atunci când consideră că este necesar), în concordanță cu dispozițiile art. 264 C.civ.

Indiferent de soluția îmbrățișată de instanță, aceasta trebuie să fie în conformitate cu prevederile legale în materie și mai ales să înglobeze și să respecte principiul interesului superior al minorului.

În conformitate cu dispozițiile art. 229 alin. (2) lit. b) Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil¹³, până la reglementarea prin lege a organizării și funcționării instanței de tutelă, raportul de anchetă psihosocială prevăzut de Codul civil este efectuat de autoritatea tutelară, cu excepția anchetei prevăzute de art. 508 alin. (2) C.civ. (pentru dispunerea decăderii din drepturile părintești). Prin urmare, în conformitate cu art. 486 C.civ. raportat la art. 229 alin. (2) lit. b) Legea nr. 71/2011, autoritatea tutelară va întocmi, *la solicitarea instanței de tutelă*, raportul de anchetă psihosocială în situația în care apar neînțelegeri între părinți cu privire la exercițiul drepturilor sau la îndeplinirea îndatoririlor părintești. Instanța de tutelă, după ce îi va asculta pe părinți și luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială, hotărăște potrivit interesului superior al copilului.

Potrivit dispozițiilor art. 486 C.civ. coroborate cu cele ale art. 399 C.civ. și în raport de constatările anchetei psihosociale și de interesul superior al copilului, instanța poate lua o măsură de protecție specială, în speță plasamentul¹⁴. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 C.civ. fiind aplicabile.

*II. Drepturile și îndatoririle părintești. A) Conținutul autorității părintești*¹⁵. În conformitate cu prevederile art. 487 C.civ., *părinții au dreptul și îndatorirea de a crește copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor lor convingeri, însușirilor și nevoilor copilului; ei sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia.*

Legiuitorul face referire în cuprinsul acestui text legal reliefat anterior la elementele pe care le înglobează autoritatea părintească, reliefând frontierele între care părinții au aptitudinea de a-și exercita prerogativele ce derivă din puterea ocrotirii părintești. În acest sens, se stipulează în favoarea, dar și în sarcina părinților, o serie de drepturi și obligații, de la care nu pot să „evadeze”. Astfel, în mod expres, autorii Codului civil învederează că părinții au dreptul și obligația de a proceda la creșterea minorului, veghind la dezvoltarea armonioasă a copilului lor, nu doar din perspectivă fizică, dar și psihică și intelectuală. În egală măsură, se prevede îndatorirea părinților de a îngriji de sănătatea și integritatea minorului lor, dar și de a supraveghea alegerile acestuia în legătură cu educația, învățătura și pregătirea profesională.

Dreptul și îndatorirea de a îngriji de sănătatea și dezvoltarea fizică a copilului se realizează nu numai prin urmărirea permanentă a modului de dezvoltare fizică și a sănătății copilului, ci, mai ales, prin observarea atentă și utilizarea judicioasă a multiplelor măsuri legislative urmărind acest obiectiv¹⁶. Dreptul la ocrotirea sănătății este garantat la nivel constituțional (art. 49 din Constituția României). Copilului, potrivit art. 46 din Legea nr. 272/2004, îi este garantat dreptul de a se bucura de cea mai bună stare de sănătate pe care o poate atinge și de a beneficia de serviciile medicale și de recuperare necesare pentru asigurarea realizării efective a acestui drept; accesul copilului la servicii medicale și de recuperare, precum și la medicația adecvată stării sale în caz de boală este garantat de

către stat, costurile aferente fiind suportate din Fondul național unic de asigurări sociale de sănătate și de la bugetul de stat.

În pofida faptului că părinților li se trasează sarcini precise, totuși, acestora li se conferă o oarecare libertate și independență în îndeplinirea demersurilor la care sunt îndrituiți. Lipsa oprimării se traduce prin sintagma uzitată „*potrivit propriilor lor convingeri*”, ceea ce semnifică posibilitatea legitimă a autorilor ocrotirii părintești de a lua decizii privitoare la destinul propriului lor copil, în concordanță cu mentalitățile, concepțiile și credințele proprii. Convingerile proprii ale celui ce exercită autoritatea părintească nu se pot manifesta în sensul defăimării țării și a națiunii, al îndemnulii la război de agresiune, la ură națională, rasială, de clasă sau religioasă, al incitării la discriminare, la separatism teritorial sau la violență publică și nici la manifestările obscene, contrare bunelor moravuri.

Cu toate acestea, deși un rol important îl ocupă propriile convicțiuni sau persuasiunii ale părinților, figura centrală îl ocupă, și de această dată, copilul, cu consecința aferentă a evidențierii principiului interesului superior al minorului. În acest context, dincolo de propriile convingeri ale părinților, fundamentul care trebuie să reprezinte piatra de temelie a exercitării autorității părintești îl constituie însușirile și nevoile copilului. Așadar, chiar dacă credința ascendenților săi s-ar circumscrie unei anumite direcții, interesul superior al minorului impune prudență în luarea oricărei decizii privitoare la dezvoltarea firească și armonioasă a minorului.

Pe cale de consecință, la adoptarea hotărârilor referitoare la creșterea și educarea minorului, se va ține seama în mod imperativ de caracteristicile și de necesitățile copilului. Deși legiuitorul nu prevede în mod expres, opinăm că aceste trăsături de care se face vorbire se referă la: caracterul și personalitatea acestuia, aptitudini de un anumit soi (de ordin real, matematic, umanistic, artistic, sportiv etc.), hobby-uri, înclinații.

Teza finală a art. 487 C.civ. evidențiază îndatorirea părinților de a oferi minorului îndrumările și povețele ori îndemnulii necesare, susceptibile să conducă la apogeul dezvoltării minorului, în mod efectiv și nu doar prin împlinirea vârstei apte să acorde capacitate deplină de exercițiu.

Nu este un mister faptul că, în aparență, poziției minorului în dreptul civil i s-ar putea conferi un caracter de inferioritate, prin prisma faptului că acesta, neavând capacitate deplină de exercițiu (lipsind în totalitate sau având capacitatea restrânsă de exercițiu), nu poate încheia singur și în putere proprie anumite acte juridice, ceea ce ar putea echivala cu o restrângere a drepturilor acestuia. Față de circumstanța în care minorul își duce existența, obligațiile părinților de a-i acorda îndrumări referitoare la exercitarea corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia apar ca firești, legiuitorul dând dovadă, o dată în plus, de naturalețe.

În practică¹⁷ s-a decis că „tatăl și mama sunt figuri importante de atașament care au rol decisiv în dezvoltarea emoțională și socială a copilului, atât timp cât calitatea interacțiunilor lor va condiționa calitatea relațiilor sociale. De aceea, în situația familiilor care se destramă prin divorț, interesul superior al copiilor, în general, este legat de posibilitatea de a putea accesa cvasinelimitat pe ambii părinți și frați pentru a putea dezvolta relații echilibrate și armonioase cu părinții, frații și familia extinsă a părinților. Interesul superior al minorului

reclamă menținerea acestuia cât mai mult timp într-un mediu familial normal și echilibrat în prezența ambilor părinți și frați. Faptul că părinții nu se află în prezent în preajma niciunui dintre minori și faptul că părinții își doresc să despartă gemenii există riscul ruperii echilibrului sufletesc al acestora, relațiile dintre frați și familiile extinse ale părinților urmând a fi întrerupte. De aceea, având în vedere că părinții deocamdată nu locuiesc cu copiii lor, că aceștia urmează a începe școala, devine vitală pentru dezvoltarea sa morală normală a gemenilor ca ei să locuiască, să învețe și să se dezvolte împreună. Faptul că părinții nu mai pot să fie împreună, nu trebuie să aibă vreo influență asupra copiilor. Un copil crescut și educat cu dragoste și responsabilitate de ambii părinți, chiar și atunci când aceștia nu locuiesc împreună, are șanse mult mai mari de integrare și reușită socială”.

Puterea creatoare a legiuitorului impune autorilor autorității părintești să creeze auspiciile care să garanteze evoluția fizică, mentală, spirituală, morală și socială într-o manieră echilibrată.

În realizarea acestui obiectiv dezirabil, le sunt desenate părinților, în cuprinsul art. 488 C.civ., o serie de îndatoriri apte să conducă în mod firesc la o dezvoltare armonioasă a minorului. În conformitate cu dispozițiile art. 488, cu titulatura „*Îndatoririle specifice*”, „(1) *Părinții au îndatorirea de a crește copilul în condiții care să asigure dezvoltarea sa fizică, mentală, spirituală, morală și socială în mod armonios. (2) În acest scop, părinții sunt obligați: a) să coopereze cu copilul și să îi respecte viața intimă, privată și demnitatea; b) să prezinte și să permită informarea și lămurirea copilului despre toate actele și faptele care l-ar putea afecta și să ia în considerare opinia acestuia; c) să ia toate măsurile necesare pentru protejarea și realizarea drepturilor copilului; d) să coopereze cu persoanele fizice și persoanele juridice cu atribuții în domeniul îngrijirii, educării și formării profesionale a copilului*”.

Acestea, din punctul nostru de vedere, *nu au un caracter exhaustiv*, însă, suntem nevoiți să recunoaștem că *acoperă o paletă variată de argumente susceptibile să creeze o evoluție eficientă a minorului.*

Astfel, există reglementată îndatorirea părinților de a proceda la consfătuirea cu minorul acestora, precum și necesitatea respectării intimității și demnității acestuia.

În plan secund, este trasată, în mod expres, obligația părinților de a aduce la cunoștință copilului lor ansamblul actelor și al faptelor care îl privesc și care îl pot prejudicia, stipulându-se necesitatea luării în considerare a perspectivei acestuia. Potrivit dispozițiilor alineatului prim al art. 28 din Legea nr. 274/2004, *copilul are dreptul la libertate de exprimare*. Libertatea acestuia de a căuta, de a primi și de a difuza informații de orice natură, care vizează promovarea bunăstării sale sociale, spirituale și morale, sănătatea sa fizică și mentală, sub orice formă și prin orice mijloace la alegerea sa, este inviolabilă. În sarcina părinților, art. 28 alin. (3) din Legea nr. 272/2004 instituie obligația de a asigura copiilor informații, explicații și sfaturi, în funcție de vârsta și de gradul de înțelegere al acestora, precum și de a le permite să își exprime punctul de vedere, ideile și opiniile. Părinții nu pot limita dreptul copilului minor la libertatea de exprimare decât în cazurile prevăzute expres de lege.

În egală măsură, se prevede îndatorirea părinților de a depune diligențe necesare în vederea protejării și conservării drepturilor și intereselor legitime ale copilului.

În ultimul rând, se reliefează faptul că o cooperare cu entitățile având competențe în domeniul îngrijirii, educării și formării profesionale a copilului este de bun augur, și deci necesară și oportună.

B) Educarea copiilor. Măsurile disciplinare. Potrivit art. 489 C.civ., cu marginala „Măsurile disciplinare”, măsurile disciplinare nu pot fi luate de părinți decât cu respectarea demnității copilului. Sunt interzise luarea unor măsuri, precum și aplicarea unor pedepse fizice, de natură a afecta dezvoltarea fizică, psihică sau starea emoțională a copilului.

Așadar, putem reliefa faptul că articolul redat anterior stipulează, în mod implicit, posibilitatea părinților de a apela în educarea copiilor lor la unele măsuri disciplinare. Alternativa pendinte nu se bucură, în mod firesc, de o libertate absolută, în sensul în care sunt reglementate limitele care trebuie respectate, astfel încât demersurile disciplinare să își producă efectul dorit.

Pe cale de consecință, vis-à-vis de creionarea concisă a frontierelor între care pot fi aplicate în mod legal măsuri disciplinare, intervenirea unor atare demersuri trebuie să se afle în legătură directă cu respectul datorat demnității copilului. De altfel, viziunea noastră este orientată spre direcția în concordanță cu care *textul legal incident este o nouă aplicație a principiului interesului superior al minorului*.

Se pot încadra printre măsurile disciplinare permise de art. 489 C.civ., spre exemplu, dojenirea copilului sau mustrarea acestuia ori interzicerea sau limitarea de a desfășura diverse activități recreative.

Față de împrejurările relevante, este reglementată, în mod expres, prohibirea adoptării unor măsuri, precum și apelarea la unele sancțiuni de natură fizică, susceptibile prin ele însele să conducă la o periclitate a evoluției fizice, psihice sau a stării emoționale a copilului.

Conchidem, așadar, că *există un oarecare grad de permisivitate în luarea unor măsuri disciplinare* în scopul creșterii și educării minorului, însă obiectivul acestora nu poate să fie acela de conturare a unei poziții din care să asistăm la o punere în primejdie a valorilor referitoare la integritatea fizică, psihică sau emoțională a copilului. Depășirea acestor granițe reglementate reprezintă o trecere din sfera flexibilității în cea a ilicitului, cu consecințele și responsabilitățile aferente.

În conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie¹⁸, „orice acțiune sau inacțiune intenționată, cu excepția acțiunilor de autoapărare ori de apărare, manifestată fizic sau verbal, *săvârșită de către un membru de familie împotriva altui membru al aceleiași familii*, care provoacă ori poate cauza un prejudiciu sau suferințe fizice, psihice, sexuale, emoționale ori psihologice, inclusiv amenințarea cu asemenea acte, constrângerea sau privarea arbitrară de libertate” este calificată drept *act de violență familială*.

Legea nr. 286/2009 privind Codul penal¹⁹, în cuprinsul art. 197 cu marginala „*Relele tratamente aplicate minorului*”, dispune, în mod expres, faptul că punerea în primejdie gravă, prin măsuri sau tratamente de orice fel, a dezvoltării fizice, intelectuale sau morale a minorului, de către părinți sau de orice persoană în grija căreia se află minorul, se pedepsește cu închisoarea de la 3 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi²⁰. Pe bună dreptate, s-a

reliefa în literatura de specialitate²¹ că obiectul principal al acestei incriminări constă în combaterea faptelor susceptibile să pună în pericol dezvoltarea fizică, intelectuală sau morală a minorului, să altereze atmosfera de familie în care trebuie crescut minorul și care îi poate asigura acestuia o dezvoltare normală și condiții favorabile unei dezvoltări corespunzătoare.

C) *Părinte minor. Drepturi.* În conformitate cu dispozițiile art. 490 C.civ., „*Părintele minor care a împlinit vârsta de 14 ani are numai drepturile și îndatoririle părintești cu privire la persoana copilului [alin. (1)]. Drepturile și îndatoririle cu privire la bunurile copilului revin tutorei sau, după caz, altei persoane, în condițiile legii [alin. (2)]*”.

Autorii Noului Cod civil apelează, credem noi, în susținerea principiului interesului superior al minorului, la o restrângere a drepturilor părintelui minor care a ajuns la pragul de 14 ani.

Într-o atare conjunctură, *părintele minor de 14 ani este în măsură să își exercite exclusiv drepturile și obligațiile decurgând din ocrotirea părintească ce au o componentă referitoare la persoana copilului*²². Per a contrario, rezultă faptul că prerogativele referitoare la bunurile copilului revin unei alte persoane.

În situația în care minorul are vârsta sub 14 ani, el este lipsit total de capacitate de exercițiu, astfel, că nu poate avea exercițiul drepturilor și îndatoririlor părintești nici cu privire la persoana copilului și nici cu privire la bunurile acestuia²³.

Misterul este elucidat de alineatul secund al articolului expus anterior care stipulează, fără nicio îndoială, că entității căreia îi revin drepturile și îndatoririle cu referire la bunurile copilului este reprezentată de tutore. Aceasta reprezintă regula generală într-o atare ipoteză. Cu toate acestea, legiuitorul anticipează situații în care aceste prerogative ar putea reveni unei alte persoane, în condițiile legii.

Având în vedere faptul că dispozițiile art. 110 C.civ., referitoare la instituirea tutelei, nu cuprind și situația de față, măsura plasamentului în familia extinsă sau substitutivă este singura soluție pentru copilul născut din părinți care nu au împlinit 14 ani.

Deși nu prea „vocal” în enumerarea acestora, viziunea noastră se circumscrie direcției conform căreia prin sintagma „alte persoane” s-ar putea înțelege, cu titlu de exemplu, celălalt părinte al minorului care beneficiază de capacitate deplină de exercițiu sau persoana în sarcina căreia a fost instituită măsura plasamentului.

În literatura de specialitate²⁴, s-a sugerat, *de lege ferenda*, completarea de către legiuitor a dispozițiilor art. 39 C.civ., în sensul că dobândește capacitate deplină de exercițiu, alături de minorul care se căsătorește, și cel care devine părinte, motivat de faptul că:

a) părintele în vârstă de 14 ani are capacitate restrânsă de exercițiu, iar actele lui juridice, indiferent că privesc persoana sau bunurile sale, trebuie încuviințate de ocrotitorul său legal;

b) în schimb, acest părinte, cu vârsta de 14 ani, poate perfecta singur acte juridice care privesc persoana copilului său – altfel spus, în mod paradoxal, sub aspect juridic, acest părinte poate face pentru copilul său ceea ce nu poate face pentru sine însuși.

D) *Religia copilului.* În cuprinsul art. 491 C.civ. se stipulează că: „*Părinții îndrumă copilul, potrivit propriilor convingeri, în alegerea unei religii, în condițiile legii, ținând*

seama de opinia, vârsta și de gradul de maturitate ale acestuia, fără a-l putea obliga să adere la o anumită religie sau la un anumit cult religios [alin. (1)]. Copilul care a împlinit vârsta de 14 ani are dreptul să își aleagă liber confesiunea religioasă [alin. (2)]”.

Dând dovadă de consecvență, legiuitorul introduce din nou în scenă locuțiunea „*potrivit propriilor convingeri ale părinților*”. În consonanță cu utilizarea acestei sintagme, se evidențiază necesitatea îndemnului părinților îndreptat spre copii în vederea optării pentru o anumită confesiune religioasă.

La fel ca și în cazul reglementării conținutului autorității părintești, nici în această circumstanță nu există o independență absolută a părinților. Aceștia sunt îndrituiți a formula povește referitoare la alegerea unei anumite religii, luând în calcul aspecte multiple, cum ar fi viziunea, etatea și nivelul de maturitate a minorului.

Deși părintele este îndreptățit să dea sfaturi minorului în ce privește opțiunea sa religioasă, poziția sa este fixată strict pe palierul unui sfătuitor, neavând oportunitatea legitimă de a dispune silirea copilului în vederea aderării la un anumit cult religios.

În altă ordine de idei, alineatul secund al art. 491 C.civ. instituie libertatea absolută în favoarea minorului care a împlinit vârsta de 14 ani de a-și alege confesiunea religioasă. Cel mai probabil, orizontul legiuitorului se fundamentează pe ideea dezvoltării suficiente a discernământului minorului care a atins pragul de 14 ani, opinie pe care o salutăm.

Potrivit art. 3 din Legea nr. 489/2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor²⁵, părinții sau tutorii au dreptul exclusiv de a opta pentru educația religioasă a copiilor minori, conform propriilor convingeri. Alineatul secund al acestui text legal prevede, în mod expres, că religia copilului care a împlinit vârsta de 14 ani nu poate fi schimbată fără consimțământul acestuia; copilul care a împlinit vârsta de 16 ani are dreptul să își aleagă singur religia.

E) Numele copilului. Însuși legiuitorul, în cuprinsul art. 492 C.civ., a precizat faptul că „*Părinții aleg prenumele și, când este cazul, numele de familie al copilului, în condițiile legii*”.

Dacă în cele de mai sus aduceam în discuție inexistența unei independențe absolute a părinților în ce privește alegerea religiei de către minor, la acest moment se cuvine să învederăm că, din punctul nostru de vedere, în cuprinsul art. 492 C.civ. prinde contur libertatea nestingherită a autorilor autorității părintești în adoptarea unei hotărâri. Decizia pendinte se referă la alegerea prenumelui și, dacă este cazul, a numelui de familie al copilului.

Desigur, dintr-o altă perspectivă, chiar și în această circumstanță se poate vorbi despre o restrângere a libertății de alegere, în sensul în care, în concordanță cu dispozițiile legale incidente în materie, părinții nu sunt îndrituiți a opta pentru nume care să aducă atingere demnității minorului, ordinii publice sau care să-l plaseze într-o situație de inferioritate.

Numele, ca element de identificare a oricărei persoane fizice, este alcătuit din numele de familie și prenume. Prenumele copilului se dobândește prin alegere, în condițiile art. 84 alin. (2) C.civ.; numele de familie se dobândește ca efect al stării civile, iar alegerea acestuia poate avea loc doar în cazurile stipulate, în mod expres, de legiuitor. O problemă privitoare la alegerea numelui de familie intervine atunci când părinții au nume diferit, când aceștia, de comun acord, trebuie să stabilească ce nume va purta copilul: numele unuia

dintre ei sau numele lor reunite. În situația în care părinții nu se înțeleg, numele de familie al copilului se va decide de către instanța de tutelă.

În conformitate cu dispozițiile alineatului secund al art. 84 C.civ., este interzisă înregistrarea de către ofițerul de stare civilă a prenumelor indecente, ridicole și alte asemenea, de natură a afecta ordinea publică și bunele moravuri ori interesele copilului, după caz.

F) *Supravegherea copilului.* Articolului 493 C.civ. dispune că „Părinții au dreptul și îndatorirea de supraveghere a copilului minor”. În vechea reglementare, acest drept și îndatorire a părinților se deducea pe cale de consecință din dispozițiile art. 1000 alin. (2) C.civ. 1864, care a instituit răspunderea civilă delictuală a părinților pentru faptele prejudiciabile ale copiilor lor minori ce locuiau cu ei.

Acest drept și îndatorire a părintelui se circumscrie obligațiilor generale de îngrijire și creștere prevăzute de alineatul prim al art. 48 din Constituție și reafirmate de art. 487 C.civ. *Supravegherea este o obligația permanentă, cu caracter general și complex*²⁶.

Pe bună dreptate, s-a reliefat în literatura de specialitate²⁷, faptul că îndatorirea de supraveghere a copilului nu are ca obiect numai luarea măsurilor necesare pentru ca acesta să nu comită fapte prejudiciabile pentru alte persoane, ci și eliminarea riscurilor ce i-ar putea amenința existența ori integritatea fizică sau psihică sau sănătatea.

În conformitate cu dispozițiile art. 2 pct. 33 din Legea nr. 61/1991 pentru sancționarea faptelor de încălcare a unor norme de conviețuire socială, a ordinii și liniștii publice²⁸, neluarea de către părinți sau de către persoanele cărora li s-a încredințat spre creștere și educare un minor în vârstă de până la 16 ani sau care au în îngrijire un alienat ori debil mintal a măsurilor necesare pentru a-l împiedica de la fapte de vagabondaj, cerșetorie sau prostituție constituie contravenție și se sancționează cu amendă de la 100 la 500 lei.

G) *Relațiile sociale ale copilului.* Legiuitorul român, în cuprinsul art. 494 C.civ., stabilește faptul că „Părinții sau reprezentanții legali ai copilului pot, numai în baza unor motive temeinice, să împiedice corespondența și legăturile personale ale copilului în vârstă de până la 14 ani. Neînțelegerile se soluționează de către instanța de tutelă, cu ascultarea copilului, în condițiile art. 264”.

Dispozițiile legale ale articolului observat pun în evidență unul dintre cazurile limitative în care este incidentă și necesară ascultarea copilului, în condițiile art. 264 C.civ.

Situația factuală descrisă se referă la ipoteza în care părinții/reprezentanții legali ai copilului își exercită prerogativa legală de a proceda la stoparea corespondenței și a contingențelor personale ale copilului în vârstă de până la 14 ani.

Dreptul părinților de a interveni în intimitatea minorului este strâns legat de existența unor motive temeinice, expresie frecvent uzitată de legiuitor, susceptibilă să creioneze, o dată în plus, maleabilitatea acestuia și să plaseze în sarcina instanțelor judecătorești puterea de decizie și de interpretare a acestei sintagme de la speță la speță.

În pofida faptului că nu se oferă practicienilor dreptului nici măcar o serie de enumerări care ar putea fi incluse în sfera acestor rațiuni întemeiate, optica noastră mizează pe ideea intervenirii unor astfel de motive strict în situații susceptibile să determine prin ele însele o periclitate a evoluției armonioase a minorului.

Disputele inerente cu privire la aceste aspecte urmează a fi tranșate de către instanța de tutelă, căreia i se impune obligația ascultării minorului care a împlinit vârsta de 10 ani, dar și a copilului care nu a atins pragul de 10 ani, dacă autoritatea competentă consideră că este necesar pentru soluționarea justă a cauzelor. În situația în care o atare cerere este formulată de copil în contradictoriu cu părinții, acestuia ar urma să i se numească un curator, având în vedere contrarietatea de interese.

Potrivit prevederilor art. 17 din Legea nr. 272/2004, copilul are dreptul de a menține relații personale și contacte directe cu părinții, rudele, precum și cu alte persoane față de care copilul a dezvoltat legături de atașament; are dreptul de a-și cunoaște rudele și de a întreține relații personale cu acestea, precum și cu alte persoane alături de care copilul s-a bucurat de viața de familie, în măsura în care acest lucru nu contravine interesului său superior. De asemenea, este stipulat, în mod expres, și faptul că părinții sau un alt reprezentant legal al copilului nu pot împiedica relațiile personale ale acestuia cu bunicii, frații și surorile ori cu alte persoane alături de care copilul s-a bucurat de viața de familie decât în cazurile în care instanța decide în acest sens, apreciind că există motive temeinice de natură a primejdiei dezvoltarea fizică, psihică, intelectuală sau morală a copilului. Atunci când există neînțelegeri între părinți cu privire la modalitățile de exercitare a dreptului de a avea legături personale cu copilul, instanța va stabili un program în funcție de vârsta copilului, de nevoile de îngrijire și educare ale acestuia, de intensitatea legăturii afective dintre copil și părintele la care nu locuiește, de comportamentul acestuia din urmă, precum și de alte aspecte relevante în fiecare caz în parte.

Legea nr. 272/2004, în cuprinsul art. 18 alin. (1), prevede că relațiile personale se pot realiza, din prin următoarele *modalități și mijloace*: a) întâlniri ale copilului cu părintele ori cu o altă persoană care are, potrivit prezentei legi, dreptul la relații personale cu copilul; b) vizitarea copilului la domiciliul acestuia; c) găzduirea copilului, pe perioadă determinată, de către părintele sau de către altă persoană la care copilul nu locuiește în mod obișnuit; d) corespondență ori altă formă de comunicare cu copilul; e) transmiterea de informații copilului cu privire la părintele ori la alte persoane care au dreptul de a menține relații personale cu copilul; transmiterea acestor informații se va face cu respectarea interesului superior al copilului, precum și a dispozițiilor speciale vizând confidențialitatea și transmiterea informațiilor cu caracter personal; f) transmiterea de către persoana la care locuiește copilul a unor informații referitoare la copil, inclusiv fotografii recente, evaluări medicale sau școlare, către părintele sau către alte persoane care au dreptul de a menține relații personale cu copilul; transmiterea acestor informații se va face cu respectarea interesului superior al copilului, precum și a dispozițiilor speciale vizând confidențialitatea și transmiterea informațiilor cu caracter personal; g) întâlniri ale copilului cu părintele ori cu o altă persoană față de care copilul a dezvoltat legături de atașament într-un loc neutru în raport cu copilul, cu sau fără supravegherea modului în care relațiile personale sunt întreținute, în funcție de interesul superior al copilului.

Părintele la care copilul locuiește în mod permanent, are obligația, potrivit alineatului trei al art. 18 din Legea nr. 272/2004, de a sprijini menținerea relațiilor personale ale copilului cu celălalt părinte.

Pentru restabilirea și menținerea relațiilor personale ale copilului, serviciul public de asistență socială și, după caz, direcțiile generale de asistență socială și protecția copilului de la nivelul fiecărui sector al municipiului București au obligația de a oferi consiliere, acordată de specialiști atât copilului, cât și părinților săi, la solicitarea acestora. În cazul în care părintele la care copilul locuiește împiedică sau afectează în mod negativ legăturile personale ale copilului cu celălalt părinte, prin nerespectarea programului stabilit de instanță sau convenit de părinți, părintele la care nu locuiește în mod statornic poate cere serviciului public de asistență socială sau, după caz, persoanelor cu atribuții de asistență socială în circumscripția căruia se află locuința copilului să monitorizeze relațiile personale cu copilul pentru o durată de până la 6 luni.

Monitorizarea permite reprezentanților serviciului public de asistență socială sau, după caz, persoanelor cu atribuții de asistență socială să asiste la preluarea copilului de către părintele la care nu locuiește în mod statornic, la înapoierea acestuia, să realizeze interviuarea părinților, a copilului și a persoanelor cu care copilul locuiește, precum și a altor persoane, în vederea întocmirii raportului de monitorizare. La finalul perioadei de monitorizare, reprezentantul serviciului public de asistență socială sau, după caz, persoana cu atribuții de asistență socială care a întocmit raportul poate propune prelungirea perioadei de monitorizare cu cel mult 6 luni, poate recomanda consilierea psihologică a unuia dintre părinți sau a ambilor, precum și o serie de măsuri pentru îmbunătățirea relației personale dintre copil și părintele la care nu locuiește. Raportul de monitorizare astfel întocmit se va înmâna fiecăruia dintre părinți și poate fi folosit ca probă în instanță.

H) *Înapoierea copilului de la alte persoane.* Normele juridice care alcătuiesc conținutul art. 495 C.civ.²⁹ dau naștere facultății părinților de a se adresa în orice moment instanței de tutelă cu o solicitare care vizează înapoierea minorului de la orice entitate care îl reține fără fundament legal.

Din perspectivă proprie, considerăm că ne aflăm în situația unei opțiuni bizare a legiuitorului care a procedat la reglementarea demersului legal pendinte fără să aibă în vedere un aspect extrem de relevant. Viziunea noastră se circumscrie ideii în concordanță cu care statornicirea acestei posibilități legale în favoarea părinților apare ca fiind inutilă, în condițiile în care, credem noi, părintele poate proceda – *în virtutea calității sale* – la înapoierea copilului de la orice persoană care îl ține fără drept.

În egală măsură, în aceeași notă, opinăm noi, ciudată, autorii Codului civil stipulează în alineatul secund al articolului supus analizei o altă facultate/posibilitate. De această dată, facultatea îi aparține instanței de tutelă care deține alternativa respingerii cererii exclusiv în circumstanța în care înapoierea generează o periclitare flagrantă, vădită, a interesului superior al copilului. Or, ținând seama de faptul că principiul interesului superior al minorului are o importanță covârșitoare în relație cu raporturile de familie, optica noastră îmbrățișează ideea conform căreia într-o atare situație era adecvată reglementarea unei obligativități în sarcina instanței de tutelă. Mai exact, ca să nu lăsăm loc de interpretări inutile, apreciem cu toată convingerea că reglementarea exactă și justă a dispozițiilor examinate ar fi trebuit să folosească un ton imperativ și să plaseze în sarcina instanței de tutelă

obligăția, și nu facultatea, de a respinge cererea dacă înapoierea este vădit contrară interesului superior al copilului.

Față de situația imaginată, întâlnită, de altfel, destul de frecvent în practica instanțelor judecătorești, este mai mult decât evident că se împletesc concepții și viziuni diferite aparținând părinților și respectiv persoanelor care țin minorul fără drept.

Pe cale de consecință, „luarea pulsului minorului” într-o conjunctură similară apare ca fiind necesară și utilă, sens în care considerăm că ascultarea obligatorie a copilului în acest context aduce reale beneficii, instanța de tutelă având oportunitatea de a se edifica mai ușor asupra soluției pe care o va pronunța în cauză. Prin urmare, ne raliem opticii legiuitorului în acest context care a decis să impună organelor jurisdicționale ca, înainte de deliberare, să procedeze la ascultarea copilului.

Considerăm faptul că existența unor situații conflictuale între părinți sau între părinți și persoanele cărora le revine exercitarea autorității părintești sau la domiciliul cărora copilul minor are stabilită locuința a condus la apariția unei infracțiuni cu o mare importanță pentru minori, întrucât aceștia sunt retrași din mediul familial și social producându-le, uneori, prejudicii ireparabile. Apare, prin urmare, necesitatea instituirii unei reglementări legale a faptelor de nerespectare a măsurilor privind încredințarea minorului în sensul protejării copilului minor. Legiuitorul nostru a dorit, prin incriminarea infracțiunii de nerespectare a măsurilor privind încredințarea minorului (art. 379 C.pen.), să asigure efectul legii mai presus de eventualele abuzuri săvârșite prin neasigurarea legăturii firești între părinte și copilul său³⁰. În concordanță cu prevederile legale incidente în materie, respectiv alin. (1) al art. 379 C.pen., nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului constă în fapta părintelui care reține pe copilul său minor, fără consimțământul celui alt părinte sau al persoanei căreia i-a fost încredințat minorul potrivit legii. Noul Cod penal a prevăzut ca *formă asimilată* a infracțiunii fapta persoanei căreia i s-a încredințat minorul prin hotărâre judecătorească spre creștere și educare de a împiedica, în mod repetat, pe oricare dintre părinți să aibă legături personale cu minorul, în condițiile stabilite de părți sau de către organul competent [alin. (2) al art. 379 C.pen.].

1) *Locuința copilului*. Potrivit art. 496 C.civ., „Copilul minor locuiește la părinții săi [alin. (1)]. Dacă părinții nu locuiesc împreună, aceștia vor stabili, de comun acord, locuința copilului [alin. (2)]. În caz de neînțelegere între părinți, instanța de tutelă hotărăște, luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți și pe copil, dacă a împlinit vârsta de 10 ani. Dispozițiile art. 264 rămân aplicabile [alin. (3)]. Locuința copilului, stabilită potrivit prezentului articol, nu poate fi schimbată fără acordul părinților decât în cazurile prevăzute expres de lege [alin. (4)]. Părintele la care copilul nu locuiește în mod statornic are dreptul de a avea legături personale cu minorul, la locuința acestuia. Instanța de tutelă poate limita exercițiul acestui drept, dacă aceasta este în interesul superior al copilului [alin. (5)].

Alineatul prim al articolului anterior menționat instituie *regula generală* în ceea ce privește *locuința* copilului minor, care este stabilită la părinții săi.

Ca o situație de excepție, se imaginează circumstanța în care nu există o identitate de locuință a părinților, situație în care aceștia vor fixa pe baza unei convenții intervenite,

locuința copilului. Locuința familiei și, în aceeași măsură, locuința copilului nu trebuie confundată cu domiciliul comun al soților și, respectiv domiciliul copilului (art. 83 și urm. C.civ.). Locuința, așa cum s-a evidențiat și în doctrină³¹, este o chestiune de fapt, este locuința unde soții și copiii stau efectiv și locuința (imobilul) căreia, prin voință comună, i se atribuie o funcționalitate specifică, o anumită destinație: satisface nevoile locative ale familiei și se desfășoară relațiile personale și viața comună a membrilor familiei. În același timp, poate coincide cu domiciliul comun al soților, după cum este posibil ca soții, deși au locuință comună, să aibă domiciliu diferite. Locuința familiei nu are legătură cu dreptul de proprietate; dreptul de a folosi imobilul ca locuință a familiei poate rezulta și din închiriere³².

În ipoteza în care este imposibilă intervenirea unui compromis între părinți, sarcina luării deciziei îi revine instanței de tutelă care va delibera ținând seama de perspectiva autorității tutelare exprimată în concluziile raportului de anchetă psihosocială și de poziția părinților, respectiv de susținerile minorului care a împlinit vârsta de 10 ani.

Pe cale de consecință, suntem în prezența unui alt caz de ascultare a minorului care a atins pragul de 10 ani, ceea ce presupune acordarea unei importanțe covârșitoare speței ce are ca obiect stabilirea locuinței minorului.

La evaluarea interesului superior al copilului, instanța poate avea în vedere și aspectele prevăzute în cuprinsul art. 21 din Legea nr. 272/2004, și anume: a) disponibilitatea fiecărui părinte de a-l implica pe celălalt părinte în deciziile legate de copil și de a respecta drepturile părintești ale acestuia din urmă; b) disponibilitatea fiecăruia dintre părinți de a permite celuilalt menținerea relațiilor personale; c) situația locativă din ultimii 3 ani a fiecărui părinte; d) istoricul cu privire la violența părinților asupra copilului sau asupra altor persoane; e) distanța dintre locuința fiecărui părinte și instituția care oferă educație copilului.

Locuința copilului, indiferent de modalitatea în care a fost stabilită – fie potrivit regulii la locuința comună a părinților săi, fie la unul dintre ei sau la familia extinsă prin acordul părinților fie stabilită de instanța de tutelă potrivit alin. (3) – nu poate fi schimbată fără acordul părinților (a se vedea, în acest sens, și dispozițiile art. 262 C.civ.). Excepțiile sunt doar în cazurile prevăzute de lege, în situațiile în care cu privire la copil se iau anumite măsuri (e.g., plasamentul) care duc și la modificarea locuinței copilului, odată cu modificarea domiciliului.

Stabilirea locuinței minorului la unul dintre părinți în mod statornic nu exclude dreptul și posibilitatea celuilalt părinte de a păstra legături personale cu minorul în mediul în care acesta își duce existența. Cu toate acestea, interesul superior al minorului poate justifica îngrădirea parțială a exercițiului acestui drept.

Deși legiuitorul nu enumeră, nici măcar cu titlu exemplificativ, circumstanțe care să conducă la ideea violării principiului interesului superior al copilului, din punctul nostru de vedere, asemenea situații pot fi creionate. Fără a avea pretenția însuirii acestora de o manieră exhaustivă, apreciem că *poate interveni limitarea exercițiului dreptului de a avea legături personale cu minorul la locuința părintelui*, ipoteza vârstei fragede a minorului, care nu poate fi privat de prezența celuilalt părinte, situația în care minorul trebuie să urmeze cu strictețe un tratament medical la domiciliu, conjunctura lipsei condițiilor materiale ale părintelui la care nu locuiește în mod statornic etc.

În practica judecătorească³³ s-a decis că, „noțiunea de „interes al copilului” ce are un caracter complex, interesul fiind legat de vârsta acestuia, de ocupația și comportamentul părinților, de atașamentul față de părinți, de interesul pe care părinții îl manifestă față de minor, de legăturile afective stabilite și de posibilitățile materiale ale părinților. Rațiunea interesului superior al copilului are caracter complex, conținutul său raportându-se la posibilitățile de dezvoltare fizică, morală și materială pe care le poate găsi la unul dintre părinți. Niciunul din elemente nu trebuie minimalizat sau exagerat ori analizat drept criteriu unic, nu pot fi neglijate în raționament elementele faptice raportate la situația familială concretă și care pot determina ca unul sau altul dintre aceste elemente să aibă o pondere crescută în contextul ansamblului. Practica judiciară a stabilit că accentuarea unuia sau altuia dintre criterii, chiar dacă nu este greșită, trebuie justificată din perspectiva relevanței sub aspectul mijloacelor de probă destinate a sprijini soluția adoptată legal”.

Copilul, din rațiuni mai mult decât evidente, nu deține puterea de a-și stabili propria locuință. Vechiul Cod al familiei, în cuprinsul art. 100, statornicea următoarele: *„Copilul minor locuiește la părinții săi. Dacă părinții nu locuiesc împreună, aceștia vor decide, de comun acord, la care dintre ei va locui copilul. În caz de neînțelegere între părinți, instanța judecătorească, ascultând autoritatea tutelară, precum și pe copil, dacă acesta a împlinit vârsta de 10 ani, va decide, ținând seama de interesele copilului”*. Codul civil a preluat în cuprinsul art. 496 alin. (1)-(3), cu mici abateri ce țin de frazare, dispozițiile art. 100 C. fam, și anume: *„(1) Copilul minor locuiește la părinții săi. (2) Dacă părinții nu locuiesc împreună, aceștia vor stabili, de comun acord, locuința copilului. (3) În caz de neînțelegere între părinți, instanța de tutelă hotărăște, luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți și pe copil, dacă a împlinit vârsta de 10 ani. Dispozițiile art. 264 rămân aplicabile”*. Una dintre prerogativele autorității părintești (vechea reglementare folosea conceptul de „ocrotire părintească”), o reprezintă dreptul părinților de a stabili locuința copilului.

Așa cum reiese din dispozițiile art. 496 C.civ., domiciliul copilului minor este la părinții săi, însă, în caz de neînțelegere între aceștia din urmă, instanța de tutelă hotărăște, luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți și pe copil, dacă a împlinit vârsta de 10 ani. Prin urmare, raportul de anchetă psihosocială întocmit de autoritatea tutelară joacă un rol important și în aceste cauze.

Atât în cauzele aflate pe rolul instanței de tutelă ce au ca obiect desfacerea căsătoriei – când există copii minori născuți înaintea sau în timpul căsătoriei ori adoptați, precum și în cele ce privesc exercitarea autorității părintești asupra minorilor rezultați în urma unei relații de concubinaj, instanța judecătorească se pronunță și cu privire la stabilirea locuinței copiilor minori la domiciliul unuia dintre părinți.

Sub marginala „Schimbarea locuinței copilului”, art. 497 C.civ.prevede că, dacă afectează exercițiul autorității sau al unor drepturi părintești, schimbarea locuinței copilului, împreună cu părintele la care locuiește, nu poate avea loc decât cu acordul prealabil al celuilalt părinte [alin. (1)]. În caz de neînțelegere între părinți, hotărăște instanța de tutelă potrivit interesului superior al copilului, luând în considerare concluziile raportului de

anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți [alin. (2)]. Dispozițiile art. 497 C.civ. au vocație generală, fără distincție după cum părinții, căsătoriți sau nu, sunt separați ori divorțați.

Prin urmare, în situația schimbării locuinței părintelui rezident împreună cu cea a copilului, dacă acest lucru ar fi de natură să afecteze exercițiul autorității părintești sau al unor drepturi părintești este necesar acordul prealabil al celuilalt părinte.

Schimbarea locuinței minorului se poate face prin aprecierea comparativă a condițiilor de trai, de creștere și de educare oferite de ambii părinți, precum și a gradului de afecțiune pe care a dovedit-o fiecare dintre ei față de copil³⁴. Prin urmare, autoritatea tutelară, pentru a-și putea formula opinia, în mod obligatoriu se va deplasa la domiciliile ambilor părinți. Dacă părinții au domiciliul sau reședința în localități diferite, instanța de judecată va solicita opiniile ambelor autorități tutelare.

Așa cum am mai stipulat, lipsa referatului de anchetă psihosocială al autorității tutelare sau a concluziile delegatului acestuia au drept consecință nelegalitatea hotărârii judecătorești.

J) Schimbarea locuinței copilului. Dacă afectează exercițiul autorității sau al unor drepturi părintești, schimbarea locuinței copilului, împreună cu părintele la care locuiește, nu poate avea loc decât cu acordul prealabil al celuilalt părinte [alin. (1) al art. 497 C.civ.]. În caz de neînțelegere între părinți, hotărăște instanța de tutelă potrivit interesului superior al copilului, luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 fiind aplicabile [alin. (2) al art. 497 C.civ.].

În cuprinsul alin. (1) al art. 497 C.civ., legiuitorul reglementează condițiile în care poate avea loc modificarea locuinței minorului, împreună cu părintele la care locuiește în mod statornic, în situația în care schimbarea locuinței prejudiciază exercițiul autorității sau a unor drepturi părintești a celuilalt părinte.

Condițiile nu sunt multiple, ci dimpotrivă, se rezumă la *respectarea unui singur criteriu*, care, însă, în jurisprudență ar putea cântări cât o multitudine de cerințe. Această doleanță se referă la existența acordului prealabil al părintelui la care nu locuiește în mod statornic minorul privitor la modificarea locuinței copilului. Și în această situație, în absența unor detalii suplimentare, nu ne rămâne decât să ne imaginăm câteva situații care ar putea să conducă la afectarea exercițiului autorității sau al unor drepturi părintești. Cu titlu de exemplu, opinăm că este incidentă o periclitare a drepturilor părintești în circumstanța în care părintele la care are stabilită în mod statornic locuința minorul decide schimbarea acesteia într-o altă localitate sau țară. Într-o atare conjunctură, este mai mult decât evident că celuilalt părinte i se conturează o situație de inferioritate, prin prisma faptului că acesta se află în imposibilitate obiectivă de a-și exercita drepturile părintești în mod efectiv, din pricina distanței.

În ipoteza în care este imposibilă intervenirea unui acord prealabil al părintelui la care minorul nu locuiește permanent, sarcina adoptării hotărârii revine instanței de tutelă care va delibera ținând seama de perspectiva autorității tutelare exprimată în concluziile raportului de anchetă psihosocială și de poziția părinților, respectiv de susținerile minorului care a împlinit vârsta de 10 ani.

Schimbarea locuinței minorului se poate face prin *aprecierea comparativă a condițiilor de trai, de creștere și de educare oferite de ambii părinți, precum și a gradului de afecțiune pe care a dovedit-o fiecare dintre ei față de copil*³⁵. Prin urmare, autoritatea tutelară, pentru a-și putea formula opinia, în mod obligatoriu se va deplasa la domiciliile ambilor părinți. Dacă părinții au domiciliul sau reședința în localități diferite instanța de judecată va solicita opiniile ambelor autorități tutelare. Lipsa referatului de anchetă psihosocială al autorității tutelare sau a concluziile delegatului acestuia au drept consecință nelegalitatea hotărârii judecătorești.

Față de cele expuse, se poate conchide în mod facil că dispozițiile alineatului secund al art. 497 C.civ. reprezintă practic o reiterare a normelor juridice care alcătuiesc conținutul alin. (3) al art. 496 C.civ.

Unele probleme în practică pot apărea atunci când schimbarea locuinței se face, fără acordul părintelui singur, într-o altă țară. Cu toate că actualmente exigențele legislației în domeniul circulației persoanelor au dus la micșorarea numărului de situații în care un părinte poate trece granița cu copilul fără acordul celuilalt părinte, în situația în care o asemenea deplasare ar avea loc, sau s-ar face pe o anumită perioadă de timp cu consimțământul celuilalt părinte, dar rămânerea dincolo de termenul limită devine nelegală, trebuie analizate dispozițiile Legii nr. 100/1992 pentru aderarea României la Convenția de la Haga din 25 octombrie 1980 asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii și Legea nr. 369/2004 privind aplicarea Convenției asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii, adoptată la Haga la 25 octombrie 1980³⁶.

K) Schimbarea felului învățăturii ori al pregătirii profesionale. Potrivit alineatului prim al art. 498 C.civ., *copilul care a împlinit vârsta de 14 ani poate cere părinților să își schimbe felul învățăturii sau al pregătirii profesionale ori locuința necesară desăvârșirii învățăturii ori pregătirii sale profesionale.* Alineatul secund al aceluiași text legal dispune că, *dacă părinții se opun, copilul poate sesiza instanța de tutelă, iar aceasta hotărăște pe baza raportului de anchetă psihosocială. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 fiind aplicabile.*

Părinții trebuie să fie conștienți de responsabilitatea socială ce le revine ca factori principali de îndrumare și educare a copilului, de formare și modelare a personalității acestuia³⁷. Normal, părinții au așteptări de la copilul lor, însă acestea trebuie să fie realiste, adaptate atât forțelor și calităților copilului, cât și dificultăților și vulnerabilităților sale. A crede că un copil se poate transforma în ceea ce doresc părinții săi ține de domeniul utopiei. Copilul nu este în fapt un obiect, ci un subiect de protecție. Respectul pentru ființa umană ar impune părinților și profesorilor, deopotrivă, să se comporte față de copii asemenea unor catalizatori, unor descoperitori de talente³⁸. De multe ori însă, părinții, chiar fără a-și consulta copiii, decid în numele lor, îi obligă chiar să urmeze o anumită formă de pregătire școlară sau profesională; în acest fel nu sunt valorificate abilitățile și talentele native ale copilului, căruia i se interzice să dobândească pregătirea necesară pentru profesia în care se poate afirma cel mai bine.

Dispozițiile legale ale art. 498 C.civ. reglementează posibilitatea minorului care a atins etatea de 14 ani să formuleze *două solicitări* părinților săi. *Prima* dintre ele se referă

la oportunitatea de a cere modificarea felului învățării sau al pregătirii profesionale. În egală măsură, a doua opțiune a minorului se află în strânsă conexiune cu posibilitatea acestuia de a pretinde ascendenților preschimbarea locuinței necesară evoluției educării ori pregătirii sale profesionale.

Legiuitorul român a considerat vârsta de 14 ani ca fiind pragul la care copilul dobândește aptitudinea de înțelegere a actelor și faptelor sale și de asumare a consecințelor lor, recunoscându-i capacitate restrânsă de exercițiu. Totodată, este considerată ca fiind vârsta suficientă pentru recunoașterea de către copil a propriilor aptitudini, a propriilor valențe intelectuale, conștientizarea unor îndemânări sau talente personale și a dorinței de valorificare a acestora, de orientare și realizare profesională³⁹. În conformitate cu dispozițiile art. 42 C.civ., minorul poate, cu încuviințarea părinților sau a tutorelui, să încheie acte juridice privind munca, îndeletnicirile artistice sau sportive ori referitoare la profesia sa.

Alineatul secund al art. 498 C.civ. vizează ipoteza în care există opoziția părinților referitoare la cererile formulate în concordanță cu cele de mai sus, sens în care este instituită alternativa copilului de a se adresa instanței de tutelă investită să judece litigiul iminent.

Legiuitorul evidențiază, în mod neîndoielnic, necesitatea întocmirii, de către autoritatea tutelară, raportului de anchetă psihosocială într-o atare conjunctură, de concluziile căruia instanța va ține seama în momentul deliberării, precum și obligativitatea ascultării minorului care a împlinit vârsta de 10 ani (potrivit prevederilor art. 264 C.civ., care sunt aplicabile în speță).

Coroborând dispozițiile art. 498 C.civ. cu cele ale art. 138 C.civ., considerăm faptul că, în ceea ce îl privește pe minorul cu vârsta sub 14 ani aflat sub tutelă, beneficiază de un regim juridic diferit față de același minor aflat sub autoritate părintească. În situația tutelei, minorul sub 14 ani își poate schimba felul învățării, bineînțeles, cu încuviințarea instanței de tutelă, pe când cel aflat sub bagheta protectoare a părinților, nu.

L) *Obligația de întreținere.* Alineatul prim al art. 499 C.civ. statornicește regula generală în ceea ce privește obligația de întreținere la care părinții sunt obligați în favoarea copilului lor minor, care trebuie acordată în solidar⁴⁰, prin punerea la dispoziția minorului a tuturor elementelor necesare vieții, precum și educării, învățării și pregătirii sale profesionale. În alineatul secund se instituie obligativitatea părinților de a proceda la garantarea tuturor condițiilor necesare pentru creșterea, educarea, învățarea și pregătirea profesională, chiar și în circumstanța realizării de către minor a unui venit propriu, cu condiția explicită ca acesta să fie neîndestulător, respectiv nesusceptibil să acopere toate necesitățile copilului. În cazul în care minorul are un venit propriu neîndestulător, părinții au îndatorirea de a-i asigura acestuia toate condițiile necesare pentru creșterea, educarea și pregătirea sa profesională. O asemenea obligație subzistă, în conformitate cu prevederile art. 525 C.civ., chiar dacă minorul are bunuri, care ar putea fi vândute pentru a-și asigura întreținerea. A *contrario*, în situația în care minorul realizează venituri proprii care îi sunt îndestulătoare, părinții pot fi exonerati de îndatorirea asigurării condițiilor necesare creșterii, educării, învățării ori pregătirii profesionale. Presumția instituită de lege că minorul este în nevoie este una simplă, care poate fi răsturnată prin administrarea de probe⁴¹. Prin „mijloace” ale

debitorului obligației de întreținere față de copii nu trebuie înțelese numai veniturile salariale, ci și orice alte surse de venituri ce își găsesc de altfel reflectare în nivelul său de trai⁴², orice câștig ce are caracter permanent, prin urmare, trebuie să se țină cont de caracterul stabil al veniturilor lui⁴³.

În principal, ca *regulă generală*, potrivit dispozițiilor art. 530 C.civ., obligația de întreținere se execută *în natură*⁴⁴, fiecare părinte asigurându-i copilului său cele necesare traiului, cheltuielile de educare, învățatură, pregătire profesională. Instanța judecătorească va putea dispune executarea obligației de întreținere prin plata unei pensii de întreținere stabilite într-o sumă de bani doar în situația în care întreținerea nu se execută în natură în mod benevol. Actuala reglementare a executării întreținerii, cuprinsă în art. 530 C.civ., diferă de vechea reglementare cuprinsă în art. 93 din Codul familiei.

Noua reglementare nu instituie o modalitate alternativă de executare⁴⁵, ci, dimpotrivă, *prevede o modalitate principală și una subsidiară*, ce devine incidentă ori de câte ori obligația principală nu poate fi îndeplinită.

Întreținerea datorată de părinte se stabilește până la o pătrime din venitul său lunar net pentru un copil, o treime pentru 2 copii și o jumătate pentru 3 sau mai mulți copii; cuantumul întreținerii datorate copiilor, împreună cu obligația datorată altor persoane, potrivit legii, nu poate depăși jumătate din venitul net lunar al celui obligat.

Caracterul imperativ al obligației de întreținere se manifestă și în circumstanța copilului devenit major, însă aflat în continuarea studiilor. În acest context, a fost conturată obligația părinților de a presta întreținere în favoarea copilului lor devenit major, până la terminarea studiilor de către acesta, însă, temporal vorbind, nu mai târziu de la atingerea vârstei de 26 ani. În literatura de specialitate⁴⁶, s-a opinat faptul că sintagma „*copil aflat în continuarea studiilor*” vizează deopotrivă pregătirea profesională teoretică și cea practică, indiferent dacă unitatea de învățământ (liceală, școală profesională, superioară etc.) este de stat sau particulară.

Obligația de întreținere⁴⁷, sub aspectul întinderii sale, al felului, al modalităților de executare, al contribuțiilor fiecăruia, se stabilește de comun acord de părinții debitori.

O altă situație în care raportul de anchetă psihosocială este esențial este aceea în care există neînțelegeri între părinți cu privire la întinderea obligației fiecăruia datorată copilului lor, ori atunci când unul dintre părinți refuză, în mod nejustificat, prestarea acestei îndatoriri expres prevăzute de legiuitor.

Față de cele precizate, instanța de tutelă nu poate pronunța o soluție legală într-un astfel de diferend, în absența concluziilor autorității tutelare, obligată a-și expune perspectiva într-un atare context prin elaborarea unei anchete psihosociale.

Cuantumul obligației de întreținere se va stabili în raport de starea de nevoie în care se află copilul, dar și de posibilitățile de plată pe care le are debitorul.

Ori de câte ori cu ocazia divorțului acțiunea nu cuprinde și un capăt de cerere cu privire la pensia de întreținere cuvenită copilului rezultat din căsătorie, instanța, din oficiu⁴⁸, îl va pune în discuție și se va pronunța, odată cu desfacerea căsătoriei, și cu privire la acest aspect.

În practică⁴⁹ s-a decis că, „un copil nu are nevoie doar de îmbrăcăminte, încălțăminte și alimente, ci are nevoie și de condiții decente și optime de locuit – ceea ce presupune o locuință adecvată creșterii unui minor, curată, mobilată și utilată, luminoasă și călduroasă –, are nevoie de o bună pregătire școlară și educațională, de jucării, de cărți potrivite vârstei sale și, cel mai important, are nevoie de afecțiune și atenție permanentă și constantă, de cineva care să se ocupe de educația și îngrijirea sa permanentă și constantă, de cineva care să se joace cu el, să-și petreacă timpul cu el, să-i explice și să-l învețe tot ceea ce este necesar și tot ceea ce copilul dorește să afle, de cineva care să-i citească o poveste seara la culcare, de cineva care să ducă copilul la grădiniță/școală și să aducă copilul de la grădiniță/școală, ori la activități extrașcolare, de cineva care să-l ajute să-și facă temele și lecțiile, de cineva care să fie tot timpul alături de copil și împreună cu acesta. Aceste „îndatoriri” mai sus enumerate rămân în sarcina părintelui la care a fost stabilită locuința minorului”.

M) *Independența patrimonială.* Potrivit art. 500 C.civ., *părintele nu are niciun drept asupra bunurilor copilului și nici copilul asupra bunurilor părintelui, în afară de dreptul la moștenire și la întreținere.* Lecturând cu atenție, pentru început, dispozițiile art. 35 C.civ., observăm faptul că odată cu nașterea persoanei fizice începe și capacitatea de a fi titular al unor drepturi și obligații. Prin urmare, minorul poate fi titular al dreptului de proprietate sau al altor drepturi reale, fără ca părinții săi să aibă vreun drept asupra acestora.

Art. 500 C.civ. consacră independența patrimonială a părintelui față de copil și viceversa. Mai exact, se stipulează, în mod expres, inexistența vreunui drept al părintelui asupra patrimoniului copilului, dar și absența vreunui drept al copilului asupra bunurilor părintelui. Cu toate acestea, pentru a nu lăsa loc de interpretării, autorii Noului Cod civil, nu exclud însă dreptul la moștenire, respectiv la întreținere.

În situația în care, la încheierea unui act juridic în numele minorului, ar exista un conflict între interesele minorului și cele ale părintelui, se impune instituirea curatelei și numirea unui curator care să-l reprezinte sau, după caz, să-l asiste pe minor, concluzie care se desprinde din coroborarea dispozițiilor art. 502 C.civ. cu prevederile art. 150 C.civ.

N) *Administrarea bunurilor copilului.* Conform art. 501 C.civ., părinții au dreptul și îndatorirea de a administra bunurile copilului lor minor, precum și de a-l reprezenta în actele juridice civile ori de a-i încuviința aceste acte, după caz [alin. (1)]. După împlinirea vârstei de 14 ani minorul își exercită drepturile și își execută obligațiile singur, în condițiile legii, însă numai cu încuviințarea părinților și, după caz, a instanței de tutelă [alin. (2)].

Într-o perspectivă civilistă, universul minorului este disecat de puternice neajunsuri susceptibile de a-i crea un regim juridic inferior, în aparență, prin prisma faptului că acestuia îi este prohibit rolul primordial de a se bucura de deplinătatea oportunităților reale de a încheia singur și în putere proprie anumite acte juridice. În plan real, această inferioritate este practic inexistentă. Ba mai mult decât atât, este estompată în totalitate de elementul antagonic reprezentat de crearea superiorității în favoarea minorului, raportat la dorința nestăvilită a legiuitorului de a-i proteja în mod vădit interesele legitime și de a-i acorda sprijin în conjunctura perfectării anumitor acte juridice, de o importanță covârșitoare asupra stării patrimoniului acestuia prin intermediul reprezentantului sau, după caz, a tutorelui său,

constrâns să-l asiste sau reprezinte la încheierea diferitelor acte juridice translative sau nu de proprietate⁵⁰.

În pofida inexistenței vreunui drept în favoarea părinților în ce privește patrimoniul copilului, acest aspect nu exclude dreptul și, în egală măsură, îndatorirea părinților de a proceda la administrarea bunurilor copilului lor minor, precum și de a depune diligențe în vederea reprezentării copilului, în ipoteza lipsei capacității de exercițiu depline, în convențiile civile, respectiv a încuviințării actelor juridice ale minorului, în circumstanța capacității restrânse de exercițiu⁵¹.

Cu toate că legiuitorul nu a prevăzut, în mod expres, în cuprinsul textului art. 501 C.civ., având în vedere principiul *qui potest maius potest et minus*, considerăm cu toată tăria faptul că părinții sunt obligați să asigure și conservarea bunurilor copilului, respectiv să preîntâmpine pierderea de către acesta a unor drepturi patrimoniale (e.g., întreruperea unei prescripții, înscrierea unei ipoteci sau a unui privilegiu, promovarea unei somații etc.).

Părinții au dreptul și îndatorirea de a administra bunurile copilului lor minor, precum și de a-l reprezenta în actele juridice civile ori de a-i încuviința aceste acte, după caz. În condițiile în care între părinți și minor există contrariedade de interese, este necesară numirea unui curator special pentru asistarea/reprezentarea minorului în vederea încheierii unui act juridic translativ de proprietate.

În situația în care, între minor și reprezentantul său legal există contrariedade de interese, în conformitate cu prevederile art. 502 alin. (1) C.civ. coroborate cu cele ale art. 150 alin. (1) C.civ. instanța de tutelă va numi un curator care să-l asiste sau, după caz, să-l reprezinte pe minor la perfectarea actului juridic de dispoziție.

Curatela, astfel cum a fost precizat și în literatura de specialitate⁵², reprezintă o formă de ocrotire a copilului cu caracter temporar și subsidiară tutelei, și se instituie numai în cazurile expres prevăzute de lege. Cu titlu general, dispozițiile art. 109 C.civ. stipulează că ocrotirea persoanei prin curatelă are loc numai în cazurile și condițiile prevăzute prin lege.

Analizând prevederile art. 229 alin. (3²) din Legea nr. 71/2011, conform cu care autoritatea tutelară este îndrituită a numi curator, exclusiv, *la solicitarea notarului public*, în acest sens, textul legal indicat reliefând faptul că „Până la intrarea în vigoare a reglementărilor prevăzute la alin. (1) (*referitoare la organizarea, funcționarea și atribuțiile instanței de tutelă și de familie* – n.n. – B.D.M.), numirea curatorului special care îl asistă sau îl reprezintă pe minor la încheierea actelor de dispoziție sau la dezbaterile procedurii succesoriale, se face, de îndată, de autoritatea tutelară, la cererea notarului public, în acest din urmă caz (*respectiv, dezbaterile succesoriale*, n.n. – B.D.M.), nefiind necesară validarea sau confirmarea de către instanță”, putem observa faptul că, în ceea ce privește competența materială a numirii curatorului special aceasta a fost delegată autorității tutelare⁵³; cu toate acestea, *curatorul numit de către autoritatea tutelară trebuie, în mod obligatoriu, să fie validat de către instanța de tutelă investită cu soluționarea respectivului demers judiciar*⁵⁴. De asemenea, este necesară, sub sancțiunea nulității, autorizarea de către instanța de tutelă a încheierii respectivului act de dispoziție⁵⁵. Totodată, putem observa faptul că autoritatea tutelară este competentă exclusiv în ceea ce privește

instituirea curatelei și numirea unui curator care va reprezenta interesele minorilor în fața notarilor publici la încheierea actelor de dispoziție; instanța de tutelă rămâne cu atribuțiile privind instituirea curatelei și numirea unui curator în vederea reprezentării interesele persoanelor majore (potrivit art. 178 C.civ.)⁵⁶.

Prin urmare, curatorul numit printr-o dispoziție a primarului de către Autoritatea Tutelară este supus validării de instanța de tutelă, care, dacă consideră că respectivul act de dispoziție răspunde unei nevoi sau prezintă un folos neîndoielnic pentru minor, va încuviința – potrivit art. 145 C.civ. – încheierea respectivei convenții⁵⁷.

Având în vedere faptul că Autoritatea Tutelară protejează exclusiv interesele minorilor, considerăm că aceasta va institui curatela și numi un curator doar atunci când consideră că actul ce urmează a fi perfectat răspunde unei nevoi sau prezintă un folos neîndoielnic pentru minor [cu toate că instanța de tutelă este cea care, după instituirea curatelei, și-ar fi dat sau nu încuviințarea pentru încheierea respectivului act de dispoziție, potrivit art. 145 alin. (1) C.civ.]⁵⁸. Putem menționa, cu titlu de exemplu, o situație întâlnită în practică, în care Autoritatea Tutelară ar fi îndreptățită să emită un răspuns negativ în ceea ce privește instituirea curatelei și numirea unui curator: notarul X, printr-o adresă scrisă, solicită Autorității Tutelare competente instituirea curatelei și numirea unui curator care să reprezinte sau, după caz, să asiste pe minorul Y la încheierea unei declarații notariale prin care acesta din urmă va renunța la orice pretenții pecuniare, materiale, morale sau de orice altă natură față de subscrisa Z, întrucât mama minorului, conform unei tranzacții încheiate, a încasat o sumă de bani care acoperă în integralitate și prejudiciul prezent sau viitor, material, moral cât și și de orice altă natură⁵⁹.

Așa cum ne-am exprimat opinia și într-un studiu recent publicat⁶⁰, chiar dacă nu există contrarietate de interese între minor și tutore sau, după caz, reprezentant legal, din perspectiva noastră, validarea de către instanța de tutelă a curatorului numit de autoritatea tutelară este impetuoasă raportat la prevederile legale incidente în materie, și la situația faptică existentă într-o ipoteza de genul: dorința de a încheia un act juridic de către o persoană minoră, care nu poate beneficia de prezența reprezentantului legal în fața notarului public, din cauza faptului că este împiedicat să îndeplinească acest demers din diverse rațiuni.

Desigur, s-ar putea susține că validarea curatorului de către instanța de tutelă ar trebui să fie realizată exclusiv în situația în care există contrarietate de interese între minor și reprezentantul său legal. Având în vedere situația descrisă mai sus (respectiv, dorința de a încheia un act juridic de către o persoană minoră, care nu poate beneficia de prezența reprezentantului legal în fața notarului public, din cauza faptului că este împiedicat să îndeplinească acest demers din diverse rațiuni), care indubitabil, se regăsește extrem de frecvent în activitatea notarială, soluția legală pe care trebuie să o avanseze instanța de judecată investită cu soluționarea acestei cauze, este aceea de validare a curatorului, pentru considerentele pe care le vom învedera în cele ce urmează.

Aduceam în discuție anterior temeiul legal al autorității tutelare de numire a unui curator special în circumstanța încheierii unui act de dispoziție de către minori. Acesta

trebuie să se coroboreze, în această situație, cu dispozițiile art. 150 alin. (2) C.civ. care reglementează ipoteza cazurilor de numire a curatorului special și care stipulează următoarele: „De asemenea, dacă din cauza bolii sau *din alte motive* tutorele este împiedicat să îndeplinească un anumit act în numele minorului pe care îl reprezintă sau ale cărui acte le încuviințează, instanța de tutelă va numi un curator special (s.n. – B.D.M.)”. Din textul legal indicat, derivă concluziile aferente, pe care le vom argumenta mai jos.

Din capul locului, apreciem că prima observație sumară din lectura textului legal care se cuvine a fi analizată este cea privitoare la noțiunea de *tutore*, la care se face referire în cuprinsul reglementării învederate.

În mod expres, legiuitorul a instituit în cuprinsul art. 502 alin. (1) C.civ. că „*drepturile și îndatoririle părinților cu privire la bunurile copilului sunt aceleași cu cele ale tutorelui, dispozițiile care reglementează tutela fiind aplicabile în mod corespunzător*”. Așadar, fără putință de tăgadă, textul legal indicat este susceptibil a fi aplicat și în ipoteza reprezentantului legal.

În plan secund, conținutul alin. (2) al art. 150 C.civ. face referire la circumstanța în care este incidentă împiedicarea vremelnică a tutorelui să îndeplinească un anumit act în numele minorului pe care îl reprezintă sau ale cărui acte le încuviințează, din cauza bolii sau a altor motive. Legiuitorul nu precizează caracterul exhaustiv al anumitor rațiuni ce provoacă împiedicarea tutorelui și, mai mult decât atât, nu face nici măcar precizări de ordin exemplificativ în ceea ce privește potențialitatea anumitor motive de a se încadra în sintagma „a altor motive”. Pe cale de consecință, spre exemplu, apreciem că locuirea tutorelui într-o altă localitate, relativ îndepărtată de domiciliul legal al minorului, unde își câștigă existența prin prestarea de zi cu zi a muncii, se încadrează în sfera „altor motive” ce impun numirea unui curator special în vederea apărării intereselor minorilor.

Având în vedere toate aceste aspecte, apreciem că *validarea de către instanța de judecată a curatorului special numit de autoritatea tutelară în situația în care între minor și reprezentantul său legal nu există contrarietate de interese, este necesară în ipoteza intervenirii unor rațiuni susceptibile a-l împiedica pe acesta din urmă să asiste/reprezinte minorul la perfectarea actului de dispoziție*⁶¹.

În conformitate cu prevederile dispozițiilor art. 502 C.civ., părinții sunt supuși, în privința administrării bunurilor copilului minor, aceluiași dispoziții ca și tutorele. Se face astfel trimitere la dispozițiile referitoare la exercitarea tutelei cu privire la bunurile minorului, prevăzute în cuprinsul art. 140-146 C.civ.

Alineatul secund al art. 502 C.civ. dispune, în mod expres, faptul că *inventarul se va întocmi doar în situația în care minorul are bunuri doar de uz personal (îmbrăcăminte, jucării etc.). Per a contrario*, atunci când minorul deține în proprietate și alte bunuri mobile și/sau imobile, inventarul va trebui întocmit și de către părinți. Inventarul presupune verificarea, de un delegat al instanței de tutelă, în prezența părinților, la fața locului, a tuturor bunurilor minorului. Inventarul astfel întocmit este supus aprobării instanței de tutelă. Cu ocazia întocmirii inventarului, părinții vor declara în scris creanțele, datoriile sau alte pretenții pe care le au față de minor. În situația în care nu se vor declara de către părinți cele anterior menționate, se prezumă că părinții au renunțat la ele. Creanțele pe care părinții le au față de minor pot fi plătite voluntar numai cu autorizarea instanței de tutelă.

Părinții au îndatorirea de a-l reprezenta pe minor în actele juridice, dar numai până când acesta împlinește vârsta de 14 ani. Minorul care are împlinită această vârstă încheie singur acte juridice, cu încuviințarea părinților și autorizarea instanței de tutelă, când este cazul.

Așa cum rezultă din dispozițiile art. 502 C.civ. coroborate cu prevederile art. 144 C.civ., părinții nu pot, în numele minorului, să facă donații și nici să garanteze obligația altuia, exceptându-se darurile obișnuite, potrivite cu starea materială a minorului, sub sancțiunea nulității relative.

De asemenea, părintele nu poate, fără autorizarea instanței de tutelă, să facă acte de înstrăinare, împărțeală, ipotecare ori de grevare cu alte sarcini reale a bunurilor minorului, să renunțe la drepturile patrimoniale ale acestuia, precum și să încheie în mod valabil orice alte acte ce depășesc dreptul de administrare, sub sancțiunea nulității relative. Fac excepție actele de înstrăinare a bunurilor supuse pieirii, degradării, alterării ori deprecierei, precum și cele devenite nefolositoare pentru minor.

Acțiunea în anulare poate fi exercitată de oricare dintre părinți, precum și de către procuror, din oficiu sau la sesizarea instanței de tutelă.

Potrivit art. 502 C.civ. coroborat cu art. 145 C.civ., instanța de tutelă (de la domiciliul sau reședința minorului) dă autorizarea necesară pentru fiecare act în parte și cu indicarea, atunci când este cazul, a condițiilor în care se încheie actul, numai atunci când constată că actul răspunde unei nevoi sau prezintă un folos neîndoielnic pentru minor.

În literatura de specialitate⁶², s-a avansat opinia conform cu care încheierea de acte juridice între părinte și copil este interzisă, nefiind suficientă desemnarea unui curator special.

În ceea ce ne privește, considerăm că o atare opinie este greșită și nu putem fi de acord cu aceasta deoarece art. 502 C.civ. proclamă identitatea în drepturi și îndatoriri între părintele reprezentant al minorului său și tutorele reprezentant al unui minor lipsit de ocrotire părintească. Practic, se face trimitere la dispozițiile referitoare la exercitarea tutelei cu privire la bunurile minorului, prevăzute în art. 140-146 C.civ. Este vorba de dispozițiile legale privitoare la inventarul bunurilor minorului, la administrarea bunurilor sale, la reprezentarea acestuia. Așa cum am reliefat anterior, în conformitate cu prevederile art. 144 C.civ., *legiuitorul instituie interdicția pentru părinți de a face, în numele minorului, donații ori să garanteze obligația altuia, exceptându-se darurile obișnuite, potrivite cu starea materială a minorului, sub sancțiunea nulității relative*. De asemenea, părinții nu pot, fără autorizarea instanței de tutelă, să facă acte de înstrăinare, împărțeală, ipotecare ori de grevare cu alte sarcini reale a bunurilor minorului, să renunțe la drepturile patrimoniale ale acestuia, precum și să încheie în mod valabil orice alte acte ce depășesc dreptul de administrare, sub sancțiunea nulității relative. Fac excepție actele de înstrăinare a bunurilor supuse pieirii, degradării, alterării ori deprecierei, precum și cele devenite nefolositoare pentru minor. Prin urmare, *părintele poate încheia acte juridice în beneficiul minorului, prin care patrimoniul copilului se va augmenta*. Scopul normei este de a interzice actele păgubitoare pentru minor.

Sub auspiciile vechiului Cod al familiei au existat situații în care birourile notariale au solicitat autorității tutelare instituirea curatelei și numirea unui curator care să reprezinte

sau, după caz, să asiste, un minor, în fața notarului public, la perfectarea unor acte de dispoziție (e.g., donație, vânzare-cumpărare) ce se vor încheia între minor și părintele / părinții săi, prin care patrimoniul minorului se va augmenta.

De asemenea, și sub auspiciile Codului civil, birourile notariale solicita autorității tutelare instituirea curatelei și numirea unui curator care să reprezinte, în fața notarilor publici, interesele minorilor în vederea încheierii, de către aceștia, pe de o parte, și părinții lor, pe de altă parte, a unor acte de dispoziție prin care patrimoniul celor dintâi va crește. Curatorul numit de către autoritatea tutelară printr-o dispoziție a primarului va fi validat de către instanța de tutelă care, dacă consideră oportun perfectarea respectivului act de dispoziție, va încuviința încheierea acestuia⁶³.

III. Exercițarea autorității părintești. A) Modul de exercitare. Legiuitorul instituie în cuprinsul primului alineat al art. 503 C.civ. o conclurare, o colaborare a părinților privitoare la maniera de exercitare a autorității părintești. Prin exercitarea împreună și în mod egal a autorității părintești, este imperativ a se înțelege *conturarea unei poziții similare pentru ambii părinți, în sensul în care aceștia beneficiază de aceleași drepturi, respectiv le incumbă aceleași obligații referitoare la instituția exercitării autorității părintești.*

În egală măsură, din perspectiva noastră, dispozițiile alin. (1) al art. 503 C.civ. consacră *regula generală* în ceea ce privește modul de exercitare al autorității părintești în cadrul căsătoriei, respectiv în ipoteza în care nu există dispute parentale referitoare la modalitatea de exercitare a ocrotirii părintești.

Așadar, *regula generală o constituie exercitarea autorității părintești în comun*, ceea ce implică faptul că ambii părinți trebuie să aibă o contribuție în relație cu această instituție, mai exact să beneficieze de aceleași privilegii și să îndeplinească același sarcini inerente dezvoltării armonioase a unui copil.

Alineatul secund al art. 503 C.civ. statornicește, din punctul nostru de vedere, *ideea existenței unui mandat tacit acordat celuilalt părinte*, exclusiv în conjunctura în care unul dintre părinți încheie singur un act curent necesar exercitării drepturilor și îndeplinirii îndatoririlor părintești, având ca și cocontractant un terț de bună-credință.

Față de această atitudine adoptată de legiuitor, se impune a fi formulate unele precizări care constituie, în viziunea noastră, efecte ale regulii mandatului tacit în circumstanța pendinte.

În prim plan, se acordă eficacitate protejării principiului bunei-credințe, în sensul în care nu ar fi o soluție viabilă pentru terții care au contractat cu bună-credință, desființarea unor acte curente încheiate de către un singur părinte, terții având reprezentarea faptului că au perfectat raporturi juridice cu ambii părinți, în condițiile în care nu au avut cunoștință de poziția vădit contrară a părintelui care este prezumat că și-a dat consimțământul.

În plan secund, este mai mult decât evident că un act curent nu are o aplicabilitate și, pe cale de consecință, o importanță covârșitoare, sens în care viziunea flexibilă a legiuitorului este de bun augur în acest context. Mai exact, viziunea suplă a legiuitorului la care facem referire, se mulează pe necesitatea ca orice act curent să poată fi încheiat de oricare

dintre titularii ocrotirii părintești, fiind neîndoielnic faptul că natura unui astfel de raport juridic nu poate avea repercusiuni vitale asupra situației minorului.

Mai mult decât atât, în condițiile în care, făcând o trimitere la partea generală a dreptului civil, minorul este apt să încheie acte curente, tocmai datorită insignifianței acestora și a absenței consecințelor esențiale pe care să le producă, apreciem că unui părinte (ajuns la un moment al vieții în care ar trebui să-l caracterizeze responsabilitatea față de familie) trebuie să i se permită să depună diligențe pentru perfectarea unor acte curente cu terți de bună-credință, chiar în absența consimțământului celuilalt părinte.

Per a contrario, în ipoteza încheierii unor acte curente cu terți având o atitudine fundamentată pe rea-credință, mandatul tacit nu operează și, prin urmare, părintele cocontractant nu poate invoca prezumția existenței consimțământului celuilalt părinte.

B) Exercițarea autorității părintești în situația unui divorț. Potrivit art. 504 C.civ., în situația în care părinții sunt divorțați, autoritatea părintească se exercită potrivit dispozițiilor referitoare la efectele divorțului în raporturile dintre părinți și copii.

Articolul 504 C.civ. reglementează ipoteza exercitării autorității părintești în caz de divorț, făcându-se trimitere la prevederile referitoare la consecințele divorțului în raporturile dintre părinți și copii.

Spre deosebire de vechiul Cod al familiei, care reglementa ca măsură obligatorie încredințarea copiilor unuia sau altuia dintre soți sau, în mod excepțional, unei terțe persoane, Codul civil schimbă concepția în ceea ce privește exercitarea autorității părintești instituind, în cascadă, o paletă diversificată de măsuri, pornind de la principiul conform căruia, pe cât posibil, divorțul nu trebuie să altereze raporturile dintre părinții și copiii lor minori⁶⁴.

Așa cum putem observa lecturând dispozițiile art. 397 C.civ., după desfacerea căsătoriei, autoritatea părintească revine în comun ambilor părinți, afară de cazul în care instanța de tutelă decide altfel.

În ceea ce ne privește, *considerăm* că, odată cu pronunțarea divorțului, atunci când instanța de tutelă constată că interesul superior al copilului minor presupune ca autoritatea părintească să fie exercitată în comun de către ambii părinți ai acestuia, când din ancheta psihosocială întocmită de către autoritatea tutelară rezultă de asemenea ca autoritatea părintească să revină în comun ambilor părinți, se va aplica regula generală, respectiv a exercitării autorității părintești în comun de către ambii părinți, nefiind necesar, așa cum s-a evidențiat și în literatura de specialitate⁶⁵, acordul părinților.

Cu toate că nu este necesar acordul părinților în ceea ce privește stabilirea de către instanță a modului în care urmează a fi exercitată autoritatea părintească asupra copiilor minori, *obligatorie este ascultarea părinților*, pentru a se afla poziția acestora în raporturile cu minorii, atunci când nu și-au exprimat poziția cu privire la exercitarea drepturilor părintești.

Având în vedere cele reliefate, în opinia noastră, atunci când unul dintre părinți solicită instanței de tutelă să nu-i acorde autoritate părintească, instanța nu poate accepta *de plano* un astfel de petit, ci trebuie să analizeze dacă există motive temeinice care să admită derogarea de la regula generală a exercitării autorității părintești de către ambii părinți (spre exemplu: violența, exploatarea copilului etc.).

În literatura de specialitate⁶⁶, s-a reliefat opinia, la care aderăm și noi, conform căreia *exercitarea autorității părintești în comun de ambii părinți este un drept al copilului*, de care acesta nu poate fi lipsit decât în momentul în care există motive justificate de interesul său superior.

Prin instituirea regulii exercitării în comun a autorității părintești, *din punctul nostru de vedere*, s-a urmărit *responsabilizarea ambilor părinți*.

Dacă există motive întemeiate, *având în vedere interesul superior al copilului*, instanța hotărăște ca autoritatea părintească să fie exercitată numai de către unul dintre părinți, conform art. 398 alin. (1) C.civ. Analizând dispozițiile art. 397 C.civ., se poate opina că exercitarea autorității părintești doar de către unul dintre părinți constituie *excepția* în ceea ce privește stabilirea autorității părintești de către instanța de judecată competentă să pronunțe divorțul.

Ceea ce interesează practic este semnificația sintagmei „*dacă există motive întemeiate*”. Autorii Codului civil nu au stipulat în cuprinsul art. 398 C.civ. care ar fi situațiile în care autoritatea părintească ar reveni în mod exclusiv unuia dintre părinți. Cu toate acestea, Legea nr. 272/2004 în cuprinsul alin. (7) al art. 36 enumeră, cu titlu exemplificativ, *motivele întemeiate pentru care instanța poate să decidă ca autoritatea părintească să se exercite de către un singur părinte, și anume: alcoolismul, boala psihică, dependența de droguri a celuilalt părinte, violența față de copil sau față de celalalt părinte, condamnările pentru infracțiuni de trafic de persoane, trafic de droguri, infracțiuni cu privire la viața sexuală, infracțiuni de violență, precum și orice alt motiv legat de riscurile pentru copil, care ar deriva din exercitarea de către acel părinte a autorității părintești*.

Exercitarea autorității părintești de către un singur părinte se dispune atunci când, având în vedere *interesul superior al copilului*, se constată de instanța de tutelă că: exercitarea drepturilor părintești în comun nu este în beneficiul copilului, provoacă conflicte și șicane între soți, atunci când s-a constatat că este imposibilă comunicarea între părinții copilului, când unul dintre părinți manifestă în mod cotidian un dezinteres total față de copilul său, este diagnosticat cu o boală psihică gravă etc.

În *determinarea interesului superior al copilului* pot fi avute în vedere următoarele criterii⁶⁷: a) nevoile fizice, emoționale, psihologice ale copilului având în vedere vârsta și etapa de dezvoltare; b) identitatea culturală, religioasă, lingvistică, spirituală a copilului, apartenența la o anumită etnie; c) opiniile și preferințele copilului în măsura în care acestea pot fi verificate în mod rezonabil; d) istoricul copilului; e) orice formă de violență din familie; f) orice plan propus pentru îngrijirea și creșterea copilului; g) natura, forța și stabilitatea relației dintre copil și fiecare dintre părinți, membrii familiei restrânse și extinse; h) orice decizie a instanței cu privire la copil relevante pentru siguranța și bunăstarea copilului; i) capacitatea tuturor persoanelor cu privire la care decizia instanței se poate aplica, de a comunica, coopera în chestiuni care privesc copilul, de a contribui la creșterea și dezvoltarea acestuia.

Toate aceste criterii au la bază ideea de bine suprem al copilului, de interes superior fără de care autoritatea părintească nu ar reprezenta nimic, fiind un concept golit de orice valențe și fără aplicabilitate practică.

Așadar, putem opina faptul că, *autoritatea părintească se concretizează practic prin îndatorirea părinților de a asigura protecția și educația copilului, respectând persoana acestuia, aceasta fiind structura de bază pe care urmează să se clădească toate celelalte drepturi și obligații ale părinților ca și componente ale autorității părintești și prin care se realizează faptic protecția copilului.*

În toate cazurile privind exercitarea autorității părintești, *ascultarea copilului este obligatorie.*

Atunci când instanța dispune ca autoritatea părintească asupra copiilor va reveni în mod exclusiv unuia dintre părinți, *celălalt părinte păstrează dreptul de a veghea asupra modului de creștere și educare a copilului, precum și dreptul de a consimți la adopția acestuia.* În caz de neînțelegere între părinți, instanța de tutelă decide cu privire la modalitățile de exercitare a acestui drept.

În practică⁶⁸ s-a decis că, în lipsa unui motiv întemeiat în sensul legii, nu se putea dispune exercitarea autorității părintești exclusiv de către reclamantă, interesul minorei justificând ca ansamblul drepturilor privitoare la persoana și bunurile sale să revină ambilor părinți. Faptul că interesele minorei pot fi realizate mult mai ușor prin exercitarea autorității părintești doar de către mamă, în condițiile în care tatăl locuiește în altă localitate, evitându-se blocajele de comunicare și relaționare între cei doi foști concubini, precum și cele legate de distanța dintre părinți, nu se circumscrie unor motive temeinice în sensul legii, în condițiile în care există mijloace rapide de comunicare, iar ambii părinți trebuie să dea dovadă de maturitate și să acționeze numai în interesul fiicei lor”.

C) Situația copilului din afara căsătoriei. În cazul copilului din afara căsătoriei a cărui filiație a fost stabilită concomitent sau, după caz, succesiv față de ambii părinți, autoritatea părintească se exercită în comun și în mod egal de către părinți, dacă aceștia conviețuiesc [alin. (1) al art. 505 C.civ.]. Dacă părinții copilului din afara căsătoriei nu conviețuiesc, modul de exercitare a autorității părintești se stabilește de către instanța de tutelă, fiind aplicabile prin asemănare dispozițiile privitoare la divorț [alin. (2) al art. 505 C.civ.]. Instanța sesizată cu o cerere privind stabilirea filiației este obligată să dispună asupra modului de exercitare a autorității părintești, fiind aplicabile prin asemănare dispozițiile privitoare la divorț [alin. (3) al art. 505 C.civ.].

Alineatul prim al art. 505 C.civ. face referire la cazul particular al copilului din afara căsătoriei. În acest context, legiuitorul învederează, în mod expres, că în situația copilului din afara mariajului a cărui filiație a fost stabilită în același timp sau, după caz, consecutiv, față de ambii părinți, *autoritatea părintească se exercită după regula generală, respectiv în comun, numai în situația conviețuirii acestora.*

În mod firesc, *ipoteza lipsei conviețuirii a părinților copilului din afara căsătoriei* este reglementată în alineatul următor al articolului disecat, la alineatul doi, unde se stipulează că, într-o atare situație, revine instanței de tutelă sarcina stabilirii manierei de exercitare a autorității părintești, cu precizarea că sunt incidente, prin asemănare, prevederile referitoare la desfacerea căsătoriei.

Foarte succint, fără a ne repeta, enumerăm operațiunile specifice care vor fi săvârșite într-un litigiu de acest gen, și anume: ascultarea copilului minor în condițiile art.

264 C.civ., precum și efectuarea, de către autoritatea tutelară competentă, a unei anchete psihosociale la domiciliile ambilor părinți.

Alineatul al treilea impune o obligativitate pentru completul de judecată investit cu soluționarea unei solicitări referitoare la stabilirea filiației. Această obligație se referă la dispunerea asupra manierei de exercitare a autorității părintești, chiar dacă obiectul pricinii este acela de stabilire a filiației și în pofida faptului că nu s-a formulat de către părți un petit referitor la modul de exercitare a autorității părintești. Pe cale de consecință, dispozitivul sentinței pronunțate de către judecător într-o situație asemănătoare va cuprinde atât soluția în conexiune cu conexiunea filiației, precum și stabilirea modalității de exercitare a autorității părintești (o urmare firească a faptului că doar la acel moment s-a stabilit filiația unui minor).

D) Învoiala părinților privitor la exercitarea autorității părintești. În conformitate cu dispozițiile art. 506 C.civ., „Cu încuviințarea instanței de tutelă părinții se pot înțelege cu privire la exercitarea autorității părintești sau cu privire la luarea unei măsuri de protecție a copilului, dacă este respectat interesul superior al acestuia. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 fiind aplicabile”. Prevederile legale asupra cărora ne aplecăm, instituie oportunitatea compromisului intervenit între părinți în legătură cu exercitarea autorității părintești sau cu privire la luarea unei măsuri de protecție a copilului. Câteva precizări sunt necesare.

În primul rând, convenția dintre părinți nu produce efecte de plin drept, fiind absolut imperativă încuviințarea instanței de tutelă. În acest context, subliniem faptul că instanța de tutelă nu este ținută de respectarea acestui compromis, ci în funcție de probele administrate în cauză, poate să pronunțe o altă soluție.

În plan secund, deși este principalul aspect de care va ține seama instanța de judecată în momentul deliberării, se va prioritiza principiul interesului superior al minorului.

Având o problematică implicând aspecte deosebite, litigiile privitoare la exercitarea autorității părintești nu pot fi tranșate în absența ascultării copilului minor, căruia, în mod esențial, trebuie să i se permită a-și expune perspectiva în legătură cu maniera în care va fi ocrotit părintește.

E) Situația de excepție - exercitarea autorității părintești de către un singur părinte. Dacă unul dintre părinți este decedat, declarat mort prin hotărâre judecătorească, pus sub interdicție, decăzut din exercițiul drepturilor părintești sau dacă, din orice motiv, se află în neputință de a-și exprima voința, celălalt părinte exercită singur autoritatea părintească (art. 507 C.civ.).

În cuprinsul acestor dispoziții, legiuitorul creionează circumstanța nefericită a absenței permanente a unuia dintre părinți. Oferind detalii suplimentare, însă, fără a statua într-un mod exhaustiv rațiunile ce pot interveni, legiuitorul arată că în conjunctura decesului unuia dintre părinți, a declarării morții prin sentință judecătorească, a punerii sub interdicție, a decăderii din exercițiul drepturilor părintești sau a oricăror alte motive care îl plasează în imposibilitatea exprimării voinței, exercitarea autorității părintești revine celuilalt părinte, care va ocroti singur minorul.

Într-o atare conjunctură, poate interveni, cel puțin o problemă spinoasă, din punctul nostru de vedere. Astfel, ipoteza de lucru este cea conform căreia căsătoria a doi

soți a fost desfăcută sub auspiciile vechii reglementări, respectiv Codul familiei, iar minorii rezultați din mariaj au fost încredințați spre creștere și educare unuia dintre părinți și intervine decesul părintelui ce urma să vegheze în mod direct la dezvoltarea minorilor, având custodia copiilor. Dubiul care există cu referire la această circumstanță poate fi conturat prin următoarea întrebare: *În acest caz, celălalt părinte rămas în viață va exercita singur autoritatea părintească de drept sau va fi necesară intervenția instanței?* Din perspectiva noastră, intervenția instanței este imperioasă. Atâta timp cât instanța a stabilit că încredințarea minorilor va reveni doar unui părinte, ceea ce implică, ușor forțat spus, o custodie exclusivă, apreciem că instanța va trebui să dispună ca exercitarea autorității părintești să revină părintelui rămas în viață⁶⁹. Pe de altă parte, considerăm că nu este necesar concursul instanței în ipoteza în care desfacerea căsătoriei a fost tranșată sub lumina Codului civil, iar instanța a dispus ca exercitarea autorității părintești să revină în comun ambilor părinți. În această a două ipoteză, părintele rămas în viață va exercita singur autoritatea părintească, fiind un efect de drept.

IV. În loc de concluzii. Renunțarea de către autorii Codului civil la sintagma „ocrotire părintească” din vechea reglementare și utilizarea terminologiei „autoritate părintească” marchează revenirea la tradiția normativă română din domeniul.

Așa cum am relatat în cuprinsul lucrării, autoritatea părintească reprezintă un conglomerat de drepturi și îndatoriri, atât unele, cât și celelalte având un unic deziderat și ideal comun, anume binele copilului, exprimat într-un limbaj simplu și laic, sau într-unul tehnic, de specialitate, interesul superior al copilului; autoritatea părintească nu este nimic altceva decât consacrarea juridică a unei obligații în primul rând morale, și anume de a conduce copilul la vârsta adultă și la independența sa, asigurându-i protecția și educația, prin respectul persoanei sale.

* *Inspector principal, Compartimentul Autoritate Tutelară din cadrul Primăriei municipiului Bistrița, molomanboby@yahoo.com*

** *Avocat, Baroul Bistrița-Năsăud, ciprian_ureche@yahoo.com*

¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009, și ulterior republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

Brevitatis causa, în prezentul studiu, referirile la Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se vor face cu ajutorul expresiei „Codul civil” sau a abrevierii „C.civ.”.

² Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 159 din 5 martie 2014.

³ Art. 483 C.civ. are următorul text legal: „(1) *Autoritatea părintească este ansamblul de drepturi și îndatoriri care privesc atât persoana, cât și bunurile copilului și aparțin în mod egal ambilor părinți.* (2) *Părinții exercită autoritatea părintească numai în interesul superior al copilului, cu respectul datorat persoanei acestuia, și îl asociază pe copil la toate deciziile care îl privesc, ținând cont de vârsta și de gradul său de maturitate.* (3) *Ambii părinți răspund pentru creșterea copiilor lor minori*”.

⁴ A.-R. Motica, *Considerații privind aplicarea principiului ocrotirii „interesului superior al copilului” în caz de divorț al părinților săi*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, nr. 2/2014, p. 136.

⁵ Prin „părinți” înțelegem atât părinții firești, cât și cei adoptivi.

⁶ A.-R. Motica, *op. cit.*, p. 135.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Art. 484 C.civ., cu marginala „Durata autorității părintești”, are următorul text legal: „Autoritatea părintească se exercită până la data când copilul dobândește capacitatea deplină de exercițiu”.

⁹ În limbajul curent, termenul „respect” are semnificația de atitudine sau sentiment de stimă, considerație sau de prețuire deosebită a unei persoane față de o altă persoană (Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, *Dicționarul explicativ al limbii române*, ed. a II-a, Ed. Universul Enciclopedic, București, 1998, p. 919).

¹⁰ T. Bodoașcă, *Opinii privind „autoritatea părintească” în reglementarea Codului civil*, în *Dreptul* nr. 9/2014, p. 33.

¹¹ Exodul 20:12.

¹² Coloseni 3:20.

¹³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011.

¹⁴ Măsurile de protecție specială a copilului, potrivit art. 59 din Legea nr. 272/2004, sunt: plasamentul (art. 62-67), plasamentul în regim de urgență (art. 68-70) și supravegherea specializată (art. 71).

¹⁵ Conținutul autorității părintești este același, indiferent dacă copilul este din căsătorie, din afara mariajului sau din adopție, ori este rezultatul reproducerii umane asistate medical cu terț donator (C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele – în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 368).

¹⁶ M.A. Oprescu, *Ocrotirea părintească*, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 123.

¹⁷ Jud. Slatina, S. civ., Sent. civ. nr. 2565/2014, publicată pe www.portal.just.ro.

¹⁸ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 205 din 24 marie 2014.

¹⁹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 510 din 24 iulie 2009.

Brevitatis causa, în prezentul studiu, referirile la Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, se vor face cu ajutorul expresiei „Codul penal” sau a abrevierii „C.pen.”.

²⁰ Pentru o analiză detaliată, a se vedea I. VasIU, *Drept penal. Partea specială conform Noului Cod penal. Articolele 188-256*, Editura Albastră, Cluj-Napoca, 2014, p. 79-82; S. Bogdan (coord.), D.A. Șerban, G. Zlati, *Noul Cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectivă clujeană*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 58-61.

²¹ T. Toader, *Comentarii (art. 197)*, în G. Antoniu (coord.) et alii, *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, Vol. III – art. 188-256, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 83.

²² Potrivit Legii nr. 273/2004, în vederea adopției părintele minor care a împlinit vârsta de 14 ani își exprimă consimțământul asistat de către ocrotitorul său legal.

²³ T. Bodoașcă, A. Drăghici, I. Puie, I. Maftei, *Dreptul familiei*, ediția a II-a conform noului Cod civil, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 560.

²⁴ *Ibidem*, p. 561.

²⁵ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 201 din data de 21 martie 2014.

²⁶ L. Irimia, *Comentariu (sub art. 493)*, în „Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664”, (coordonatori: F.A. Baias, R. Constantinovici, E. Chelaru, I. Macovei), Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 538.

²⁷ T. Bodoașcă, A. Drăghici, I. Puie, I. Maftei, *op.cit.*, p. 567.

²⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 96 din 27 septembrie 1991 și republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 9 din 24 ianuarie 1997, în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 387 din 18 august 2000, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 77 din 31 ianuarie 2011 și în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 96 din 7 februarie 2014

- ²⁹ Art. 495 C.civ. are următorul conținut legal: „(1) Părinții pot cere oricând instanței de tutelă înapoierea copilului de la orice persoană care îl ține fără drept. (2) Instanța de tutelă poate respinge cererea numai dacă înapoierea este vădit contrară interesului superior al copilului. (3) Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 fiind aplicabile”.
- ³⁰ Pentru o analiză detaliată a infracțiunii de nerespectare a măsurilor privind încredințarea minorilor, precum și propunerile de lege feranda exprimate de noi, a se vedea B.D. Moloman, *Infracțiunea de nerespectare a măsurilor privind încredințarea minorului în reglementarea Noului Cod penal*, în *Pandectele Române* nr. 11/2014, p. 41-55.
- ³¹ L. Irimia, *Comentariu (sub art. 496)*, în „Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664”, cit. supra, p. 542.
- ³² *Ibidem*.
- ³³ Jud. Târnăveni, S. civ., Sent. civ. nr. 809/2014, nepublicată.
- ³⁴ A se vedea Jud. Bistrița, S. I civ., Sent. civ. nr. 5812/2012, publicată în G.C. Frențiu, *Dreptul familiei. Practică judiciară conform noului Cod civil. Jurisprudență C.E.D.O.*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 135-138.
- ³⁵ Jud. Bistrița, S. I civ., Sent. civ. nr. 5812/2012, publicată în G.C. Frențiu, *op.cit.*, p. 135-138.
- ³⁶ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 243 din data de 30 septembrie 1992.
- ³⁷ M.A. Opreșcu, *op.cit.*, p. 131.
- ³⁸ *Ibidem*.
- ³⁹ L. Irimia, *Comentariu (sub art. 498)*, în „Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664”, cit. supra, p. 544.
- ⁴⁰ Pentru o abordare detaliată a obligațiilor solidare, a se vedea L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform Noului Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 612 și urm.
- ⁴¹ Trib. București, S. a IV-a civ., Dec. civ. nr. 959/2009, în E. Roșu, D.A.T. Rădulescu, *Dreptul familiei. Practică judiciară*, ediția a II-a, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 141.
- ⁴² C.A. București, S. a III-a civ., min. și fam., Dec. civ. nr. 39/2006, publicată în *Sintact*.
- ⁴³ Trib. București, S. a III-a civ., Dec. nr. 1250/R/2010, în E. Roșu, D.A.T. Rădulescu, *op.cit.*, p. 146.
- ⁴⁴ Jud. Beclean, S. civ., Sent. civ. nr. 645/2012, publicată în G.C. Frențiu, *op.cit.*, p. 46-47.
- ⁴⁵ În vechea reglementare era instituită o modalitate alternativă de executare a obligației de întreținere, lăsată la aprecierea instanței, în funcție de circumstanțele cauzei (G.C. Frențiu, *Comentariile Codului civil. Familia*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 360-361).
- ⁴⁶ D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 447.
- ⁴⁷ Pentru detalii, a se vedea E. Florian, Florian, *Dreptul familiei*, ediția a IV-a în reglementarea noului Cod civil, Editura C.H. Beck, București, 2011, p. 291-293.
- ⁴⁸ A se vedea, M. Tăbărcă, *Drept procesual civil. Vol. I – Teoria generală conform noului Cod de procedură civilă*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 657.
- ⁴⁹ C.A. Cluj, S. I-a civ., Dec. civ. nr. 209/R/2015, publicată pe www.curteadeapelcluj.ro.
- ⁵⁰ L.-C. Ureche, B.D. Moloman, *Analiza dispozițiilor alin. (2) al art. 150 din Noul Cod civil. Problematika instituirii curatelei în situația inexistenței contrarietății de interese între minor și reprezentantul său legal*, în *Revista Română de Jurisprudență* nr. 2/2014, p. 207.
- ⁵¹ *Ibidem*.
- ⁵² C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 407; A.R. Tănase, *Noul Cod civil. Persoana fizică. Despre familie (art. 1-186, art. 252-534). Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 225; T. Bodoașcă, A. Drăghici, I. Puie, I. Maței, *op.cit.*, p. 588.

⁵³ Prin urmare, această competență a fost menținută instanței de tutelă o scurtă perioadă de timp. În reglementarea vechiul Cod al familiei, autoritatea tutelară era competentă, din punct de vedere material, să instituie curatelă, încuviințând perfectarea actului de dispoziție dacă era în interesul exclusiv al minorului, și să numească un curator care să asiste sau, după caz, să reprezinte minorii la perfectarea actelor de dispoziție.

⁵⁴ Chiar și în această situație, în care însuși textul legal prevede, în mod expres, faptul că este necesară validarea curatorului numit de către autoritatea tutelară, există unele Servicii de Autoritate Tutelară care, în mod eronat – din punctul nostru de vedere –, instituie curatelă, numesc curator și încuviințează perfectarea actului de dispoziție (în conformitate cu prevederile Codului civil, instanța de tutelă este cea care încuviințează perfectarea acestelor de dispoziție, iar nu Autoritatea Tutelară).

⁵⁵ Jud. Bistrița, S. civ., Sent. civ. nr. 6616/2013, nepublicată; Jud. Bistrița, S. civ., înch. civ. nr. 3992/2013, nepublicată; Jud. Bistrița, S. civ., Sent. civ. nr. 162/2013, nepublicată; Jud. Bistrița, S. civ., înch. civ. nr. 380/2014, nepublicată; Jud. Bistrița, S. civ., Sent. civ. nr. 9810/2013, nepublicată.

⁵⁶ Jud. Bistrița, S. civ., Sent. civ. nr. 2029/2014, nepublicată; Jud. Bistrița, S. civ., Sent. civ. nr. 1424/2014, nepublicată.

⁵⁷ Jud. Bistrița, S. civ., Sent. civ. nr. 162/2013, nepublicată.

⁵⁸ B.D. Moloman, *Considerații privind competența Autorității Tutelare sub auspiciile noilor reglementări legale*, în *Pandectele Române* nr. 7/2014, p. 71.

⁵⁹ Potrivit art. 142 C.civ., tutorele are îndatorirea de a administra cu bună-credință bunurile minorului. De asemenea, tutorele nu poate înstrăina, fără avizul consiliului de familie și fără autorizarea instanței de tutelă, să facă acte de înstrăinare, împărțea, ipotecare ori grevare cu alte sarcini reale a bunurilor minorului, să renunțe la drepturile patrimoniale ale acestuia. Instanța de tutelă acordă tutorelui autorizarea pentru încheierea unor acte numai dacă acestea răspund unor nevoi sau prezintă un folos neîndoielnic pentru minor.

Având în vedere faptul că tutorele sau, după caz, părintele (reprezentantul legal) nu poate încheia acte care nu răspund unor nevoi sau nu prezintă un folos neîndoielnic pentru minor, cu atât mai mult curatorul nu poate perfectă astfel de acte, deoarece curatela, așa cum am mai stipulat, este un mijloc de ocrotire subsidiar tutelei.

Astfel, în ceea ce ne privește, considerăm că instituirea curatelei și reprezentarea sau, după caz asistarea minorului de către un curator în fața notarului public pentru încheierea unei declarații notariale prin care acesta renunță la orice pretenții pecuniare, materiale, morale sau de orice altă natură față, nu reprezintă un mijloc de ocrotire a acestora, iar întocmirea respectivei declarații nu se încadrează în categoria actelor care răspund unor nevoi sau prezintă un folos neîndoielnic pentru minori.

⁶⁰ L.-C. Ureche, B.D. Moloman, *Analiza dispozițiilor alin. (2) al art. 150 din Noul Cod civil...*, *op.cit.*, p. 209.

⁶¹ *Idem*, p. 210.

⁶² C. Irimia, *Comentariu (sub art. 501)*, în „Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664”, *cit. supra*, p. 548; M. Șcheaua (coord.), M.M. Oprescu, M.A. Oprescu, *Noul Cod civil comentat și adnotat. Despre familie. Art. 258-534*, Editura Rosetti International, București, 2015, p. 444.

⁶³ Spre exemplu, Jud. Bistrița, S. civ., înch. civ. nr. 8485/28.10.2014, nepublicată.

⁶⁴ M. Avram, *Drept civil. Familia*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 157.

⁶⁵ G.C. Frențiu, *Comentarii și doctrină (la art. 397)*, în lucrarea colectivă „Noul Cod civil. Comentarii. Doctrină și jurisprudență”, Vol. I, art. 1-952, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 572.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ A.-R. Motica, *op.cit.*, p. 136.

⁶⁸ Trib. Teleorman, S. civ., Dec. civ. nr. 510/2015, publicată pe www.portal.just.ro.

⁶⁹ A se vedea, Jud. Bistrița, S. civ., Sent. civ. nr. 5460/2015, nepublicată.

RADU DIMIU

M.B. IONESCU - LUPEANU*
Cristina IONESCU - LUPEANU**

Abstract. Radu Dimiu. *The article intends to present the life and work of Radu Dimiu, judge, prosecutor, legal publicist, membre of the Team for ancient romanian law.*

Key words: *Radu Dimiu; legal author; judge; prosecutor; Team for ancient romanian law;*

Cuvinte cheie: *Radu Dimiu; autor juridic; judecător; procuror; Colectivul pentru vechiul drept românesc;*

Radu Dimiu s-a născut la 18 martie 1899, în Pitești¹. A absolvit studiile liceale la București și a fost licențiat al Facultății de Drept a Universității din București în sesiunea noiembrie 1921².

După absolvirea studiilor superioare intră în magistratură. La 14 noiembrie 1922 îl găsim ajutor de judecător la ocolul Ploiești II urban, la 9 decembrie 1925 este judecător inamovibil la Judecătoria Fierbinți (Ilfov), la 1 ianuarie 1926 judecător la Tribunalul Prahova, apoi judecător de instrucție și judecător la același Tribunal Prahova. La 28 ianuarie 1931 este judecător de instrucție la Tribunalul Ilfov, apoi judecător la același tribunal. De la 1 ianuarie 1932 este judecător cu grad de președinte de tribunal. Rămâne în cadrul Tribunalului Ilfov până în 1939, în acest răstimp îl găsim ca jude sindic (1934)³, judecător în cadrul secției Notariat a Tribunalului Ilfov la începutul anului 1938⁴, președinte al Secției Notariat a Tribunalului Ilfov în a doua jumătate a aceluiași an⁵.

Începutul anului 1939 îl găsește ca procuror în cadrul Parchetului de pe lângă Curtea de Apel București⁶, pentru ca din a doua jumătate a anului să fie consilier la Curtea de Apel București⁷ unde va rămâne până prin 1944. Între 1945 și 1948 putem confirma încadrarea sa ca procuror în Cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație.

În tot acest timp se manifestă ca publicist în materie juridică. Colaborează cu *Pandectele Române, Curierul Judiciar, Revista de drept comercial și studii economice*, asta pentru a menționa doar cele mai importante publicații. Cu primele două putem spune că are o relație specială: în anul 1930 se va număra printre redactori, iar în perioada 1935 –

1939 printre secretarii de redacție ai *Pandectelor Române* (în anul 1948 va alcătui *Tabla de materii* a publicației), pentru ca între 1942 și 1946 să fie membru în comitetul de redacție al revistei *Curierul Judiciar*.

În anul 1926 debutează în volum și, până în anul 1940, va da tiparului, în medie un volum la doi ani, după cum urmează:

Teoria impreviziunii. Note sumare., Institutul de Arte Grafice "Curierul Judiciar" S.A., București, 1926, 16 pg.;

Lege pentru statutul funcționarilor publici. Cuprinzând doctrina, jurisprudența și desbaterile parlamentare sub fiecare articol, iar la fine Regulamentul legii,(adnotată), Biblioteca legilor uzuale adnotate nr.8, editura Curierul Judiciar S.A., București, 1928, 184 pg.;

Judecători și judecați de altădată, editura Curierul Judiciar S.A., București, 1929, 60 pg.;

Legile rurale și dispozițiunile din legi complimentare cuprinzând: Legea rurală de la 1864; legile interpretative de la 1879 și 1910; regulamentul l.rurale de la 1878; art.7, 20 și 132 Constituția 1866; art.18 și 131 Constituția 1923; art.62 l.jud.de pace ; art.33 l.jud.ocol; art.120 – 125 l.agrară 1921; legea privitoare la înstrăinarea loturilor provenite din împrumut, din 1925 și regulamentul ei și art.22 legea timbrului 1928, (adnotată), editura „Curierul Judiciar”, București, 1929, 197 pg.;

Limbajul juridic, editura Curierul Judiciar S.A., București, 1930, cu o prefață de Andrei Rădulescu, V + 75 pg.;

Pandectele alfabetice: repertoriu decenal de jurisprudență, doctrină și legislație al Pandectelor Române 1922 – 1931, I.G. Hertz, București, 1937;

Stilul judiciar, Institutul de Arte Grafice Vremea, 1940, 292 pg.;

Putem spune că Radu Dimiu se impune de la bun început ca o figură de marcă a magistraturii.

Din punctul nostru de vedere, devine o figură cu adevărat vizibilă odată cu publicarea lucrării *Judecători și judecați de altădată*, și nu avem în vedere publicarea în volum ci pe cea în paginile prestigioasei reviste ieșene (pe atunci !) *Viața Românească*, în două numere consecutive: decembrie 1928 și ianuarie 1929. Profită de capitalul de imagine pe care asocierea cu una dintre cele mai respectate și longevive publicații de cultură și literatură din Vechiul Regat i-l oferă și, în 1930, îi urmează volumul *Limbajul juridic*, volum ce prefigurează lucrarea sa de căpătâi *Stilul judiciar*. Prin urmare, nu este de mirare că recunoașterea de care se bucură depășește lumea justiției și, în 1935, îl găsim inclus, cu primele două volume puse în discuție, în volumul *Portrete literare și politice* semnat de L. Leoneanu.

Despre lucrarea *Judecători și judecați de altădată*, L. Leoneanu consemnează: "un studiu serios asupra evoluției ideii de judecată și judecători ne dă d. Radu Dimiu, judecător la Tribunalul din Prahova, într o broșură al cărei interesant conținut îți deșteaptă curiozitatea încă dela întâia pagină. Spirit pătrunzător și studios, d-sa e nu umai un intelectual de seamă, dar și un talentat mânăitor al condeiului. Studiul d-lui Radu Dimiu are la bază o serioasă documentare istorică, arătându l dintr o dată pe autor ca pe un om înzestrat cu o înaltă cultură generală și scoțându-l din comunul obișnuit al acelora care nu-și turbură tabietul zilnic cu activități extra-judiciare și cu cercetări care onorează atât pe omul de carieră cât și

corpul căruia aparține. (...) Presărat cu nenumărate exemple extrem de interesante, studiul d-lui Dimiu devine instructiv și pentru cititorul străin de cariera judecătorească.”⁸

Despre *Limbaajul juridic*, același autor⁹ reține că „d-l Dimiu, face pe deoparte un expozeu politic al evoluției limbajului juridic, iar pe de alta arată forma în care a ajuns astăzi, forma convențională, necunoscută pentru marele public care asistă la procese ca la un adevărat spectacol neînțeles.

Din cauza rutinei căpătate prin întrebuițarea continuă a acestui limbaj particular, atât magistrații cât și avocații apar pentru profani ca un fel de inițiați în misterele unui cult deosebit.

(...) d-l Dimiu ajunge la concluzia că limbajul juridic trebuie să fie mai înainte de toate logic, natural, iar termenii tehnici să intervie numai acolo unde sunt indispensabili.”

Ceea ce este interesant este comparația pe care o putem face între opinia unui profan și opinia lui Andrei Rădulescu, care a scris prefața asupra acestui din urmă volum: (...)Dacă, în alte țări s au mai ivit și cercetători de limbă juridică, la noi au lipsit aproape cu totul.

Și totuși este destul material, atât în formele de azi cât și din trecut care pe lângă foloasele practice formează un izvor minunat pentru dovedirea însușirilor și cunoașterea sufletului nostru. Limba pravilelor, a judecăților și mai cu seamă a jîlbilor nu este mai prejos de limba cronicilor și a altor manifestări ale sufletului românesc.

În vremea când, în genere, preocupărilor se îndreaptă în alte direcții mai rentabile s a gândit la această problemă un distins magistrat, Domnul Radu Dimiu, însuflețit de dorința de a scri și de a ajuta cât îi îngăduie greaua sa ocupație, la dezvoltarea literaturii noastre de Drept.

Între cei dintâi de la noi, D-sa prezintă în acest volum o serie de aspecte din această întinsă problemă a limbei juridice.

În primele capitole se ocupă, în trăsături generale, de limba desbaterilor judiciare acum și în trecut și de limba națională înaintea instanțelor, ca vocabular și idei.

Urmează apoi cercetări asupra pledoariilor, note asupra celor de altă dată, cu expuneri asupra diverselor lor condiții, cu indicații asupra diverselor lor condiții, cu indicații asupra cuviinței, ce trebuie păstrată și cu mențiuni asupra pledoariilor în versuri.

În partea finală un capitol e consacrat limbajului magistraților, altul grefierilor, iar altul argou-ului juridic.

Drept concluzie, încearcă să sintetizeze regulile limbajului, care cată a fio observate în lumea Palatelor de Justiție.

Lucrarea deșteaptă mult interes și prin nouitatea chestiunilor tratate, și prin chipul cum sunt înfățișate.

(...) Scrisă cu avânt într un stil limpede, lucrarea poate fi citită ușor și multe părți, prin reproducerea scenelor ori cuvintelor vulgare și totuși reale, descrețesc chiar frunțile celor îngândurați din pricina controverselor.(...)

Încununarea activității sale individuale, dinainte de 1948, o constituie, fără îndoială, lucrarea *Stilul judiciar*, un volum compact, care va fi reeditat în 2004, de editura

Rosetti. Lucrarea a fost încă de la început primită bine, nu însă fără a i se aduce unele critici¹⁰: (...) *Autorul, examinând succesiv – în afară de stilul legilor, al actelor vechi, etc. - actele redactate de împričinați, de auxiliarii justiției (experți, organe administrative, avocați și apărători, organe judiciare) și de magistrați, înțelege prin stilul judiciar, stilul tuturor actelor care concură la soluționarea procesului.*

Nu credem exactă această concepție.

(...) toți ceilalți subiecți ai raportului procesual, care solicită și mai ales, care expun elementele litigiului pot avea un stil defectuos, adică un limbaj neclar, prolix sau vulgar, dar nu se pune pentru ei problema unui stil judiciar propriu zis.

(...) Partea cea mai interesantă din studiul de față este cea care tratează despre stilul hotărârilor. Paginile de unor și lecții gramaticale, din primele capitole, fac loc îndreptării tehnico-juridic, în materia redactării hotărârilor judecătorești.(...)

(...) Numai actele magistraților formează obiectul unui stil judiciar propriu-zis. El este cerut atât de ritualitatea și importanța funcțiunii lor, cât și de autoritatea fundamentală a cultului ce oficiază.

După 1948 intră într-un com de umbră. Este recuperat de Andrei Rădulescu în *Colectivul pentru vechiul drept românesc*. Se numără printre autorii care și-au adus obolul la publicarea următoarelor volume:

Codul Calimach (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Romîne, 1958, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris III; (participă la o parte a lucrărilor);

Carte românească de învățatură 1646 (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Romîne, 1961, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris VI;

Îndreptarea legii 1652 (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Romîne, 1962, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris VII;

Rămâne o prezență discretă. Semnătura sa în periodicele epocii este o raritate. La ani unul de altul, i-am descoperit materialele risipite în paginile revistelor *Legalitatea populară*, *Studii și materiale de istorie medie* și, mai ales, în *Studii și Cercetări Juridice*.

În perioada 1963 – 1964, împreună cu prietenul său Ovid Sachelarie, într-o primă fază a proiectului „*Instituții feudale din Țările Române. Dicționar*”, finalizat un sfert de veac mai târziu, a pregătit circa 15.000 de fișe analitice, extrase din colecțiile de documente, care au fost folosite în 1968 la reluarea lucrărilor. Nu s-a mai regăsit la publicarea volumului, în 1988, în colectivul de autori¹¹.

Cel puțin o parte a bibliotecii sale a poposit în fondul Bibliotecii Centrale Universitare din București, printre acestea, colegate, o serie de extrase, oferite cu autograf din partea autorilor, împreună cu câteva fascicule din perioada interbelică pe care se găsește semnătura olografă a lui Radu Dimiu.

La sfârșitul studiului lui Ovid Sachelarie și Valentin Al.Georgescu, *Unirea din 1918 și problema unificării legislației*, o însemnare olografă, plină aș zice de amărăciune, a lui Radu Dimiu: “*Vezi revista „Pagini juridice” din 1945, cu studiul meu care a fost baza unificării legislative. Comisia de unificare: M. Possa, proc.gen.I.C. Cas, R. Dimiu (raportor și redactor) proc. la I.C.J. și M.B...[indescifrabil!]judecător-președ. la Cartea Funduară Buc. Autorii [indescifrabil!] ...ne-au ignorat.”*

În mod vădit, însemnarea conține o eroare. Istoria consemnează existența a două publicații intitulate „*Pagini juridice*”. Prima, bilunară, cu subtitlul „*revistă de drept*”, a văzut lumina tiparului, la Craiova, în perioada 15 aprilie 1907 – 1/15 iunie 1916, sub conducerea lui Dem.D. Stoenescu și a lui I.B. Georgescu (acesta până la 15 aprilie 1908)¹². Cea de-a doua revistă, lunară, cu subtitlul „*doctrină, jurisprudența, legislație*”, a apărut, după cunoștințele noastre, la Cernăuți, lunar, în perioada 1932 – 1940.

După 1983, anul ultimului articol identificat de către noi ce-i poartă semnătura, urmele lui Radu Dimiu dispar.

Anexă: *Materialele publicate de Radu Dimiu în periodice*

„Pandectele Române”¹³.

1926¹⁴

Competența judecătorului de ocol în materie de acțiuni posesorii.	III.39
Cesiunea drepturilor litigioase (Doctrină).	IV.33
Organizarea și scopul Tribunalului arbitral mixte.	III.118
Trib. Arb. Mixt Româno-German (hotărâre tradusă).	III.119
Idem.	III.116
Despre instituțiunea perimării și consecințele sale.	II.244

1927¹⁵

Aplicarea sancțiunii prevăzută de art.83 din legea judecătorilor de ocoale, contra celor ce fac acțiuni temerare.	
Dacă aplicarea acestui text are loc și în penal.	III.25
Instituțiunea procedurală a dispunerii și condițiunile sale de aplicațiune.	I.277
Chestiunea transcrierii hotărârii de despărțenie și efectele sale. (Istoric.	
Scop. Cine cere transcrierea? Formele. Cui se adresează? Termenul.)	II.232

1928¹⁶

Corneliu Botez, scriitor juridic.	IV.65
Dispozițiunile penale în legiuirile lui Mihail Grigore Sturza.	IV.108

1929¹⁷

Rezilierea contractului de locațiune pentru schimbarea de destinațiune.	II.36
Funcționarii publici și drepturile lor față de stat (Doctrină).	III.82
Basile Ionesco: Les effets juridiques de l'apparence en droit prive.	IV.35

1930¹⁸

Amnistia. Dacă poate înrânduri drepturile patrimoniale ale terților. La ce instanță se pot urmări despăgubirile civile și cum se statuează asupra lor.	I.19
--	------

Divorțul și păstrarea copilului (forme procedurale).	I.63
Dacă este admisibilă pledarea unei pricini în versuri.	III.101
Dacă un coindivizar poate intenta o acțiune în revendicare a bunului comun și caracterul acestei acțiuni.	III.106
Principiile cari călăuzesc divorțul dintre doi soți străini.	II.249
Ce se întâmplă în caz când Tribunalul, declarând în stare de faliment o Societate în nume colectiv, omite să declare și falimentul soților?	II.270
Dacă introducerea unei cereri de concordat preventiv poate suspenda acțiunea de declarare în faliment.	III.164

1931¹⁹

Asupra procedurii arestării falitului în urma ordonanței Tribunalului comercial.	II.177
Dacă inspirația poetică poate fi socotită ca scuză legală în comiterea infracțiunilor.	III.130
Un delict de presă la 1862.	IV.193

1932²⁰

Aspecte din viața juridică românească a sec. Al XIX-lea: prima revistă juridică românească, «GazetaTribunalelor»,1860–1863(Doctrină)	IV.32
Mihail I. Papadopolu. Codul legilor penale române adnotate, Ed. Tip. Române-Unite, 1932 (Recenzie).	IV.294
Const. G. Rătescu și N. Pavelescu. Codul de procedură penală adnotat, partea a III-a, Ed. Tip. Vremea, 1932 (Recenzie).	V.309
Frauda la prohibițiunile legilor agrare în ceea ce privește înstrăinarea loturilor provenite din împroprietărire (Notă).	III.84

1933²¹

Sistemul juridic în materie de aluviune.	I.68
Competența judecătorului de ocol cu privire la tranzacțiile asupra bunurilor minorilor	I.121
O prăvilă asupra «sărmanilor nevrednici». (Doctrină)	IV.97
Cine urmează a restitui cheltuielile de administrare și justiție reținute falitului căruia i s a ridicat starea de faliment?	
Care sunt efectele hotărârii de ridicarea falimentului?	II.170
Dreptul femeii falitului de a revendica bunurile care i s au constituit dotă.	III.162

1934²²

Ființa și caracterul continuării comerțului care se acordă în timpul administrării falimentului	II.19
Forța probantă a actului secret, cu aplicațiune în special la cazul imposibilității morale a unei părți de a-și procura o asemenea probă.	I.36

1935²³

Actele administrative de autoritate și actele de administrațiune interioară.	III.5
Acte și motive noi în apel.	III.36

Întinderea dreptului de apărare recunoscut acuzaților.	III.37
Efectul joncțiunii posesiunii.	III.58
Formularea motivelor de recurs.	III.60
Dacă faptul executării unor acte obligatorii poate constitui o achiesare.	III.64
Natura violenței în materie posesorie.	III.82
Dacă situația inculpatului poate fi agravată prin apelul său.	III.87
Chestiunea datei testamentului olograf.	III.124

1936²⁴

Data când intră în vigoare un decret regal.	III.178
Caracterul nulității clauzei de înstrăinare a obiectului amanetat.	III.261
Opozabilitatea erga omnes a ordonanței de adjudecare înaintea transcrierii ei.	III.264
D.R. Soluții jurisprudențiale asupra chestiunii dacă conexitatea e de atributul suveran al instanțelor de fond.	III.2
Interpretarea art.28 din l.contrib. Directe.	III.2
Pronunțarea hotărârilor judecătorești.	III.3
Caracterul juridic al încheerii de autentificare.	III.4
Dreptul de apel împotriva hotărârilor de adopțiune.	III.4
Admisibilitatea jurământului supletoriu.	III.6
Soluții jurisprudențiale cu privire la caracterul sacramental al jurământului prevăzut de art.342 pr.pen.rom.	III.10
Soluții jurisprudențiale cu privire la autoritatea de lucru judecat rezultând din considerentele și dispozitivul hotărârilor judecătorești.	III.192
Soluții jurisprudențiale cu privire la autoritatea de lucru judecat rezultând din ordonanța de trimitere a judeului instructor.	III.225
Procedura realizării onorariului datorit avocaților.	III.226
Turburarea de posesie datorită actelor puterii publice.	III.226
Aprecierea consecințelor neprezentării la interogator.	III.227
Valorificarea imobilelor rurale dobândite de străini.	III.228
Condițiunile suspendării executării hotărârilor pronunțate conform legilor proprietarilor.	III.229
Valabilitatea vânzării lucrului altuia.	III.229
Indivizibilitatea obligației de garanție a vânzătorului.	III.230
Responsabilitatea Statului pentru faptele militarilor.	III.256
Dacă retractul litigios poate fi propus prin concluzii subsidiare.	III.256
Dacă cu ocazia examinării cererii unei persoane juridice existente la promulgarea legii,trebuie să se examineze și actele existenței sale pentru a vedea dacă nu contravin ordinii publice.	III.259

1937²⁵

Strămutarea proceselor din cauza afinității sau rudeniei.	III.11
Limba oficială a statului.	IV.7

Omisiunea semnăturii judecătorilor de pe încheierile care intervin în soluționarea proceselor.	III.81
Bibliografie juridică asupra interpretării testamentelor.	III.91
D.R. Bibliografie asupra eroarei de fapt în penal.	I.31
Cererea de anularea vânzării contra dobânditorului prin adjudecare.	III.31
Acțiunea subrogatorie a terțului contra mandantului.	III.67
Mărturisirea tacită a datoriei.	III.68
Dolul rezultând din afirmațiuni mincioase.	III.70
Stabilirea elementului de conexiune cauzală între activitatea mijlocitorului și desăvârșirea contractului.	III.103
1938²⁶	
Datoria alimentară a părinților față de copii (Adnotare).	III.75
Neconstituționalitatea legilor care tind să rezolve litigiile iminente (Adnotare).	III.113
Situația juridică a creditorilor coîmpărțitorilor, cari nu iau parte și nu intervin la împărțeală ci după ce împărțeala s`a desăvârșit (Adnotare).	I.96
Aplicațiuni ale teoriei abuzului de drept (Adnotare).	III.187
1939²⁷	
Instituțiunea juridică a repunerii în termen (Sumar: 1. Origine. 2. Scop. 3. Terminologie. 4. condițiuni. 5. Imposibilitatea exercitării dreptului. 6. Forța majoră. 7. Caz fortuit. 8. Caz imprevizibil. 9. Caz de neînălăturat. 10. Împrejurări de fapt. 11. Excepțiuni. 12. Termenul. 13. Necunoașterea pierderii termenului. 14. Cunoașterea pierderii termenului. 15. Forța majoră anterior codului penal. 16. Calcularea termenului. 17. Procedura 18. Redactarea cererii. 19. Părți. 20. Instanța competentă. 21. Sesizare greșită. 22. Probe. 23. Căi de atac, raport. 24. Efecte.)	II.19
Reguli aplicabile acțiunilor posesorii (Sumar: 1. Problemele puse. 2. Posesiunea, fapt material. 3. Apărarea legală a posesiunii. 4 . Acțiunea posesorie. 5. Discuțiuni în procesul posesoriu: a) forma și timbrarea; b) cereri accesorii; c) fondul dreptului. 6. concluziuni).	I.56
Condițiuni legale și tradiționale în redactarea hotărârilor (Doctrină).	IV.113
1940²⁸	
1.Originea și reglementarea sechestrului penal.2. Scop. 3. Deosebiri de instituții similare. 4.Condițiuni de fond:a)calitatea de parte civilă; b)evidența obligației de plată; c)incriminarea; d)temere de dispariție. 5. Condițiuni de formă. 6.Încuviințarea cererii:a) formulare; b) instanța competentă; c) încuviințarea; d) căi de atac; e) Ministerul Public; f) timbru. 7. Executarea. 8. Efecte. 9. Suspendarea sechestrului. 10. Ridicarea sechestrului. 11. Încheiere. Noțiunea de proprietate. Limitarea naturală: accidente de teren.	II.14

Limitarea artificială: borne, închidere. Hotar, linie ideală. Exercițarea dreptului de proprietate. Dreptul de a împrejmuia. Drepturile și obligațiile vecinului. Împrejmuirea în comun.	II.38
Cercetări asupra vechiului drept românesc.	IV.93
Noțiunea de <i>lipsă</i> în care se află reclamantul care solicită o pensie alimentară.	I.135
1941 ²⁹	
Dacă poate exista delictul de înșelăciune procesuală (Motive de recurs).	II.13
Obligațiunile alimentare bazate pe legăturile de căsătorie și rudenie.	I.33
Dreptul și exercitarea sa abuzivă. Justificarea abuzului de drept.	
Doctrină și jurisprudență	I.68
1942 ³⁰	
Existența literaturii juridice române (Doctrină).	IV.33
1943 ³¹	
Regimul juridic al bălților și lacurilor din Dobrogea și a celor din țară când sunt alimentate de apele domeniului public.	I.42
Obiceiul în dreptul actual român(Doctrină).	IV.133
1944 ³²	
Posesia de stat de copil legitim. Condițiuni de existență.	I.31
1945 ³³	
Stabilirea identității redactorului și părților dintr`un act autentic.	I.29
Strămutarea cercetărilor penale dela un procuror la altul aparținând aceluiași tribunal.	I.56
Rectificarea hotărârilor judecătorești.	II.61
1946 ³⁴	
Calea de atac contra erorilor materiale prevăzute de art.485 pr.pen.	II.37
Cumulul de infracțiuni și specificarea separată a pedepselor.	III.82
Basile Boerescu. Portret.	V.21
1947 ³⁵	
Alegerea de domiciliu pentru exercițiul căilor de atac.	I.20
Recursul contra deciziunilor Camerei de Acuzare.	I.72
Sechestrul penal cu ridicata.	III.36
Mărturisirea coinculpatului.	III.37
Lipsa denumirii instanței ca motiv de recurs.	III.149
1948 ³⁶	

Noțiunea de «risipitor» în codul civil.	I.52
Denumirea instanței în hotărârea penală.	I.68
Amnistierea delictului de fals cu prejudiciu.	I.83
Înșelăciunea prin vrăjitorie.	I.32
Dovedirea împăcării ulterioare a soților, în acțiunea de divorț.	III.31
Situația juridică a mormintelor și cimitirelor.	III.74
Începuturile «Judelui de Pace».	IV.61
D.R. Bibliografie.	IV. 60, 68

Revista de Drept Comercial și Studii Economice
(doctrină, adnotări, note, jurisprudență română și străină)
Valabilitatea renunțării salariaților la indemnizări (vol.I (1934) pg.569)

CURIERUL JUDICIAR

1924³⁷

Iarăși publicațiunile judecătorești. Citațiile în penal ale celor cu domiciliu necunoscut. 42, 664

1925³⁸

Legea accelerării judecăților și judecătoriile de ocol 37, 581

1926³⁹

Iarăși publicațiunile judecătorești. 26, 407

Teoria impreviziunii 28, 431 (! eronat, în fapt p.433 - 437)

1930⁴⁰

Vocabulaire juridique, fasc.I (Recenzie) 23, 368

Elmer Kovats, Le chemin le plus court de la pensee juridique (Recenzie) 35, 552

Teoria abuzului de drept, de Adrian Ghinescu (Recenzie) 41, 649

1931⁴¹

Puterea judecătorească și comisiile mixte de judecată N.J., 112

O inspecție judecătorească în 1832 26, 404

1933⁴²

Proprietatea pe etaje sau apartamente, de Vasile V. Longhin (Recenzie) 37, 592

1934

Armand Praviel – Le secret de la Brinvillers. Les edition de France, 1934 17, 262

Louis Andre – Madame Lafarge, voleuse de diamants, Ed. Plon, 1933 17, 262

Petre Pandrea. Psichanaliza judiciară 32, 501

1935⁴³

I. Biberi, Procesul (Recenzie)	24, 371
Primul vocabular juridic românesc	35, 545

1936⁴⁴

Sever Alexandrescu, Henrieta Șerbănescu – Sachelarie, Ovid A. Sachelarie: Codul legislației sanitare (Recenzie)	1, 2
Dr. Marius Georgescu și avocat Ion Dicu: Cod medical (Recenzie)`	8, 116
Anghel M. Dragomirescu: Revendicarea în dreptul român (Recenzie)	23, 357
N. Basilescu, La societate des nations devant les conflicts internationaux et specialement devant le conflict italo – ethiopien (Recenzie)	31, 485
Gr. Mladenatz și Traian Oliva. Legislație cooperatistă (Recenzie)	38, 596

1937⁴⁵

Un vechiu tratat de logică judecătorească	12, 177
Revocarea liberalităților dintre soți, de Em. I. Odăgescu (Recenzie)	24, 372
Legea și statutele Societății naționale de credit industrial, de N. Besnea (Recenzie)	25, 388
Miniștri, magistrați, Consiliul Legislativ. Publicațiuni, de George D. Nedelcu (Recenzie)	28, 435

1938⁴⁶

Barbu I. Scondăcescu și Dan I. Popovici, Mărcile de fabrică și de comerț (Recenzie)	12, 181
---	---------

1940⁴⁷

Divanul Ad-hoc al Moldovei	10, 146
Simplitatea legilor	39, 561

1946⁴⁸

Primele deciziuni ale Înaltei Curți de Casație	21 – 26, 161
--	--------------

Perioada postbelică

Cu privire la puterea lucrului judecat a hotărârilor pronunțate de o instanță necompetentă, Legalitatea populară, 1958, nr.3, p.50 – 52;

Revista și editura «Curierul Judiciar»(1892 – 1948), revista Studii și Cercetări Juridice, nr.4/1973, p.685 – 693;

Les assemblees d` etats en Valachie et en Moldavie (1831 – 1858), Bruxelles, 1973, pg.225 – 253, Comission internationale pour l`Histoire des assemblees d`états ancien. Pays et Assemblees d`états, 62; (Coautor Ovid Sachelarie)

Primele hrisoave pentru organizarea judecătorească ale lui Alexandru Ipsilanti în Țara Românească, 1775, revista Studii și Cercetări Juridice, anul 20, nr.4/1975, p.385 – 392;

Revista "Pandectele Române" (1921 – 1948), revista Studii și Cercetări Juridice anul 22, nr.1/1977, p.53 – 58;

Aspecte ale vieții politice și juridice din perioada Războiului de independență, revista Studii și Cercetări Juridice, anul 22, nr.2/1977, p.121 – 129;

Le passage du régime d'assemblées d'états au régime parlementaire en Roumanie. Göttingen, Vanderhock und Ruprecht, 1977, pg.163 – 173, Sonderdruck aus Herrschaftsverträge, Wahlkaptulationen, Fundamentalgesetze. Herausgegeben von Rudolf Vierhaus; (Coautor Ovid Sachelarie)

Juriștii din Principate și lupta pentru Unire, revista Studii și Cercetări Juridice, anul 25, nr.2/1980, p.180 – 185;

Valentin Al. Georgescu, Petre Strihan, Judecata domnească în Țara Românească și Moldova (1611 – 1831). Partea I. Organizarea judecătorească. Vol.II (1710 – 1831), Edit. Academiei, București, 1981, 233 pg. (Recenzie), revista Studii și materiale de istorie medie, vol. X, 1983, editura Academiei Republicii Socialiste România, p.166 – 168;

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

** Judecător, Judecătoria Sectorului 1 București, e-mail:cristina_ionescu@just.ro.

¹ *Agenda și Anuarul Magistraturii și Baroului 1936*, edițiune oficială publicată cu autorizația Ministerului Justiției, "Cartea Românească" S.A., București, pg.180, col. 2 – 3;

² *Universitatea din București 1915/16 – 1923/24*, "Tipografiile Romane Unite", S.A., București, 1923, p.75, sesiunea noembrie 1921, poziția 12 (184/918);

³ *Organizarea complectelor de judecata în 1934*, revista „Cronica judiciară”, nr.3 - 4, ianuarie 1934, pg.105, col.1;

⁴ *Compunerea instantelor de judecata in vigoare la 1 ianuarie 1938*, revista „Curierul judiciar”, an XLVII , nr.1, sâmbătă, 1 ianuarie 1938;

⁵ *Nouă formațiune a instanțelor judiciare din București*, revista „Tribuna Avocaților”, an VI, nr.9 (septembrie 1938), pg.2 ;

⁶ *Compunerea Înaltei Curți de casație, a Curților de Apel, a Tribunalelor precum și a Judecătoriilor din Ilfov valabilă până la 15 septembrie 1940*, „Gazeta Tribunalelor”, an XIX, nr.2, 20 februarie 1939, pg.8;

⁷ rubrica *Informații*, „Gazeta tribunalelor”, nr. 7 -8 din 20 iulie – 20 aug 1939, pg 8, col.3;

⁸ L. Leoneanu – *Portrete literare și politice, București, 1935, pg.125 – 126;*

⁹ L. Leoneanu – *Op.cit.*, pg. 127 – 128;

¹⁰ Iancu Toma – *Recenzii: Radu Dimiu, Stilul judiciar*, Vremea, 1940, pg.287, „Revista de drept public”, 1940, anul XV, nr. 1 – 2, pg.290 – 292;

¹¹ Ovid Sachelarie, *Cuvînt înainte*, p.IX, în *Instituții feudale din Țările Române. Dicționar*, (coordonatori: Ovid Sachelarie și Nicolae Stoicescu), București, Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1988;

¹² Georgeta Răduică, Nicolin Răduică, *Dicționarul presei românești (1731 – 1918)*, București:Editura Științifică, 1995, p.309 col.1 și 2;

- ¹³ Notă: în dreptul fiecărui material a fost lăsat indicele din tabla de materii a Pandectelor Române, cifele romane indicând numărul părții, iar cifele arabe alăturate indicând numărul paginii din partea respectivă.
- ¹⁴ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1926. (3) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg. 65 col.2;
- ¹⁵ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1927. (3) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg. 61 col.3;
- ¹⁶ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1928. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.53 col.2;
- ¹⁷ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1929. (2) Tabla de materii«pe numele comentatorilor»,* pg.45 col.1;
- ¹⁸ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1930. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.52 col.3;
- ¹⁹ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1931. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.40 col.2;
- ²⁰ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1932. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.37 col.3;
- ²¹ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1933. (2) Tabla de materii«pe numele comentatorilor»,* pg.46 col.3;
- ²² *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1934. (2) Tabla de materii«pe numele comentatorilor»,* pg.44 col.2
- ²³ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1935. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.52 col.2
- ²⁴ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1936. (2) Tabla de materii«pe numele comentatorilor»,* pg.60 col.2;
- ²⁵ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1937. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.50 col.1 și 2;
- ²⁶ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1938. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.48 col.2;
- ²⁷ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1939. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.46 col.2;
- ²⁸ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1940. (2) Tabla de materii «pe numele comentatorilor»,* pg.39 col.2;
- ²⁹ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1941. (6) Tabla alfabetică«pe numele comentatorilor»,* pg.99 col.1;
- ³⁰ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1942. (6) Tabla alfabetică «pe numele comentatorilor»,* pg.61 col.3;
- ³¹ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1943 (redactată de d-l M.T. Popovici, judecător la Trib. Ilfov). (6) Tabla alfabetică«pe numele comentatorilor» ,* pg.81 col.3;
- ³² *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1944 (redactată de d-l M.T. Popovici, judecător la Trib. Ilfov). (6) Tabla alfabetică«pe numele comentatorilor»,* pg.70 col.2;
- ³³ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1945 (redactată de d-l M.T. Popovici, judecător la Trib. Ilfov). (6) Tabla alfabetică«pe numele comentatorilor» ,* pg.58 col.3;
- ³⁴ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1946 (redactată de d-l M.T. Popovici, avocat). (6) Tabla alfabetică «pe numele comentatorilor»,* pg.49 col.2;

- ³⁵ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1947 (redactată de d-I M.T. Popovici, avocat). (6) Tabla alfabetică «pe numele comentatorilor», pg.50 col.2;*
- ³⁶ *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1948 (întocmită de d-I Radu Dimiu). (6) Tabla alfabetică «pe numele comentatorilor», pg.55 col.1 și 2;*
- ³⁷ *Curietul Judiciar anul XXXIII – Tabla de materii alfabetică analitică și pe articole de legi și regulamente pe anul 1924, pg.11, col.1;*
- ³⁸ *Curierul Judiciar anul XXXIV – Tabla de materii alfabetică analitică și pe articole de legi și regulamente pe anul 1925, pg.9;*
- ³⁹ *Curierul Judiciar anul XXXV – Tabla de materii alfabetică analitică și pe articole de legi și regulamente pe anul 1926, pg.9, col.1;*
- ⁴⁰ *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul XXXIX (1930), Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1931, pg.8 col.2 – pg.9 col.1;*
- ⁴¹ *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul XL, Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1932, p.10, col.1;*
- ⁴² *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul XLII(1933), Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1934, p.9, col.1;*
- ⁴³ *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul XLIV(1935), Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1936, p.9, col.1;*
- ⁴⁴ *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul XLV(1936), Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1937, p.11, col.1;*
- ⁴⁵ *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul XLVI(1937), Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1938, p.11, col.2;*
- ⁴⁶ *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul XLVII(1938), Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1938, p.11, col.1;*
- ⁴⁷ *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul XLIX(1940), Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1940, p.12, col.1;*
- ⁴⁸ *Curierul Judiciar - Tabla de materii pe anul LV(1946), Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1947, p.3, col.1;*