

**STUDIA**  
**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI**  
**IURISPRUDENTIA**

**Nr. 4 / 2015**  
**Octombrie – Decembrie**

## **COLEGIUL REDACȚIONAL**

**REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU**

**REDACTOR COORDONATOR: conf.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:** Sergiu Deleanu, UNELE ASPECTE REFERITOARE LA APLICAREA DIRECTIVEI NR. 2004/38 PRIVIND DREPTUL LA LIBERĂ CIRCULAȚIA ȘI ȘEDERE PE TERITORIUL STATELOR MEMBRE PENTRU CETĂȚENII UNIUNII ȘI MEMBRII FAMILIILOR ACESTORA / CERTAINS ASPECTS CONCERNANT L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE NO. 2004/38 RELATIVE AU DROIT DES CITOYENS DE L'UNION ET DES MEMBRES DE LEURS FAMILLES DE CIRCULER ET DE SEJOURNER LIBREMENT SUR LE TERRITOIRE DES ÉTATS MEMBRES ..... 5
- » **Articole:** Bjarne Melkevik, LE JUGEMENT DE SALOMON: LA JUSTICE, LA COMPASSION ET L'INTÉRÊT DE L'ENFANT / THE JUDGEMENT OF SOLOMON: JUSTICE, COMPASSION, AND THE INTEREST OF CHILDREN..... 21
- » **Articole:** Marius Floare, RECURSUL ÎN CASAȚIE - CALE DE ATAC EXTRAORDINARĂ SAU CALE DE ATAC ILUZORIE? *REFLECȚII PE MARGINEA DECIZIEI NR. 591/2015 A CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIE* / THE APPEAL ON POINTS OF LAW IN CRIMINAL PROCEDURE - AN EXTRAORDINARY OR AN ELUSIVE APPEAL? *THOUGHTS IN RELATION TO THE DECISION NO. 591/2015 OF THE ROMANIAN CONSTITUTIONAL COURT* ..... 45
- » **Articole:** Juanita Goicovici, NOILE PROCEDURI DE SOLUȚIONARE ALTERNATIVĂ A LITIGIILOR DINTRE COMERCIANȚI ȘI CONSUMATORI / THE NEW REMEDIES FOR THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES..... 53
- » **Articole:** Carmen Lazăr, DESPRE NECONSTITUȚIONALITATEA PREVEDERILOR ART.112' DIN CODUL PENAL DIN 2009 ȘI A ART.118'' DIN CODUL PENAL DIN 1969 / SUR L'INCONSTITUTIONNALITÉ DES DISPOSITIONS DE L'ART. 112' DU CODE PÉNAL DE 2009 ET DE L'ART. 118'' DU CODE PÉNAL DE 1969..... 67
- » **Articole:** Ioana Nicolae, UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND NOȚIUNEA DE CONVENȚIE MATRIMONIALĂ ȘI OBIECTUL ACESTEIA / SOME CONSIDERATIONS ON THE CONCEPT OF MATRIMONIAL CONVENTION AND ITS OBJECT..... 72
- » **Articole:** Mihai-Bogdan Ionescu-Lupeanu, Cristina Ionescu-Lupeanu, OVID SACHELARIE (1906-1987)..... 80



## **STUDII**

### **UNELE ASPECTE REFERITOARE LA APLICAREA DIRECTIVEI NR. 2004/38 PRIVIND DREPTUL LA LIBERĂ CIRCULAȚIA ȘI ȘEDERE PE TERITORIUL STATELOR MEMBRE PENTRU CETĂȚENII UNIUNII ȘI MEMBRII FAMILIILOR ACESTORA**

**Sergiu DELEANU\***

**Résumé:** *Certains aspects concernant l'application de la Directive no. 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. La Directive no. 2004/38 a été adoptée en vue de simplifier et de renforcer le droit à la liberté de circulation et de séjour de tous les citoyens de l'Union, ce qui a impliqué le dépassement d'une approche sectorielle et fragmentaire du droit de circuler et de séjourner librement. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne montre, toutefois, que ces objectifs n'ont pas été atteints que partiellement. Ceci étant, le présent article vise les corrélations de la Directive no. 2004/38 avec le droit primaire de l'Union, ainsi que quelques uns des aspects spécifiques de la Directive no. 2004/38 en ce qui concerne le droit de séjour jusqu'à trois mois, le droit de séjour de plus de trois mois et le droit de séjour permanent dans l'État membre d'accueil.*

**Cuvinte-cheie:** *drept de liberă circulație și de ședere pe teritoriul statelor membre, situații pur interne, membrii de familie, resurse suficiente, motive imperative de siguranță publică*

**Mots clés:** *droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, situations purement internes, membres de la famille, ressources suffisantes, motifs graves de sécurité publique*

**1. Preliminarii.** Directiva nr. 2004/38 a fost adoptată având ca reper principal noțiunea de cetățenie a Uniunii europene.<sup>1</sup> După cum se cunoaște, potrivit art. 20 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (T.F.U.E.), orice persoană care are cetățenia unui stat membru este cetățean al Uniunii. Cetățenia Uniunii nu înlocuiește cetățenia națională, ci se adaugă acesteia. Statutul de cetățean al Uniunii are vocația să fie statutul fundamental al resortisanților statelor membre.<sup>2</sup> Acest statut le permite acelor resortisanți care se găsesc în aceeași situație să obțină, în domeniul de aplicare *ratione materiae* al T.F.U.E., același tratament juridic independent de cetățenia lor și sub rezerva excepțiilor expres prevăzute în această privință.<sup>3</sup>

Directiva nr. 2004/38 a fost adoptată în scopul simplificării și întăririi dreptului la liberă circulație și ședere pentru toți cetățenii Uniunii.<sup>4</sup> Ținând seama de contextul și de obiectivele Directivei nr. 2004/38, dispozițiile acesteia nu pot să fie interpretate restrictiv.<sup>5</sup>

Totodată, Directiva nr. 2004/38 a avut menirea depășirii unei abordări sectoriale și fragmentare a dreptului fundamental și individual al cetățenilor Uniunii la libera circulație pe teritoriul statelor membre prin elaborarea unui act legislativ unic care codifică și revizuieste instrumentele dreptului Uniunii anterioare acestei directive.<sup>6</sup> Aceasta a presupus inclusiv luarea în considerare a jurisprudenței Curții de Justiție a Comunităților Europene (C.J.C.E.) care s-a dezvoltat pe baza instrumentelor dreptului Uniunii până la adoptarea Directivei nr. 2004/38.

Obiectivul urmărit nu a fost însă pe deplin îndeplinit. Se poate observa că anumite probleme apărute în practică în legătură cu dreptul de liberă circulație și de ședere pe teritoriul statelor membre pentru cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora au fost rezolvate numai pe temeiul art. 20 și a art. 21 din T.F.U.E.

În alte cazuri, aspecte abordate prin Directiva nr. 2004/38 au fost soluționate doar parțial.

Mai notăm că în cadrul Directivei nr. 2004/38 se distinge între situația cetățenilor Uniunii și a membrilor familiilor acestora care nu intenționează să se stabilească în statul membru gazdă, a celor care se stabilesc în statul membru gazdă pentru o perioadă mai mare de trei luni și a celor care au dreptul de ședere permanentă. În ultimele două ipoteze, dispozițiile aplicabile depind de categoria de persoane căreia îi aparține cetățeanul Uniunii și membrii familiei acestuia. De exemplu, în contextul dispozițiilor consacrate dreptului de ședere pentru o perioadă mai mare de trei luni, respectiv al dispozițiilor privind dreptul de ședere permanentă, prevederile referitoare la lucrătorii care desfășoară activități salariate sau independente și cele aplicabile lucrătorilor care și-au încetat activitatea în statul membru gazdă sunt mai avantajoase decât cele care îi privesc pe ceilalți cetățeni ai Uniunii. Membrii familiilor lucrătorilor care desfășoară activități profesionale și a celor care și-au încetat activitatea pot să invoce, și ei, dispozițiile legale mai favorabile în raport cu reglementările aplicabile altor membri ai familiilor cetățenilor Uniunii.

De asemenea, anumite diferențieri au fost reținute în beneficiul membrilor de familie care au cetățenia Uniunii în raport cu membrii de familie care nu au această cetățenie.

**2. Corelații ale prevederilor Directivei nr. 2004/38 cu dispozițiile din legislația primară a Uniunii Europene referitoare la dreptul de liberă circulație și de ședere pe teritoriul statelor membre al cetățenilor Uniunii și al membrilor familiilor acestora.** Corespunzător art. 20 alin. (2) lit. a) din T.F.U.E., cetățenii Uniunii se bucură, printre altele, de dreptul de liberă circulație și de ședere pe teritoriul statelor membre. În continuarea acestui text, art. 21 alin. (1) din T.F.U.E. stipulează că orice cetățean al Uniunii are dreptul de liberă circulație și de ședere pe teritoriul statelor membre, sub rezerva limitărilor și condițiilor prevăzute de tratate și de dispozițiile adoptate în vederea aplicării acestora. Modul de formulare a dispozițiilor art. 21 alin. (1) din T.F.U.E. ține seama de condițiile și limitările de la art. 45, 49, 51, 52, 56, 57 și 62 din T.F.U.E., precum și de cele arătate în cadrul legislației secundare, fără ca aceasta să pună, totuși, sub semnul întrebării efectul direct al prevederilor sale. Având în vedere existența unor dispoziții specifice în tratat referitoare la dreptul de liberă circulație și de ședere pe teritoriul statelor membre, prevederile art. 21 alin. (1) din T.F.U.E. pot să fie invocate în fața autorităților

din statele membre numai în ipoteza în care nu se pot aplica reglementări specifice din T.F.U.E. în ceea ce privește ansamblul situației analizate.<sup>7</sup>

Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene reia o parte a drepturilor cetățenilor Uniunii de la art. 20 din T.F.U.E., adăugându-le altele.<sup>8</sup> Articolul 45 din Cartă este consacrat libertății de circulație și de ședere. Dispozițiile sale nu prezintă, totuși, relevanță doar pentru cetățenii Uniunii, ci și pentru anumiți resortisanți ai țărilor terțe.

Corespunzător jurisprudenței constante a instanțelor europene, normele tratatului care reglementează libera circulație a persoanelor și actele adoptate în executarea acestora nu pot fi aplicate unor situații care nu prezintă niciun element de legătură cu vreuna dintre situațiile prevăzute de dreptul Uniunii și în care totalitatea elementelor relevante se limitează la interiorul unui singur stat membru.<sup>9</sup> În alte cuvinte, prevederile legale europene nu se aplică „situațiilor pur interne”, întrucât ele nu au fost adoptate în considerarea unor asemenea ipoteze. Această afirmație este relevantă în contextul tuturor libertăților fundamentale care caracterizează piața internă.

Privitor la libera circulație a persoanelor, dispozițiile legale europene vor putea să fie invocate, de regulă, în împrejurarea în care situația analizată poate să aibă, are sau a avut o legătură semnificativă cu cel puțin două state membre. În consecință, dispozițiile legale menționate se vor putea aplica în țara de plecare a cetățeanului Uniunii ori în țara de destinație. Ele vor putea să fie avute în vedere inclusiv în statul membru de origine al cetățeanului Uniunii, la întoarcerea acestuia în propria țară.

În circumstanțele în care o anumită măsură națională ar avea efectul de a priva un cetățean al Uniunii de beneficiul efectiv al „esenței drepturilor conferite de acest statut”<sup>10</sup> sau dacă ar exista riscul de a nu fi respectat efectul util al cetățeniei Uniunii,<sup>11</sup> vor putea să fie invocate prevederile art. 20 din T.F.U.E., ele sintetizând drepturile de care se bucură cetățenii Uniunii. De exemplu, într-o cauză, instanța europeană a subliniat că organul de jurisdicție competent dintr-un stat membru trebuie să verifice că aplicarea unei măsuri naționale nu ar avea drept consecință obligarea copiilor minori, cetățeni ai Uniunii, aflați în îngrijirea părintelui care nu avea cetățenia Uniunii, să părăsească teritoriul Uniunii privit în ansamblul său, ceea ce i-ar fi împiedicat să beneficieze în mod efectiv de substanța drepturilor pe care le conferă statutul de cetățean al Uniunii.<sup>12</sup>

Totuși, „perspectiva pur ipotetică” a exercitării dreptului de liberă circulație nu constituie o legătură suficientă cu dreptul Uniunii pentru a justifica aplicarea dispozițiilor art. 20 din T.F.U.E. De pildă, resortisantul unei țări terțe ar putea dispune de un drept de ședere în conformitate cu legislația internă a unui stat al Uniunii, fără ca membrii familiei sale să fie împiedicați să beneficieze efectiv de substanța drepturilor legate de statutul lor de cetățean al Uniunii.<sup>13</sup>

În alte cauze este posibil ca art. 20 și art. 21 din T.F.U.E. să fie luate în considerare împreună. Astfel, în temeiul art. 20 din T.F.U.E. se ține seama de statutul fundamental de cetățean al Uniunii, iar, pe baza art. 21 din T.F.U.E., se analizează, în special, dreptul de liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre. Dacă se impune, dispozițiile art. 20 și 21 din T.F.U.E. se coroborează cu alte prevederi ale tratatului, cum sunt, de pildă, cele de la art.

18 din T.F.U.E. care interzic orice discriminare pe motiv de cetățenie, în toate situațiile care se încadrează în domeniul de aplicare *ratione materiae* al dreptului Uniunii.<sup>14</sup>

De asemenea, în jurisprudența europeană pot să fie sesizate referiri la dispozițiile art. 21 din T.F.U.E., fără să fi fost avut în vedere art. 20 din tratat, în contextul în care se stabilește că sunt aplicabile aceste prevederi<sup>15</sup> sau că, dimpotrivă, ele nu pot să fie luate în considerare, pentru că cetățeanul Uniunii nu și-a exercitat niciodată dreptul de liberă circulație.<sup>16</sup>

Din cele arătate, se poate observa că reglementările de la art. 20 și 21 din T.F.U.E. au efect direct și că punerea lor în practică nu este însoțită totdeauna de aplicarea prevederilor Directivei nr. 2004/38.

Nu este, totuși, exclus ca, în unele cauze, să se pornească de la prevederi ale tratatului și să se analizeze apoi situația reclamantilor din acțiunea principală în raport cu dispoziții ale Directivei 2004/38, cum sunt, de exemplu, cele consacrate studenților care provin din alte state membre și care își urmează studiile în țara gazdă<sup>17</sup> sau cele referitoare la persoanele inactive din punct de vedere economic a căror durată a șederii în statul membru gazdă este mai mare de trei luni, dar mai mică de cinci ani.<sup>18</sup>

Firește, pe baza jurisprudenței instanței europene, pot să fie evidențiate inclusiv situații în care s-au aplicat numai prevederi ale Directivei nr. 2004/38.

Mai menționăm că dispozițiile art. 20 și 21 din T.F.U.E. și prevederi ale legislației secundare a Uniunii pot să fie aplicate referitor la dreptul de ședere al cetățeanului Uniunii în statul membru gazdă, chiar dacă acesta nu și-a exercitat dreptul la liberă circulație. De exemplu, într-o cauză, Curtea de Justiție a reținut că, situația resortisantului unui stat membru care s-a născut în statul membru gazdă, respectiv în Belfast, oraș situat pe insula Irlanda, aparținând Regatului Unit, și care a obținut cetățenia irlandeză, pentru că Irlanda permite tuturor persoanelor născute pe această insulă să dobândească cetățenia respectivă, nu poate să fie asimilată unei situații pur interne. O asemenea persoană poate să invoce, în raport cu autoritatea competentă din Regatul Unit, dispozițiile din legislația primară și din cea secundară a Uniunii în materie de liberă circulație și de ședere a persoanelor.<sup>19</sup>

O serie de precizări distincte se impun cu privire la membrii familiilor cetățenilor Uniunii.

Articolul 20 din T.F.U.E., art. 21 din T.F.U.E. și dispozițiile Directivei nr. 2004/38 nu conferă niciun drept autonom resortisanților statelor terțe. Astfel, eventualele drepturi conferite unor asemenea resortisanți prin dispozițiile dreptului Uniunii privind cetățenia Uniunii sunt drepturi derivate din exercitarea libertății de circulație de către un cetățean al Uniunii. Finalitatea și justificarea drepturilor derivate respective se întemeiază pe constatarea că refuzul recunoașterii unor astfel de drepturi ar fi de natură să aducă atingere libertății de circulație a cetățeanului Uniunii, descurajându-l să își exercite drepturile de intrare și de ședere în statul membru gazdă.<sup>20</sup> Așadar, prevederile Directivei nr. 2004/38 nu pot constitui temeiul unui drept de ședere derivat în favoarea resortisanților unor state terțe, membri ai familiei unui cetățean al Uniunii, în statul membru al cărui resortisant este acest cetățean.<sup>21</sup>



Curtea de Justiție a admis, totuși, că dispozițiile art. 21 alin. (1) din T.F.U.E. se aplică în cazul în care un cetățean al Uniunii a început sau și-a consolidat o viață de familie cu un resortisant al unui stat terț, cu prilejul unei șederi efective, în temeiul și cu respectarea condițiilor stipulate la art. 7 alin (1) și (2) sau la art. 16 alin. (1) și (2) din Directiva 2004/38, în alt stat membru decât cel al cărui resortisant este, atunci când cetățeanul Uniunii se întoarce, împreună cu membrul familiei sale, în statul al cărui resortisant este cetățeanul Uniunii. Refuzul acordării, la întoarcerea cetățeanului Uniunii în statul membru din care este originar, a unui drept de ședere derivat membrilor familiei sale, resortisanți ai unui stat terț, l-ar descuraja pe cetățeanul Uniunii să părăsească propria țară. Luarea în considerare a prevederilor din tratat este, așadar, posibilă în ipotezele în care cetățeanul Uniunii se stabilește în statul membru gazdă într-un mod care să fie propice începerii sau consolidării unei vieți de familie. În aceste circumstanțe, Directiva nr. 2004/38, care nu acoperă un astfel de caz de întoarcere, trebuie să fie aplicată prin analogie. Articolul 21 alin. (1) din T.F.U.E. nu impune însă acordarea unui drept de ședere derivat unui membru al familiei cetățeanului Uniunii, ce este resortisant al unui stat terț, în momentul întoarcerii cetățeanului Uniunii în țara căreia aparține, dacă cetățeanul Uniunii a beneficiat de dreptul de ședere în țara gazdă pe o perioadă de cel mult trei luni, conform art. 6 alin. (1) din Directiva nr. 2004/38.<sup>22</sup>

În alte împrejurări, respectarea efectului util al cetățeniei Uniunii impune ca un drept de ședere să nu poată fi, „în mod excepțional”, refuzat unui resortisant al unei țări terțe, membru al familiei cetățeanului Uniunii, în pofida faptului că dreptul derivat privind dreptul de ședere al resortisanților țărilor terțe nu este aplicabil și că cetățeanul Uniunii în cauză nu și-a exercitat dreptul la libera circulație. Această idee a fost evocată de instanța europeană într-o cauză în care s-a pus problema acordării unui drept de ședere pe teritoriul luxemburghez unei persoane de cetățenie togoleză, care născuse doi copii în Luxemburg, ce aveau cetățenie franceză, fiind recunoscuți de tatăl lor, resortisant francez. Mama, de cetățenie togoleză, împreună cu copiii ei, cetățeni ai Uniunii, nu se puteau stabili pe teritoriul francez, unde locuia tatăl copiilor, pentru că nu aveau nicio relație cu acesta.<sup>23</sup>

**3. Domeniul de aplicare a prevederilor Directivei nr. 2004/38.** Potrivit art. 3 alin. (1) din Directiva nr. 2004/38, aceasta se aplică oricărui cetățean al Uniunii care se deplasează sau își are reședința într-un stat membru, altul decât cel al cărui resortisant este, precum și membrilor familiei sale, conform definiției de la art. 2 pct. (2), care îl însoțesc sau i se alătură.

Corespunzător art. 22 din Directiva nr. 2004/38, dreptul de ședere și dreptul de ședere permanentă privesc întregul teritoriu al statului membru gazdă. Statele membre pot impune restricții teritoriale privind dreptul de ședere și dreptul de ședere permanentă numai dacă restricțiile respective se aplică și resortisanților lor.

Potrivit art. 2 pct. (3) din directivă, prin „stat membru gazdă” se înțelege statul membru în care se deplasează un cetățean al Uniunii în scopul de a-și exercita dreptul la liberă circulație și ședere.

Din textele legale arătate reiese că prevederile Directivei nr. 2004/38 se referă la condițiile de exercitare a dreptului la liberă circulație și ședere de către orice cetățean al Uniunii în statele membre și că ele vizează întregul teritoriu al statului membru gazdă.

Așadar, Directiva nr. 2004/38 nu se aplică cetățenilor Uniunii care nu și-au exercitat niciodată dreptul de liberă circulație și care au avut întotdeauna reședința în statul membru al cărui cetățenie o au.

În ipoteza în care un cetățean al Uniunii nu intră în sfera noțiunii de „destinatar”, în sensul art. 3 alin. (1) din Directiva nr. 2004/38, nici membrii familiei sale, conform definiției de la art. 2 pct. (2), nu intră în sfera acestei noțiuni, pentru că drepturile conferite de această directivă membrilor familiei unui „destinatar” al directivei nu sunt drepturi proprii membrilor respectivi, ci drepturi derivate, dobândite în calitate de membri ai familiei destinatarului.

Pe de altă parte, se poate observa că art. 21 din T.F.U.E. și Directiva nr. 2004/38 nu se aplică oricărui cetățean al Uniunii care intenționează să își exercite dreptul de liberă circulație și ședere în statele membre. O serie de motive sunt de natură să justifice o limitare a acestui drept.

Bunăoară, o astfel de limitare se poate întemeia pe dreptul internațional, cum este cazul șefilor de stat, a căror acțiuni și prezență în străinătate intră, în special, sub incidența relațiilor diplomatice.<sup>24</sup>

În alte ipoteze, restrângerea dreptului de liberă circulație și ședere în statele membre poate să fie justificată prin motive de ordine publică, siguranță publică sau sănătate publică.

În jurisprudența instanței europene s-a reținut că art. 21 din T.F.U.E. și art. 27 din Directiva nr. 2004/38 nu se opun unei reglementări naționale care permite restrângerea dreptului unui resortisant al unui stat membru de a se deplasa pe teritoriul unui alt stat membru, cu condiția ca, în primul rând, conduita acestui resortisant să reprezinte o amenințare reală, prezentă și suficient de gravă la adresa unui interes fundamental al societății, în al doilea rând, ca măsura restrictivă avută în vedere să fie aptă să garanteze realizarea obiectivului pe care îl urmărește și să nu depășească cadrul a ceea ce este necesar pentru atingerea acestuia și, în al treilea rând, ca această măsură să poată face obiectul unui control jurisdicțional efectiv care să permită verificarea legalității sale, în fapt și în drept, în raport cu cerințele dreptului Uniunii.<sup>25</sup> O asemenea măsură națională se adoptă pe baza unor considerații care țin de protecția ordinii, siguranței sau sănătății publice a statului membru care ia măsura respectivă.<sup>26</sup>

În ceea ce îi privește pe membrii familiei cetățeanului Uniunii cărora li se aplică, în conformitate cu art. 3 alin. (1) din Directiva nr. 2004/38, prevederile acesteia, se înțelege prin „membru de familie”, potrivit art. 2 pct. (2) din directivă:

- a) soțul;
- b) partenerul cu care cetățeanul Uniunii a contractat un parteneriat înregistrat, în temeiul legislației unui stat membru, dacă, potrivit legislației statului membru gazdă, parteneriatele înregistrate sunt considerate drept echivalente căsătoriei și în conformitate cu condițiile prevăzute de legislația relevantă a statului membru gazdă;
- c) descendenții direcți care nu au împlinit vârsta de 21 de ani sau care se află în întreținerea sa, precum și descendenții direcți ai soțului sau ai partenerului, conform definiției de la litera b);

d) ascendenții direcți care se află în întreținere și cei ai soțului sau ai partenerului, conform definiției de la litera b).

Condiția corespunzător căreia membrii familiei trebuie să însoțească sau să se alăture cetățeanului Uniunii, stipulată în cuprinsul Directivei nr. 2004/38, la art. 3 alin. (1), la art. 6 alin. (2) privind dreptul de ședere pentru o perioadă de cel mult trei luni, la art. 7 alin. (2) referitor la dreptul de ședere pentru o perioadă mai mare de trei luni, și la art. 10 alin. (2) lit. c) privind eliberarea permiselor de ședere, impune ca statul membru luat în considerare să fie, conform semnificației dată acestei noțiuni în cadrul art. 2 pct. (3) din directivă, numai statul membru gazdă. Prin urmare, membrii familiei cetățeanului Uniunii nu beneficiază, pe baza dispozițiilor menționate din Directiva nr. 2004/38, de un drept de ședere în orice țară a Uniunii, ci doar în statul membru gazdă în care locuiește cetățeanul Uniunii.<sup>27</sup>

Niciuna dintre dispozițiile Directivei nr. 2004/38 nu impune însă ca cetățeanul Uniunii să fi întemeiat deja o familie pentru ca membrii familiei sale să poată beneficia de drepturile instituite de aceasta. Prin prisma necesității de a nu interpreta prevederile Directivei nr. 2004/38 în mod restrictiv și de a nu le priva de efectul util, stipulațiile art. 3 alin. (1) din directivă trebuie interpretați ca vizând în același timp membrii familiei unui cetățean al Uniunii care au intrat împreună cu acesta în statul membru gazdă și cei care locuiesc cu el în respectivul stat membru, fără ca, în al doilea caz, să fie necesar să se facă distincția după cum resortisanții unor țări terțe au intrat în respectivul stat membru înainte sau după cetățeanul Uniunii ori înainte sau după ce au devenit membrii ai familiei acestuia.<sup>28</sup>

Aplicarea art. 2 pct. (2) lit. a) sau b) din Directiva nr. 2004/38, pentru ca soțul sau partenerul să beneficieze de dreptul de liberă circulație și de ședere în statul membru gazdă depinde numai de calitatea de soț ori de partener. Potrivit unei jurisprudențe constante, nu se solicită ca soții sau partenerii să aibă o viață comună ireproșabilă ori să locuiască împreună.<sup>29</sup> De asemenea, nu prezintă relevanță locul și data căsătoriei sau a contractării parteneriatului înregistrat.<sup>30</sup>

În cazul descendenților direcți și ai ascendenților direcți, comuni sau nu, ai cetățeanului Uniunii și ai soțului ori ai partenerului, luarea în considerare a art. 2 pct. (2) lit. c) și d) presupune dovedirea existenței unei situații de dependență reală în statul de origine sau de proveniență al unui astfel de descendent sau de ascendent. Aceasta înseamnă că, având în vedere condițiile materiale și sociale, descendentul ori ascendentul în cauză nu este în măsură să facă față nevoilor sale fundamentale. Nu este însă necesar să se determine motivele dependenței.<sup>31</sup>

În schimb, atunci când intervine situația opusă, și anume când titularul dreptului de ședere se află în întreținerea unui descendent direct sau a unui ascendent direct, descendentul direct ori ascendentul direct nu poate să fie calificat drept membru de familie în sensul art. 2 pct. (2) din Directiva nr. 2004/38.<sup>32</sup>

Potrivit art. 3 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38, fără a aduce atingere vreunui drept individual de liberă circulație și ședere pe care persoanele în cauză îl pot avea în nume propriu, statul membru gazdă facilitează, în conformitate cu legislația sa internă, intrarea și șederea următoarelor persoane:

a) orice alți membri de familie, indiferent de cetățenia lor, care nu se încadrează în definiția de la art. 2 pct. (2) și care, în țara din care au venit, se află în întreținerea sau sunt membri ai gospodăriei cetățeanului Uniunii care beneficiază de dreptul de ședere cu titlu principal sau dacă din motive grave de sănătate este necesară în mod imperativ îngrijirea personală a membrului familiei de către cetățeanul Uniunii;

b) partenerul cu care cetățeanul Uniunii are o relație durabilă, atestată corespunzător.

Statul membru gazdă întreprinde o examinare amănunțită a situației personale și justifică refuzul acordării dreptului de intrare sau ședere acestor persoane.

Intrarea și șederea în statul membru gazdă a persoanelor arătate la art. 3 alin. (2) din directivă trebuie numai să fie „facilitată” de statul membru respectiv, țările din Uniune nefiind obligate să le acorde drept de intrare și de ședere. Așadar, situația acestor persoane este examinată în statul membru gazdă pe baza propriei legislații interne. Totuși, în cadrul examinării situației personale a solicitantului, statele membre sunt obligate să țină seama de reperatele stabilite în cuprinsul Directivei nr. 2004/38 și în jurisprudența instanței europene. Astfel, corespunzător considerentului (6) al Directivei nr. 2004/38, statele membre au în vedere diverși factori, precum gradul de rudenie al solicitantului în raport cu cetățeanul Uniunii, nivelul său de dependență financiară sau fizică de cetățeanul Uniunii.

Dependența economică, apartenența la gospodărie sau existența unor motive grave de sănătate trebuie să existe, conform termenilor art. 3 alin. (2) lit. a) din directivă, „în țara din care au venit” membrii de familie, adică în statul în care aceștia locuiau la data la care au solicitat să însoțească sau să se alăture cetățeanului Uniunii. Țara din care au venit membrii de familie nu este însă neapărat țara în care locuia cetățeanul Uniunii înainte de a se instala în statul membru gazdă.

În ceea ce privește momentul relevant pentru a putea să fie invocată situația de dependență, acesta este momentul la care membrul de familie solicită să se alăture cetățeanului Uniunii.<sup>33</sup>

Statele membre dispun de o marjă largă de apreciere în scopul alegerii criteriilor pe care le prevăd în legislația lor pentru analizarea situației persoanelor arătate la art. 3 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38. În exercitarea marjei lor de apreciere statele membre pot să impună cerințe specifice referitoare la caracterul și la durata dependenței.

Pe de altă parte, facilitarea intrării și a șederii persoanelor menționate la art. 3 alin. (2) din directivă în statul membru gazdă implică obligația de a conferi un anumit avantaj acestor persoane în raport cu alți resortisanți care ar formula cereri de intrare și de ședere în țara gazdă.

Orice solicitant care se prevalează de dispozițiile art. 3 alin. (2) din directivă are dreptul ca o instanță să verifice dacă legislația națională și modul în care aceasta a fost aplicată țin seama de aceste aspecte.<sup>34</sup>

Directiva nr. 2004/38 nu conține reglementări privind continuarea situației de dependență în statul membru gazdă. Prevederile directivei nu pot să fie însă lipsite de efectul lor util.

Statele membre au fost obligate să pună în aplicare până la 30 aprilie 2006 actele cu putere de lege și actele administrative necesare pentru a se conform Directivei nr. 2004/38 și să informeze imediat Comisia cu privire la aceasta. Nerespectarea acestor obligații permite Comisiei să se prevaleze de dispozițiile art. 258 din T.F.U.E.<sup>35</sup>

#### **4. Aspecte specifice privind dreptul de ședere în statul membru gazdă pentru cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora pe o perioadă de cel mult trei luni, pe o perioadă mai mare de trei luni sau în mod permanent.**

În cuprinsul Directivei nr. 2004/38 se distinge între dreptul de ședere pentru o perioadă de cel mult trei luni, dreptul de ședere pentru o perioadă mai mare de trei luni și dreptul de ședere permanentă.

Referitor la dreptul de ședere pentru o perioadă de cel mult trei luni, art. 6 din directivă stipulează că cetățenii Uniunii care dețin o carte de identitate valabilă sau un pașaport valabil și membrii de familie care nu au cetățenia unui stat membru, care dețin un pașaport valabil și îl însoțesc pe cetățeanul Uniunii ori se alătură acestuia, beneficiază de dreptul de ședere în țara gazdă „fără nicio altă condiție sau formalitate”.

Având însă în vedere că art. 14 alin. (1) din Directiva nr. 2004/38 permite îndepărtarea cetățenilor Uniunii și a membrilor familiilor lor din țara gazdă pentru motive de ordin economic, apare posibil ca, în unele ipoteze, să se țină seama de condițiile și formalitățile pe care le presupun art. 14 alin. (3), considerentul (16), art. 30 și 31 sau art. 14 alin. (4) lit. b) din cuprinsul directivei.<sup>36</sup>

Mai menționăm că Directiva nr. 2004/38 nu impune persoanelor arătate la art. 6 să își declare prezența autorităților locale din statul membru gazdă.

Privind dreptul de ședere pentru o perioadă mai mare de trei luni, art. 7 din directivă enumeră patru categorii de persoane:

a) cetățenii Uniunii care sunt lucrători ce desfășoară activități salariate sau activități independente în statul membru gazdă;

b) cetățenii Uniunii care dispun de suficiente resurse pentru ei și pentru membrii familiilor lor, astfel încât să nu devină o sarcină pentru sistemul de asistență socială al statului membru gazdă în cursul șederii și dețin asigurări medicale complete în statul membru gazdă;

c) cetățenii Uniunii care:

- sunt înscrși într-o instituție privată sau publică, acreditată sau finanțată de către statul membru gazdă pe baza legislației sau practicilor sale administrative, cu scopul principal de a urma studiul, inclusiv de formare profesională și

- dețin asigurări medicale complete în statul membru gazdă și asigură autoritatea națională competentă, printr-o declarație sau o altă procedură echivalentă la propria alegere, că posedă suficiente resurse pentru ei înșiși și pentru membrii de familie, astfel încât să nu devină o povară pentru sistemul de asistență socială al statului membru gazdă în timpul perioadei de ședere;

d) membrii de familie, indiferent de cetățenia lor, care însoțesc ori se alătură cetățeanului Uniunii în statul membru gazdă, cu condiția ca cetățeanul Uniunii să îndeplinească cerințele menționate la lit. a), b) sau c).

Corespunzător unei jurisprudențe constante, lucrătorul salariat este o persoană care îndeplinește, pentru o anumită perioadă, în favoarea unei alte persoane și sub conducerea acesteia, anumite prestații, în schimbul cărora primește o remunerație.<sup>37</sup>

Această accepțiune a noțiunii de „lucrător salariat” este reținută și în legislația secundară a Uniunii Europene.

Potrivit considerentului (87) al Directivei nr. 2006/123 privind serviciile în cadrul pieței interne, orice activitate pe care o persoană o întreprinde în afara unei relații de subordonare trebuie calificată ca o activitate independentă în sensul art. 49 și 56 din T.F.U.E.

Conform considerentului (5) al Regulamentului nr. 492/2011 privind libera circulație a lucrătorilor în cadrul Uniunii, dreptul de liberă circulație trebuie recunoscut, fără discriminare, lucrătorilor permanenți, sezonieri și frontalieri, precum și celor angajați în activități de prestare de servicii. Așa fiind, nu prezintă relevanță că persoana în cauză obține un salariu inferior celui considerat în statul membru gazdă ca fiind necesar pentru subzistență, indiferent dacă ea are ori nu alte venituri.

Persoana care realizează o activitate independentă își asumă un risc economic. Activitatea desfășurată nu implică existența unei relații de subordonare. De regulă, persoana în cauză nu primește un salariu pentru munca depusă.

Activitatea independentă poate să fie desfășurată fie prin stabilirea într-un stat membru, fie utilizând libera prestare a serviciilor, în funcție de strategia de dezvoltare adoptată de persoana în cauză în fiecare stat membru.

În principiu, nivelul resurselor pe care îl obține lucrătorul salariat sau independent nu prezintă importanță, dacă activitatea pe care o desfășoară este reală și efectivă, nu marginală și accesorie.<sup>38</sup>

Cetățenii Uniunii inactivi din punct de vedere economic au dreptul de ședere pe teritoriul altui stat membru pe o perioadă mai mare de trei luni, în conformitate cu prevederile art. 7 alin. (1) lit. b) din Directiva 2004/38, în cazurile în care dispun de suficiente resurse pentru ei și pentru membrii familiei lor, astfel încât să nu devină o sarcină pentru sistemul de asistență socială al statului membru gazdă în cursul șederii.

Termenii „dispun” de resurse suficiente sunt interpretați în sensul că este îndeajuns ca cetățenii Uniunii să aibă la dispoziție astfel de resurse, fără să prezinte semnificație proveniența resurselor, care pot să fie furnizate, de exemplu, de un ascendent direct al cetățeanului Uniunii<sup>39</sup> sau, în alte situații, de soțul acestuia, resortisant al unei țări terțe.<sup>40</sup>

Pe de altă parte, cetățeanul Uniunii care se prelevează de reglementările de la art. 7 alin (1) lit. b) din directivă poate să recurgă la sistemul de asistență socială al statului membru gazdă.

Potrivit art. 14 alin. (2) din directivă, cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora au dreptul de ședere prevăzut la art. 7, atât timp cât îndeplinesc condițiile stipulate de acest text. În contextul aspectelor referitoare la prestațiile sociale, considerentul (10) al directivei permite statelor membre să stabilească anumite cerințe în ceea ce privește dreptul de ședere pentru cetățenii Uniunii și membrii familiilor lor, dacă perioadele de ședere depășesc trei luni.

Faptul că un resortisant al statului membru, inactiv din punct de vedere economic, ar putea să fie eligibil, având în vedere nivelul redus al veniturilor sale, pentru a beneficia de o prestație socială, ar putea să constituie un element de natură să demonstreze că acesta nu

dispune de resurse suficiente pentru a evita să devină o sarcină excesivă pentru sistemul de asistență socială al statului membru gazdă.

Totuși, art. 14 alin. (3) al Directivei nr. 2004/38 împiedică adoptarea, în toate situațiile și în mod automat, a unei măsuri de expulzare, pe motivul că cetățeanul Uniunii sau un membru al familiei sale a recurs la sistemul de asistență socială al statului membru gazdă. În raport cu prevederile considerentului (16) al directivei și cu jurisprudența Curții de Justiție în materie, urmează să fie luate în considerare de către autoritățile competente ale statului membru gazdă o serie de elemente, precum cuantumul și regularitatea veniturilor de care dispune respectiva persoană, perioada în care prestația solicitată i-ar fi plătită.<sup>41</sup>

În cazul persoanelor înscrise într-o instituție privată sau publică cu scopul principal de a urma studii, va fi îndeajuns ca aceste persoane să asigure autoritatea națională competentă, printr-o declarație sau o altă procedură echivalentă, la propria alegere, că dispun de resurse suficiente.

Potrivit art. 24 alin. (2) din Directiva 2004/38, înainte de dobândirea dreptului de ședere permanentă, statul membru gazdă nu este obligat să acorde ajutoare pentru studii, inclusiv pentru formare profesională, constând în burse de studiu sau împrumuturi, unor persoane altele decât lucrătorii care desfășoară activități salariate sau independente, persoanelor care își mențin acest statut și membrilor familiilor acestora.

Curtea de Justiție a hotărât însă în practica ei că o persoană care are o „legătură reală” cu societatea din statul membru gazdă, concretizată prin realizarea unei părți importante a studiilor sale medii în respectivul stat, poate să invoce art. 18 din T.F.U.E., care interzice orice discriminare pe motiv de cetățenie, pentru a obține un sprijin material, sub forma unui împrumut pentru studenți, care să îi permită continuarea studiilor în statul membru gazdă.<sup>42</sup>

Într-o altă ipoteză, o persoană care a intrat pe teritoriul statului membru gazdă cu intenția principală de a urma studii, ar putea să desfășoare în paralel o activitate salariată cu normă redusă în acel stat. O asemenea persoană are calitatea de „lucrător” în sensul art. 45 din T.F.U.E., independent de comportamentul persoanei în cauză anterior și ulterior perioadei de încadrare în muncă. Prin urmare, invocând dreptul la egalitate de tratament, persoana interesată poate să obțină un ajutor pentru studii, acordat resortisanților statului membru gazdă.<sup>43</sup>

O altă precizare se impune privitor la membrii familiei cetățeanului Uniunii. Corespunzător art. 7 alin. (4) din directivă, în cazul persoanelor înscrise într-o instituție privată sau publică cu scopul principal de a urma studii, din categoria membrilor de familie a acestor persoane fac parte numai soțul, partenerul înregistrat și copiii aflați în întreținere. Așadar, oricăror alți membri de familie li se aplică art. 3 alin. (2) din directivă.

Potrivit art. 7 alin. (3) din Directiva nr. 2004/38, un cetățean al Uniunii care nu mai desfășoară o activitate salariată ori independentă își menține statutul de lucrător în următoarele condiții:

a) se află în incapacitate temporară de a munci, ca rezultat al unei boli sau al unui accident;

b) este înregistrat în mod corespunzător ca fiind în șomaj involuntar, după ce a fost angajat pe o perioadă de peste un an, și s-a înregistrat ca persoană care caută de lucru la serviciul competent de ocupare a forței de muncă;

c) este înregistrat în mod corespunzător ca fiind în șomaj involuntar, după ce a îndeplinit un contract de muncă pe termen limitat, cu durata de sub un an, sau după ce a devenit șomer în mod involuntar în timpul primelor douăsprezece luni și s-a înregistrat ca persoană care caută de lucru la serviciul competent de ocupare a forței de muncă; în acest caz, statutul de lucrător se menține pentru o perioadă de cel puțin șase luni;

d) începe un stagiul de formare profesională; cu excepția cazului în care se află în șomaj involuntar, menținerea statutului de lucrător presupune ca pregătirea să aibă legătură cu activitatea profesională anterioară.

Enumerarea de la art. 7 alin. (3) din directivă nu are caracter exhaustiv. De exemplu, o femeie care încetează munca sau care încetează să caute un loc de muncă din cauza constrângerilor fizice care apar în ultima perioadă a sarcinii și în perioada ulterioară nașterii își păstrează statutul de „lucrător”, în sensul art. 45 din T.F.U.E., cu condiția să își reia activitatea sau să își găsească un alt loc de muncă într-o perioadă rezonabilă după nașterea copilului.<sup>44</sup>

Pentru perioadele de ședere ce depășesc trei luni, statul membru gazdă poate cere cetățenilor Uniunii, în conformitate cu art. 8 din Directiva nr. 2004/38, să se înregistreze la autoritățile competente. Acestor persoane li se eliberează imediat un certificat de înregistrare.

Membrii de familie ai unui cetățean al Uniunii care nu sunt resortisanți ai unui stat membru trebuie să ceară, în cazul în care perioada planificată de ședere depășește trei luni, eliberarea unui permis de ședere.

În cuprinsul art. 10 alin. (2) din directivă sunt arătate documentele care trebuie să fie prezentate de către solicitant pentru eliberarea permisului de ședere. Enumerarea de la art. 10 alin. (2) are caracter limitativ.<sup>45</sup>

Potrivit art. 16 din Directiva nr. 2004/38, cetățenii Uniunii care și-au avut reședința legală pe teritoriul statului membru gazdă în cursul unei perioade neîntrerupte de cinci ani dobândesc dreptul de ședere permanentă pe teritoriul acestuia.

Membrii familiei cetățeanului Uniunii nu dobândesc dreptul de ședere permanentă numai pe motivul că cetățeanul Uniunii se bucură de acest drept. Ei trebuie să fi avut reședința legală împreună cu cetățeanul Uniunii în statul membru gazdă în cursul unei perioade neîntrerupte de cinci ani.

Integrarea cetățeanului Uniunii și a membrilor familiei sale în statul membru gazdă nu se întemeiază doar pe factori spațiali și temporali, ci și pe factori calitativi. De exemplu, corespunzător jurisprudenței instanței europene, perioadele de detenție în statul membru gazdă a unui resortisant al unei țări terțe, membru al familiei unui cetățean al Uniunii care a dobândit în aceste perioade dreptul de ședere permanentă în statul membru respectiv, nu pot fi luate în considerare, în scopul dobândirii de către resortisantul țării terțe a dreptului de ședere permanentă, în sensul art. 16 alin. (2) din directivă. Continuitatea șederii este



întreruptă de perioadele de detenție în statul membru gazdă a unui resortisant al unei țări terțe, membru al familiei unui cetățean al Uniunii.<sup>46</sup>

În raport cu principiul proporționalității, care se impune atât instituțiilor europene, cât și statelor membre, credem că soluția reținută în situația arătată ar fi fost adecvat să fie, totuși, nuanțată, lăsând instanțelor de judecată din statele membre posibilitatea să se pronunțe în funcție de o serie de factori, precum gravitatea infracțiunii săvârșite, pedeapsa efectiv aplicată, durata șederii în statul membru gazdă, soliditatea legăturilor sociale, culturale și familiale cu statul membru gazdă.

Prevederi mai avantajoase se aplică lucrătorilor care și-au încetat activitatea în statul membru gazdă și membrilor familiilor acestora [art. 17, alin (1) din Directiva nr. 2004/38]. Membrii familiei lucrătorului, indiferent de cetățenia acestora, care locuiesc împreună cu el, dobândesc dreptul de ședere permanentă în țara gazdă la momentul la care lucrătorul a dobândit dreptul de ședere permanentă în condițiile arătate în cuprinsul directivei.

Dreptul de ședere permanentă, odată ce a fost obținut, nu este supus, după cum se arată în considerentul (18) al directivei, niciunei condiții. Prin urmare, aspectele privind recurgerea la sistemul de asistență socială al statului membru gazdă nu sunt semnificative în acest context.<sup>47</sup>

Deși prevederile Directivei nr. 2004/38 reglementează „dreptul de ședere permanentă”, acesta se pierde în cazul unei absențe din statul membru gazdă pe o perioadă care depășește doi ani consecutivi [art. 16 alin. (4) din directivă]. Pe de altă parte, persoanele care au dobândit un drept de ședere permanentă pot să fie expulzate din țara gazdă pentru motive imperative de ordine publică sau de siguranță publică [art. 28 alin. (2) din directivă].

Menționăm, totodată, că, potrivit jurisprudenței Curții de Justiție, punerea sub semnul întrebării a legăturii de integrare între persoana în cauză și statul membru gazdă justifică pierderea dreptului de ședere permanentă chiar și în afara ipotezei avute în vedere la art. 16 alin. (4) din Directiva nr. 2004/38.<sup>48</sup> Această jurisprudență accentuează, în mod regretabil, diferențele între regimul juridic aplicabil naționaliilor statului membru gazdă și cel care este luat în considerare referitor la cetățenii Uniunii care dobândesc dreptul de ședere permanentă în statul membru gazdă.

În materie de siguranță publică, aceasta acoperă atât securitatea internă a unui stat membru, cât și securitatea sa externă.

Semnificația noțiunilor de „motive imperative de ordine publică” și de „motive imperative de siguranță publică” nu depind numai de modul în care sunt definite aceste noțiuni de către statele membre, ci și de prevederile din dreptul Uniunii Europene, de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii și de cea a Curții Europene a Drepturilor Omului.<sup>49</sup>

Persoanele care au cetățenia Uniunii Europene și sunt stabilite în țara gazdă de cel puțin zece ani nu pot să fie expulzate decât pentru motive imperative de siguranță publică [art. 28 alin. (3) din Directiva nr. 2004/38], adică pentru motive considerabil mai stricte decât motivele care pot să fie avute în vedere în sensul art. 28 alin. (2) din directivă.<sup>50</sup>

Directiva nr. 2004/38 nu cuprinde nicio mențiune privind împrejurările care pot determina întreruperea perioadei de ședere de zece ani necesară în vederea dobândirii dreptului la protecție sporită împotriva expulzării. Urmează să se stabilească însă, în fiecare caz, dacă absențele din statul membru gazdă implică sau nu deplasarea către un alt stat a centrului intereselor personale, familiale sau profesionale ale cetățeanului Uniunii. În acest scop, se va ține seama, în special, de durata fiecăreia dintre absențele persoanei în cauză din statul membru gazdă, de durata cumulată și de frecvența acestor absențe, precum și de motivele care au determinat persoana în cauză să părăsească respectivul stat.<sup>51</sup> În acest context, credem că pot să fie relevante dispozițiile din Directiva nr. 2004/38 și jurisprudența instanței europene referitoare la absențele din statul membru gazdă care nu afectează continuitatea șederii în respectivul stat. Asemenea absențe nu ar putea să justifice, în opinia noastră, întreruperea perioadei de ședere de zece ani, reglementată la art. 28 alin. (3) din directivă.

În toate împrejurările, măsurile luate din motive de ordine sau siguranță publică, așadar inclusiv măsurile adoptate pe baza art. 28 alin. (2) sau (3) din Directiva nr. 2004/38, trebuie să respecte principiul proporționalității.

Cetățenilor Uniunii care beneficiază de dreptul de ședere permanentă li se eliberează, cât mai curând posibil, un document care atestă șederea permanentă (art. 19 din directivă). De asemenea, statele membre eliberează un permis de ședere permanentă membrilor de familie care nu au cetățenia unui stat membru și care au drept de ședere permanentă. Permisul de ședere permanentă are o valabilitate de zece ani [art. 20 alin. (1) din directivă].

---

\* Profesor univ. dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; sdeleanu@law.ubbcluj.ro.

<sup>1</sup> Directiva nr. 2004/38 a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L, nr. 158/77 din 30.04.2004. Prin această directivă a fost modificat Regulamentul (C.E.E.) nr. 1612/68 și au fost abrogate Directivele nr. 64/221, nr. 72/194, nr. 73/148, nr. 75/34, nr. 75/35, nr. 90/364, nr. 90/365 și nr. 93/96. Ulterior, Regulamentul nr. 1612/68 a fost înlocuit prin Regulamentul (U.E.) nr. 492/2011 privind libera circulație a lucrătorilor în cadrul Uniunii, iar prin Directiva nr. 2014/54 au fost stabilite măsuri de facilitare a exercitării drepturilor conferite lucrătorilor în contextul liberei circulații a lucrătorilor.

În dreptul nostru, Ordonanța de Urgență nr. 102 din 14 iulie 2005, republicată, transpune Directiva nr. 2004/38.

<sup>2</sup> C.J.C.E., 20 septembrie 2001, cauza C-184/99, *Grzelczyk*, par. 31.

<sup>3</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 11 noiembrie 2014, cauza C-333/13, *Dano*, par. 58.

<sup>4</sup> A se vedea considerentul (3) al directivei.

<sup>5</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 18 decembrie 2014, cauza C-202/13, *McCarthy*, par. 32.

<sup>6</sup> A se vedea considerentul (4) al directivei și C.J.U.E. 19 iunie 2014, cauza C-507/12, *Jessy Saint Prix*, par. 25.

<sup>7</sup> C.J.C.E., 7 septembrie 2006, cauza C-470/04, *Almelo*, par. 23.

<sup>8</sup> Potrivit art. 6 alin. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană, Carta drepturilor fundamentale are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor. Dispozițiile cuprinse în Cartă nu extind în niciun fel competențele Uniunii astfel cum sunt definite în tratate.

Conform art. 51 alin. (2) din Cartă, aceasta nu extinde domeniul de aplicare a dreptului Uniunii în afara competențelor Uniunii, nu creează nicio competență sau sarcină nouă pentru Uniune și nu modifică competențele și sarcinile stabilite de tratate.

În același sens este și Declarația cu privire la Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (Declarația nr. 1), alăturată Tratatului de la Lisabona.

<sup>9</sup> C.J.U.E., 5 mai 2011, cauza C-434/09, *Shirley McCarthy*, parag. 45.

<sup>10</sup> *Ibidem*, parag. 47.

<sup>11</sup> A se vedea, C.J.U.E., 8 mai 2013, cauza C-87/12, *Ymeraga*, parag. 36.

<sup>12</sup> C.J.U.E., 10 octombrie 2013, cauza C-86/12, *Alokpa*, parag. 33.

<sup>13</sup> C.J.U.E., 8 noiembrie 2012, cauza C-40/11, *lida*, parag. 75-77.

<sup>14</sup> A se vedea, C.J.U.E., 4 octombrie 2012, cauza C-75/11, Comisia Europeană împotriva Republicii Austria, parag. 36-41.

<sup>15</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 13 aprilie 2010, cauza C-73/08, *Bressol*, parag. 30.

<sup>16</sup> C.J.U.E., 5 mai 2011, cauza C-434/09, *Shirley McCarthy*, parag. 57.

<sup>17</sup> A se vedea, C.J.U.E. (Marea Cameră), 13 aprilie 2010, cauza C-73/08, *Bressol*, parag. 30-34.

<sup>18</sup> A se vedea, C.J.U.E. (Marea Cameră), 11 noiembrie 2014, cauza C-333/13, *Dano*, parag. 57-61 și parag. 73-76.

<sup>19</sup> C.J.C.E. (în plen), 19 octombrie 2004, cauza C200/02, *Zhu și Chen*, parag. 8-11 și 18-19.

<sup>20</sup> În acest sens, C.J.U.E., 8 noiembrie 2012, cauza C-40/11, *lida*, parag. 66-67; C.J.U.E., 8 mai 2013, cauza 87/12, *Ymrega*, parag. 34; C.J.U.E. (Marea Cameră), 16 iulie 2015, cauza C-218/14, *Singh*, parag. 50.

<sup>21</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 12 martie 2014, cauza C-456/12 și O. și B., parag. 37.

<sup>22</sup> *Ibidem*, parag. 44-56.

<sup>23</sup> C.J.U.E., cauza C-86/12, cit. supra., parag. 11-15 și parag. 33.

<sup>24</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 16 octombrie 2012, cauza C-364/10, Ungaria împotriva Republicii Slovacie, parag. 44-52.

<sup>25</sup> C.J.U.E., 17 noiembrie 2011, cauza C-430/10 *Gaydarov*, parag. 42.

<sup>26</sup> C.J.C.E., 10 iulie 2008, cauza C-33/07, *Jipa*, parag. 30 și 25.

<sup>27</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 16 iulie 2015, cauza C-218/14, *Singh*, parag. 52-55; C.J.U.E., 8 noiembrie 2012, cauza C-40/11, *lida*, parag. 61-65.

<sup>28</sup> C.J.C.E. (Marea Cameră), 25 iulie 2008, cauza C-127/08, *Metock*, parag. 93.

<sup>29</sup> C.J.U.E., 8 noiembrie 2012, cauza C-40/11, *lida*, parag. 57-58.

<sup>30</sup> C.J.C.E. (Marea Cameră), 25 iulie 2008, cauza C-127/08, *Metock*, parag. 99.

<sup>31</sup> C.J.U.E., 16 ianuarie 2014, cauza C-423/12, *Reyes*, parag. 20-23.

<sup>32</sup> C.J.U.E., 8 noiembrie 2012, cauza C-40/11, *lida*, parag. 55.

<sup>33</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 5 septembrie 2012, cauza 83/11, *Rahman*, parag. 18-25 și parag. 27-33.

<sup>34</sup> *Ibidem*, parag. 26 și 40.

<sup>35</sup> A se vedea, de exemplu, referitor la o asemenea situație, C.J.C.E., 13 decembrie 2007, *Commission contre Grand-Duché de Luxembourg*, parag. 1-13.

<sup>36</sup> A se vedea, pe larg, S. Deleanu, *Drept european al afacerilor. Piața internă a Uniunii Europene*, Ed. Universul juridic, București, 2013, p. 148-149.

- <sup>37</sup> În acest sens, pentru o hotărâre recentă a instanței europene, C.J.U.E., 19 iunie 2014, cauza C-507/12, *Jessy Saint Prix*, parag. 35.
- <sup>38</sup> Pentru lucrătorii salariați, a se vedea C.J.C.E., 3 iulie 1986, cauza 66/85, *D. Lawrie-Blum*, parag. 21; referitor la lucrătorii independenți, a se vedea, C.J.C.E., 11 aprilie 2000, cauzele C-51/96 și C-191/97, *Ch. Deliège*, parag. 54.
- <sup>39</sup> C.J.U.E., 10 octombrie 2013, cauza C-86/12, *Alkopa*, parag. 27.
- <sup>40</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 16 iulie 2015, cauza C-218/14, *Singh*, parag. 71-76.
- <sup>41</sup> A se vedea, C.J.U.E., 19 septembrie 2013, cauza C-140/12, *P. Brey*, parag. 63, 66, 72, 75 și 78-80.
- <sup>42</sup> C.J.C.E. (Marea Cameră), 15 martie 2005, cauza C-209/03, *Bidar*, parag. 42, 62 și 63.
- <sup>43</sup> C.J.U.E., 21 februarie 2013, cauza C-46/12, *L. N.*, parag. 37, 46-51.
- <sup>44</sup> C.J., U.E., 19 iunie 2014, cauza C-507/12, *Jessy Saint Prix*, parag. 38 și 47.
- <sup>45</sup> C.J.U.E., 19 decembrie 2008, cauza C-551/07, *D. Sahin*, parag. 38.
- <sup>46</sup> C.J.U.E., 16 ianuarie 2014, cauza C-378/12, *Nnamdi*, parag. 24-27 și 32.
- <sup>47</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 11 noiembrie 2014, cauza C-333/13, *Dano*, parag. 71-72.
- <sup>48</sup> C.J.U.E., 16 ianuarie 2014, cauza C-378/12, *Nnamdi*, parag. 25.
- <sup>49</sup> A se vedea, de pildă, C.J.U.E. (Marea Cameră), 23 noiembrie 2010, cauza C-145/09, *Tsakouridis*, parag. 44-47 și 56.
- <sup>50</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 22 mai 2012, cauza C-348/09, *P.I.*, parag. 19.
- <sup>51</sup> C.J.U.E. (Marea Cameră), 23 noiembrie 2010, cauza C-145/09, *Tsakouridis*, parag. 38.

**LE JUGEMENT DE SALOMON: LA JUSTICE, LA COMPASSION  
ET L'INTÉRÊT DE L'ENFANT**

**Bjarne MELKEVIK\***

**Abstract: *The Judgement of Solomon: Justice, Compassion, and the Interest of Children.*** This essay examines the biblical story of the judgement of Solomon. It gives, first, a survey of the controversy about the historical and biblical Solomon, before giving the two official versions (one rabbinic, another biblical) of the judgement. Second, the article analyses the first part of the judgement centred on the "splitting the baby" or the "cutting the baby in half". Third, it examines the second and final part of the judgement, focused on the King's declaration that the first mother is the true mother because she is the loving mother of the disputed child. In a fourth section, the article understands the judgement through the contemporary judicial standards of "fair play" and "due process".

**Keywords:** *Philosophy of law; General Jurisprudence; Law and literature, Biblical narrative and law; Procedural Law; Best Interest of the Child Standard*

Le récit que nous a transmis la narration biblique connue sous le titre "le jugement de Salomon"<sup>1</sup> résume la complexité entourant la question de rendre la « justice », de même que la difficulté inhérente d'un jugement « juste » et d'une sagesse présumée de justice et de droit. À nous de soutenir que le « jugement de Salomon » est avant tout un problème herméneutique et un problème quant aux critères de ce que peut compter un procès juste et équitable. Abstraction faite de la valeur symbolique qu'a acquis le jugement dans le monde juridique (et dans le monde entier) - et avec respect pour le message biblique qu'il véhicule - nous cherchons à démontrer que le modèle de justice de ce « jugement salomonien »<sup>2</sup> est plus que questionnable en raison de la stratégie personnelle et de la ruse utilisées par le Roi-juge. La problématique réside dans le fait que le procès judiciaire n'est pas entièrement « juste et équitable » en raison des diverses stratégies utilisées par le Roi-juge pour arriver au résultat qu'il voulait, bien que ce dernier nous plaise.

L'objectif de notre article consiste à expliquer cette appréciation herméneutique en examinant, d'une façon critique, la narration vétérotestamentaire du « jugement » de Salomon. Dans cet exercice, nous n'avons pas l'intention de défaire ou de déconstruire à la façon de l'obscurantisme derridien<sup>3</sup>. Mieux vaut une déconstruction qui respecte et valorise les héritages d'« Athènes, Rome et Jérusalem » et qui opte en faveur de Rome sans dénigrer les contributions politiques et symboliques des deux autres lieux de sources narratives ; formulé autrement : une déconstruction qui opte pour le « droit », sans toutefois porter

atteinte à la justice philosophique que Athènes nous a léguée ou encore à la justice de l'Homme / de l'individu (et de l'utopie humaniste) à la façon de Jérusalem<sup>4</sup>. Cette position n'est pas gouvernée par le fait que nous soyons, *in se*, opposé aux réflexions philosophiques et politiques sur la valeur de justice venant d'Athènes et de Jérusalem - ce qui est loin d'être notre cas - mais plutôt parce que dans le choix entre « justice » et « droit » c'est indubitablement (et toujours) le juridique qui récolte notre faveur (et notre ferveur).

Le jugement de Salomon constitue en ce sens un modèle, une façon de penser, une stratégie d'agir et de compréhension de l'autorité théologico-politique (aujourd'hui laïque, païenne et néo-aristocratique) d'un Roi-juge (aujourd'hui un Juge-roi) qui, en maître du destin de ses subalternes, juge en vue d'un résultat acceptable sans trop se préoccuper de la façon d'y parvenir. C'est en quelque sorte le prototype d'une « justice du maître », d'une justice stratégique qui se justifie par le bienfait du résultat et par la supposition que personne ne peut être en désaccord avec le résultat sans endosser son contraire (et comme cela se révélera : la mise à mort d'un nouveau-né, ce qui semble insensé, voire monstrueux). Et parce que les gens (et nous aussi) sont d'accord avec le résultat, il est d'autant supposé qu'ils doivent être en accord avec un modèle où l'office du juge se libère de son obligation judiciaire à l'égard des justiciables pour s'autonomiser en autoréférentialité à une justice royale (c.-à-d. étatique) ou, davantage en accord avec nos modes contemporains, d'une « constitutionnalisation », qui s'occupent d'eux. En clair, si vous est d'accord avec le résultat, vous ne vous préoccupez pas de la manière d'y parvenir : la fin justifie les moyens, selon l'adage bien connu.

Si nos sociétés modernes ont, pendant une longue période, pris une saine distance avec l'idéologie du « théologico-politique »<sup>5</sup>, force est de constater qu'aujourd'hui le pendule a basculé et c'est l'État (et les forces étatistes) qui se « théologisent » à mauvais escient, à savoir dans le sens d'un « théologico-étatisme » (laïc et païen) où ne comptent que l'obéissance et la vassalité. D'où l'intérêt « stratégique » du courant « théologico-étatiste » à mobiliser la notion de l'amour en tant qu'injonction émotionnelle et intellectuelle<sup>6</sup> pour écraser toute réflexion, toute critique et toute position en faveur de la modernité juridique<sup>7</sup>. Et puisque personne n'a le privilège d'être contre l'amour (et encore moins la Justice), voilà pourquoi le mot est devenu une arme dans les mains de nos obscurantistes étatistes et un moyen sûr de niveler le terrain devant l'omnipotence de son idéologie. Ce qui séduit aujourd'hui dans le jugement de Salomon est cette ruse d'un seigneur prêt à servir en tant que fondement et modèle d'une nouvelle sagesse de l'Idéo-droit. En fin de compte, il ne s'agit que de remplacer la « justice royale » (de Salomon) par la « justice constitutionnelle » (et des maîtres constitutionnalistes et des Cours constitutionnelles) en prétendant faire ainsi un grand bond en avant ! (ce qui est loin d'être acquis).

Ceci étant posé, attardons-nous d'abord sur l'examen historique et biblique de la vie de Salomon et sur l'origine vétérotestamentaire de son jugement. Une fois ceci réalisé, nous analyserons le premier jugement de Salomon (car, en fait, il y a deux !), pour ensuite nous consacrer à son deuxième jugement. Nous étofferons alors davantage notre critique en examinant plus exhaustivement les raisons qui nous ont poussés à considérer la « problématique » suscitée par le jugement salomonien.

## 1. Le Salomon historique et le « jugement de Salomon »

Même si les conversations courantes font fréquemment référence au « jugement salomonien », force est de constater que peu de personnes l'ont effectivement lu dans le texte et à peine plus sont capables de le situer chronologiquement et encore moins de faire état de son contenu. Il convient en conséquence de commencer lucidement notre analyse en examinant Salomon en tant qu'individu historique avant d'aborder, proprement dit, le récit de ce « jugement ». A-t-il vraiment existé ou ne s'agit-il que du mythe d'un roi légendaire, fabriqué de toute pièce et sans aucune « vérité » historique ? L'image de Salomon, de son royaume et de son règne sont en effet bien différentes lorsque mobilisées à partir du récit hébraïque tel qu'il est préservé dans l'Ancien Testament, ou lorsqu'elles sont abordées, en contraste, par les études méticuleuses et scientifiques qu'ont effectuées les archéologues et les historiens contemporains. Comme cela se révélera, il s'agit de deux « histoires » tout à fait différentes et opposées ; deux histoires qui n'arrivent pas au même résultat.

En ce qui concerne d'abord la tradition religieuse hébraïque racontée textuellement dans la Torah, Salomon (970 à 931 avant J.-C.) est le fils du roi David et de Bethsabée, et roi « d'Israël » – dénomination plus que problématique puisque celle-ci ne se réalisera et ne se trouvera pas sur terre<sup>8</sup> – ou au nord de la Galilée<sup>9</sup>. Il accédera au trône par un coup de palace (ou d'État) contre ses frères et inaugurera, pendant son règne, une centralisation politique au-dessus de l'ancien système tribal en vue d'unifier le royaume sous la coupe d'un roi suprême. Le récit hébraïque lui attribue le rôle d'initiateur d'une période de prospérité et de transformation sociale et économique, et celui de maître d'œuvre de la construction de diverses villes, fortifications, temples, etc. On prétend qu'il a fait construire des demeures et de résidences somptueuses pour lui-même et pour son harem. Salomon, selon la tradition hébraïque, a baigné dans la richesse – largement attribuable au travail forcé exigé de la population – et il pouvait, de ce fait, se permettre des extravagances.

Le règne de Salomon a été considéré comme une période de développement des forces militaires et des relations internationales. Les récits hébraïques présentent Salomon comme engagé dans plusieurs campagnes militaires contre d'autres royaumes rivaux et en sortant vainqueur pour ainsi agrandir son royaume. On prétend également qu'il a signé des traités diplomatiques avec les Égyptiens.

À tout cela s'ajoute également l'image – très problématique et controversée – de Salomon en tant que poète et musicien, et surtout l'attribution improbable (et anachronique) des « Chants de Salomon »<sup>10</sup>.

Tout cela est-il vrai ? S'agit-il d'une histoire vérifiable ou ne s'agit-il pas plutôt d'une « histoire glorifiée » ou simplement d'un récit des origines dans le sens mythique ? Car l'histoire de Salomon se révèle toute différente une fois examinée par le prisme des études archéologiques et historiques qui ne jurent que sur le fait tangible et vérifiable.

En effet, les archéologues et les historiens contemporains questionnent la véritable existence des royaumes de David et de Salomon, et si tel était le cas, pourquoi ils n'ont laissé aucun vestige et aucune preuve tangible de leurs existences et de leurs splendeurs. Des constructions comme celles décrites par la tradition hébraïque ne peuvent pas disparaître entièrement sans laisser de trace, sans même laisser un infime petit caillou ! Et les

constructions historiques et les vestiges archéologiques que la tradition avait textuellement attribués aux royaumes de David et de Salomon se sont tous révélés, par l'analyse scientifique du carbone 14, trop jeunes et donc réellement construits plusieurs centaines d'années après leurs morts. L'absence de données archéologiques vérifiables ou encore d'une quelconque preuve sûre et vérifiable en ce qui concerne l'existence supposée de leurs royaumes est en somme clairement dérangeante, voire problématique aux yeux des scientifiques.

Certains chercheurs – notamment ceux que l'on appelle les néo-historiens israéliens<sup>11</sup> – défendent ouvertement qu'autant le roi David que le roi Salomon de la Torah n'ont probablement que repris l'histoire légendaire des « leaders » tribaux juifs mis-sédentaires mi-nomades et représentent ainsi une légende reconstruite en vue de servir un rôle politique exemplaire et pour solidifier la religion juive ou afin de servir ses visées politiques à une époque bien postérieure. En d'autres mots, il s'agit d'une légende, d'un mythe construit et amplifié qui a été mis en circulation trois ou cinq siècles après les faits, probablement donc entre le 7<sup>e</sup> et le 5<sup>e</sup> siècle av. J.-C. Ces « leaders » tribaux ont servi de modèle religieux (quoique problématique<sup>12</sup>) et un récit légendaire leur a été attribué, un récit fabuleux qui pouvait servir pour renforcer la religion juive. Ainsi les récits bibliques concernant David et Salomon véhiculent et témoignent tout simplement une idéologie politique et « nationaliste » (avant l'heure !), et symbolisent l'étendue du pouvoir juif, sinon de l'alliance historique du nord de la Galilée avec le Temple de Jérusalem ou encore l'intégration politique des tribus du nord sous la férule du Temple du sud.

Suivant les néo-historiens israéliens, il y a, en somme, un fossé infranchissable entre la recherche archéologique et historique d'une part, et le récit hébraïque concernant Salomon et son royaume, d'autre part.

Ceci étant, abordons maintenant la version du jugement de Salomon que nous procure d'abord la Torah, ou la Bible hébraïque, et où nous rencontrons ce récit :

En ce temps-là, deux femmes de mauvaise vie vinrent se présenter devant le roi. Et l'une de ces femmes dit : « Écoute-moi, seigneur ! Moi et cette femme nous habitons la même maison ; j'y ai donné naissance à un enfant, étant avec elle. Trois jours après ma délivrance, cette femme a également accouché. Or, nous vivons ensemble, nul étranger n'habite avec nous la maison, nous deux seules y demeurons. Pendant la nuit, l'enfant de cette femme est mort, parce elle s'était couchée sur lui. Mais elle s'est levée au milieu de la nuit, a enlevé mon fils d'auprès de moi, tandis que ta servante était endormie, l'a couché sur son sein, et son fils qui était mort, elle l'a déposé entre mes bras. Comme je me disposais, le matin, à allaiter mon enfant, voici, il était mort ! Je l'examinai attentivement quand il fit grand jour, et ce n'était pas là le fils que j'avais enfanté. – Non pas ! Dis l'autre femme, mon fils est vivant, et c'est le tien qui est mort ! – Point du tout, reprit la première, c'est le tien qui est mort, celui qui vit est le mien ! » C'est ainsi qu'elles discutaient devant le roi. Le roi dit alors : « L'une dit : Cet enfant qui vit est le mien, et c'est le tien qui est mort ; l'autre dit : Non, c'est le tien qui est mort, celui qui vit est le mien. Le roi ajouta : « Apportez-moi un glaive », et l'on présenta un glaive au roi. Et le roi dit : « Coupez en deux parts l'enfant vivant, et donnez en une moitié à l'une de ces femmes, une moitié à l'autre ». La mère de l'enfant vivant, dont les entrailles étaient émues de pitié pour son fils s'écria, parlant au roi : « De grâce, seigneur ! qu'on lui donne l'enfant vivant, qu'on ne le fasse pas mourir ! » Mais l'autre disait : « Ni toi ni



moi ne l'aurons : coupez ! » Le roi repris alors la parole et dit : « Donnez-lui l'enfant vivant et gardez-vous de le faire mourir : celle-ci est sa mère.

Tout Israël eut connaissance du jugement que le roi avait rendu, et ils furent saisis de respect pour le roi ; car ils comprirent qu'une sagesse divine l'inspirait dans l'exercice de la justice<sup>13</sup>.

La Bible chrétienne nous offre un récit équivalent. Il n'y a pas de divergence ou de controverse en ce qui concerne le jugement de Salomon, ce qui se vérifie textuellement si nous nous orientons vers la Bible chrétienne dans laquelle nous lisons ce qui suit :

Alors deux prostituées vinrent vers le roi et se tinrent devant lui. L'une des femmes dit : "S'il te plaît, Monseigneur ! Moi et cette femme nous habitons la même maison, et j'ai eu un enfant, alors qu'elle était dans la maison. Il est arrivé que, le troisième jour après ma délivrance, cette femme aussi ait eu un enfant ; nous étions ensemble, il n'y avait pas d'étranger avec nous, rien que nous deux dans la maison. Or, le fils de cette femme est mort une nuit parce qu'elle s'était couchée sur lui. Elle se leva au milieu de la nuit, pris mon fils d'à côté de moi pendant que ta servante dormait ; elle le mit sur son sein et son fils mort elle le mit sur mon sein. Je me levai pour allaiter mon fils, et voici qu'il était mort ! Mais, au matin, je l'examinai, et voici que ce n'était pas mon fils que j'avais enfanté !" Alors l'autre femme dit : "Ce n'est pas vrai ! Mon fils est celui qui est vivant, et ton fils est celui qui est mort !" et celle-là reprenait : "Ce n'est pas vrai ! Ton fils est celui qui est mort et mon fils est celui qui est vivant !" Elles se disputaient ainsi devant le roi qui prononça : "Celle-ci dit : "Voici mon fils qui est vivant et c'est ton fils qui est mort !" et celle-là dit : "Ce n'est pas vrai ! Ton fils est celui qui est mort et mon fils celui qui est vivant !" Apportez-moi une épée", ordonna le roi ; et on apporta l'épée devant le roi qui dit : "Partagez l'enfant vivant en deux et donnez la moitié à l'une et la moitié à l'autre". Alors la femme dont le fils était vivant s'adressa au roi, car sa pitié s'était enflammée pour son fils, et elle dit : "S'il te plaît, Monseigneur ! Qu'on lui donne l'enfant vivant, qu'on ne le tue pas !", mais celle-là disait : "Il ne sera ni à moi ni à toi, partagez !". Alors le roi prit la parole et dit : "Donnez l'enfant vivant à la première, ne le tuez pas. C'est elle la mère". Tout Israël apprit le jugement qu'avait rendu le roi, et ils révérent le roi, car ils virent qu'il y avait en lui une sagesse divine pour rendre la justice<sup>14</sup>.

Il s'agit du même récit ! Il n'y a aucune différence substantielle, répétons-le, entre les deux versions et aucun détail non plus qui pourrait faire l'objet d'une interprétation différente<sup>15</sup>. Notons pourtant qu'il est plus élégant de dire « deux femmes de mauvaise vie » que « deux prostituées ». Nous observons de ce fait le sens œcuménique (ou écuménique) - dans le monde chrétien (surtout protestant) - dans la terminologie de deux « nourricières », ce qui n'induit, en apparence, aucun jugement de valeur sur la vie des deux femmes en question. Or, une telle dénomination – en phase avec la Ligue contemporaine du politiquement et moralement correct - a pourtant l'inconvenance de détourner les sens de ce récit et surtout de le priver de sa signification narrative première. Les deux prostituées exercent simplement une profession (qui assurent leur gagne-pain) et ne s'engagent pas dans une quelconque forme de « mauvaise vie » (selon le vocabulaire des obscurantistes contemporains).

En ce qui concerne la différence entre la Torah et la Bible, retenons qu'elle est avant tout théologique, car tandis que la Torah a toute autorité pour un juif, l'Ancien Testament n'en a véritablement aucune (c.-à-d. « en soi » ou en « foi ») pour un chrétien. Les textes

vétérotestamentaires n'ont, en fait pour un chrétien, qu'un « rôle secondaire », d'« appui pour la foi », d'ancrage pour la compréhension de la Nouvelle Alliance (ou la Bonne Nouvelle), rien de plus ou de moins<sup>16</sup>. Tout cela est, pour les chrétiens, un résultat du concile de Nicée en l'an 379 apr. J.-C. et les conciles qui ont suivi dans l'Antiquité<sup>17</sup>, dans le paléo christianisme, quand « notre monde » est devenu chrétien<sup>18</sup>.

Maintenant, comment comprendre, à partir de ces données et de façon herméneutique, le jugement salomonien ? Nous soutenons que la ruse de Salomon, nous l'avons annoncé, est de prononcer, de manière astucieuse, deux jugements différents et séparés : un premier jugement, du "non-droit", qui se réfère symboliquement à la « justice » commutative (c.-à-d. le partager/trancher) et un deuxième jugement - également du « non-droit » - qui se réfère symboliquement à la compassion, à la pitié que tout parent et individu raisonnable ressentent devant la possibilité de la mort cruelle d'un nouveau-né. Ceci étant, il convient de considérer en détail et plus exhaustivement ces deux jugements.

## 2. Le premier jugement de Salomon

Examinons le jugement liminaire de Salomon en tant que ruse, stratégie et jeu. Il s'agit de la 1<sup>re</sup> partie de la narration salomonienne où celui-ci ordonne que l'enfant soit coupé en deux, que l'objet de controverse (le garçon vivant) soit partagé en deux parts égales et que chacune des mères en reçoive une moitié. La narration se lit comme suit : « Le roi ajouta : 'Apportez-moi un glaive', et l'on présenta un glaive au roi. Et le roi dit : 'Coupez en deux parts l'enfant vivant, et donnez en une moitié à l'une de ces femmes, une moitié à l'autre' »<sup>19</sup>.

En fait, Salomon se réfère allégoriquement à l'art du "droit" en le parodiant : Si le droit est le partage<sup>20</sup>, ne devons-nous pas, en l'absence de témoignage et de preuve solides et vérifiables, partager l'objet disputé en parts égales ? Certes, nous observons que dans ce jugement, Salomon ne se réfère pas, comme dans un raisonnement juridique ordinaire, à la balance des intérêts, mais plutôt au glaive, au symbole du pouvoir dans le sens le plus symbolique et direct possible (c.-à-d. passer sous la lame) et en vue de trancher dans le vif, dans la chair, l'objet du litige. Force est donc de constater que ce jugement tranche égal à égal, sans jamais partager en parts égales. Devant l'impossibilité de décider ce qui est « à toi » et « à toi », selon l'art du droit, les mères sont alors "égales" dans les prétentions qu'elles ont à l'égard d'une situation et d'un garçon qui sera réduit à un « objet » à trancher, à un objet qu'il faut passer sous la lame.

De ce fait, le premier jugement parodie le "droit" et la justice autant commutative que distributive en affirmant, sans prononcer les mots, que si elles veulent "en égalité", elles obtiendront "en égalité". Elles auront une part égale de l'objet convoité, au-delà de leurs désirs, de leurs intérêts, car en ne tranchant pas leur requête (qui n'était autre que de statuer qui était la mère naturelle), il ne reste que de trancher l'objet (le garçon) de leur controverse et ce, même si cela entraîne la mort du nouveau-né. Comme l'affirme la narration, elles, chacune des mères, n'auront chacune, à la fin, que la moitié d'un objet, dit « enfant », qui n'est plus un « enfant », mais plutôt un cadavre d'enfant.

L'astuce de Salomon, la ruse du jugement, est de laisser se déployer un drame humain là où la symbolique du droit (c.-à-d. remplacer un « peser » au profit d'un « trancher ») est totalement inadéquate, voire ignoble et irrationnelle. Le premier jugement déplaît humainement à tous non seulement parce que le résultat est désastreux, mais aussi parce qu'il se moque d'un malheur initial qu'il n'affronte pas et qu'il ne peut jamais affronter rationnellement ! Au début un garçon mort et à la fin de ce premier jugement un deuxième garçon mort ; deux morts et ce, au nom de la Justice ?

Le récit biblique indique en effet - à l'intérieur d'un cadre herméneutique - deux scénarios identiquement probables quant à ce qui a pu se produire avant le procès.

Examinons un premier scénario qui débute par la mort d'un nouveau-né et la substitution éventuelle du bébé vivant par le bébé mort par une des deux femmes. Dans ce scénario tout débute avec un nouveau-né qui décède soit par la « mort subite du nourrisson », soit par un « accident de couchage ». Certains mots du récit biblique indiquent, sans certitude, qu'une des mères aurait peut-être étouffé son bébé en se couchant accidentellement sur lui. Nous pouvons facilement, et avec compassion, reconstituer la scène où une de ces mères fatiguée et épuisée, se consacrant avec bonheur et amour à son fils, tombe de sommeil et l'étouffe accidentellement. Que faire devant cette catastrophe ? Une substitution de bébé ? En ligne avec ce premier scénario, la réponse est, peut-être, « oui ».

Le deuxième scénario est également probable, quoique construit à l'inverse de ce qui est suggéré dans le premier. Ce nouveau scénario évoque une différente éventualité, un autre « peut-être », également possible et envisageable, à savoir la possibilité que la mère se réveille et constate que son bébé est mort – comme dans le premier scénario – soit par une « mort subite du nourrisson », soit par « accident de couchage » et, tout comme la mère du scénario précédent, qu'elle « panique ». À partir de cela tout se joue au niveau de la psyché et dans le refus psychologique d'accepter l'évidence : la mort de son bébé. Il s'agit d'un refus, d'un déni ou d'une distorsion psychologique de cette réalité qui s'impose à cette mère et qui la convainc que cela ne peut simplement pas être réel, qu'il doit exister une autre explication, que l'autre femme a dû, en catimini, substituer un bébé mort pour alors dérober son bébé vivant à elle.

Le refus de « vérité » (de la « réalité ») est un puissant mode opératoire de la psyché pour se protéger contre l'« insupportable », « l'inexplicable », « la douleur » et également pour se construire une vérité, une réalité qui peut être acceptable pour cette même psyché, d'où la distorsion. D'où la question de savoir si la mère qui se réveille avec un bébé mort est dans un état de refoulement, de blocage ou de psychose ? Si oui, alors inévitablement nous devons conclure que le bébé vivant n'est pas à elle.

En somme, c'est à cette égale vraisemblance (et invraisemblance) des deux scénarios possibles qu'est confronté le Roi-juge Salomon. Et quand il prononce son premier jugement, à savoir de trancher, de faire passer l'enfant sous la lame, il ne fait guère de « juris prudence » dans le sens ordinaire, mais joue indûment (comme dans une théorie du jeu – nous y reviendrons) avec la symbolique d'un « droit qui tranche », pour ainsi réellement opter pour trancher à mort le nouveau-né, là où il aurait dû s'arrêter net devant l'absurde, devant l'inhumain, devant la monstruosité. Quand le premier jugement ne nous plaît en aucune façon, c'est parce que il ne répare rien, ne partage pas vraiment, ne règle en rien le

problème : le Roi-juge ruse et condamne uniquement un bébé innocent à la mort. Le premier jugement ne fait en fin de compte que doubler bêtement le malheur et ne sert que pour partager également le malheur, au détriment et au prix de la vie d'un bébé ! Pour que les deux mères puissent sortir du tribunal de Salomon égales entre elles, égales dans leur malheur et avec un bébé mort de plus à enterrer.

Or, la Justice sert-elle la mort ? La Justice sert-elle le malheur ? L'égalité est-elle autre chose que le jeu de trancher un « objet » en parts égales pour donner à « toi » et à « toi » ? Il s'agit de questions qui nous amènent logiquement à la révision de ce jugement initial, et à la prononciation d'un deuxième jugement par Salomon que nous ne jugeons guère meilleur juridiquement.

### 3. Le deuxième jugement de Salomon

Nous l'avons affirmé, il y a deux jugements : un jugement de glaive qui fait passer le nouveau-né sous la lame, et un autre qui découvre, qui choisit une « bonne mère » et dont le jugement devient final. Ce jugement final est celui dans lequel le juge-roi ordonne d'attribuer l'enfant vivant à l'une des femmes, à celle qui a montré de la compassion pour l'enfant vivant, et cela à un degré tel qu'elle renonce (dans le 1<sup>er</sup> jugement) à l'enfant plutôt que le voir se faire trancher en 2 parties égales (dans la résultante de la première interprétation du jugement). C'est cette femme que le Roi-juge considère à la fin comme étant la « mère », la vraie mère, la bonne mère et l'incarnation de ce qu'une mère doit être, à savoir, en anticipant sur notre analyse, une mère prête à sacrifier tout, même elle-même, pour un enfant. En fait, le sens de ce deuxième jugement est uniquement la déclamation : « C'est elle la mère ! ». Salomon a, par la ruse, découvert une bonne mère à qui il attribue l'enfant, le garçon vivant. Le jugement final met en valeur une pédagogie et une idéologie concernant la valeur d'une bonne mère et l'intérêt de l'enfant d'être confié à une telle femme, sans considération du lien de filiation original. Regardons de plus près ce deuxième jugement.

Nous constatons, sans surprise, que les deux sont entremêlés, et surtout qu'ils font l'objet d'une stratégie discursive dans les deux phrases qui, sur le plan narratif, précède le deuxième jugement. Pour la compréhension intégrale de ce deuxième, une incursion rapide et brève au texte biblique précité s'impose :

Partagez l'enfant vivant en deux et donnez la moitié à l'une et la moitié à l'autre". Alors la femme dont le fils était vivant s'adressa au roi, car sa pitié s'était enflammée pour son fils, et elle dit : "S'il te plaît, Monseigneur ! Qu'on lui donne l'enfant vivant, qu'on ne le tue pas !", mais celle-là disait : "Il ne sera ni à moi ni à toi, partagez !"<sup>21</sup>

En examinant attentivement ces deux phrases, nous constatons sans ambiguïté que le récit met en avant le caractère, le comportement positif et la compassion de l'une des femmes et l'absurdité de l'autre. Là où l'une s'enflamme de compassion, de pitié et d'amour, prête à renoncer à tous ces "privilèges" (comme le lui donnait le premier jugement), la deuxième de ces femmes manifeste, au contraire, de la jalousie et de la rancune, et elle n'est en conséquence nullement disposée à reculer devant les conséquences néfastes de l'ordonnance de Salomon de trancher l'enfant en deux. Les deux phrases nous révèlent une

situation artificielle créée par le Roi-juge et qui lui sert (et à lui seul) à mesurer, à établir, à révéler leurs attitudes devant le destin de cet enfant vivant, si le premier jugement était effectivement mise à exécution.

Pourtant, demandons-nous si la narration de Salomon ne met pas trop l'accent sur la bonté de la première de ces deux femmes. Son renoncement nous émeut comparé à l'obstination et à la froideur de la deuxième femme. C'est un choc affectif qui est ressenti à l'égard d'une attitude voulant que « la justice » serve la mort qui nous rebute et qui fait contraste avec « la bonne mère » qui plaide pour la vie, qui défend la vie à tout prix.

En fait, quand le Roi-juge Salomon clame « C'est elle la mère ! » à la fin de la narration, c'est parce qu'il a trouvé une bonne mère pour l'enfant et non pas LA mère du point de vue de la filiation. Par sa ruse, il a réussi à révéler celle qui répond, selon lui, au critère d'une « bonne mère » et qui donnera à l'enfant, autant que possible, une enfance équilibrée et heureuse. Il effectue en conséquence le choix d'une de ces deux femmes pour qu'elle soit la mère et il le fait dans l'intérêt de l'enfant vivant ; autrement dit il assigne le bébé à une de ces femmes parce qu'elle semble plus apte, selon lui, à être une bonne mère pour le garçon. Les critères adoptés par le Roi-juge est donc l'intérêt de l'enfant.

Suivant la narration biblique, une bonne mère serait :

1) une femme qui est là pour le bénéfice de l'enfant, prête à renoncer à tout - même à l'enfant, comme c'est le cas pour la 1<sup>re</sup> femme dans le jugement de Salomon - pour que le bonheur et la vie de l'enfant priment avant toute autre considération.

2) une femme qui montre de la compassion, de l'amour et de l'affection pour l'enfant. Autrement dit, qui ne pense pas d'abord à elle-même et ses intérêts, sinon qui est là avec bonté, bienfaisance et générosité pour laisser l'enfant s'épanouir ?

3) une femme qui vise la vie, qui fait le pari sur « le grandir » et qui sait accompagner « son » enfant pour le préparer et le guider pour la vie en société.

Une filiation biologique ne génère donc pas en soi une bonne mère.

Ainsi, narrativement, selon le jugement de Salomon, l'intérêt de l'enfant se conjugue avec la « bonne mère » (qui peut facilement être compris également sous mode de « bon père » ou un « bon foyer »). L'intérêt de l'enfant se résume comme suit, à savoir vivre et grandir :

1) dans un milieu harmonieux et équilibré, à savoir, dans un cadre stable, bienveillant et sûr - une « maison » - qui peut garantir le développement physique, psychologique et social de l'enfant.

2) auprès d'un (ou plusieurs) individu(s) qui s'implique(nt) psychologiquement, moralement, émotionnellement et pédagogiquement quant à ses besoins, ses aspirations et ses talents.

3) à partir de prémisses que ce rapport à l'enfant en tant que tel i permet et assure, en le garantissant et dans une liberté grandissante, son développement psychologique, social et humain en vue de prendre place en tant que cosociétaire dans la société.

Certes, le jugement de Salomon n'utilise pas directement ces mots, mais il use habilement de la technique narrative d'une image (de compassion versus non-compassion) où ces mots se logent logiquement. Et si le critère de bonne mère a du sens et si l'intérêt de l'enfant est pris en considération par Salomon, ce qui pour nous ne fait guère de doute, à ce

moment les deux critères de « bonne mère » et de « l'intérêt de l'enfant » se conjuguent téléologiquement comme une interrogation : « qu'est-ce que l'intérêt de l'enfant dans ce cas » ? Certainement pas de grandir et de vivre avec une femme acariâtre et troublée psychologiquement qui, peut-être -- nous n'avons aucune certitude là-dessus - l'a engendré. Quand, le Roi-juge s'exclame « C'est elle la mère ! », il ne fait que de choisir une femme pour l'enfant et il le fait clairement avec l'objectif de lui donner une bonne mère qui veillera sur lui et qui assurera son intérêt avant tout.

Lu de cette façon, c'est l'intérêt de l'enfant qui permet et qui justifie le deuxième jugement, dans le degré que les réactions, suite au premier jugement de Salomon de trancher l'enfant ont révélé les caractères et les attitudes des femmes de même que leur moralité. Et surtout, Salomon est ici instigateur d'une image-critère prête à faire fortune dans la culture juridique occidentale qui maintenant, depuis *grosso modo* 2 000 ans, insiste sur « l'intérêt de l'enfant ». Le jugement de Salomon a simplement mis en vigueur la « législation légendaire » (et biblique) qui a engendré la législation réelle et positive ! Symboliquement, la primauté que la culture occidentale accorde à « l'intérêt de l'enfant » tire son origine du jugement de Salomon et de notre acceptation de cette sagesse présumée de justice et de « droit ».

Or, c'est justement au niveau du « droit » qu'il y a ici un problème et de premier ordre ! Car vu à partir du droit, le Roi-juge n'a pas vraiment jugé l'affaire, puisqu'il n'a pas tranché la question de savoir qui est la mère ayant enfanté l'enfant vivant. Il a plutôt agi à sa propre guise : il a accordé l'enfant à une des femmes en adoptant une logique d'adoption et l'a fait en vue de trouver un bon foyer, une « bonne mère », pour un enfant. Il a clairement fait le choix de placer l'enfant chez l'une des deux femmes en ne se basant pas sur leurs requêtes, mais en agissant en tant qu'agent d'adoption cherchant à placer un enfant dans les meilleures conditions possibles. C'est en conséquence bien un choix de placement, un choix d'attribution, une logique d'adoption<sup>22</sup>.

En droit, l'adoption n'est en fait que cela, à savoir faire le choix d'une personne pour élever un enfant. Le « C'est elle la mère ! » se révèle dans ce cas en tant que création d'une filiation fictive, une filiation d'adoption que le Roi-juge invente en vue d'attribuer l'enfant à la bonne mère de son choix. Or, répétons-le, les deux femmes ne se sont pas présentées devant le Roi-juge pour cela, pour une logique d'adoption, leurs requêtes étaient bien différentes.

Si nous avons raison, ne serait-ce qu'en partie, le jugement de Salomon nous révèle en fin de compte une logique de l'adoption avant les lettres, où la question ne sera que de déplacer l'enfant et de le faire d'une façon adéquate et rationnelle. Mais là aussi se pose la question de savoir si le Roi-juge a vraiment, au-delà de la symbolique de la « bonne mère », trouvé un « bon foyer », une « famille » ou une « maison » pour le nourrisson. A-t-il fait le bon choix ? A-t-il véritablement examiné les alternatives ? Dans une logique d'adoption, il aurait dû chercher plus loin et se poser certaines questions.

Le fait est qu'il donne le nourrisson à une prostituée pour être élevé dans un lupanar (ou « bordel », « maison de désordre », ou « maison de débauche »), un milieu de prostitution, faisant ainsi en sorte que « le mode de vie de la prostitution » lui colle à la peau pour le restant de sa vie et restreigne ses options de vie considérablement. Si le nourrisson avait été une fille, le jugement de Salomon aurait eu comme effet de condamner

cette fille au métier de sa mère dans un pourcentage frôlant le 100%. Comme il s'agit d'un garçon, il deviendra peut-être le prochain gérant de ce lupanar, de sa mère (et d'autres pensionnaires probablement aussi)<sup>23</sup>. Le Roi-juge Salomon a-t-il adéquatement pris en considération la vie qu'aura le nourrisson dans un lupanar ? A-t-il choisi, avec prudence, la bonne personne pour le nourrisson ?

Car il avait des choix ! Il n'était pas, dans un cas d'adoption, restreint aux deux prostituées qui se chicanaien le bébé. Il avait le choix en tant que magistrat de la Cité (au-delà donc de sa charge en tant que Roi-juge de se restreindre à ne juger que les requêtes formulées par les justifiées et de ne jamais excéder son mandat) de donner le bébé en adoption à quelqu'un d'autre. Et il y avait certainement, et sans aucun doute, d'autres femmes et d'autres familles qui, avec plaisir et gratitude, auraient pu offrir à ce nourrisson un cadre de vie plus adéquat et meilleur. Pourquoi pas une couple sans enfant ? Ou n'ayant que des filles ? Ce qu'il faut retenir c'est que le Roi-juge, en optant pour une logique d'adoption, aurait pu chercher une famille conventionnellement plus apte pour l'élever socialement et moralement.

Et ce deuxième jugement, comment maintenant le juger à son tour ? Il nous plaît en effet par son insistance sur l'intérêt de l'enfant et sa logique d'adoption, mais nous déplaît au niveau procédural.

#### 4. Réflexions critiques sur la narration salomonienne

Développons davantage, à partir de la pensée juridique, les raisons pour lesquelles nous considérons « le jugement salomonien » (dans ces deux étapes), problématique. Si personne ne peut, en soi, se révolter contre le résultat – l'octroi de la garde d'un enfant à une femme qui semble bien disposée à son égard -, le ver est, hélas, déjà dans la « pomme », à savoir dans un procès qui relève plus d'une théorie du jeu que d'un procès juste et équitable. C'est un procès où seul compte l'acceptabilité du résultat et ceci au détriment de l'autonomie des justifiées et de la façon d'arriver avec clarté, équité et raison, à un résultat qui ne repose que sur les ressources même d'un « droit procédural ». Avec anachronisme, le jugement de Salomon nous révèle davantage « une théorie du jeu »<sup>24</sup> qu'une pratique judiciaire saine, équitable et non manipulable. Si le résultat est « équitable » parce qu'il nous plaît, la façon d'arriver à ce résultat peut-elle être injuste et inéquitable et ainsi porter ombrage au résultat ? Voilà ce sur quoi il convient maintenant d'éclairer davantage.

Le problème de fond est l'exigence d'un « procès juste et équitable », ou en anglais : « *due process* »<sup>25</sup>, et le constat que le jugement de Salomon ne le respecte pas vraiment. Il s'agit d'un procès qui se base trop sur le terrain de l'interprétation, incertaine, des actes comportementaux intervenus dans la salle d'audience *post factum* et sur ce que les acteurs, par leurs stratégies les uns à l'égard des autres, souhaitent 'faire voir' à ce moment précis par leur comportement 'en situation'.

D'abord, abordons brièvement la question du « procès juste et équitable »<sup>26</sup> Voilà la question de fond qu'il faut envisager et surtout parce qu'il n'y a ici guère de réponse facile à donner que ce soit sous la forme d'un « substantif de représentation » ou

d'une « fondation normative ». Il faut comprendre, par un « procès juste et équitable », l'exigence d'une évaluation concrète et pratique « en droit », pour ainsi savoir à quel degré elle a pu être atteinte ou si elle a été « troublée », « déviée » ou « niée », et comment cela a pu se produire. En tant qu'exigence procédurale, un « procès juste et équitable » se réalise (où se nie), s'évalue mathématiquement, entre 100 % et 0%. Ici, dans le jugement de Salomon, avec un procès qui consiste à évaluer le comportement des deux femmes dans la salle d'audience, nous avons clairement un problème entre l'autonomie des justiciables (tel que nous le révèle la requête, à savoir de trouver qui est la mère naturelle) et l'hétéronomie du rôle de juge qui cherche, quant à lui, à trouver une bonne mère pour l'enfant ou encore qui agit dans un logique d'adoption. Un des principes d'un « procès juste et équitable » est indéniablement que les justiciables disposent en toute autonomie de l'objet de leur controverse, qu'ils ont le droit de s'exprimer et d'être entendus, car c'est en général l'unique raison pour eux de s'adresser au système judiciaire au lieu de trouver une solution en privé<sup>27</sup>.

Retenons que l'exigence d'un « procès juste et équitable » se réfère en principe au déroulement d'un procès judiciaire devant un « tiers invité »<sup>28</sup> neutre et objectif. En incluant dans l'évaluation ce qui se rattache à ce procès avant et après et tout ce qui est en lien avec cette évaluation, et en évaluant également la capacité des cosociétaires à présenter adéquatement et ouvertement leurs « divergences », qu'il s'agisse de leurs différents « privés » ou à l'égard des institutions supra-individuelles (surtout l'État et le gouvernement).

Un procès « juste et équitable » s'évalue et se comprend donc clairement par ses antinomies : par le refus de « représentation » et de « publication », par le refus de la liberté de parole et d'épreuve, par l'arbitraire, par la discrimination et l'ostracisme, par la corruption, par des « influences extrajudiciaires » ou encore des « juges sous influence », par l'incompétence, par « l'iniquité » et « l'injustice » et ainsi de suite; bref par un déni de justice. Un procès juste et équitable s'évalue aussi, pour le pire ou le meilleur, par le degré de succès qu'auront les parties d'un procès – jugé exclusivement donc à partir d'elles (et jamais *in abstracto*) – à présenter et « officialiser » leurs requêtes sans crainte, sans discrimination et avec une « liberté judiciaire » à leur mesure (ce qui peut donc être modéré par un régime de « droit » procédural public, officiel et publié).

A ceci s'ajoute surtout la nécessité de mesurer en pratique, comment les parties ont pu présenter des preuves en soutien de leurs allégations, comment elles ont pu se défendre et contester les allégations de l'autre partie, et ainsi de suite. L'exigence d'un « procès juste et équitable » s'évalue de ce fait uniquement et exclusivement à partir des cosociétaires et le fait est que le juge se désigne comme étant la source première d'une atteinte à l'exigence d'un « procès juste et équitable »<sup>29</sup>. Le juge peut, avec un néologisme, être la source d'un « judiciairicide » (c.-à-d. d'un résultat procéduralement « injuste et inéquitable »). Il suffit qu'il roupille, s'assoupisse pendant le procès, qu'il divague, qu'il soit sous influence de l'alcool ou de stupéfiants, qu'il ait des préjugés, qu'il soit incompétent ou que le cas ne l'intéresse pas, et ainsi de suite !



Les textes législatifs de procédure (civile, pénale, administrative, et autre) existent en conséquence avec l'objectif (pour les parties) de maîtriser publiquement le juge et n'ont donc guère d'autres intérêt que de contrôler le juge pour le forcer à agir avec diligence et surtout s'assurer qu'il ne succombe pas à ses penchants adamiques. Pour le dire avec toute franchise, le juge est - autant à l'époque du Roi-juge Salomon qu'aujourd'hui avec nos Juge-rois contemporains - la première et la plus grande menace au procès juste et équitable et, conséquemment, pour un droit de qualité. Il est constamment surprenant d'observer comment un juge peut, à tout moment, faire déraiper un procès.

Pourquoi alors à partir des critères émis par les acteurs qui plaident, le jugement de Salomon n'est-il ni juste et ni équitable, mais « déraisonnable » ?

La réponse à notre question est candidement que le Roi-juge voit et évalue clairement des comportements et non pas des prétentions et des éléments de preuve ! Il voit les individus devant lui, il les examine, il les scrute et il fait le choix d'une personne au détriment de l'autre. C'est de ce fait une justice de maître, une justice d'en haut et une justice qui juge les individus par leur comportement, par leur interaction langagière avec le juge. À partir du moment où le Roi-juge met en parenthèse le sens de la requête des parties – à savoir la question de savoir qui est la mère naturelle – il n'y a plus de véritable objet de controverse pour laquelle les mots peuvent servir d'« argument » et surtout il y a une substitution d'objet qui, subitement, ne se désigne que comme la question de savoir qui sera la bonne mère pour l'enfant. À partir de ce moment, les mots n'ont donc plus de sens et la stratégie du Roi-juge est de trouver une bonne mère pour l'enfant vivant. Il s'établit de la sorte une justice où l'individu juge l'individu, une justice où celui qui parle le langage qui plait à l'oreille gagne, une justice où la gangrène du « politiquement et moralement correct » - avant l'heure – a déjà triomphé.

En fait, le problème du jugement de Salomon est que tout est placé au niveau « comportemental ». Ce qui est véritablement jugé par le Roi-juge Salomon est en fin de compte le comportement de ces deux femmes, c'est cela qu'il voit, c'est aussi cela qu'il entend. Et s'il y a effectivement lieu d'avoir de la compassion pour les deux femmes et pour leurs détresses, le Roi-juge fait un faux pas juridique (et judiciaire) lorsqu'il croit que les apparences ou encore les stratégies « comportementales » de l'une et l'autre des parties représentent une base solide et irréprochable pour son jugement.

Cela se constate aisément si nous réinvestissons à nouveau la narration du « jugement de Salomon » maintenant en tant que jeu et stratégies comportementales (dans la perspective d'une théorie des jeux). Il faut revenir au trauma psychologique qu'il crée artificiellement en vue d'évaluer la capacité de chaque femme d'être et d'agir dans le rôle de « bonne mère ». Et il faut surtout mettre un bémol quant à l'évaluation de ce qui se produit au niveau comportemental des protagonistes, car le danger est que Salomon puisse à son tour facilement être manipulé par une femme qui jouera le jeu mieux que lui.

En fait, la première femme, celle à qui Salomon attribuera l'enfant, celle qui montre amour et compassion, est peut-être une meilleure joueuse que le Roi-juge. Il se peut qu'elle ait tout de suite compris le jeu de Salomon et qu'elle ait agi en conséquence et avec plus d'habileté. Elle a, peut-être, tout de suite avec son langage corporel, avec son attitude, sa posture, ses gestes et ses mots, mis l'autre femme en hargne (sachant

parfaitement comment provoquer l'autre femme et sachant aussi comment cela la désavantagera) ; elle a peut-être, tout de suite su comment séduire le Roi-juge et utiliser des mots mielleux pour répondre aux critères d'une bonne mère. Elle a peut-être instamment et dès le début su comment tourner le « jeu » à son avantage en étant consciente qu'elle participait à un tel jeu.

Relu de cette façon, c'est autant une fragilité qu'une force psychologique que nous rencontrons chez les deux femmes. Par conséquent, le niveau comportemental est de ce fait soumis à la psychologie de chaque individu, chaque femme et est en soi un mauvais guide judiciaire. Imaginons (dans cette lignée herméneutique) que « la mauvaise mère » (selon l'appréciation de Salomon) ne puisse pas se gérer adéquatement (et stratégiquement) au niveau comportemental puisqu'elle est en crise (alors que normalement elle est considérée comme étant la femme la plus gentille et aimable sur la terre, surtout avec les enfants). En état de crise, elle aurait pu énoncer des phrases choquantes, faire preuve de jalousie, de hargne, de colère, de haine, de ressentiment sans pour autant que les mots correspondent à son caractère habituel. Imaginons que son adversaire le sache et qu'elle sache également comment jouer sur cette psyché pour ainsi, par des gestes et des mots, la pousser vers l'abîme.

Et imaginons, réciproquement (et dans la même perspective herméneutique), que la « bonne mère » (selon l'appréciation de Salomon) avait un don inouï pour les subterfuges, pour la duplicité et l'hypocrisie et savait parfaitement dissimuler ses vrais sentiments (et le fait de son égoïsme, son narcissisme et son insensibilité à l'égard des autres, surtout des enfants). Une telle femme aurait facilement pu s'apercevoir que Salomon étaient un « joueur dans un jeu » et avec une facilité égale dire qu'elle jouera plus fin que lui.

D'où la question légitime de savoir si la « bonne mère » aurait pu disséquer la stratégie de ruse de Salomon pour la retourner contre lui ! Il fallait en fin de compte jouer son jeu à lui avec un peu plus d'habileté, faire en apparence ce qu'il s'attendait à voir et surtout prononcer les mots qui lui plairaient. Tout cela est plus facile pour une personne qui sait qu'elle joue la comédie, un rôle dans une « théorie du jeu ». Et pour gagner avec éclat, elle pouvait provoquer l'autre femme pour la faire passer pour la « mauvaise mère » et l'inciter à faire et à dire des choses épouvantables. Car répétons-le, le Roi-juge semble inconscient, tel qu'en fait foi la narration biblique, qu'une « théorie du jeu » puisse se jouer à deux et qu'une personne qui ne sait pas que l'autre joue mieux qu'elle, risque inéluctablement de « perdre ».

Mais, dans cette situation, aurait-elle pu également substituer le bébé ? Échanger le bébé mort contre le vivant ? Nous ne le savons pas ! Nous ne le saurons jamais ! En-dehors du fait que la narration salomonienne commence avec la mort d'un nouveau-né et l'image d'un drame existentiel, nous n'avons guère, réaffirmons-le, de certitude, nous n'avons rien pour appuyer un jugement raisonnable dans un sens ni dans l'autre. Nous n'avons que la narration biblique et l'image d'une justice qui peut paraître problématique dans notre perspective herméneutique, car si le Roi-juge a voulu agir dans une « théorie du jeu » il n'y a aucune garantie, surtout pas procédurale, que le résultat soit vraiment « juste » ou « équitable » puisque, répétons-le, dans un « jeu » c'est le (ou la) plus habile qui gagne.

## 5. Conclusion

Nous avouons que nous aimons « le jugement de Salomon » et que nos critiques en ce qui concerne son sens juridique (et judiciaire) n'ont guère pour but de porter ombrage à la beauté narrative de ce récit ou de nuire d'une quelconque façon à sa valeur culturelle et morale (pour ne rien dire de son sens théologique). C'est un récit édifiant qui s'adresse directement à notre cœur, comme le font habituellement et avec génie la plupart des récits bibliques. Ils sont là pour éveiller notre esprit et pour nous mettre en garde contre le dogmatisme qui menace notre morale, notre sensibilité et nos engagements envers autrui et envers le monde. Et surtout pour nous rappeler, si besoin est, que les « cœurs en pierre » ne battent pas et surtout risquent à tout moment de se casser dans et par leur rigidité et leur raideur !

Retenons que les narrations bibliques réitèrent en règle générale le cri de l'affliction, de l'individu qui croule sous l'oppression et la discrimination, de l'individu qui, tel Job<sup>30</sup> soumis aux forces de l'hétérogénéité, cherche à se lever pour marcher dans un monde qui aime en fin de compte davantage les dos courbés et la soumission que les gens qui se tiennent debout. Le jugement de Salomon est de cette trempe-là, telle une pièce à conviction qui rétorque à l'homme : « Certes es-tu fait à l'image de Dieu, mais de quoi es-tu fait, de quelle matière, de quelle animalité, de quelle humanité ? »

Le jugement de Salomon est aussi un chant. C'est un moment de conscience et de réflexion en poésie chantée. Un moment où la conscience prend acte qu'elle ne peut rien à l'égard du réel, sinon entrer en action pour le changer, pour le prendre en charge et surtout pour imposer une responsabilité à l'égard de celui qui a besoin d'une main charitable et bienveillante comme soutien et protection dans un monde injuste et sans merci. Voilà que les mots, la tonalité, la musique, la chanson que nous a donnés Georg Friedrich Haendel<sup>31</sup> nous viennent à l'esprit. Nous écoutons Salomon, le serviteur, les protagonistes et nous nous remémorons, sous le mode d'une *mimésis* (un *mêlée* grec)<sup>32</sup>, encore une fois ce jugement. C'est comme si nous étions là, dans une splendide salle d'opéra où se joue avec *maestria* la pièce si magnifique, de Georg Friedrich Haendel, intitulé Salomon<sup>33</sup>. Et nous voilà en train de chanter, à notre façon, à haute voix ce si bel *oratorio* :

### « Scène II - Les précédents, et un serviteur

*Le serviteur*

Mon Seigneur suzerain, deux femmes sont là  
Qui implore l'ordre du Roi  
De les faire toutes deux entrer. L'une d'elles,  
en larmes,  
porte un enfant nouveau-né ;

L'autre, farouche, débordant de menaces,  
Raconte son histoire à la foule ;  
Ainsi crie-t-elle à l'assemblée :  
« Prenons conseil du Roi, il redressera nos  
torts. »

*Salomon*

Faites-les entrer sur le champ ; car étant  
monté sur le trône,  
Nos heures ne sont plus à nous, mais toutes  
à notre peuple.

### **Scène III**

#### **Les précédents et deux prostituées**

*Première prostituée*

Ô toi, fils de David, écoute la plainte d'une mère ;  
Et laisse la voix de la justice apporter réparation.  
Mes entrailles ont conçu ce petit enfant,  
J'ai reçu avec joie le poupon souriant.  
Cette femme elle aussi a porté un fils,  
Mais le fil de sa vie fut trop vite coupé :  
Nous habitons ensemble la même maison ;  
Mais une fois, la malheureuse, comme je dormais,  
Se glissa à minuit là où je reposais,  
Enleva mon doux trésor de mes bras,  
Et laissa derrière elle son enfant, paquet d'argile  
inerte ;  
Et maintenant, oh impie ! Elle ose réclamer  
Le nom de mère, droit qui seul me revient.

**Trio**

*Première prostituée*

Les mots sont trop faibles pour peindre mes  
craintes ;  
L'angoisse de l'émotion, les sanglots,  
plaideront bien mieux la cause d'une mère.  
Devant ton trône, ô Roi, je m'incline,  
Ma cause est juste, sois-moi bienveillant.

*Seconde prostituée*

Toute cette histoire attendrissante est fausse.

*Salomon*

La justice retient sa balance prête.

*Seconde prostituée*

Sois juste, alors, et respecte la loi.

*Première prostituée*

Les mots sont trop faibles pour peindre mes  
craintes, etc.

*Salomon*

Et l'autre, que dit-elle de l'accusation qui lui  
est imputée ?  
Parle à ton tour, raconte-nous tes maux en  
détail.

*Seconde prostituée*

Ma langue ne sait pas vernir la vérité,  
Ni donner de belles couleurs à ce qui est hideux.  
Cet enfant est le mien, les entrailles de la terre  
Est le tombeau qui cache la naissance de son petit.  
Donne-moi mon enfant, le sourire de mon  
petit garçon  
Pour que la joie du nouveau-né réjouisse  
ma poitrine.

*Salomon*

Maintenant femmes, écoutez-moi et respectez  
le Roi  
Qui, de son trône, prononce comme il suit la  
juste sentence :  
Chacune revendique de même, que toutes  
deux partagent le même sort ;

Coupez l'enfant en deux, ainsi chacune  
emportera sa part.  
Vite, apporter le glaive, et frapper l'enfant,  
Finies les vociférations pour la dispute de vos  
droits.

*Seconde prostituée*

Ta sentence, grand Roi,  
Est prudente et sage,  
Et mes espérances volent à tire-d'aile  
Vers la consolation.  
Satisfaite, j'entends  
Et j'approuve ce décret :  
Car du moins c'est à toi  
Que j'arracherai l'enfant aimé.

*Première prostituée*

Arrête, arrête la main du bourreau !  
Révoque, ô Roi, ta sévère sentence.  
Puis-je voir mon enfant égorgé  
D'une cruelle épée impitoyable ?  
Puis-je le voir exhaler son souffle  
En souriant à la main de la mort ?  
Et voir des flots de pourpre  
Couler de ses tendres flancs ?  
Plutôt tromper mes espoirs,  
Prenez-le tout entier, mais épargnez mon enfant.

*Salomon*

Israël, sois attentif aux paroles de ton Roi :  
Ne crois pas que j'ai eu l'intention de tuer  
l'innocent.  
La sévère décision devait dépister habilement  
Les secrets détours du cœur humain.  
Celle qui put supporter d'entendre le cruel  
décret,  
sans pousser un soupir, ni répandre une  
pieuse larme,  
Ne peut qu'être étrangère au nom de mère -

Hors de ma vue, ne te presse pas de réclamer  
à nouveau !  
Mais toi, dont les alarmes attestent l'amour  
d'une mère,  
reçois-le, et serre-le sur ton cœur battant :  
C'est à toi, en toute justice, que l'enfant revient,  
Puisses-tu ne plus jamais le perdre de tes bras.

**Duo**

*Première prostituée*

Trois fois béni soit le Roi, car il est bon  
comme il est sage.

*Salomon*

Toutes ces vertus sont le don du Seigneur...

*Première prostituée*

La gratitude fait couler de mes yeux des  
Flots de pleurs.

*Salomon*

Que ton action de grâce se tourne vers le ciel.  
C'est Dieu qui récompense, et il lui plaît de  
relever de la poussière  
Celui qu'a voulu briser le bras de l'opresseur.

*Première prostituée*

Qu'ils sont heureux, ceux qui mettent en  
Dieu leur confiance !

*Salomon*

Car sa miséricorde durera d'âge en âge.

*Chœur des Israélites*

De l'est à l'ouest  
Qui y a-t-il d'aussi sage que Salomon ?  
Qui est béni comme le Roi d'Israël,  
Qui est aussi digne du trône ?

*Zadok*

Chaque veille fait naître la louange  
Des mérites de ce roi bienheureux,  
Chez qui la vaillance du caractère  
Accompagne la bonté de l'esprit.  
Vois donc sur les bords du Jourdain,  
Avec fier branchage,  
Fleuri des attraits du printemps,  
Ce palmier haut dressé,  
À qui nul autre ne fait ombrage  
Et qui clame sa majesté.  
Premier des rois mortels, et le  
Plus sage d'entre les sages.

*Première prostituée*

Plus jamais des troupes armées ne viendront  
détruire nos espoirs,  
La paix étend ses ailes, et déverse toutes joies.  
Sous la vigne, à l'ombre des figuiers,  
Chaque berger chante la vierge  
Qui a trahi son cœur simple  
Sur une mélodie champêtre.  
Tandis qu'il se lamente de ses tourments,  
Tout alentour, les jeunes bergers du village  
Surprennent sa chanson et, ressentant sa peine,  
Mêlent les soupirs au plaisir.  
Sous la vigne, à l'ombre des figuiers, etc.

*Chœur des prêtres*

Acclame, chœur entier, acclame la gloire de  
Salomon,  
Vous, poètes, rapportez comment il fut l'orgueil  
de notre temps.  
Que coulent doucement les vers pour rappeler  
son nom,  
Et que toutes les nations élèvent leur voix  
pour chanter sa renommée.  
Acclame, chœur entier, etc. »<sup>34</sup>



C'est beau ! Et, si jouer avec diligence et chanter avec verve, écouter Salomon de Georg Friedrich Haendel procure instantanément un moment imminent de plaisir et de beauté, et tant pis pour les ennemis de la culture ! Celui qui, ne soit-il qu'une fois dans sa vie, a eu le plaisir et le bonheur d'assister à un concert de Haendel et de son *Salomon* ne n'oubliera jamais ! Il (ou elle) sera sans doute plutôt saisi, ravi, par l'esthétique d'une tonalité qui enrobe son âme et qui le prend en entier pour l'élever, autant que possible, vers le haut, vers un monde où la musique apaise l'esprit pour mieux enrichir le cœur.

L'intrigue judiciaire de ce jugement, sera aussi éternel et indépassable ! Impossible de résoudre par un coup de baguette magique la différence entre un jugement d'amour et de sagesse et un jugement judiciaire moderne ; impossible d'opérationnaliser un concept de justice substantialisé par les philosophes modernes – de Hobbes à Rawls – et le concept d'un procès juste et équitable au profit exclusif d'un droit à faire. Notre propre atavisme se retrouve sous-jacent, notre désir si freudien de retourner vers notre enfance et d'écouter le jugement de notre mère ou encore le Juge-Herculéen (à la façon de Ronald Dworkin, qui en amour et en principe nous juge et nous aime tout à la fois). C'est une image atavique, mais une image de l'état de notre contemporanéité et de notre désir irrésistible d'une « lutte pour la reconnaissance » et la célébration d'un jugement moral d'hétérogénéité.

Quant à nous, un jugement moral dans le domaine de droit nous laisse plutôt froid. Droit et vérité, ou encore droit et amour, sont comme feu et eau, il faut choisir l'un ou l'autre, et se satisfaire de son choix. Le droit ne dit simplement jamais la vérité et n'exprime en rien l'amour, mais juge en clarté à partir des preuves soumises à l'attention des pairs qui sont là pour juger. Le jugement moral, importé comme modèle pour le « droit » est plus que problématique parce qu'il nous séduit, nous aveugle (même quand nous croyons voir « clair » et « en pleine vue »), là où la sobriété du droit et surtout d'un procès juste et équitable à tout l'avantage d'être privilégié, ne soit-il que pour nous sauver de nous-mêmes.

---

\* Professeur à l'Université Laval, Québec ; bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca.

<sup>1</sup> *La Sainte Bible*, Livres des Rois, 1 Rois 3, 16 -28. Nous utilisons : *La Bible*, traduction TOB, Montréal, Société Biblique Canadienne ; Paris, Cerf, 1988, page 388 – 389.

<sup>2</sup> L'expression « jugement salomonique » est aussi en usage.

<sup>3</sup> Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Paris, Minuit, 1967 ; idem, *L'écriture et La Différence*, Paris, Seuil, 1967 ; idem, *La dissémination*, Paris, Seuil, 1972. Voir également Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979 ; id, *Le postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, Galilée, 1988 ; id, *Moralités postmodernes*, Paris, Galilée, 1993. Pour une critique, voir, Bjarne Melkevik, « Postmodernisme, droit et « adieu à la raison ». Critique de la conception postmoderne du droit », dans idem, *Philosophie du droit. Volume 1*, Québec-Saint Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p 155 – 171.

<sup>4</sup> Voir Jean-Marc Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, Genova (Italie), Studio Editoriale di Culturi, coll. Biblioteca de filosofia oggi no 1, 1989 ; idem, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux, Éditions Bière, coll. Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit no 3, 1990.

- <sup>5</sup> Les philosophies (ou des constructions idéologiques politiques) connues comme « théologie politique » date de l'époque moderne et début principalement avec (et à l'intérieur de) l'absolutisme politique, juridique et constitutionnel dans le 16<sup>e</sup> siècle. Des penseurs comme Jean Bodin, Jacques-Bénigne Bossuet, Thomas Hobbes, Robert Palmer, etc., exemplifient le courant de « théologie politique ». Il ne faut pourtant pas et en aucune façon identifiée la « théologie politique » avec l'absolutisme, car des penseurs des Lumières comme Jean-Jacques Rousseau et plus contemporaine, le constitutionnaliste Carl Schmitt, pour ne mentionner qu'eux, le représente également. Sur la question, voir Éric Voegelin, *Les Religions politiques*, Paris, Le Cerf, 1994, et, idem, *La Nouvelle Science du politique*, Paris, Le Seuil, 2000. Aujourd'hui, c'est en fait l'œuvre de Carl Schmitt, et ses reprises scripturaires de droite et de gauche (Giorgio Agamben, Michael Hardt, Antonio Negri, Etienne Balibar, Danilo Zolo, etc.), qui symbolisent le mieux le courant « théologie politique » contemporain. Pour une critique du schmittisme de gauche, voir Bjarne Melkevik, « L'abîme et « l'exception » : Schmitt, Agamben et le schmittisme », dans, idem, *Philosophie du droit. Volume 2*, Québec-Saint Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2014, coll. Diké, p 69 – 97.
- <sup>6</sup> Voir, par exemple, Martha Nussbaum, *L'art d'être juste : L'imagination littéraire et la vie publique*, Paris, Climats, 2015.
- <sup>7</sup> Sur la conception de « modernité juridique », voir Bjarne Melkevik, *Philosophie du droit. Volume 1 et volume 2*, Québec-Saint-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010 et 2014.
- <sup>8</sup> La position est défendue par l'orthodoxie juive ; voir Yakov M. Rabkin, *Au nom de la Torah. Une histoire de l'opposition juive au sionisme*, Québec-St. Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2004.
- <sup>9</sup> Le Galilée est aujourd'hui la région la plus nordique de l'État d'Israël. Le Galilée historique et biblique semble pourtant englober des parties de Liban, Syrie et Jordanie actuels.
- <sup>10</sup> Aussi connu en tant que « Cantique des cantiques » (ou Cantiques de Salomon) ; voir la Sainte Bible, Chant de Salomon, 5 : 1 – 16. La version reconnue des chants date de 3<sup>es</sup> siècles av. J.- C. et ne doivent être qu'une compilation de « chant » attribué, selon la tradition, à Salomon, quoique cette attribution ne fasse pas de Salomon du vrai poète des chants. La plupart des chercheurs estiment aujourd'hui que l'auteur véritable est inconnu et que le « Salomon historique » n'a en aucune façon écrit des chants. En ce qui concerne spécifiquement le « Cantique des cantiques », ce chant poétique raconte l'amour indéfectible d'une jeune Shoulamnite (c.-à-d. habitant d'un village ainsi nommé situé proche de la Vallée de Jezréel en Galilée) envers un berger, et les efforts infructueux du « Roi Salomon » (sic) visant à conquérir l'amour (et surtout le corps) de la jeune fille. Les chants sont archiconnus pour leurs connotations érotiques et charnelles.
- <sup>11</sup> Voir, Israël Finkelstein et Neil Asher Silberman, *La Bible dévoilée : les nouvelles révélations de l'archéologie*, Paris, Bayard, 2002 ; Israël Finkelstein et Neil Asher Silberman, *Les Rois sacrés de la Bible : à la recherche de David et Salomon*, Paris, Bayard, 2006 ; Israël Finkelstein, *Un archéologue au pays de la Bible*, Paris, Bayard, 2008. Également Amihai Mazar, « The Search for David and Solomon : An Archeological Perspective », dans Israël Finkelstein et Amihai Mazar, sous la direction de Brian B. Schmidt, *The Quest for the Historical Israël. Debating Archeology and the History of Early Israel*, Atlanta, Society of Biblical Literature, 2007.
- <sup>12</sup> Observons qu'autant le roi David que le roi Salomon « a négocié » avec des religions païennes, et selon le Torah Salomon a renié la religion juive.
- <sup>13</sup> « *La Bible. Traduction intégrale Hébreu-Français* », traduite du texte original par les membres du Rabbinat Français sous la direction du Grand-Rabbin Zadoc Kahn, Tel-Aviv (Israël), Éditions Sinai, édition nouvelle de 1994, page 635 – 636 (1 Rois / Melakhim 3, 16 -28). Sur le « cas » de Salomon à l'intérieur du judaïsme et les textes vétérotestamentaire, voir Jean Koulagua, « *Salomon, de l'histoire deutéronomiste à Flavius Josèphe. Problèmes textuels et enjeux historiographiques* », Paris, Éditions Publibook, 2009.

- <sup>14</sup> *La Sainte Bible*, Livre des Rois, R 1, 3, 16 – 28 ; *La Bible*, traduction TOB, Montréal, Société Biblique Canadienne ; Paris, Cerf, 1988, page 388 - 389.
- <sup>15</sup> Par la suite, nous insisterons sur la version chrétienne et sur la Bible chrétienne, tant qu'il s'agit indubitablement de la version la plus connue et normalement – hors Israël – la référence commune pour citer et se référer au jugement de Salomon.
- <sup>16</sup> La relation entre le Nouveau Testament et l'Ancien Testament, et surtout le rôle à attribuer aux textes vétértestamentaires fut très controversé au début du christianisme (et le reste d'ailleurs même aujourd'hui). La crise provoquait par Marcion de Sinope (85 – 160 ap. J.C) et par le marcionisme dans le 2<sup>e</sup> siècle témoigne de cette controverse (cf. Harnack, Adolf von, *Marcion. L'Évangile du Dieu étranger. Contribution à l'histoire de l'Église catholique*, (org. 1924), Paris, Ed. Cerf, 2003).
- <sup>17</sup> Le concile de Nicée en l'an 325 est considéré comme le point culminant dans ce processus. Différents conciles comme celle de Laodicée en 363 apr. J.-C., d'Hippone en 393, de Carthage en 397 et 419, et plusieurs d'autres, donnent explicitement de légitimité à l'Ancien Testament en tant que « canon religieux », c'est-à-dire « faisant autorité » également pour un chrétien. Cette insistance sur le « faisant autorité » établissait ainsi un rôle secondaire pour l'Ancien Testament à l'égard du Nouveau Testament sans le dire explicitement. Retient qu'il a toujours existait dans le protestantisme des courants qui ont niés – plus ou moins ouvertement – tout rôle, même secondaire, à l'Ancien Testament et qui a souhaité une Bible épurée et établit exclusivement sur les Évangiles.
- <sup>18</sup> Cf. Paul Veyne, *Quand notre monde est devenu chrétien (312-394)*, Paris, Albin Michel, coll. Bibliothèque Idées, 2007.
- <sup>19</sup> *La Bible*, traduction TOB, Montréal, Société Biblique Canadienne ; Paris, Cerf, 1988, page 388.
- <sup>20</sup> Rappelant les enseignements et préceptes de la « droit-justice » telle que rapportait par les *Corpus Juris Civilis* daté de 529-534 ap. J.-C.
- 1). « *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* » (La justice est la volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû. La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines, et la science de discerner ce qui est juste de ce qui est injuste).
- 2). « *Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* » (Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, de ne faire tort à personne, et de rendre à chacun ce qui lui est dû.)
- Cf. Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, 1975.
- <sup>21</sup> *La Bible*, traduction TOB, Montréal, Société Biblique Canadienne ; Paris, Cerf, 1988, page 388.
- <sup>22</sup> Notons que l'adoption n'existait pas dans la « loi juive » historique – donc dans l'époque de Salomon – et dans un sens « légal » ou « institutionnel ». Ce qui existait historiquement c'était « une prise en charge » de l'orphelin. « Adoption » dans le sens légal et institutionnel (à savoir devenir fils et fille dans le sens d'une filiation légitime) trouve son origine dans le jus quiritium et le droit romain antique.
- <sup>23</sup> Des considérations légitimes vu la connaissance de la vie 1.000 avant J.-C. «Le milieu de la prostitution » était un mode de vie, mais aussi une « classe » et une « condition » dont on ne sortait pas facilement. Cf. Jennie Ebeling, *Vies des femmes aux temps bibliques*, Paris, Cerf, collection Lire la Bible, 2013.
- <sup>24</sup> «Une théorie de jeux» est un outil de décision et d'analyse. C'est « un jeu » que joue un acteur / individu en théorie ou en pratique pour mesurer, pour prendre connaissance avec les mentalités et les comportements d'autres personnes dans un cadre établi. L'objectif c'est de récolter autant que possible d'informations sur les autres acteurs en vue d'optimiser sa propre décision ou encore la compréhension d'une situation. Sur la théorie des jeux, voir Nicolas Eber, *Théorie des jeux*, Paris, Dunod, 3<sup>e</sup> édition, 2013 ; Gaël Giraud, *La théorie des jeux*, Paris, Flammarion, coll. Camps Essais, 2009 ; Christian Schmidt, *La théorie des jeux : Essai d'interprétation*, Paris, PUF, 2001.

- <sup>25</sup> Roland J. Pennock et John W. Chapman (dir.), *“Due Process”*, New York, New York University Press, Collection: Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy - Nomos XVIII, 1977. James W. Nickel, *“Due Process”*, in Christopher Berry Gray (dir.), *The Philosophy of law, An Encyclopedia*, New York, Garland, 1999, p 228-230. Cf. Wesley W. Pue, *Natural Justice in Canada*, Vancouver, Butterworth, 1981.
- <sup>26</sup> Voir, (Robin) Antony Duff, Lindsay Farmer, Sandra Marshall, Victor Tadros (dir.), *The Trial on Trial: Volume 1 Truth and Due Process; Volume 2: Judgement and Calling to Account; Volume 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford, Hart Edition, 2004, 2006, and 2007.
- <sup>27</sup> Nous nous bornons ici de parler de droit civil, car le procès devant Solomon était civiliste. Le principe de l'autonomie des parties concernant l'objet de leur controverse ne peut pas avoir lieu en droit criminel ou quand le juge agit en tant magistrat et avec responsabilité quant à la protection de la population (même contre elle-même).
- <sup>28</sup> Par l'expression “tiers invite” se comprend la personne ou les personnes qui sont là pour délibérer et juger une affaire judiciaire. Normalement le « tiers invité » c'est un jury, un panel de juges, un juge, et équivalent.
- <sup>29</sup> Voir Eros Roberto Grau, *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et les principes juridiques*, Paris, Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2014. Eros Roberto Grau était juge du Cours suprême fédéral du Brésil de 2004 à 2010. Selon Grau le danger intervient quand les juges décident des s'écarter des textes d'autorité, autrement dit d'agissent en marge de la légalité et du droit positif en fondant ses décisions sur des valeurs et des principes. Cf. Hans Petter Graver, *Judges Against Justice. On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Heidelberg – New York, Springer, 2015.
- <sup>30</sup> *La Bible*, traduction TOB, Montréal, Société Biblique Canadienne ; Paris, Cerf, 1988 ; page 931 – 966 (Le livre de Job) ; cf. les propos introductifs pages 927 – 930. Le livre de Job appartient aux livres poétiques de l'Ancien Testament.
- <sup>31</sup> Compositeur allemand-britannique (1685 – 1759). Son nom s'écrit également Georg Friedrich Händel en Allemande et George Frideric Handel en Anglais.
- <sup>32</sup> Theodor W. Adorno, *Théorie esthétique* (1970), Paris, Klincksieck, 1974 (2011).
- <sup>33</sup> Georg Friedrich Haendel, « *Solomon* », HWV 67, est un oratorio en trois actes originaires de 1748. L'auteur du livret n'est pas connu, mais il est fort probable que ce soit le librettiste anglais Thomas Morell (1703 – 1784) et qui avait collaboré à plusieurs reprises avec Haendel (sans que son nom soit explicitement mentionné en tant qu'auteur des livrets de ses œuvres musicales). Le livret ici se base essentiellement sur les « Livres des Rois », 1 Rois 1 – 11.
- <sup>34</sup> Georg Friederich Haendel, *Salomon*, op. cit. Second acte : le jugement de Solomon.

## **ARTICOLE**

### **RECURSUL ÎN CASAȚIE - CALE DE ATAC EXTRAORDINARĂ SAU CALE DE ATAC ILUZORIE? REFLECȚII PE MARGINEA DECIZIEI NR. 591/2015 A CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI**

**Marius FLOARE\***

**Abstract:** *The Appeal on Points of Law in Criminal Procedure - An Extraordinary or an Elusive Appeal? Thoughts in Relation to the Decision no. 591/2015 of the Romanian Constitutional Court. This study contains observations on the restrictive character of the appeal on points of law in criminal procedure, as it is regulated by the new Code of Criminal Procedure, which came into force on February 1st, 2014, the way this statute was modified by the Law no. 255/2013, reflections allowed by the recent Decision no. 591 from October 1st, 2015, of the Constitutional Court, which struck down as unconstitutional parts of the provision of article 440 par. 2 of the Code (the phrase "if it is manifestly unfounded").*

*This occasion allows us to challenge the elusive character of the appeal on points of law in the current statute, which is due both to the limited number and scope of the grounds for appeal and the inequitable character of the preliminary selection procedure of the appeals at the Supreme Court. In this context, we remark the anachronistic character of this provision to restrict access to the highest jurisdiction in the country in criminal matters in a European context and the arguable conformity of the current provision to the Constitution.*

**Cuvinte-cheie:** *recurs în casație, procedură penală, neconstituționalitate, caracter echitabil, noul Cod de Procedură Penală, Legea nr. 255/2013*

**Keywords:** *appeal on points of law, criminal procedure, unconstitutionality, equitable character, new Code of Criminal Procedure, Law no. 255/2013*

*"De va fi neînțelegere între oameni, să fie aduși la judecată și să fie judecați;  
celui drept să i se dea dreptate, iar cel vinovat să se osândească"*  
Deuteronomul 25:1

Prin Decizia nr. 591 din 1 octombrie 2015, publicată în Monitorul Oficial în 19 noiembrie 2015<sup>1</sup>, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate parțială a art. 440 al. 2 din noul Cod de procedură penală (NCPP)<sup>2</sup>, în ceea ce privește sintagma "dacă este vădit nefondat", eliminând astfel posibilitatea ca Înalta Curte de Casație și Justiție (Î.C.C.J.) să respingă aceste recursuri în casație încă din procedura de filtru, prin examinarea în această etapă

prealabilă și sumară a caracterului lor nefondat. Curtea Constituțională a apreciat în mod perfect justificat că "*verificarea fondului cauzei, în scopul aprecierii caracterului vădit nefondat al cererii, presupune verificarea legalității hotărârii atacate, instanța judecătorească fiind obligată să se pronunțe asupra cazurilor de recurs în casație invocate*". Curtea a concluzionat că respectarea dreptului la un proces echitabil și a dreptului la apărare impune ca examinarea caracterului vădit nefondat al cererii să se facă în etapa ulterioară a soluționării în fond a acestei căi de atac, în etapa examinării în principiu a admisibilității putând fi analizată doar îndeplinirea condițiilor de formă, la fel ca și în cazul altor căi extraordinare de atac, contestația în anulare sau revizuirea<sup>3</sup>.

Problemele recursului în casație nu se limitează însă la caracterul inechitabil al procedurii de filtrare, întâlnită și pe alte meleaguri, ci țin și de îngustimea motivelor pentru care poate fi invocat. Una dintre modificările majore aduse de NCPP, intrat în vigoare la 1 februarie 2014, este înlocuirea recursului din vechiul Cod de procedură penală din 1968, republicat,<sup>4</sup> cale de atac ordinară preponderent de anulare<sup>5</sup>, suspensivă de executare<sup>6</sup>, parțial devolutivă, dar având 22 de motive pentru care putea fi exercitată, cel puțin în forma sa în vigoare până în anul 2013<sup>7</sup>, cu recursul în casație, cale de atac extraordinară, nesuspensivă de executare și, mai ales, având doar 5 motive limitative de exercitare<sup>8</sup> care dau, în mod pur teoretic<sup>9</sup>, posibilitatea Înaltei Curți de Casație și Justiție să judece "*conformitatea hotărârii atacate cu regulile de drept aplicabile*". Credem că, în urma modificărilor aduse prin art. 102, pct. 266-267 din Titlul III al Legii nr. 255/2013<sup>10</sup> de modificare a NCPP, recursul în casație a fost transformat dintr-o veritabilă cale de atac extraordinară dar cu șanse de eficiență, având 14 motive de exercitare în forma inițială a NCPP publicată în 2010, într-o cale de atac aproape iluzorie, restrângerea dramatică a motivelor pentru care poate fi exercitată<sup>11</sup> născând întrebarea legitimă dacă Înalta Curte de Casație și Justiție mai poate analiza în realitate și în mod efectiv legalitatea hotărârilor penale în cauzele individuale, sau vom avea 15 jurisdicții autonome și distincte ale Curților de Apel, care vor pronunța hotărârile definitive în majoritatea covârșitoare a cauzelor penale, unde judecata în primă instanță s-a făcut de judecatorie sau tribunal, fără posibilități eficiente ca aceste hotărâri definitive individuale să fie vreodată contestate pentru nelegalitate la jurisdicția supremă.

În forma NCPP intrată în vigoare la 1 februarie 2014, Înalta Curte de Casație și Justiție nu mai are mijloace suficiente de a verifica legalitatea hotărârilor penale în cazurile individuale, putând orienta jurisprudența penală mai mult principial, prin dezlegarea unor chestiuni de drept (art. 475-477<sup>1</sup> NCPP) și prin recursurile în interesul legii (art. 471-474<sup>1</sup> NCPP). Această limitare prea drastică a accesului la cea mai înaltă jurisdicție a țării cu sesizările de nelegalitate ale hotărârilor penale definitive date în cazuri individuale naște cel puțin anumite întrebări de neconstituționalitate, mai ales raportat la prevederile art. 126 al. 1 și 3<sup>12</sup>, art. 124 al. 2<sup>13</sup> și art. 16 al. 1<sup>14</sup> din Constituția României republicată. Bineînțeles, se poate contraargumenta formalist că nu există un drept constituțional sau convențional clar conturat de acces eficient la jurisdicția supremă a țării în toate cauzele penale individuale, că procedura de judecată și reglementarea căilor de atac este lăsată de Constituție la latitudinea legiuitorului ordinar<sup>15</sup>, dar o astfel de viziune reduționistă înseamnă să nu vedem "pădurea" din cauza "copacilor" și să golim de conținut prevederile constituționale menționate anterior<sup>16</sup>, considerând o cale de atac iluzorie

ca fiind un mijloc adecvat pentru Î.C.C.J. de a-și îndeplini rolul constituțional în materie penală.

Instanța supremă rămâne totuși accesibilă ca și instanță ordinară de control judiciar în cazul apelurilor exercitate împotriva sentințelor penale pronunțate în primă instanță de Curțile de Apel și Curtea Militară de Apel (a căror competență în primă instanță *ratione personae* se referă la infracțiunile săvârșite de judecători de la judecătoria, tribunale, curți de apel, de procurori de la parchetele de pe lângă acestea, de notari, avocați, executori judecătorești, membri ai înaltului cler, chestori, generali, amirali, de Avocatul Poporului și adjuncții acestuia etc.<sup>17</sup>, iar *ratione materiae* la infracțiunile contra siguranței naționale din Codul penal sau legi speciale), sau ca și instanță de fond și de control judiciar ordinar în cazul infracțiunilor săvârșite de miniștri, senatori, deputați, europarlamentari, de membri Consiliului Superior al Magistraturii, de judecători de la I.C.C.J. și de procurori de la parchetul de pe lângă I.C.C.J. etc.<sup>18</sup>

În actuala formă a art. 438 NCPP, rezultată în urma modificărilor și abrogărilor aduse prin Legea nr. 255/2013 (art. 102 pct. 266 și 267 din Titlul III), motivele de recurs în casație sunt cele prevăzute la punctele 1, 7, 8, 11 și 12 ale alineatului 1. Acestea vizează nerespectarea competenței după materie sau calitatea persoanei în faza de judecată, dar numai dacă judecata s-a făcut de o instanță inferioară în grad; condamnarea pentru o faptă neprevăzută de legea penală; greșita încetare a procesului penal; omiterea sau aplicarea greșită a grațierii; aplicarea unor pedepse în alte limite decât cele legale. Dintre aceste motive, doar cele legate de condamnarea pentru o faptă neprevăzută de legea penală, nerespectarea competenței după materie sau calitatea persoanei a instanței de judecată și aplicarea unor pedepse în afara limitelor legale au o anumită vocație de generalitate pentru a fi exercitate de inculpați. Motivul legat de greșita încetare a procesului penal este un motiv de recurs în casație esențialmente în defavoarea inculpatului, iar problemele de legalitate a aplicării grațierii vor fi cel puțin deocamdată o *rara avis*, atâta timp cât ultima grațiere colectivă datează din 2002<sup>19</sup>, iar grațierile individuale din ultimii ani pot fi numărate pe degetele de la o singură mână.

În forma inițială a NCPP, așa cum a fost acesta adoptat și publicat în Monitorul Oficial în anul 2010, mai existau alte 9 motive de recurs în casație, dintre care o parte însemnată, 6 la număr, au fost transformate prin aceeași Lege nr. 255/2013 în motive de contestație în anulare, care se judecă tot de Curtea de Apel care a pronunțat hotărârea definitivă atacată: încălcarea continuității completului de judecată (fostul art. 438 al. 1 pct. 2 devenit art. 426 lit. c NCPP), greșita compunere a instanței sau incompatibilitatea (fostul art. 438 al. 1 pct. 3 devenit art. 426 lit. d NCPP), judecarea fără participarea procurorului sau inculpatului când aceasta era obligatorie (fostul art. 438 al. 1 pct. 4 devenit art. 426 lit. e NCPP), judecarea în lipsa avocatului inculpatului în caz de asistență obligatorie (fostul art. 438 al. 1 pct. 5 devenit art. 426 lit. f NCPP), nepublicitatea ședinței de judecată (fostul art. 438 al. 1 pct. 6 devenit art. 426 lit. g NCPP) și neaudierea inculpatului prezent (fostul art. 438 al. 1 pct. 10 devenit art. 426 lit. h NCPP). Prin aceasta adăugare de motive s-a ajuns ca o cale de atac care prin natura ei era una de retractare, de competența aceleiași instanțe care a pronunțat hotărârea atacată, să se transforme într-o cale de atac de reformare improprie, în care același complet sau complet al aceleiași instanțe, într-o compunere similară, cu judecători de același grad, să cenzureze legalitatea hotărârii colegilor de instanță.

O altă parte din motivele consacrate inițial ca motive de recurs în casație în art. 438 al. 1 al NCPP din 2010 au fost pur și simplu abandonate cu totul: contradicțiile în motivare (pct. 10), întemeierea hotărârii pe probe excluse sau greșita excludere a unor probe (pct. 13), nepronunțarea asupra unor motive de apel (pct. 14), ele nemaifiind motive de exercitare a niciunei căi extraordinare de atac.<sup>20</sup>

Este evidentă și demnă de stimă dorința legiuitorului de a transforma recursul în casație dintr-o cale ordinară de atac cu motive foarte largi, inclusiv de netemeinicie, așa cum era până în 2013, într-o cale de atac extraordinară în adevăratul sens al cuvântului, limitată strict la motive de nelegalitate. Acest lucru se putea realiza însă și într-un mod mai rațional, prin păstrarea formei inițiale a art. 438 al. 1 NCPP, cu 14 motive precise de recurs în casație, care erau oricum suficient de restrictive, sau chiar prin includerea unor motive suplimentare de nelegalitate, de natură procedurală sau de drept material, care se regăseau și în vechiul Cod de procedură penală din 1968, de exemplu privind greșita aplicare a prevederilor legale privind elementele constitutive ale infracțiunii (o rescriere a fostului motiv de la art. 385<sup>9</sup> al. 1 pct. 12 teza I C. pr. pen. din 1968), greșita încadrare juridică a faptei săvârșită (art. 385<sup>9</sup> al. 1 pct. 17 C.pr.pen. din 1968) sau excesul de putere al judecătorilor fondului (art. 385<sup>9</sup> al. 1 pct. 19 C.pr.pen. din 1968)<sup>21</sup>. Este de înțeles eliminarea dintre motivele de recurs în casație a motivului de netemeinicie privind grava eroare de fapt (pct. 19 al. art. 385<sup>9</sup>) sau al celui prea des invocat privind greșita individualizare judiciară a pedepselor (pct. 14 teza I al art. 385<sup>9</sup>), motive care ar permite aglomerarea excesivă a Î.C.C.J. cu recursuri în casație ce vizează dreptul de apreciere al instanțelor de fond.

Statistic, numărul recursurilor în casație a devenit aproape simbolic, în anul 2014 fiind înregistrate pe rolul Secției Penale a Î.C.C.J. doar 418 recursuri în casație, din care 370 au fost soluționate în același an, 300 prin respingere, 9 prin retragere și doar 60 prin admitere<sup>22</sup>, spre deosebire de miile de recursuri ordinare pe care le avea de soluționat instanța supremă în anii anteriori și chiar și în 2014<sup>23</sup>, chiar dacă recursurile din vechiul cod de procedură penală de pe rolul Î.C.C.J. au fost înlocuite, pe lângă recursul în casație, și de contestațiile în materia măsurilor preventive sau de apelurile de competența Î.C.C.J.

Prin comparație, recursul în materie civilă din noul Cod de procedură civilă (NCPC)<sup>24</sup>, care este tot o cale extraordinară de atac, pentru motive de nelegalitate, în general nesuspensivă de executare<sup>25</sup>, conține printre altele și două motive generoase de casare: *când, prin hotărârea dată, instanța încălcat regulile de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității* (art. 488 al. 1 pct. 5 NCPC) sau *când hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material* (art. 488 al. 1 pct. 8 NCPC).

În ceea ce privește procedura de filtrare a recursurilor în casație, art. 440 NCPP era, în forma anterioară admiterii excepției de neconstituționalitate suscitată, mult mai inechitabil și lipsit de garanții privind contradictorialitatea decât art. 493 NCPC în ceea ce privește filtrarea recursurilor judecate de Î.C.C.J. În materie penală, filtrarea se făcea de un singur judecător, fără comunicarea prealabilă către părți a raportului privind admisibilitatea în principiu, cu posibilitatea respingerii recursului ca inadmisibil sau vădit nefondat de același unic judecător și fără ca părțile să poată răspunde aspectelor invocate în raport.



În materie civilă există în NCPC mai multe garanții ale caracterului echitabil al procedurii, examinarea admisibilității în principiu fiind făcută de un complet de 3 judecători, cu comunicarea prealabilă către părți a raportului privind admisibilitatea în principiu și dându-le acestora posibilitatea de a prezenta un punct de vedere în termen de 10 zile, iar respingerea recursului ca vădit nefondat sau anularea acestuia pentru vicii de formă se poate face doar în unanimitate.

În cazul recursului în casație în materie penală, Curtea Constituțională a remarcat, contrar jurisprudenței constante a Î.C.C.J. că, în faza examinării admisibilității în principiu, s-ar impune citarea părților<sup>26</sup>, art. 440 NCPP neprevăzând expres necitarea acestora sau neparticiparea procurorului, ci doar examinarea admisibilității în principiu în camera de consiliu, ceea ce face aplicabile regulile generale din art. 353 și 363 NCPP privind obligativitatea citării din oficiu a părților la judecată.<sup>27</sup> Curtea Constituțională a admis recent în alte două decizii, nr. 506/2015<sup>28</sup> și nr. 542/2015<sup>29</sup>, neconstituționalitatea prevederilor din art. 459 al. 2 și 431 al. 2 NCPP privind necitarea părților la examinarea admisibilității în principiu, tot în camera de consiliu, a revizuirii și, respectiv, a contestației în anulare. În ceea ce privește recursul în casație, Curtea Constituțională a constatat că nu este nimic neconstituțional în textul legal, care nu prevede nicăieri necitarea părților în camera de consiliu, sugerând evident că aplicarea modul de aplicare a legii de către Î.C.C.J. duce la înfrângerea garanțiilor constituționale privind dreptul la apărare și la un proces echitabil.

Având în vedere această reglementare deosebit de restrictivă a recursului în casație în materie penală și implicit cvasi-eliminarea accesului eficient al inculpaților fără o calitate specială la instanța supremă a țării, am trecut în revistă și prevederile aplicabile în materia recursului ca a doua cale de atac, strict pentru motive de nelegalitate, subsecventă apelului, în alte jurisdicții continentale: Germania, Franța, Italia, concluzia noastră fiind că în niciuna din aceste jurisdicții recursul în casație nu este o cale de atac atât de iluzorie pentru un inculpat ca și în noul Cod de procedură penală al României.

În Germania, Codul federal de procedură penală (*Strafprozessordnung*), în versiunea publicată în 1987 și modificată ultima dată în 2014, prevede, pe lângă un apel devolutiv similar apelului din procedura noastră penală (cale de atac reglementată în Partea a III-a, Capitolul III, art. 312-332 din Codul federal german de procedură penală), care vizează atât aspectele de fapt cât și cele de drept, și o cale de atac subsecventă în ceea ce privește numai chestiunile de drept, reglementată în Partea a III-a, Capitolul IV, art. 333-358, care poate viza, conform art. 337 din Codul federal de procedură penală, orice încălcări ale legii din hotărârea atacată, inclusiv neaplicarea sau aplicarea eronată a legii. Art. 338 din același cod enumeră opt motive absolute de nelegalitate, care vizează în general aspecte formale ale judecății (greșita compunere a instanței, incompatibilitatea unui judecător, necompetența instanței, absența procurorului de la dezbateri, încălcarea cerințelor privind publicitatea dezbaterilor, nemotivarea hotărârii, restricționarea apărării asupra anumitor aspecte etc.), dar acestea nu sunt nici pe departe limitative, orice încălcare a legii putând duce la exercitarea acestei căi de atac parțial devolutive și, în general, subsecvente apelului devolutiv.

În Franța, Codul de procedură penală din 1958<sup>30</sup> prevede că deciziile Camerei de instrucție și hotărârile date în ultimă instanță pot face obiectul unui recurs în casație în fața Secției penale a Curții de Casație doar pentru încălcări ale legii (art. 591). Art. 592, 593, 596, 597 din Codul de procedură penală francez detaliază o serie de motive de recurs în casație, fie de natură procedurală (art. 592: greșita compunere a instanței, încălcarea continuității completului, neparticiparea procurorului, încălcarea cerințelor de publicitate a dezbaterilor; art. 593: nemotivarea, motivarea insuficientă, nepronunțarea asupra unor cereri ale procurorului sau ale părților) sau de drept material (art. 596: aplicarea unei pedepse neprevăzute de lege; art. 597: greșita achitare pentru că fapta nu ar fi prevăzută de legea penală), toate acestea având însă o natură exemplificativă, ca și în dreptul german, art. 595 teza finală menționând explicit dreptul Curții de Casație de a invoca din oficiu motive de nulitate a hotărârilor recurate.

În Italia, motivele de recurs în casație, aparent limitative ca și în reglementarea noastră, sunt reglementate de art. 606 al. 1<sup>31</sup> din Codul de procedură penală italian, acestea fiind: excesul de putere al judecătorului, neaplicarea sau greșita aplicare a legii penale sau a altor norme juridice de care trebuie să se țină cont în aplicarea legii penale, încălcarea normelor procesual penale prevăzute sub sancțiunea nulității, neprimirii, inadmisibilității sau decăderii; neluarea în seamă a unei probe decisive cerute de parte; nemotivarea, contradictorialitatea sau lipsa de logică a motivării. Având în vedere că aceste motive aparent limitative includ greșita aplicare a legii penale materiale și orice încălcare a normelor procesual penale sancționată de lege, observăm că, în realitate, motivele recursului în casație italian sunt cât se poate de largi.

Concluzia noastră este că recursul în casație, în actuala reglementare "ciuntită" de Legea nr. 255/2013, este o creație "originală" a legiuitorului nostru, limitând draconic accesul justițiabililor de rând la instanța supremă a țării în materie penală atât printr-o procedură preliminară de filtrare care violează flagrant dreptul la un proces echitabil, cel puțin până la intervenția Curții Constituționale din 1 octombrie 2015 asupra art. 440 al. 2 NCPP și prin lămuririle date prin Decizia nr. 591/2015 asupra obligativității de principiu a citării și în camera de consiliu, cât și prin îngustimea nemaîntâlnită pe plan european (cel puțin în jurisdicțiile majore pe care le-am trecut în revistă) a motivelor de nelegalitate pentru care poate fi exercitat. O serie de aspecte de nelegalitate nu pot face obiectul niciunei căi extraordinare de atac, nici a recursului în casație și nici a aceste căi de atac hibride, de retractare și reformare, care a devenit contestația în anulare în urma modificărilor aduse NCPP, chiar înainte de intrarea în vigoare, prin Legea nr. 255/2013. Problemele de inoportunitate ale actualei reglementări a recursului în casație din NCPP sunt destul de evidente, dar nu putem să nu remarcăm și posibilele vicii de neconstituționalitate încă nesoluționate ale reglementării, mai ales dacă este privită în ansamblul ei și nu doar parțlar.

---

\* Asist.univ.dr., UBB Cluj-Napoca; marius\_floare@yahoo.com.

<sup>1</sup> Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 861 din 19 noiembrie 2015.

<sup>2</sup> Legea nr. 135/2010, publicată în forma inițială în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 486 din 15 iulie 2010.

- <sup>3</sup> A se vedea paragrafele nr. 26-29 din Decizia nr. 591/01.10.2015 a Curții Constituționale.
- <sup>4</sup> Legea nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 78 din 30 aprilie 1997.
- <sup>5</sup> G. Mateuț, *Procedură penală. Partea specială*, Vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 1998, pp. 280-281.
- <sup>6</sup> A se vedea pentru detalii privind vechea formă a recursului în materie penală I. Neagu, *Drept procesual penal. Tratat*, Ed. Global Lex, București, 2002, pp. 698-700.
- <sup>7</sup> Motivele de recurs în materie penală au fost reduse de la 22 la 11, începând din 11 februarie 2013, prin art. I, pct. 13-16 din Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 89 din 12 februarie 2013.
- <sup>8</sup> F. Dragomir, *Recursul în casație. Cale extraordinară de atac*, Analele Universității din București, Număr special, 2014, pp. 309-310, 316-317.
- <sup>9</sup> V. Preda, V. Dobozi, *Caracterul neconstituțional al unor prevederi din Legea de punere în aplicare a noului Cod de procedură penală*, Curierul Judiciar, nr. 4/2014, p. 225.
- <sup>10</sup> Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 515 din 14 august 2013.
- <sup>11</sup> Motive care sancționează, în general, numai erori grosolane de drept; în același sens a se vedea V. Preda, V. Dobozi, *loc. cit. supra*.
- <sup>12</sup> Art. 126 din Constituția României, republicată:  
(1) *Justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege.*  
.....  
(3) *Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale.*
- <sup>13</sup> *Justiția este unică, imparțială și egală pentru toți.*
- <sup>14</sup> *Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări.*
- <sup>15</sup> Art. 126 al. 2 din Constituția prevede într-adevăr: *Competența instanțelor judecătorești și procedura de judecată sunt prevăzute numai prin lege.*
- <sup>16</sup> Pentru o serie de observații pertinente privind constituționalitatea discutabilă a unor prevederi din legea de punere în aplicare a Codului de procedură penală nr. 255/2013 în ceea ce privește imediată aplicare a prevederilor privind recursul în casație, inclusiv în cazul proceselor penale în curs, a se vedea V. Preda, V. Dobozi, *loc. cit. supra*, pp. 225-228.
- <sup>17</sup> A se vedea art. 38 al. 1 și art. 39 al. 1 NCPP, așa cum a fost modificate de pct. 21-23 ale Titlului III al Legii nr. 255/2013.
- <sup>18</sup> A se vedea art. 40 al. 1 și 2 NCPP, așa cum a fost modificat de pct. 24 al Titlului III al Legii nr. 255/2013.
- <sup>19</sup> Legea nr. 543 din 1 octombrie 2002 privind grațierea unor pedepse și înlăturarea unor măsuri și sancțiuni, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 726 din 4 octombrie 2002.
- <sup>20</sup> A se vedea G. Mateuț, *op. cit.*, pp. 309-312 cu privire la vechiul cod de procedură penală.
- <sup>21</sup> Pentru analiza vechii reglementări asupra acestor motive de recurs, a se vedea G. Mateuț, *op. cit.*, pp. 314-315, 319-321, 325.
- <sup>22</sup> A se vedea în acest sens *Raportul de activitate al Înaltei Curți de Casație și Justiție - 2014*, București, 2015, pp. 123-124, disponibil la <http://www.scj.ro/CMS/0/PublicMedia/GetIncludedFile?id=17158>.
- <sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 109-110.
- <sup>24</sup> Legea nr. 134/2010, republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 247 din 10 aprilie 2015.

<sup>25</sup> Cu excepția situațiilor prevăzute de art. 484 al. 1 NCPC privind suspendarea de drept a executării.

<sup>26</sup> Pentru susținerea unui caracter chiar necontradictoriu al examinării în principiu a admisibilității recursului în casație la I.C.C.J., nu doar lipsit de oralitate, a se vedea F. Dragomir, *loc. cit. supra*, p. 318.

<sup>27</sup> A se vedea paragrafele nr. 18-23 din Decizia nr. 591/2015 a C.C.R.

<sup>28</sup> Decizia nr. 506 din 30 iunie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 539 din 20 iulie 2015.

<sup>29</sup> Decizia nr. 542 din 14 iulie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 707 din 21 septembrie 2015.

<sup>30</sup> Disponibil în formă actualizată la adresa <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>31</sup> Disponibil în formă actualizată la adresa <http://www.altalex.com/documents/news/2014/09/19/ricorso-per-cassazione>.

## **ARTICOLE**

### **NOILE PROCEDURI DE SOLUȚIONARE ALTERNATIVĂ A LITIGIILOR DINTRE COMERCIANȚI ȘI CONSUMATORI**

Juanita GOICOVICI\*

**Abstract: The new remedies for the alternative dispute resolution of consumer disputes.**

*The new remedies for alternative dispute resolution (ADR) for consumer disputes introduced by Governmental Ordinance 38/2015 offer a simple, fast and low-cost out-of-court solution to disputes between consumers and traders. Ensuring access to simple, efficient and fast ways of resolving domestic and cross-border disputes which arise from sales or service contracts remains the main objective of Directive 2013/11/EU, thus transposed into national law by the mentioned ordinance.*

*The development of properly functioning ADR is necessary to strengthen consumers' rights to a fair trial within a reasonable time, including in the area of online commerce. The dissemination of ADR can also prove to be important in the context in which there may be a substantial backlog of cases pending before the courts of law.*

*The new alternative remedies apply to disputes between consumers and traders concerning contractual obligations stemming from sales or services contracts, both online and offline. The definition of 'consumer' covers natural persons who are acting outside their trade, business, craft or profession. However, if the contract is concluded for purposes partly within and partly outside the person's trade (dual purpose contracts) and the trade purpose is so limited as not to be predominant in the overall context of the supply, that person should also be considered as a consumer.*

**Keywords:** *alternative dispute resolution, online and offline commerce, mediation, consumers.*

**Cuvinte-cheie:** *proceduri alternative non-jurisdicționale, litigii, comerț electronic, mediere, consumatori.*

**I. Observații introductive.** Lentoarea procedeeelor clasice de soluționare a litigiilor reprezintă, cel mai probabil, principalul obstacol de care se lovesc consumatorii ca părți litigante, îndeosebi în materia contractelor încheiate *online*<sup>1</sup>, cu sau fără componente transfrontaliere. În contextul modificărilor majore aduse legislației consumatorilor prin O.G. nr. 38/2015 privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre comercianți și consumatori, în vigoare din 7 septembrie 2015, apariția noilor proceduri alternative este importantă pentru practicieni și justițiabili deopotrivă, având în vedere că, prin noile texte legislative:

(i) este introdusă procedura SAL prin care consumatorii se pot adresa inclusiv *online* organismelor SAL care aplică proceduri de soluționare alternativă, extrajudiciară a litigiilor;

(ii) va putea fi utilizată procedura SAL în litigiile dintre consumatori și bănci, inclusiv pentru creditele în valută supuse impreviziunii – îndeosebi medierea litigiilor.

Procedura SAL (Soluționare Alternativă a Litigiilor) reprezintă un element de totală noutate pentru consumatorii români, care vor beneficia de posibilitatea să prezinte online o reclamație și documentele justificative necesare, pe site-ul unei entități SAL. În cazul procedurilor SAL prin care se propune o soluție, consumatorii au posibilitatea de a se retrage din procedură în orice moment dacă nu sunt satisfăcuți de funcționarea sau de modul de desfășurare a procedurii.

În domeniul creditului bancar, un element decisiv de noutate îl reprezintă înființarea Centrului de soluționare alternativă a litigiilor din sistemul bancar (Centrul SAL), ca entitate juridică autonomă, neguvernamentală, apolitică, fără scop lucrativ, de interes public, cu personalitate juridică, în scopul asigurării accesului consumatorilor din domeniul bancar la soluționarea, prin proceduri SAL, a litigiilor dintre aceștia și bănci.

Obiectivele prezentului studiu constau în familiarizarea practicienilor cu noile proceduri SAL introduse în dreptul român prin OG 38/2015 privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre consumatori și comercianți<sup>2</sup>, diferențierea clauzelor de arbitraj / mediere abuzive, cunoașterea rezultatelor procedurii.

**II. Domeniul de aplicare.** Ordonanța Guvernului nr. 38/2015 privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre consumatori și comercianți creează cadrul legal, astfel încât reclamațiile împotriva comercianților să poată fi prezentate voluntar de către consumatori entităților care aplică proceduri de soluționare alternativă a litigiilor într-un mod independent, imparțial, transparent, eficace, rapid și echitabil, în scopul asigurării unui nivel înalt de protecție a consumatorilor și a bunei funcționări a pieței (art. 1).

Dispozițiile ordonanței sunt aplicabile procedurilor de soluționare extrajudiciară a litigiilor naționale și transfrontaliere<sup>3</sup> izvorâte din contractele de vânzări sau din contractele de prestări de servicii încheiate între un comerciant care desfășoară activități în România și un consumator rezident în Uniunea Europeană prin intervenția unei entități de soluționare alternativă a litigiilor, care propune sau impune o soluție și care acționează în România.

Noile proceduri SAL **nu se aplică** (după cum rezultă din art. 2, OG 38/2015): (a) procedurilor de soluționare a reclamațiilor consumatorilor derulate de comercianți prin proceduri proprii; (b) serviciilor neeconomice de interes general; (c) litigiilor între comercianți; (d) negocierilor directe între consumator și comerciant; (e) încercărilor efectuate de un judecător de a soluționa un litigiu pe parcursul procedurii judiciare referitoare la respectivul litigiu; (f) procedurilor inițiate de un comerciant împotriva unui consumator; (g) serviciilor de sănătate prestate pacienților de către cadre medicale pentru evaluarea, menținerea sau refacerea stării lor de sănătate, inclusiv prescrierea, eliberarea și furnizarea de medicamente și dispozitive medicale<sup>4</sup>; (h) unităților și instituțiilor publice de învățământ postliceal sau superior.

De remarcat faptul că negocierile directe între consumator și comerciant<sup>5</sup> (i), ca și litigiile comerciale clasice (implicând doi sau mai mulți comercianți) (ii) nu intră în sfera de aplicare a noilor proceduri SAL.

Libertatea rămâne cuvântul de ordine atunci când vine vorba despre recurgerea consumatorilor la procedurile alternative de rezolvare a disputelor, sub un dublu aspect: (a) libertatea consumatorului de a apela sau nu la o entitate SAL (art. 14 din OG nr. 38/2015), (b) libertatea consumatorului de a accepta sau nu soluția propusă de entitatea SAL (art. 11 din OG

nr. 38/2015). Caracterul neobligatoriu al mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor derivă din principiul potrivit căruia consumatorul nu poate fi constrâns de către comerciant să apeleze la o entitate SAL, extra-judiciară, pentru tranșarea litigiului, neputând fi privat de dreptul său constituțional de a accesa acțiunile în justiție și de a beneficia de garanțiile de imparțialitate oferite de judecător.

**III. Entitățile de soluționare alternativă a litigiilor.** O entitate SAL este o structură care oferă soluționarea unui litigiu printr-o procedură SAL și care poate funcționa exclusiv în cadrul Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor (a), în cadrul unei autorități publice centrale (b) sau a unei autorități administrative autonome cu responsabilități în domeniul protecției consumatorilor (c). În domeniul bancar, entitate SAL este Centrul de soluționare alternativă a litigiilor (d).

**Platforma europeană de soluționare online a litigiilor** reprezintă un instrument digital creat de Comisia Europeană pentru a facilita soluționarea independentă, imparțială, transparentă, eficientă, rapidă și echitabilă, pe cale extrajudiciară, a litigiilor care privesc obligațiile contractuale rezultate din contractele de vânzare sau de prestare de servicii online dintre un consumator care își are reședința în Uniune și un comerciant stabilit în Uniune, în conformitate cu prevederile Regulamentului (UE) nr. 524/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 21 mai 2013 privind soluționarea online a litigiilor în materie de consum și de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2.006/2004 și a Directivei 2009/22/CE (Regulament privind SOL în materie de consum).

Entitățile SAL îndeplinesc următoarele cerințe<sup>6</sup> (conform art. 5 din OG 38/2015): (a) administrează un site internet actualizat care permite părților să aibă cu ușurință acces la informațiile referitoare la procedura SAL și care permite consumatorilor să prezinte online o reclamație și documentele justificative necesare; (b) furnizează, la cerere părților, pe un suport durabil, informațiile prevăzute; (c) permit consumatorului să prezinte o reclamație în scris, pe suport hârtie sau pe alt suport durabil; (d) permit schimbul de informații dintre părți prin mijloace electronice sau prin poștă; (e) acceptă atât litigii naționale, cât și litigii transfrontaliere, inclusiv litigiile reglementate de Regulamentul (UE) nr. 524/2013; (f) se asigură că prelucrarea datelor cu caracter personal este în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu Ordinul Avocatului Poporului nr. 75/2002 privind stabilirea unor măsuri și proceduri specifice care să asigure un nivel satisfăcător de protecție a drepturilor persoanelor ale căror date cu caracter personal fac obiectul prelucrărilor.

**IV. Entitățile SAL pot refuza instrumentarea unui anumit litigiu** din următoarele motive: (a) consumatorul nu a încercat să contacteze comerciantul în cauză pentru a discuta reclamația sa și nu a căutat, ca un prim pas, să rezolve diferendul direct cu comerciantul;

(b) litigiul este promovat cu rea-credință sau este ofensator;

(c) litigiul este sau a fost analizat anterior de către o altă entitate SAL sau de către o instanță judecătorească (ceea ce exclude, în principiu, posibilitatea de a relua un litigiu recurgând la o altă entitate SAL);

(d) consumatorul nu a prezentat reclamația entității SAL în termen de un an de la data la care acesta, după caz, a prezentat reclamația comerciantului sau de la data săvârșirii faptei ce a dat naștere litigiului ori, în cazul faptelor continue, de la data încetării acestora – în principiu, refuzul preluării litigiilor la expirarea unui an de la producerea faptului declanșator este facultativ pentru entitățile SAL, care pot opta și pentru acceptarea spre conciliere a unor asemenea litigii;

(e) instrumentarea unui astfel de litigiu ar afecta în mod grav funcționarea eficientă a entității SAL;

(f) entitatea SAL sesizată nu este competentă să soluționeze litigiul.

În cazul în care o entitate SAL nu poate analiza o reclamație care i-a fost înaintată, entitatea SAL respectivă prezintă ambelor părți o explicație privind motivele neanalizării litigiului în termen de 21 de zile calendaristice de la primirea dosarului de reclamație.

**V. Expertiză, independență și imparțialitate.** Conform art. 6 din OG 38/2015, persoanele fizice responsabile din cadrul SAL au expertiza necesară și sunt independente și imparțiale. Aceasta se realizează prin faptul că aceste persoane: (a) dispun de cunoștințele și aptitudinile necesare în domeniul procedurilor de soluționare alternativă a litigiilor sau al soluționării judiciare a litigiilor în materie de consum, precum și de o bună înțelegere generală a legislației; (b) sunt desemnate pentru un mandat cu o durată suficientă, dar nu mai mică de 3 ani, pentru a asigura independența acțiunilor lor, și nu pot fi eliberate din funcție fără motive întemeiate; (c) nu primesc niciun fel de instrucțiuni de la oricare dintre părți sau de la reprezentanții acestora (respectând principiul imparțialității); (d) sunt remunerate într-un mod care nu este legat de rezultatul procedurii SAL; (e) comunică fără întârziere entității SAL orice circumstanță care le poate afecta sau poate fi considerată ca afectându-le independența și imparțialitatea sau care poate da naștere unui conflict de interese cu oricare dintre părțile litigiului pe care trebuie să îl soluționeze. Obligația de a comunica astfel de elemente este o obligație permanentă pe tot parcursul procedurii SAL.

**VI. Transparența procedurii.** Entitățile SAL au obligația de a publica pe site-urile lor internet, pe suport durabil dacă se solicită, și prin orice alte mijloace pe care le consideră adecvate, informații clare și ușor de înțeles, privind: (a) datele lor de contact, inclusiv adresa poștală și de e-mail; (b) lista pe care sunt incluse; (c) persoanele fizice responsabile de SAL, modalitățile de desemnare a acestora și durata mandatului lor; (d) expertiza, imparțialitatea și independența persoanelor fizice responsabile de SAL, în cazul Centrului de soluționare alternativă; (e) apartenența entităților SAL la rețelele entităților SAL care facilitează soluționarea litigiilor transfrontaliere; (f) tipurile de litigii pe care sunt competente să le soluționeze; (g) regulile de procedură care reglementează soluționarea unui litigiu și motivele pentru care entitatea SAL poate refuza să se ocupe de un anumit litigiu; (h) limba în care reclamațiile pot fi prezentate entității SAL și în care se desfășoară procedura SAL; (i) tipurile de norme pe care entitatea SAL le poate avea în vedere pentru soluționarea litigiilor, precum dispoziții legale, considerente de echitate, coduri de conduită; (j) orice fel de cerințe preliminare pe care părțile ar putea fi obligate să le îndeplinească înaintea începerii procedurii de soluționare alternativă a litigiului, inclusiv cerința adresată consumatorului de a încerca o



soluționare a litigiului direct cu comerciantul. De asemenea, vor fi menționate: (1) condițiile în care părțile se pot retrage din procedură; (2) costurile care urmează să fie suportate de către comercianți, inclusiv orice reguli privind plata cheltuielilor la încheierea procedurii; (3) durata medie a procedurii SAL; (4) efectul juridic al rezultatului procedurii SAL, precum și faptul că hotărârile emise de entitățile SAL prin care este consemnat rezultatul procedurii constituie de drept titlu executoriu, dacă nu sunt atacate în termen de 15 zile calendaristice de la data comunicării; (5) punerea în aplicare a deciziei SAL, dacă acest lucru este relevant (conform art. 7 din OG 38/2015).

**VII. Eficacitatea procedurilor SAL.** Dincolo de componenta sa formală, dreptul constituțional al consumatorului de a obține rezolvarea judiciară a litigiilor poate fi grevat în practică de dificultăți nedorite, dar reale, cum ar fi obstacolul psihologic ridicat de dificultatea de a identifica tipul corect de acțiune, complexitatea regulilor procedurale, ezoterismul limbajului juridic etc. Un alt motiv de disuadare poate rezulta din lentoarea justiției etatice, care poate implica durate de timp relativ mari, de un an sau doi, pentru tranșarea litigiului, precum și costuri descurajatoare pentru consumatorul confruntat cu probleme concrete legate de încheierea unui contract *online / offline*.

În vederea asigurării eficacității susținute a procedurilor SAL comparativ cu procedurile jurisdicționale clasice, primele trebuie să îndeplinească următoarele cerințe (art. 8 din OG 38/2015):

a) procedura SAL să fie disponibilă și ușor accesibilă online și pe suport hârtie pentru părțile în litigiu, indiferent de locul în care acestea se găsesc;

b) părțile să aibă acces la procedură fără obligația de a recurge la un avocat sau la un consilier juridic, dar fără a fi private de dreptul lor la consiliere independentă sau de a fi reprezentate sau asistate de o terță persoană sau de reprezentanți ai asociațiilor de consumatori în orice etapă a procedurii;

c) procedura SAL să fie gratuită;

d) părțile aflate în litigiu să fie notificate imediat după primirea tuturor documentelor care conțin informații relevante referitoare la reclamație de către entitatea SAL care a primit reclamația.

Important de remarcat este și termenul maxim de rezolvare a litigiului, care în cadrul procedurilor SAL este de 90 zile de la data inițierii procedurii, ceea ce înseamnă că un consumator poate conta pe un termen maxim de aproximativ 3 luni pentru soluționarea amiabilă a litigiului.

**VIII. Corectitudinea procedurilor SAL.** În cursul procedurilor SAL (art. 9 din OG 38/2015): (a) părțile au dreptul de a-și exprima punctul de vedere<sup>7</sup> cu privire la reclamația care face obiectul litigiului înaintat spre soluționare entității SAL, în termen de 15 zile calendaristice de la data comunicării acesteia, precum și de a primi din partea entității SAL argumentele, probele, documentele și elementele de fapt prezentate de cealaltă parte, orice declarații și avize ale experților și de a prezenta observații pe marginea acestora;

(b) părțile sunt informate că nu sunt obligate să folosească un avocat sau un consilier juridic, dar pot apela la consultanță independentă sau pot fi reprezentate sau asistate de o parte terță sau de reprezentanți ai asociațiilor de consumatori în orice etapă a procedurii;

(c) părțile sunt informate cu privire la rezultatul procedurii SAL, în scris sau pe un suport durabil, precizându-se motivele pe care se întemeiază rezultatul.

**IX. Mecanisme SAL.** Entitățile SAL pot **propune și/sau impune** o soluție părților. Entitățile SAL pot derula ambele mecanisme cu condiția de a elabora proceduri specifice pentru fiecare mecanism în parte și de a informa clar și corect părțile cu privire la consecințele alegerii unuia dintre mecanisme. În cazul în care entitățile SAL derulează ambele mecanisme, consumatorul este cel care alege unul dintre mecanisme.

**A. Propunerea unei soluții.** În cazul procedurilor SAL prin care se propune o soluție (art. 11 din OG 38/2015), consumatorii au posibilitatea de a se retrage din procedură în orice moment dacă nu sunt satisfăcuți de funcționarea sau de modul de desfășurare a procedurii. Consumatorii sunt informați despre acest drept înaintea începerii procedurii.

Înainte de a accepta soluția propusă, părțile sunt informate cu privire la:

a) posibilitatea de a alege dacă acceptă sau nu soluția propusă;

b) faptul că implicarea în procedură nu exclude posibilitatea de a cere despăgubiri printr-o procedură judiciară;

c) faptul că soluția propusă poate fi diferită de un rezultat stabilit de către o instanță care aplică dispozițiile legale în vigoare;

d) consecințele juridice ale acceptării unei astfel de soluții.

Rezultatul procedurii SAL este comunicat părților, printr-o notă de soluționare alternativă a litigiilor, în termen de 30 de zile calendaristice de la data la care o entitate SAL a primit dosarul complet al reclamației. În cazul unor litigii extrem de complexe, entitatea SAL responsabilă poate, dacă este necesar, să prelungească termenul cu 20 de zile calendaristice. Părțile sunt informate în legătură cu orice prelungire a termenului respectiv, precum și în legătură cu perioada estimată pentru terminarea litigiului.

Înainte de a accepta soluția propusă, se acordă o perioadă de 15 zile calendaristice pentru a-și exprima acordul sau dezacordul. În termenul de 15 zile calendaristice de la primirea notei de soluționare a litigiilor, părțile comunică decizia lor de acceptare sau de respingere a soluției propuse.

Rezultatul procedurilor SAL nu este obligatoriu **dacă doar una dintre părți acceptă soluția propusă.**

**B. Impunerea unei soluții.** Înainte de a alege această posibilitate de soluționare a litigiului, părțile sunt informate cu privire la: (a) caracterul obligatoriu al soluției; (b) faptul că părțile nu au posibilitatea de a alege dacă acceptă sau nu soluția; (c) faptul că niciuna dintre părți nu se poate retrage din procedură; (d) faptul că implicarea în procedură nu exclude posibilitatea de a cere despăgubiri printr-o procedură judiciară; (e) faptul că soluția propusă poate fi diferită de un rezultat stabilit de către o instanță care aplică dispozițiile legale în vigoare; (f) consecințele juridice ale acceptării unei astfel de soluții (art. 12 din OG 38/2015). Entitățile SAL se asigură că părțile își dau acordul cu privire la caracterul obligatoriu al soluției.

Libertatea consumatorului și a comerciantului de a accepta soluția propusă de membrii entității SAL diferă, evident, după cum este vorba despre o procedură de mediere / conciliere sau de o procedură arbitrală. Fie că părțile ajung ele însele la o soluție în urma concilierii, fie că aceasta le este propusă de către mediator, cât timp doar una dintre părțile litigante se arată de acord cu soluția propusă, aceasta nu are caracter obligatoriu pentru cealaltă parte implicată în procedura medierii / concilierii. În schimb, în materie de arbitraj desfășurat în baza unei convenții arbitrale valabile, părțile litigiului acceptă expres să se plieze pe cerințele deciziei arbitrilor, care însă va putea fi atacată pe căile de procedură civilă specifice (contestația în anulare).

**X. Rezultatul procedurii SAL.** În cazul în care părțile acceptă soluția propusă, precum și în cazul soluției impuse, entitatea SAL emite o *hotărâre motivată (a)*, iar, în cazul în care părțile nu acceptă soluția propusă, entitatea SAL emite o *încheiere* care cuprinde descrierea faptelor, soluția propusă și decizia părților (b), conform art. 13 din OG 38/2015.

În cazul în care comerciantul nu acceptă soluția propusă, entitatea SAL informează consumatorul, prin încheiere, despre căile de atac administrative, respectiv judiciare la care poate recurge pentru soluționarea litigiului.

Hotărârea, respectiv încheierea se comunică părților în termen de 15 zile calendaristice de la adoptare și produce efecte de la data comunicării. Acestea pot fi atacate la instanța de judecată competentă.

Hotărârile care nu sunt atacate în termenul de 15 zile calendaristice de la data comunicării **constituie de drept titlu executoriu.**

Procedurile SAL se finalizează în termen de 90 de zile calendaristice de la data la care o entitate SAL a primit dosarul complet al reclamației. În cazul unor litigii complexe, entitatea SAL responsabilă poate, dacă este necesar, să prelungească termenul de 90 de zile calendaristice și să informeze părțile în legătură cu orice prelungire, precum și în legătură cu perioada estimată pentru terminarea litigiului.

**XI. Clauze abuzive<sup>8</sup>.** Conform art. 14 din OG 38/2015, un acord între un consumator și un comerciant de a prezenta reclamații unei entități SAL, atunci când acesta a fost **încheiat înainte de apariția litigiului** și dacă are drept efect privarea consumatorului de dreptul său de a se adresa autorității administrative competente în vederea soluționării reclamației pe cale administrativă<sup>9</sup> ori de a introduce o acțiune în instanță în vederea soluționării litigiului, nu este obligatoriu pentru consumator<sup>10</sup>.

*Arbitrabilitatea litigiului (în dreptul consumatorilor)* reprezintă aptitudinea unui litigiu dintre consumatori și profesioniști de a fi supus judecății arbitrale, de a face obiectul unui arbitraj; sustragerea litigiului de sub competența instanțelor statale are loc prin încheierea unei convenții arbitrale<sup>11</sup>. Sunt, în principiu, arbitrabile drepturile asupra cărora părțile au libertatea de a dispune, fiind excluse: (a) materiile care vizează în mod direct ordinea publică (inclusiv implicațiile săvârșirii unei infracțiuni penale); (b) litigiile relative la starea civilă și capacitatea persoanelor (filiație, căsătorie, divorț, numele persoanei, naționalitate și cetățenie ș.a.); (c) drepturile cu caracter extrapatrimonial în general; (d) materiile excluse în mod expres prin lege.

Clauza compromisorie este o varietate a convenției de arbitraj prin care părțile se obligă să supună eventualele lor *litigii viitoare* unei instanțe arbitrale, înlăturând astfel competența instanțelor statale.

Spre deosebire de *compromis*, clauza compromisorie se încheie mai înainte survenirii vreunui motiv de litigiu, astfel încât părțile nu pot avea o imagine clară asupra întinderii / valorii juridice a unui atare angajament, nici asupra cuantumului ori a naturii prejudiciului a cărui reparare va face obiectul analizei arbitrilor, de unde și pericolul asumării unui angajament netemperat și insuficient reflectat, dublat de renunțarea la garanțiile de imparțialitate oferite de persoana judecătorului, ca și la căile de atac de drept comun.

Pentru aceste rațiuni, clauza compromisorie este considerată *clauză abuzivă* și este lovită de *nulitate relativă* (de protecție) în contractele încheiate între profesioniști și consumatori, spre deosebire de *compromis*, care reprezintă o convenție de arbitraj încheiată posterior survenienței motivului concret de litigiu și care este licit inclusiv în contractele încheiate între profesioniști și consumatori.

Inserarea unei clauze compromisorii într-un contract de adeziune propus consumatorilor de către un profesionist este sancționată prin pârghiile mecanismului juridic de reprimare a *clauzelor abuzive*, reglementat prin Legea nr. 193/2000, cu modificările ulterioare; pe de altă parte, în contractele încheiate cu consumatorii, clauza compromisorie este nulă prin obiectul său (renunțarea anticipată la o viitoare acțiune în justiție contra profesionistului, fără a cunoaște natura acestei acțiuni), iar nu numai prin natura sa abuzivă (imposibilitatea negocierii, crearea unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, contrar cerințelor buneii-credințe ș.a). Potrivit lit. I) din Lista clauzelor considerate a fi abuzive anexată Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive în contractele încheiate între comercianți și consumatori, sunt considerate a fi abuzive, până la proba contrarie, cu toate consecințele atrase de o atare calificare, prevederile contractuale care „exclud dreptul consumatorului de a întreprinde o acțiune legală sau de a exercita un alt remediu legal, solicitându-i în același timp rezolvarea disputelor în special prin arbitraj”.

Compromisul, pe de altă parte, este o varietate a convenției de arbitraj prin care părțile se obligă să supună litigiul ivit între ele unei judecăți arbitrale, înlăturând convențional competența instanțelor statale. Spre deosebire de *clauza compromisorie*, compromisul se încheie posterior survenienței motivului concret de litigiu<sup>12</sup>, ceea ce implică consimțirea consumatorului în cunoștință de cauză. În contractele încheiate între profesioniști și consumatori, compromisul este valabil, în principiu, fiind supus aceluiași condiții de fond precum cele aplicabile formării contractelor în general; recurgerea părților la arbitraj a fost uneori expres menționată de legiuitor ca fiind permisă; de pildă, conform art. 20 din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, modificată, furnizorii de servicii și destinatarii acestor servicii pot supune litigiile născute între ei arbitrajului, în condițiile prevăzute de lege, precum și celorlalte căi extrajudiciare de soluționare a litigiilor, prevăzute de codurile de conduită incidente în materia comerțului electronic.

Sub aspectul formei, încheierea compromisului poate avea loc numai în formă scrisă (fie în varianta înscrisului sub semnătură privată, fie în cea a înscrisului autentic; compromisul poate fi încheiat și prin utilizarea unei tehnici de comunicare la distanță, profesionistul fiind

obligat să pună la dispoziția consumatorului datele relative la încheierea compromisului pe un suport durabil, care să permită stocarea acestora).

**XII. Reguli proprii.** Fiecare entitate SAL elaborează reguli proprii de soluționare alternativă a litigiilor, care trebuie să respecte principiile, regulile și cerințele prevăzute de OG 38/2015. Pe lângă principiul *libertății consumatorului* de a recurge la procedura SAL<sup>13</sup>, respectiv de a accepta soluția propusă, descris mai sus, o serie de principii<sup>14</sup> sunt de asemenea aplicabile în procedura SAL. Mai întâi, entitatea extrajudiciară trebuie să manifeste *independentă* față de părțile litigante. Condițiile de acces la procedura SAL și de desfășurare a acesteia (inclusiv termenele de comunicare a hotărârii) trebuie să fie însoțite de *transparență*. Părților litigante trebuie să li se asigure posibilitatea concretă de a-și prezenta apărările și de a-și motiva pretențiile, conform *principiului contradictorialității*. În fine, procedura SAL, pentru a se dovedi mai eficace decât remediile jurisdicționale, trebuie să fie simplă, rapidă și gratuită pentru consumator.

După cum am menționat anterior, mandatul minimal al membrilor unei entități SAL este de 3 ani, putând fi însă vorba în practică despre un termen mai lung. Conciliatorii de justiție mandatați de o entitate SAL vor avea misiunea de a facilita rezolvarea amiabilă a oricăror dispute intervenite între comercianți și consumatori, părțile urmând să aleagă dacă vor considera soluția ca obligatorie, angajându-se să o respecte sau, dimpotrivă, să recurgă la acțiunile clasice în justiție.

În ceea ce privește **efectul procedurilor SAL asupra termenelor de decădere și de prescripție**, pe parcursul derulării procedurii de soluționare alternativă a litigiilor, prescripția dreptului la acțiune nu începe să curgă, iar, dacă a început să curgă, ea se suspendă (art. 16 din OG 38/2015).

**XIII. Informarea consumatorilor de către comercianți.** Comercianții au obligația de a informa consumatorii cu privire la entitatea sau entitățile SAL de care aceștia aparțin atunci când comercianții se angajează să utilizeze respectivele proceduri. Informațiile respective includ adresa site-ului internet al entității sau entităților SAL relevante (art. 25 din OG 38/2015).

Informațiile menționate la alin. (1) sunt furnizate în mod clar, inteligibil și ușor accesibil pe site-ul internet al comercianților, în cazul în care acesta există, și, dacă este cazul, în termenii și condițiile generale ale contractelor de vânzare sau de prestare de servicii dintre comerciant și consumator.

În ceea ce privește medierea în materia serviciilor bancare, fiecare instituție bancară va informa consumatorii despre datele de contact ale Centrului de soluționare alternativă a litigiilor din sistemul bancar (Centrul SAL), ca entitate juridică autonomă, neguvernamentală, apolitică, fără scop lucrativ, de interes public, cu personalitate juridică, în scopul asigurării accesului consumatorilor din domeniul bancar la soluționarea, prin proceduri SAL, a litigiilor dintre aceștia și bănci<sup>15</sup>. Soluționarea litigiilor înaintate de către consumatori Centrului SAL este realizată de membrii Corpului conciliatorilor, conform regulilor de procedură adoptate de Centru. Membrii Corpului conciliatorilor sunt persoane fizice, cu expertiză în domeniul SAL, selectate potrivit criteriilor stabilite de Colegiul de coordonare, prin regulamentul de

organizare și funcționare a Centrului SAL, în conformitate cu prezenta ordonanță. Membrii Corpului conciliatorilor sunt independenți, imparțiali și trebuie să dispună de o bună reputație și expertiză adecvată (conform art. 24 din OG nr. 38/2015).

**XVI. Concluzii.** Dificultățile atașate accesului la justiție al consumatorilor prin procedurile judiciare clasice (costuri implicate, recurgerea la avocați specializați, durata relativ mare de soluționare, în pofida așteptărilor de celeritate) au determinat consacrarea prin Directiva 2013/11/UE, respectiv OG. nr. 38/2015, a mijloacelor alternative non-jurisdicționale de rezolvare a litigiilor, accesibile *online* și, în principiu, gratuite pentru consumatori. Procedura SAL (Soluționare Alternativă a Litigiilor) reprezintă un element de noutate pentru consumatorii români, care vor beneficia astfel de posibilitatea să prezinte online o reclamație și documentele justificative necesare, pe site-ul unei entități SAL. În cazul procedurilor SAL prin care se propune o soluție, consumatorii au posibilitatea de a se retrage din procedură în orice moment dacă nu sunt satisfăcuți de funcționarea sau de modul de desfășurare a procedurii. Rezultatul procedurilor SAL nu este obligatoriu dacă doar una dintre părți acceptă soluția propusă.

În ipoteza în care părțile litigiului acceptă soluția propusă, entitatea SAL emite o *hotărâre motivată*, iar dacă părțile nu acceptă soluția propusă, entitatea SAL emite o *încheiere* care cuprinde descrierea faptelor, soluția propusă și decizia părților. În ceea ce privește comunicarea hotărârii, hotărârea / încheierea entității SAL se comunică părților în termen de 15 zile calendaristice de la adoptare și produce efecte de la data comunicării. Acestea pot fi atacate la instanța de judecată competentă. Hotărârile care nu sunt atacate în termenul de 15 zile calendaristice de la data comunicării constituie de drept titlu executoriu. OG nr. 38/2015 fixează un termen legal maxim de finalizare a procedurii, stabilind că procedurile SAL se finalizează în termen de 90 de zile calendaristice de la data la care o entitate SAL a primit dosarul complet al reclamației, cu precizarea că în cazul unor litigii complexe, entitatea SAL poate să prelungească termenul de 90 de zile calendaristice.

Dacă mijloacele alternative non-jurisdicționale de soluționare a litigiilor sunt, în principiu, apreciate ca fiind benefice pentru consumatori, nu trebuie neglijate nici pericolele sau dezavantajele procedurale care pot rezulta dintr-un exercițiu deficitar al acestora. Astfel, după cum se preciza în Recomandarea din 30 martie 1998 a Comisiei Europene, „Aderarea consumatorului la o procedură extrajudiciară de soluționare a litigiilor nu poate rezulta dintr-un angajament anterior apariției diferendului, un asemenea angajament având efectul de a priva consumatorul de dreptul său de a se adresa organismelor judiciare competente”. În aceiași termeni este rezolvată problema clauzelor compromisorii de arbitraj și în textul Directivei 2013/11/UE, respectiv al art. 14 din OG 38/2015, conform căruia un acord între un consumator și un comerciant de a prezenta reclamații unei entități SAL, atunci când acesta a fost încheiat înainte de apariția litigiului și dacă are drept efect privarea consumatorului de dreptul său de a se adresa autorității administrative competente ori de a introduce o acțiune în instanță, nu este obligatoriu pentru consumator.

---

\* Lector dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, jgoicovici@yahoo.com.

- <sup>1</sup> Pentru detalii privind încheierea și executarea contractelor *online*, a se consulta M. Tudorache, *Contractul încheiat prin mijloace electronice*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, îndeosebi p. 129-192; M.Y. Schaub, *European Legal Aspects of E-commerce*, Europa Law Publishing, 2004; P. Thieffry, *Commerce électronique: droit international et européen*, Paris, Litec, 2002, îndeosebi p. 34-68.
- <sup>2</sup> OG nr. 38/2015 transpune prevederile Directivei 2013/11/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2013 privind soluționarea alternativă a litigiilor în materie de consum și de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2.006/2004 și a Directivei 2009/22/CE (Directiva privind SAL în materie de consum), publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 165 din 18 iunie 2013.
- <sup>3</sup> Pentru detalii privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre profesioniști și consumatori în dreptul francez, a se consulta Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation*, Ed. Armand Colin, Paris, 2005, p.341-357; J. Calais-Auloy, Fr. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 519-522.
- <sup>4</sup> De remarcat faptul că litigiile de *malpraxis* rămân în afara sferei de aplicare a procedurilor SAL.
- <sup>5</sup> Un prim mijloc non-jurisdicțional de rezolvare a litigiului constă, pentru consumator, în a se adresa în mod direct comerciantului în speranța unei soluționări amiabile; în ipoteza eșecului negocierilor directe, îndeosebi din perspectiva dezechilibrului care se poate instala între negociatori (reprezentanții comerciantului și consumator), rămâne deschisă posibilitatea formulării unei petiții către o entitate SAL.
- <sup>6</sup> De asemenea, potrivit art. 18 din OG nr. 38/2015, anumite informații trebuie notificate autorității competente de către organismele care doresc să fie entități de soluționare a litigiilor; este vorba despre: (a) numele, coordonatele și site-ul internet; (b) informații privind structura și finanțarea lor, inclusiv informații privind persoanele fizice responsabile de soluționarea litigiilor, remunerarea și mandatul acestora; (c) regulile de procedură; (d) comisioanele; (e) durata medie a procedurilor de soluționare a litigiilor; (f) limba în care pot fi prezentate reclamații și în care se poate desfășura procedura de soluționare a litigiilor; (g) o declarație privind tipurile de litigii vizate de procedura de soluționare a litigiilor; (h) motivele pentru care entitatea de soluționare a litigiilor poate refuza să instrumenteze un anumit litigiu. Totodată, entitățile SAL comunică autorității competente la fiecare 2 ani informații privind: (a) numărul de litigii primite și tipurile de reclamații la care se referă; (b) procentul de proceduri SAL care au fost întrerupte înainte de a fi obținut un rezultat; (c) durata medie de soluționare a litigiilor primite; (d) proporția respectării rezultatelor procedurilor SAL, în cazul în care aceasta este cunoscută; (e) orice probleme semnificative care apar frecvent și duc la litigii între consumatori și comercianți, informațiile comunicate în acest sens putând fi însoțite de recomandări cu privire la nodul în care aceste probleme pot fi evitate sau rezolvate în viitor; (f) o evaluare a eficacității cooperării lor în cadrul rețelelor entităților SAL care facilitează soluționarea litigiilor transfrontaliere.
- <sup>7</sup> Reprezentarea părților prin avocați în cadrul procedurii SAL este, evident, facultativă. De altfel, procedurile SAL sunt gândite astfel încât să încurajeze consumatorii să le acceseze în mod gratuit, în baza unor reguli simple, ceea ce va însemna că recurgerea la avocați pentru consumator va rămâne excepția (în opoziție cu procedurile jurisdicționale etatice).
- <sup>8</sup> A se vedea S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, Paris, 2008, p. 342-368; M. Zachariasiewicz, Recent Developments in European Private Law: The Influence of European Consumer Law on National Legal Systems, în *European Review of Private Law*, Vol. 19, Issue 3-4/2011, p. 471-480; W.H. Van Boom, M. Loos, Effective Enforcement of Consumer Law in Europe: Synchronizing Private, Public, and Collective Mechanisms, în Erasmus University of Rotterdam (EUR) - Erasmus School of Law and University of Amsterdam - Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) *Working Papers*, 2008, p. 2-16; W.H. Van Boom, The Draft Directive on

Consumer Rights: Choices Made and Arguments Used, *Journal of Contemporary European Research*, vol. 5/2009, Issue 3, p. 452-464; B. Sandvik, The Battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales, în *European Review of Private Law*, Vol. 20, Issue 4/2012, p. 1097-1118; G. Poissonier, Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation, în *Le Dalloz* 2006, Chroniques, p. 370; G. Poissonier, Panorama des clauses abusives en droit français du crédit à la consommation, în *Revue européenne de droit de la consommation* 1/2006, p. 171.

<sup>9</sup> De exemplu, în contractul de credit pentru nevoi personale (nenominalizate) încheiat între banca „C.” și consumatorul D.E. figurează clauza potrivit căreia „clientul băncii datorează despăgubiri în situațiile în care se adresează organelor statale abilitate, formulând plângeri care afectează reputația băncii”: este vorba despre o clauză abuzivă, în pofida argumentului că interesul băncii de a-și proteja reputația este legitim; orice plângere adresată de consumatori organelor statale în executarea contractelor de credit este de natură să afecteze reputația unei bănci, însă o bună reputație comercială se construiește prin relații contractuale loiale, iar nu prin antrenarea de penalități contra consumatorilor nemulțumiți. În plus, o asemenea clauză este de natură să restrângă dreptul constituțional de a se adresa justiției. Limitarea dreptului consumatorului de a se adresa justiției sub sancțiunea plății de daune-interese este de natură să rupă echilibrul dintre drepturile părților, dacă banca ar avea dreptul de a-l acționa în judecată pe consumator, însă consumatorul nu ar avea dreptul de a chema banca în judecată, pentru a evita condamnarea sa la despăgubiri pentru afectarea reputației băncii pârâte.

<sup>10</sup> Conform art. 1, alin. (1) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, modificată, orice contract încheiat între profesioniști și consumatori pentru vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii va cuprinde clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înțelegerea cărora nu sunt necesare cunoștințe de specialitate. În caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului.

<sup>11</sup> Pentru o abordare detaliată a regulilor arbitrajului, a se consulta R. B. Bobei, *Arbitrajul intern și internațional. Texte. Comentarii. Mentalități*, C.H. Beck, București, 2013, îndeosebi p. 56-78. Spre deosebire de arbitraj, medierea reprezintă un mijloc alternativ, non-jurisdicțional, de soluționare a litigiilor, constând în asumarea de către persoana aleasă de părți drept *mediator* a misiunii de a realiza apropierea pozițiilor divergente ale părților și de a le propune, cu titlu de recomandare, o soluție de asanare a conflictului. În opoziție cu arbitrajul și cu *justiția statală*, în cazul ultimelor decizia arbitralului / judecătorului având autoritate de lucru judecat, propunerea mediatorului nu are forța legală a unei sentințe, însă va fi inclusă într-un contract final pe care părțile se angajează să-l respecte, pentru a evita angajarea răspunderii lor contractuale. Independent de produsul medierii, oricare dintre părți rămâne liberă să se adreseze instanței de judecată pentru tranșarea litigiului. În timp ce *arbitrul* își asumă competența de a emite o sentință arbitrală obligatorie pentru părți, *mediatorul* își asumă doar obligația de a asigura punerea de acord a părților în privința unei soluții comune, contractuale, *mediatorul* asumându-și o misiune și mai diminuată ca substanță, întrucât nu garantează părților ajungerea la o viziune comună. Acceptarea de către părțile litigante a participării la o procedură de mediere sau de conciliere nu exclude recurgerea ulterioară a acestora la arbitraj.

<sup>12</sup> *Arbitrabilitatea obiectivă* sau arbitrabilitatea litigiilor din perspectiva obiectului nu ridică dificultăți în dreptul consumatorilor, prin ea însăși. În realitate, clauzele compromisorii semnate de consumatori sunt nule pentru caracterul forțat, nenegociat al acestora, din rațiuni subiective, atașate libertății de voință a consumatorului, libertate care nu se regăsește în cazul stipulațiilor tipizate din contractele de adeziune. Sub aspectul obiectului litigiilor, evident că este vorba despre drepturi patrimoniale de care consumatorul poate dispune, putându-le plasa sub incidența



unei judecăți arbitrale. Acest consimțământ trebuie să intervină în mod conștient și avizat, cerință pe care acceptarea anticipată, „în bloc”, a convenției de arbitraj printre clauzele generale de afaceri nu o întrunește.

- <sup>13</sup> În contractele încheiate cu consumatorii, clauza compromisorie este nulă prin obiectul său (renunțarea anticipată la o viitoare acțiune în justiție contra profesionistului, fără a cunoaște natura acestei acțiuni), iar nu numai prin natura impusă, nenegociată (acceptarea sa de către consumator „în bloc”, împreună cu restul clauzelor contractului de adeziune).
- A afirma că părții profane, consumatorului nu îi este permis să recurgă la arbitraj pentru soluționarea litigiilor ar fi eronat, atât din punct de vedere la dreptului pozitiv, cât și din cel al practicii judiciare. Cu toate acestea, este necesar de remarcat că, atât în dreptul european al consumului, cât și în cel intern, se practică o distincție netă între convențiile de arbitraj impuse anticipat, fără negociere, în contractele preredactate și, pe de altă parte, contractele de arbitraj liber consimțite de către consumator, în cunoștință de cauză, posterior apariției unui diferend, după cum rezultă și din textul art. 14 din OG nr. 38/2015 privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre comercianți și consumatori. Convenția de arbitraj încheiată cu consumatorii și prin care se înlătură competența instanțelor statale de a soluționa litigiul, în favoarea unei judecăți arbitrale: (a) dacă îmbracă forma unei clauze compromisorii, acceptată înainte de apariția unui litigiu concret (în momentul încheierii contractului principal / actului adițional, cu privire la orice litigii viitoare în general) – este lovită de nulitate între profesioniști și consumatori, ca reprezentând o clauză abuzivă, cu excepția situațiilor în care profesionistul dovedește negocierea clauzei cu consumatorii (iar nu simpla cunoaștere sau semnare a clauzei de către aceștia); (b) încheiată posterior apariției unui litigiu concret, în varianta *compromisului*, convenția de arbitraj se încheie valabil inclusiv între comercianți / profesioniști și consumatori, deoarece se consideră că în aceste ipoteze consumatorul are o imagine clară asupra drepturilor și obligațiilor contractuale în legătură cu litigiul concret, pe care acceptă să le supună deciziei arbitrilor.
- <sup>14</sup> Din caracterul de contract de adeziune al majorității contractelor încheiate cu consumatorii (clauzele fiind preredactate de către profesioniștii comerțului sau serviciilor) decurge și principiul interpretării clauzelor obscure în favoarea consumatorului / în contra autorului lor (profesionistul), inclusiv în cadrul procedurilor SAL. Principiul amintit este consacrat expres în textul art. 77 din Codul român al consumului, conform căruia „În caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului”. Ambiguitatea clauzelor tipizate poate origina în redactarea obscură sau incompletă a acestora (i), cât și în contradicțiile existente între clauzele exprese ale contractului principal și una sau mai multe condiții generale de afaceri (ii). Prin urmare, ambiguitatea clauzelor preredactate poate fi una *intrinsică*, însemnând că simpla lectură a clauzei nu permite decriptarea sensului și a efectelor acesteia (a) sau una *extrinsecă*, când clauza în sine este redactată în termeni clari, însă își pierde din semnificație în corelație cu alte dispoziții contractuale care o contrazic (b).
- <sup>15</sup> Trebuie făcută observația că, în domeniul serviciilor bancare, îndeosebi în privința litigiilor generate de încheierea și executarea contractelor de credit bancar, nu vor putea fi înființate entități SAL autonome, altele decât Centrul SAL pentru litigii bancare, respectivul centru reprezentând singura entitate SAL competentă să soluționeze amiabil conflictele dintre bănci și consumatori, după cum rezultă din art. 21 din OG nr. 38/2015 („Litigiile din domeniul bancar sunt soluționate exclusiv prin proceduri SAL de Centrul SAL”). Conform textului legal citat, finanțarea Centrului SAL se asigură: (a) de către comercianții ce acționează în cadrul activității lor comerciale în domeniul bancar; (b) din venituri proprii care se pot constitui din veniturile realizate din comisioanele și sumele percepute pentru prestațiile în domeniu efectuate terților; (c) din donații și/sau sponsorizări.

Activitatea Centrului SAL pentru litigii bancare este coordonată de un Colegiu de coordonare format din 5 membri desemnați, câte unul, de către următoarele entități: (a) Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor; (b) Asociația Română a Băncilor; (c) Banca Națională a României; (d) asociațiile de consumatori care îndeplinesc condițiile prevăzute în art. 32 sau în art. 33 din Ordonanța Guvernului nr. 21/1992, republicată; (e) un membru independent ales de către cei 4 membri. Colegiul de coordonare este condus de președinte, ales dintre membrii Colegiului de coordonare, prin rotație, pentru un mandat de un an. Președintele Colegiului de coordonare este ales la prima reuniune a acestuia. Durata mandatului membrilor Colegiului de coordonare este de 5 ani, acesta putând fi reînnoit o singură dată (art. 22 din OG nr. 38/2015 privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre comercianți și consumatori).

## **ARTICOLE**

### **DESPRE NECONSTITUȚIONALITATEA PREVEDERILOR ART.112' DIN CODUL PENAL DIN 2009 ȘI A ART.118'' DIN CODUL PENAL DIN 1969**

**Carmen LAZĂR\***

**Résumé.** Sur l'inconstitutionnalité des dispositions de l'art. 112' du code pénal de 2009 et de l'art. 118'' du code pénal de 1969. Dans le présent article nous nous proposons de montrer que l'art. 112' du Code Pénal 2009 et l'art. 118<sup>2</sup> du Code pénal 1969, dispositions qui prévoient la confiscation étendue, sont contraires à la Constitution roumaine, plus précisément à l'art. 1 paragraphe 3, à l'art. 44, paragraphes 8 et 9, à l'art. 21 paragraphe 3 et à l'art. 23, paragraphe 11 de la loi fondamentale. La confiscation étendue a été introduite dans la législation pénale roumaine dans le contexte de la lutte contre certains types de délits, par exemple le proxénétisme, le trafic de la drogue, le trafic des personnes, le blanchiment d'argent, le terrorisme, la corruption, l'évasion fiscale etc. La législation roumaine a été adoptée pour appliquer la législation européenne en la matière, à savoir la Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil ; ultérieurement, le Conseil et le Parlement de l'Union ont remplacé la Décision-cadre par la Directive 2014/42, celle-ci ayant essentiellement le même contenu. Mais, considérant la primauté du droit de l'Union sur le droit national, une constatation d'inconstitutionnalité des dispositions légales mentionnées ne résoudrait pas le problème, une invalidation de la Directive par la Cour de Justice de l'Union, pour non-conformité avec la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union et avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme, étant nécessaire. A défaut, l'abrogation de la Directive par les institutions compétentes s'impose.

**Mots clé :** confiscation étendue, confiscation spéciale, inconstitutionnalité, Code pénal, Constitution, décision-cadre, directive, Charte des Droits Fondamentaux, Convention Européenne des Droits de l'Homme

**Cuvinte-cheie:** confiscare extinsă, confiscare specială, neconstituționalitate, Cod penal, Constituție, decizie-cadru, directivă, Carta Drepturilor Fundamentale, Convenția Europeană a Drepturilor Omului

În cele ce urmează ne propunem să arătăm că art. 112' din Codul penal din 2009<sup>1</sup> și art. 118<sup>2</sup> din Codul penal din 1969<sup>2</sup> republicat în 1997, contravin mai multor prevederi din Constituție.

Cele două prevederi menționate au fost introduse prin Legea 63/2012<sup>3</sup> de modificare a Codului penal din 1969 și a Codului penal din 2009, în contextual luptei împotriva anumitor tipuri de infracțiuni: proxenetism, trafic de droguri, trafic de persoane, spălare de bani, pornografie, terorism, corupție, evaziune fiscală, trafic de migrați, trafic de organe

etc. Gravitatea și caracterul transfrontalier al acestor fapte necesitau eforturi la nivel european, de aceea fusese adoptată încă din 2005 Decizia-cadru a Consiliului 212/JAI. Deși România avea la dispoziție, după aderarea la Uniunea Europeană, un termen de 2 ani pentru aplicarea deciziei-cadru menționate, legislația românească în materie a fost adoptată cu mare întârziere. Cele două dispoziții penale sunt aproape identice (cu o excepție pe care o vom menționa ulterior) și se referă la confiscarea extinsă. Astfel, pe lângă măsura confiscării speciale existente se introduce confiscarea extinsă, fiind completate corespunzător și art. 108 din Codul penal din 2009, adăugându-i-se litera e), respectiv art. 112 din Codul penal din 1969, adăugându-i-se litera h). Menționăm că sunt de interes pentru prezentul articol doar alin. 1, 2 și 3 ale art. 112', respectiv ale art. 118<sup>2</sup>.

Ce este confiscarea extinsă? Ea vizează și alte bunuri decât cele supuse confiscării speciale existente (adică cele produse prin fapta prevăzută de legea penală, cele care au servit sau au fost destinate să servească la săvârșirea unei infracțiuni, cele care au fost date pentru a determina săvârșirea unei infracțiuni sau pentru a răsplăti pe infractor, cele care au fost dobândite prin infracțiune, cele deținute în contra dispozițiilor legale), mai precis bunurile în legătură cu care instanța care judecă o infracțiune din cele menționate anterior are convingerea că provin din activități infracționale de aceeași natură, dacă valoarea acestor bunuri într-o perioadă de 5 ani înainte și, dacă este cazul, după săvârșirea infracțiunii care se judecă (până la data emiterii actului de sesizare a instanței) depășește în mod vădit valoarea bunurilor dobândite în mod licit de inculpat. Se tine seama, în scopul aplicării acestor prevederi, și de valoarea bunurilor transferate de persoana condamnată sau de un terț unui membru al familiei, unei persoane juridice asupra căreia persoana condamnată deține controlul sau, în cazul Codului penal din 1969, persoanelor cu care persoana condamnată a întreținut relații asemănătoare celor dintre soți sau dintre părinți și copii, dacă aceste persoane conviețuiesc cu ea.

Așadar, în cadrul unui proces pentru una sau mai multe infracțiuni din cele enumerate anterior, instanța, pe baza unei convingeri personale, poate dispune și confiscarea altor bunuri decât cele care au legătură cu infracțiunea judecată(e), pentru că ele ar proveni din infracțiuni similare și depășesc valoarea bunurilor dobândite licit de inculpat(ti). Ne întrebăm cum își formează instanța această convingere, deoarece ea trebuie să administreze probe în acest sens<sup>4</sup> iar probele se administrează doar pentru fapta(ele) cu care instanța a fost sesizată. Dacă comiterea altor infracțiuni rezultă întâmplător din probele administrate pentru infracțiunea(nile) care se judecă, Parchetul se poate autosesiza și pentru acele infracțiuni, urmându-se apoi procedura obișnuită. În niciun caz nu e normal ca, fără a se face un proces penal pentru faptele nou descoperite, bunurile presupuse a rezulta din ele să poată fi confiscate. Conform art. 44 alin. 9 din Constituție, nu pot fi confiscate decât bunurile care sunt destinate la, folosite la sau rezultate din infracțiuni sau contravenții (în treacăt fie zis, această dispoziție e mai restrictivă și decât prevederile din cele două Coduri penale referitoare la confiscarea obișnuită); or, faptul că un bun a fost destinat la, folosit la sau rezultat dintr-o infracțiune trebuie demonstrat în cadrul unui proces penal deschis în legătură cu infracțiunea respectivă, nu în cadrul unui proces deschis în legătură cu o altă infracțiune, doar pentru că aceasta e de aceeași natură. Din același motiv considerăm că prevederile în discuție încalcă și art. 44 alin. 8 din Constituție, prezumția dobândirii licite neputând fi răsturnată

decât în cadrul unui proces penal privind infracțiunea/infracțiunile sursă a bunurilor respective. Se susține că nu se instituie o prezumție de dobândire ilicită ci doar se simplifică sarcina probei: aceasta deoarece infracțiunile sursă presupusă a bunurilor respective trebuie dovedite, după cum trebuie stabilit că valoarea bunurilor persoanei condamnate, în perioada de 5 ani menționată, depășește valoarea bunurilor dobândite licit; din aceste două premise se trage concluzia că bunurile dobândite în plus și nejustificate provin din acele infracțiuni<sup>5</sup>. Desigur, dar concluzia trasă din cele două premise este la rândul ei o prezumție, mai precis o prezumție de dobândire ilicită.

S-ar putea pune întrebarea dacă prevederile menționate nu încalcă indirect și art. 23 alin. 11 din Constituție referitor la prezumția de nevinovăție, deoarece, deși inculpatul nu e condamnat și pentru infracțiunea/infracțiunile sursă a bunurilor care i se confiscă în plus, deci el e prezumat în continuare nevinovat pentru acele infracțiuni, bunurile presupuse a rezulta din ele sunt totuși confiscate; unii s-au pronunțat în acest sens<sup>6</sup>.

De asemenea, apreciem că prevederile în discuție contravin și art. 21 alin. 3 din Constituție referitoare la un proces echitabil, din aceleași motive pe care le-am menționat anterior (faptul că instanța nu poate administra probe în legătură cu alte fapte și nu poate dezbate alte fapte decât cele cu care a fost sesizată).

În fine, sintagma "depășește în mod vădit", prin sfera sa nedeterminată de cuprindere și, deci, de aplicare încalcă principiul previzibilității și clarității legii consacrat implicit (prin interpretarea Curții Constituționale) de art. 1 alin. 3 din Constituție (noțiunea de stat de drept)<sup>7</sup>. Același principiu îl încalcă și partea din cele două prevederi care se referă la terți care transferă bunuri unui membru al familiei persoanei condamnate sau unei persoane juridice asupra căreia persoana condamnată deține controlul. Despre ce fel de terți e vorba și în ce calitate fac ei transferul?<sup>8</sup>

Concluzia generală, la care achiesează și alții, este că prevederile legale în discuție pot genera grave încălcări ale drepturilor omului<sup>9</sup>.

Problema este însă că o eventuală declarație a neconstituționalității prevederilor menționate nu ar produce efectul scoaterii lor din ordinea juridică, întrucât ele au fost adoptate, așa cum am arătat, pentru aplicarea Deciziei-cadru 2005/212/JAI a Consiliului Uniunii Europene, înlocuită cu Directiva 2014/42 a Consiliului și Parlamentului (care are în esență același conținut). Or, conform principiului superiorității dreptului unional asupra dreptului național indiferent de rangul acestuia din urmă, degajat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene<sup>10</sup> și consacrat și de art. 148 din Constituția României, Decizia-cadru și Directiva prevalează inclusiv față de Constituție. Similar cu ceea ce am spus despre cele două prevederi penale, se poate susține că Decizia-cadru și Directiva contravin contravin art. 47 par. 2 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene în partea referitoare la dreptul la un proces echitabil și art. 48 par. 1 din aceeași Cartă referitor la prezumția de nevinovăție. În ceea ce privește prezumția dobândirii licite a bunurilor, ea nu există în Cartă în art. 17 referitor la dreptul de proprietate; conform art. 52 par. 3 din Cartă, atunci când un drept – în speță cel de proprietate – se regăsește și în Convenția Europeană a Drepturilor Omului din 1950 (în speță art. 1 din Protocolul 1), prevederea respectivă din Cartă va fi interpretată în lumina prevederii corespunzătoare din Convenție, adică sensul și întinderea dreptului vor fi cele conferite de Convenție; regula se referă, evident, și la jurisprudența Curții Drepturilor Omului de la Strasbourg, deoarece în ultimă instanță

Convenția este ceea ce spune Curtea de la Strasbourg că este. Or, din păcate, jurisprudența Curții de la Strasbourg a considerat că prezumția de dobândire ilicită a averii (aplicabilă în aceleași condiții ca cele din legislația noastră penală sau în condiții similare, n.n.), existentă în unele legislații penale naționale și ducând la confiscarea extinsă, nu încalcă art. 1 din Protocolul 1 referitoare la dreptul de proprietate, după cum nu încalcă nici art. 6 par. 2 referitor la prezumția de nevinovăție<sup>11</sup>; Curtea a ținut cont de faptul că prezumția a fost instaurată în contextul luptei împotriva anumitor tipuri de infracțiuni și că, după argumentele guvernelor pârâte, e dificil sau chiar imposibil să se stabilească faptul că bunurile confiscate provin din infracțiunile pentru care persoana – inculpat sau terț – nu a fost trimisă în judecată.

Astfel, dacă în privința încălcării art. 47 și 48 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene directiva menționată ar putea fi invalidată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene pe calea procedurii preliminare în aprecierea validității prevăzută de art. 267 din Tratatul asupra funcționării Uniunii Europene (singura cale care mai rămâne), în privința art. 17 din Cartă nu există nicio șansă în acest sens, soluția fiind, în caz că nu se obține invalidarea directivei, abrogarea ei de către instituțiile unionale competente. Într-adevăr, poate fi dificil sau chiar imposibil să se stabilească proveniența ilicită – penală – a unor bunuri. Dar, așa cum spune un principiu de drept penal, "mai bine să scape un vinovat decât să fie condamnat un nevinovat", tradus în regula "in dubio pro reo". Această regulă trebuie să funcționeze nu numai în cazul condamnărilor, ci și în cazul confiscărilor de bunuri, pentru că măsura confiscării se aplică în proceduri penale și sunt, de obicei, rezultatul unei condamnări (chiar dacă pentru altă faptă).

---

\* Conferențiar, Facultatea de Studii Europene a UBB Cluj-Napoca; crmnlazar@yahoo.fr

<sup>1</sup> Legea 286/2009, publicată în Monitorul Oficial nr.510/24 iulie 2009

<sup>2</sup> Legea 15/68, publicată în Buletinul Oficial nr.79-79 bis/21 iunie 1968

<sup>3</sup> publicată în Monitorul Oficial nr.258/19 aprilie 2012

<sup>4</sup> A se vedea și C. Niculeanu, "Confiscarea extinsă în Noul Cod Penal", în "Dreptul" nr.10/2013, p.113 (acest autor se referă la dovedirea provenienței bunurilor); M. Gorunescu, C. Toader, "Confiscarea extinsă – din contencios constituțional, în contencios administrativ și fiscal spre contenciosul penal", în "Dreptul" nr.9/12, p.100 (acești autori se referă la dovedirea infracțiunilor altele decât cea(cele) supusă(e) judecătii)

<sup>5</sup> A se vedea M. Gorunescu, C. Toader, ibidem

<sup>6</sup> A se vedea A.-L. Pușcașu, "Considerații asupra reglementării confiscării extinse", în "Dreptul" nr.10/2014, p.162

<sup>7</sup> C. Niculeanu, op.cit., p.112, A.-L. Pușcașu, op.cit., p.162

<sup>8</sup> Și în legătură cu ei se pune aceeași problemă, anume că instanța nu poate administra probe în legătură cu alte fapte și/sau persoane și nu poate dezbate alte fapte decât cele cu care a fost sesizată, aceasta în ciuda susținerilor în sensul că terții beneficiază de toate drepturile procesuale, putându-se apăra și putând demonstra că bunurile au fost dobândite legal de ei (a se vedea A. Obancia, "Garantarea procesului echitabil pentru persoanele – altele decât inculpatul – ale căror bunuri, pretins provenite din săvârșirea de fapte penale, sunt supuse confiscării speciale sau confiscării extinse", în "Dreptul" nr.1/2015, p.165-173)

- <sup>9</sup> M. Gorunescu, C. Toader, op.cit., p.109; M.A. Hotca, "Neconstituționalitatea și inutilitatea dispozițiilor care reglementează confiscarea extinsă", pe site-ul [www.juridice.ro](http://www.juridice.ro), accesat la data de 10.08.2015, orele 9,45
- <sup>10</sup> Hot. C.J. "Costa/ENEL" 6/64 din 17.05.1964; Hot. C.J. "Internationale Handelsgesellschaft" 11/70 din 17.12.1970
- <sup>11</sup> A se vedea Hot. "Phillips/Regatul Unit" 41087/98 din 5.07.2001; Hot. "Bongiorno ș.a./Italia" 4514/07 din 5.01.2010 (este de remarcat faptul că în acest caz inculpatul în procedurile penale naționale nu a fost deloc condamnat pentru vreo infracțiune ci doar supus unei măsuri de siguranță pentru apartenența la o organizație criminală, conform legii italiene); Hot. "Paulet/Regatul Unit" 6219/08 din 13.05.2014; toate aceste hotărâri se găsesc pe site-ul [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), accesat la data de 13.08.2015, orele 12

## **ARTICOLE**

### **UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND NOȚIUNEA DE CONVENȚIE MATRIMONIALĂ ȘI OBIECTUL ACESTEIA**

**Ioana NICOLAE\***

**Abstract:** Some considerations on the concept of matrimonial convention and its object.

Odată cu adoptarea Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, legiuitorul român a ales să reintroducă convenția matrimonială, făcând astfel posibilă alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al comunității legale de către soți sau viitorii soți. Cum legiuitorul nu a oferit și o definiție (legală) stricto sensu a convenției matrimoniale, în cadrul acestui articol ne-am propus a contura noțiunea de convenție matrimonială, precum și de a delimita obiectul specific al acesteia, fără a neglija aspectele de drept comparat prin raportare la legislația noastră.

With the adoption of Law no. 287/2009 on the Civil Code, the Romanian legislator chose to reintroduce the matrimonial convention, making it possible for the spouses or future spouses to choose another matrimonial regime than the legal community. Since the legislature did not offer a stricto sensu definition (legal) of the matrimonial convention, in this article we intend to outline the concept of matrimonial convention and to delineate its specific object, without neglecting the aspects of comparative law by reporting to our legislation.

**Keywords:** matrimonial convention, matrimonial regime, civil code.

**Cuvinte cheie:** convenție matrimonială, regim matrimonial, cod civil.

Odată cu intrarea în vigoare a Codului civil<sup>1</sup>, legiuitorul român a reintrodus convenția matrimonială, act juridic<sup>2</sup> a cărui posibilitate de încheiere a lipsit sub imperiul Codului familiei de la 1954. Astfel, după peste jumătate de secol de absență a convenției matrimoniale din peisajul juridic românesc, grație valorificării principiului libertății de voință, evident, în limitele legii, soții sau viitorii soți au din nou posibilitatea de a-și alege un regim matrimonial, altul decât cel al comunității legale.

Legiuitorul român de la 1864 a reglementat convenția matrimonială sub denumirea de „contract de căsătorie”<sup>3</sup> influențat fiind de Codul civil francez. Totuși, spre deosebire de Codul Napoleon, regimul nostru matrimonial legal nu era cel francez al comunității bunurilor și achizițiilor, ci „legea română a preferat ca regim legal regimul separatist, cu reglementarea alternativă a dotei și - în subsidiar, a societății de achiziții, care putea fi săvârșită între soți”<sup>4</sup>.

Codul civil de la 1864, la art. 1223, prevedea că „legea reglementează asociațiunea conjugală, în privința averilor, conform regulilor prescrise în capul următor, dacă părțile nu au făcut convențiuni speciale”. Legiuitorul modern a reglementat în mod similar posibilitatea



alegerii unui alt regim matrimonial decât cel legal, art. 329 Cod civil dispunând că „*alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al comunității legale se face prin încheierea unei convenții matrimoniale*”.

Deși cu ocazia redactării noului Cod civil s-ar fi putut reveni la regimul separației de bunuri ca regim legal<sup>5</sup>, totuși legea română nu a dus reforma până la capăt, ci a fost preferată o soluție intermediară, respectiv reintroducerea libertății regimurilor matrimoniale însă cu menținerea comunității de bunuri cu titlu de regim legal, probabil „pentru a nu bulversa cutumele oamenilor căsătoriți și ale viitorilor soți”<sup>6</sup>.

Pe cale de consecință, relațiile patrimoniale dintre viitorii soți care nu optează pentru încheierea unei convenții matrimoniale vor fi guvernate, după încheierea căsătoriei, de regulile regimului comunității legale, evident soții având posibilitatea de a alege ulterior un alt regim matrimonial<sup>7</sup>.

Totuși, în privința alegerii unui alt regim matrimonial decât cel legal, trebuie să precizăm că legiuitorul modern a fost mai puțin darnic în privința opțiunilor oferite viitorilor soți sau soților. În timp ce Codul civil de la 1864 permitea viitorilor soți să aleagă regimul matrimonial cel mai convenabil intereselor lor și chiar să combine diferitele regimuri admise de lege<sup>8</sup>, noul Cod civil a adoptat o concepție restrictivă, astfel că potrivit art. 312 alin. (1) viitorii soți nu pot alege ca regim matrimonial decât comunitatea legală, separația de bunuri sau comunitatea convențională<sup>9</sup>.

De asemenea, cum principiul libertății de voință consacrat de art. 1169 Cod civil stabilește că „*pârțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri*”, soții sau viitorii soți nu vor putea alege un regim matrimonial neprevăzut de lege ori să convină asupra unor aspecte prin care s-ar aduce atingere ordinii publice și bunelor moravuri.

Legiuitorul nostru nu a oferit în noul Cod civil o definiție (legală) *strict sensu* a noțiunii de convenție matrimonială<sup>10</sup>, mărginindu-se să precizeze la art. 329 (articol purtând denumirea marginală de „*convenția matrimonială*”) că „*alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al comunității legale se face prin încheierea unei convenții matrimoniale*”. Prin urmare a revenit doctrinei sarcina de a defini această noțiune.

O observație prealabilă ce se impune a fi făcută în ceea ce privește termenul de *convenție*, despre care s-a stabilit că este „sinonim celui de contract”<sup>11</sup>. În acest sens, potrivit art. 1166 Cod civil, „*contractul este acordul de voință dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic*”. Pe cale de consecință, dată fiind sinonimia (cel puțin în parte) stabilită între cei doi termeni, și convenția matrimonială poate fi considerată un contract.

De altfel, potrivit doctrinei contemporane aplicării Codului civil de la 1864, convențiile matrimoniale (adică contractul de căsătorie<sup>12</sup>) constituiau „*contractul bănesc format cu ocaziunea căsătoriei, pentru a determina drepturile relative ale soților, cu privire la bunurile lor*”<sup>13</sup> iar în doctrina recentă s-a precizat și faptul că există și contracte ce generează mai mult decât simple raporturi patrimoniale sau au doar vocația de a se aplica unor raporturi patrimoniale, convenția matrimonială nefiind „*destinată să aibă prin sine efecte patrimoniale, ci să cuprindă regulile care se vor aplica raporturilor patrimoniale dintre soți*”<sup>14</sup>.

În ceea ce privește unele aspecte generale referitoare la convenția matrimonială, este de reținut și faptul că, potrivit art. 330, alin. (1), Cod civil, *„sub sancțiunea nulității absolute, convenția matrimonială se încheie prin înscris autentificat de notarul public, cu consimțământul tuturor părților, exprimat personal sau prin mandatar cu procură autentică, specială și având conținut predeterminat”*. Sintagma *„cu consimțământul tuturor părților”* întrebuințată de legiuitor în acest context este una prea generală. După cum s-a remarcat în mod just și în doctrină, părțile convenției matrimoniale sunt numai viitori soți sau soții<sup>15</sup> iar *„atunci când convenția matrimonială cuprinde diferite clauze, cum ar fi o donație, toți ceilalți, în afara soților sau a viitorilor soți, sunt participanți la convenția matrimonială, fiind terți față de aceasta”*<sup>16</sup>.

Noțiunea de „convenție matrimonială” se regăsește și în dreptul altor state. Astfel, în dreptul german, art. 1363, alin. (1), Codul civil german<sup>17</sup> prevede că *„în timpul căsătoriei, regimul matrimonial aplicabil soților este acela al participării la achiziții, dacă nu se prevede altfel prin contractul matrimonial”* (Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren). Sub aspectul terminologiei utilizate, legiuitorul german este mai concret, convenția matrimonială din dreptul român găsindu-și corespondentul în contractul matrimonial din Codul civil german.

Principiul libertății contractuale a soților sau a viitorilor soți este consacrat expres în cadrul Codului civil german prin art. 1408, alin. (1) potrivit căruia *„soții își pot stabili raporturile patrimoniale prin contract (de căsătorie), chiar și după încheierea căsătoriei sau chiar dacă este vorba despre modificarea contractului inițial ori a regimului adoptat prin acesta”* (Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern). Astfel cum se poate lesne observa, legiuitorul german nu lasă loc de interpretare, acesta făcând vorbire doar despre părți, părți care pot fi doar viitorii soți sau soții, nu despre participanții la încheierea convenției matrimoniale.

În dreptul francez, potrivit art. 1387 Cod civil francez<sup>18</sup> *„regimul bunurilor soților este reglementat prin lege, în lipsa unei convenții contrare cu privire la acesta și a conformității acesteia cu dispozițiile legale și bunele moravuri”* (La lui ne rugit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent). Prin urmare, putem observa că regimul matrimonial de drept comun este cel al comunității legale, precum în dreptul român și cel german.

Codul civil francez, ca de altfel și Codul civil de la 1864, oferă o mare libertate soților în alegerea regimului matrimonial, astfel încât aceștia fie pot adopta unul din regimurile tip reglementate prin lege (separația de bunuri, participarea la achiziții sau comunitatea convențională), fie pot să nu facă nici o alegere explicită, caz în care li se va aplica regimul legal, fie pot chiar să și combine aceste regimuri<sup>19</sup>. De asemenea, trebuie precizat că legislația franceză nu exclude încheierea unei convenții matrimoniale în ipoteza în care soții adoptă regimul comunității legale, de exemplu în ipoteza în care viitorii soți vor să preconstruie o dovadă a propriilor patrimonii<sup>20</sup>.

În privința părților convenției matrimoniale, art. 1394, alin. (1) al Codului civil francez prevede că *„toate convențiile matrimoniale se redactează în scris, în fata notarului, în*

prezenta și cu consimțământul simultan al tuturor persoanelor care sunt părți, ori al mandatarilor acestora” (Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires.). Cum și în dreptul francez, ca și în dreptul român, părți pot fi doar viitorii soți sau soții, orice alte persoane intervin doar cu titlu de participant (spre exemplu părinții pentru a face o donație viitorilor soți).

Prevederile legislației italiene sunt însă cele mai elaborate în materia convenției matrimoniale, sub aspectul conturării noțiunii acesteia, deși nici aceasta nu oferă o definiție legală concretă. Astfel, potrivit art. 159 Cod civil italian<sup>21</sup>, „regimul patrimonial al familiei este constituit de regimul comunității de bunuri reglementat de dispozițiile secțiunii III ale prezentului capitol, în lipsă de convenție încheiată în conformitate cu art. 162 al prezentului cod” (Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell’articolo 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo). Astfel, în mod similar cu legislațiile anterior analizate, prin convenția matrimonială poate fi ales un alt regim matrimonial, în afara celui legal și în limitele legii.

În timp ce în legislația română și în cea franceză sunt menționate „părțile la încheierea convenției matrimoniale”, legiuitorul italian se aseamănă cu cel german în privința persoanelor între care se poate încheia convenția, acest aspect rezultând din prevederile art. 160. Cod civil italian<sup>22</sup>, din al cărui conținut se poate deduce că doar soții sau viitorii soți o pot încheia. În mod asemănător cu prevederile legislațiilor analizate, legiuitorul italian stabilește în art. 162, alin. (1) al Codului civil că „convențiile matrimoniale trebuie încheiate în forma înscrisului autentic, sub sancțiunea nulității” (Le convenzioni matrimoniali debbono essere stipulate per atto pubblico sotto pena di nullità).

Dacă pe cale legislativă nu a fost dată o definiție legală, doctrina a fost aceea care a suplinit această lipsă. Astfel, plecând de la prevederile Codului civil de la 1864, în doctrina contemporană aplicării acestuia, convenția matrimonială a fost privită ca „o facultate acordată de lege de a se reglementa în mod convențional și în limitele anume determinate efectele patrimoniale ale puterilor și ale incapacităților rezultând din căsătoria privită ca raport de stat civil”<sup>23</sup>.

Într-o definiție recentă aceasta a fost definită ca fiind „actul prin care viitori soți stabilesc regimul matrimonial aplicabil în principiu pentru toată durata căsătoriei”<sup>24</sup>, iar conform unei definiții mai complexe, convenția matrimonială este „actul juridic solemn prin care viitorii soți sau soții, în limitele legii care interesează ordinea publică și bunele moravuri, de comun acord, decid să supună raporturile lor patrimoniale regimului comunității convenționale ori celui al separației de bunuri și să concretizeze drepturile și obligațiile lor patrimoniale în timpul căsătoriei”<sup>25</sup>.

Din definițiile redată mai sus se poate observa că doctrina este uniformă în ceea ce privește natura contractuală a convenției matrimoniale (act întemeiat pe acordul de voințe al viitorilor soți sau al soților), aceeași uniformitate putând fi remarcată în dreptul comparat și în ceea ce privește necesitatea încheierii acesteia în formă autentică *ad validitate*.

Deși elementele de diferențiere dintre definiții expuse nu sunt esențiale în vederea conturării noțiunii de convenție matrimonială, cu atât mai mult cu cât, potrivit jurisconsultului

lavolenus, *omnis definitio in iure periculosa est*<sup>26</sup> (în dreptul civil orice definiție este periculoasă), totuși, pe de altă parte, aceste elemente de diferențiere dintre variile definiții propuse în doctrină întregesc imaginea de ansamblu asupra a ceea ce este o convenție matrimonială.

Convenția matrimonială, *lato sensu*, fiind un contract, în delimitarea obiectului acesteia putem pleca de la prevederile generale privind obiectul contractului, respectiv art. 1225 alin. (1) Cod civil potrivit căruia „*obiectul contractului îl reprezintă operațiunea juridică, precum vânzarea, locațiunea, împrumutul și altele asemenea, convenită de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale*”. De asemenea, mai trebuie precizat că „*obiectul constituie o condiție de fond, esențială, de validitate și generală a actului juridic civil*”<sup>27</sup>. Potrivit prevederilor aceluiași articol obiectul contractului trebuie să fie determinat și licit, sub sancțiunea nulității absolute, acesta fiind ilicit atunci când acesta este prohibit de lege sau contravine ordinii publice ori bunelor moravuri.

În privința obiectului convenției matrimoniale avem dispoziții speciale, care, deși nu sunt derogatorii de la dreptul comun, totuși restrâng sferă acestuia. Astfel, conform art. 332, alin. (1), Cod civil, „*prin convenția matrimonială nu se poate deroga, sub sancțiunea nulității absolute, de la dispozițiile legale privind regimul matrimonial ales decât în cazurile anume prevăzute de lege*”, alineatul (2) al aceluiași articol adăugând că „*de asemenea, convenția matrimonială nu poate aduce atingere egalității dintre soți, autorității părintești sau devoluțiunii succesorală legale*”.

În textele citate legiuitorul român nu menționează care este obiectul convenției matrimoniale, ci se limitează la a enumera aspectele care nu pot constitui obiect al convenției. Cum potrivit art. 1225 alin. (1) Cod civil obiectul unui act juridic civil trebuie să fie o operațiune juridică, prevederile art. 329, Cod civil vin să precizeze în ce constă operațiunea juridică obiect al convenției matrimoniale, respectiv „*alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al comunității legale*”. Pe cale de consecință, *operațiunea de alegere a regimului matrimonial* al comunității convenționale ori al separației de bunuri, în limitele impuse de lege constituie obiect al convenției matrimoniale.

Cu privire la obiectul convenției matrimoniale se impun a fi făcute două observații privind limitele acestuia. Astfel, în primul rând, prin alegerea altui regim matrimonial decât cel al comunității de bunuri, soții nu pot aduce atingere dispozițiilor legale privind regimul matrimonial ales decât în cazurile anume prevăzute de lege<sup>28</sup>. În al doilea rând, legiuitorul, în alin. (2) al art. 332 Cod civil, a ținut să enumere în mod expres trei aspecte asupra cărora viitorii soți sau soții nu pot aduce modificări, respectiv egalitatea dintre ei, autoritatea părintească și devoluțiunea succesorală legală.

Legiuitorul român nu a fost singurul care a înțeles să reglementeze unele aspecte cu caracter special în privința obiectului convenției matrimoniale, astfel că în legislația germană, precum deja am menționat, art. 1408 alin. (1) Cod civil prevede că „*soții își pot stabili raporturile patrimoniale prin contract (de căsătorie), chiar și după încheierea căsătoriei sau chiar dacă este vorba despre modificarea contractului inițial ori a regimului adoptat prin acesta*”. Astfel, și legiuitorul german a legat noțiunea de regim matrimonial stabilit prin contract de căsătorie (convenție matrimonială) de aceea de raporturi patrimoniale între soți, în viziunea acestuia obiectul convenției matrimoniale constând în stabilirea raporturilor patrimoniale între soți.

Reglementarea regimurilor matrimoniale în Codul civil francez este mai apropiată de cea din Codul civil român, astfel că în art. 1387 legiuitorul francez a prevăzut că „*regimul bunurilor soților este reglementat prin lege, în lipsa unei convenții contrare cu privire la acesta și a conformității acesteia cu dispozițiile legale și bunele moravuri*”. Pe cale de consecință, obiectul convenției matrimoniale, act generator al statutului patrimonial conjugal<sup>29</sup>, este și în acest caz alegerea regimului matrimonial care va governa raporturile dintre viitorii soți sau soți, alegere care trebuie să se situeze în limitele legii și ale bunelor moravuri.

De asemenea, și în legislația franceză există limite speciale în ceea ce privește obiectul convenției matrimoniale, astfel că potrivit art. 1388 Cod civil francez soții nu pot deroga de la drepturile și obligațiile care rezultă din căsătorie, de la cele privind autoritatea părintească, administrarea legală și tutela. În plus, precum în dreptul român, potrivit regulii instituite prin art. 1389 Cod civil francez, „*fără a se aduce atingere liberalităților care pot avea loc în forma și condițiile prevăzute de prezentul cod, soții nu pot face nicio convenție sau renunțare al cărei obiect să constea în modificarea ordinii succesiunii legale*” (Sans préjudice des libéralités qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent code, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l’objet serait de changer l’ordre légal des successions).

Nici dreptul italian nu face excepție, conținând și acesta unele prevederi cu privire la obiectul convenției matrimoniale. Astfel, potrivit art. 159 Cod civil italian, „*regimul patrimonial al familiei este constituit de regimul comunității de bunuri reglementat de dispozițiile secțiunii III ale prezentului capitol, în lipsă de convenție încheiată în conformitate cu art. 162 al prezentului cod*”. Pe cale de consecință, obiectul convenției matrimoniale constă în alegerea regimului matrimonial aplicabil raporturilor patrimoniale dintre soți.

Legiuitorul italian stabilește și el niște limite ale acestei alegeri și anume, în conformitate cu dispozițiile art. 160 Cod civil italian, „*soții nu pot deroga la drepturile și obligațiile prevăzute de lege prin efectul căsătoriei*”. Astfel, ca și în legislația civilă română, este consacrat caracterul imperativ al „regimului primar”, deși această denumire nu apare expres în lege.

Mai trebuie să menționăm că art. 161 Cod civil italian conține o prevedere aparte, care nu prezintă similarități cu cele prezentate până acum, acesta dispunând că „*soții nu pot conveni asupra raporturilor patrimoniale dintre ei în termeni generali sau făcând trimitere la dispoziții legale ori uzuri care nu mai sunt în vigoare, ei fiind datori să delimiteze în mod concret raporturile dintre ei*”. Astfel, toate aspectele asupra cărora viitorii soți sau soții convin trebuie delimitate într-o manieră concretă, prin utilizarea de termeni care să nu lase loc de interpretări multiple, fiind instituită o obligație legală în acest sens, obligație care nu se regăsește în vreuna dintre legislațiile examinate.

În concluzie, indiferent de modalitatea de exprimare aleasă de legiuitor obiectul convenției matrimoniale îl constituie alegerea regimului matrimonial dintre cele permise de lege, atunci când soții nu doresc ca raporturilor dintre ei să li se aplice regimul matrimonial legal, viitorii soți sau soții având atât posibilitatea de a alege, cât și de a schimba regimul matrimonial ales, în limitele impuse de fiecare legiuitor în parte.

- \* Prof.univ.dr., Facultatea de Drept a Universității Transilvania din Brașov; ioana.nicolae@unitbv.ro.
- <sup>1</sup> *Legea nr. 287 din 17 iulie 2009 privind Codul civil*, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011.
- <sup>2</sup> A se vedea R. Matofi, *Sinteze și aplicații de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 53 și urm.
- <sup>3</sup> În dreptul francez cele două expresii „contract de căsătorie” și „convenție matrimonială” sunt întrebuițate în egală măsură pentru a desemna acordul soților în privința alegerii regimului matrimonial.
- <sup>4</sup> P. Vasilescu, *Tradiția irosită: regimurile matrimoniale din vechiul Cod civil*, în „Studia Iurisprudenția” nr. 4/2012 (<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=525>, consultat la data de 3.11.2015).
- <sup>5</sup> A se vedea D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român*, volumul IV, București: Tipografia Curții Regale F. Göbl 1926, p. 11.
- <sup>6</sup> P. Vasilescu, *Cât de funcțional este regimul separației între soți?*, în M. D. Bob (coord.), „Evoluția noțiunii de familie și influența acesteia asupra ordinii succesoriale legale”, București: Monitorul Oficial, 2013, p. 36.
- <sup>7</sup> Sub Codul civil de la 1864 convenția matrimonială nu putea fi încheiată sau modificată decât anterior celebrării căsătoriei, orice convenție matrimonială încheiată ulterior fiind lovită de nulitate absolută atât în privința terților, cât în raporturile dintre părțile contractante - M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, București: Editura ALL Educational, 1998, p. 701-702. Interdicția schimbării regimului matrimonial a existat și în dreptul francez, legea din 13 iulie 1965 introducând posibilitatea de a schimba regimul matrimonial sub controlul instanței judecătorești, control care, cu excepția a două cazuri, a fost suprimat prin legea din 23 iunie 2006 - J. Revel, *Régimes matrimoniaux*, în „Répertoire de droit civil”, Paris: Dalloz, 2014, para. 65 (<http://www.dalloz.fr> consultat la data de 3.11.2015).
- <sup>8</sup> Soții puteau să se refere chiar și la un regim admis de o lege străină, însă necunoscut de legea română, precum comunitatea legală – a se vedea D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul VII, partea I-a (convențiile matrimoniale), București: Atelierele grafice Socec & Co., 1916, p. 11-12.
- <sup>9</sup> Codul civil mai reglementează și regimul participării la achiziții [art. 360 alin. (2)], însă nu ca regim matrimonial de sine stătător, ci exclusiv ca modalitate de lichidare a regimului separației de bunuri. A se vedea și M. Avram, *Drept civil: familia*, București: Editura Hamangiu, București, 2013, p. 340.
- <sup>10</sup> De altfel, nici Codul civil de la 1864 nu a oferit o definiție legală a convenției matrimoniale.
- <sup>11</sup> L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, București: Editura Universul Juridic, 2015, p. 29.
- <sup>12</sup> Noțiunea de *contract de căsătorie* nu trebuie confundată cu *actul căsătoriei*, întrucât acesta din urmă privește persoana și starea civilă a soților, se încheie în fața ofițerului de stare civilă iar părțile nu pot modifica condițiile și efectele sale, în timp ce *contractul de căsătorie (convenția matrimonială)* privește bunurile soților, se autentifică de către notarul public iar părțile, în limitele legii, pot determina clauzele sale. Pentru alte detalii a se vedea M. Avram, *op. cit.*, p. 180.
- <sup>13</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 5.
- <sup>14</sup> P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații.*, București: Editura Hamangiu, 2012, p. 255.
- <sup>15</sup> Din prevederea citată se desprinde și pronunțatul caracter *intuitu personae* al convenției matrimoniale, caracter care vine să întărească afirmația referitoare la persoanele între care poate fi încheiată aceasta.
- <sup>16</sup> G. C. Frențiu, *Comentariile codului civil: familia*, București: Editura Hamangiu, București, 2012, p. .
- <sup>17</sup> Codul civil german (<http://www.gesetze-im-internet.de> consultat la data de 3.11.2015).
- <sup>18</sup> Codul civil francez (<http://www.legifrance.gouv.fr> consultat la data de 3.11.2015).

<sup>19</sup> J. Revel, *op. cit.*, para. 55 (<http://www.dalloz.fr> consultat la data de 3.11.2015).

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Codul civil italian (<http://www.altalex.com> consultat la data de 3.11.2015).

<sup>22</sup> Art. 160 Cod civil italia: „soții nu pot deroga de la drepturile și obligațiile prevăzute de lege ca efect al căsătoriei” (Gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio).

<sup>23</sup> M. B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 697.

<sup>24</sup> M. Avram, *op. cit.*, p. 177.

<sup>25</sup> T. Bodoașcă, *Regimul separației de bunuri în reglementarea noului Cod civil român*, în „Dreptul” nr. 11/2010, p. 57.

<sup>26</sup> *Javolenus*, D.50.17.202.

<sup>27</sup> G. Boroș, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, București: Editura Hamangiu, 2012, p. 165.

<sup>28</sup> Practic singurul regim matrimonial care permite soților sau viitorilor soți o oarecare libertate în ceea ce privește configurarea internă a regulilor ce-l guvernează este regimul comunității convenționale; regimul separației de bunuri, în ciuda posibilității de a stipula în baza art. 360 alin. (2) Cod civil o clauză privind lichidarea acestuia, nefiind susceptibil de a fi modificat în sensul de a se produce efecte anterior lichidării sale.

<sup>29</sup> A. Colomer, C. Vernières, *Contrat de mariage*, în „Répertoire de droit civil”, Paris: Dalloz, 2009, para. 5 ([daloz.fr](http://www.dalloz.fr) consultat la data de 3.11.2015).

**OVID SACHELARIE (1906-1987)**

**Mihai-Bogdan IONESCU-LUPEANU\***  
**Cristina IONESCU-LUPEANU\*\***

**Abstract: Ovid Sachelarie (1906-1987).** The article intends to present the life and work of Ovid Sachelarie (1906-1987), judge, legal publicist, professor of civil law, member of the Team for ancient Romanian law.

**Key words:** Ovid Sachelarie; legal author; judge; Team for ancient Romanian law; professor of civil law.

**Cuvinte-cheie:** Ovid Sachelarie; autor juridic; judecător; Colectivul pentru vechiul drept românesc; profesor de drept civil;

Ovidiu Sachelarie s-a născut în București, la data de 24 septembrie 1906<sup>1</sup>. Doctor în drept al Universității din București, cel mai probabil cu teza *Esența și realitatea fraudei la lege*, este licențiat, în sesiunea ianuarie 1929, al Facultății de Litere și Filosofie din cadrul aceleiași universități<sup>2</sup>. Potrivit unei surse ar fi fost nepotul generalului Sănătescu<sup>3</sup>.

După finalizarea studiilor optează pentru o carieră în magistratură. Se clasează pe primul loc la examenul de admitere în profesie<sup>4</sup> și la data de 13 februarie 1929 devine ajutor de judecător la Judecătoria VI Urbană București, supleant la Tribunalul Ilfov la 8 ianuarie 1930, procuror de secție la același tribunal la 23 decembrie 1931, judecător inamovibil în aprilie 1933<sup>5</sup>. Judecător la secția a IV-a Civil Corecțional a Tribunalului Ilfov în 1937<sup>6</sup> și 1938<sup>7</sup>, judecător de instrucție în același an<sup>8</sup>, președinte al secției I Comerț în 1939<sup>9</sup>, președinte al secțiilor comerciale și notariat în timpul vacanței judecătorești, în intervalul 15 iulie-15 august<sup>10</sup>, consilier la Curtea de Apel între 1943 și 1946.

Împletește cariera de magistrat cu activitatea didactică și publicistică.

Potrivit unei surse<sup>11</sup> este asistent definitiv la catedra de Drept Civil și la Institutul Român de Drept civil din 1940, nemaifiind menționat în arhiva universității în februarie 1943, în ceea ce ne privește l-am regăsit, pe coperta periodicului *Pandectele române*, cu această calitate încă din 1936. Conferențiar universitar suplinitor în 1944 și 1945, ajunge, în anul 1946, conferențiar universitar.

Colaborează la publicațiile autohtone *Pandectele Române*, *Curierul judiciar*, *Revue roumaine de droit privé*, *Dreptul*, *Revista de Drept Comercial și Studii Economic*, dar și la publicații străine precum *Legislazione internazionale* și *Annuario di diritto comparato e di*



*studi legislativi*. Este mai întâi secretar de redacție (1937-1939), iar mai apoi redactor al revistei *Pandectele Române* (1943-1947), membru al comitetului de redacție al revistelor *Curierul judiciar* (1943-1946) și *Revue roumaine de droit privé* (1937-1940).

Până în anul 1947 își lasă numele pe o seamă de lucrări de referință dintre care menționăm:

*Esența și realitatea fraudei la lege*, București, Tipografia Ziarului "Universul" Societate Anonimă, 1930, 148p.;

*Legea pentru lichidarea judiciară a datoriilor comerciale. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, București, Institutul de Arte Grafice „Eminescu”, 1932, 71pg.(coautor Vasile V. Longhin);

*Regulamentul de transport al Căilor Ferate Române (valabil dela 1 ianuarie 1929) comparat cu textele respective din codul civil și comercial și adnotat cu jurisprudența la zi*, București, Imprimeria C.F.R, 1933, 242p.(coautor Romulus Georoceanu);

*Codul legislației sanitare. Cuprinzând: Legea sanitară și de ocrotire publicată în M. O. nr.140 din 22 iunie 1935, Legea I.O.V. și Legea pentru organizarea exploatării și administrării Loteriei de Stat pe clase, adnotate cu expunerile de motive, rapoartele la Corpurile legiuitoare, desbaterile parlamentare, avizele Consiliului Legislativ, Jurisprudența la zi și observații, cum și celelalte legi și regulamente cu caracter sanitar, în vigoare, adnotate cu observații.*, București, Tipografia Ziarului Universul, 1935, 676p. (coautori Sever Alexandrescu, Henrieta Șerbănescu-Sachelarie);

*Scrieri de drept civil și procedură civilă*, Tipografia Ziarului Universul, 1938, 216p.;

*Responsabilitatea pentru fapte ilicite în codul civil din 1940*, București, Editura "Curierul Judiciar", 1941, 104p.;

*Controverse în dreptul civil*, București, Tipografia Ziarului "Universul", 1941, 236p.;

*Considerațiuni asupra măsurilor de prevenire și reprimare a speculei ilicite și a sabotajului economic*, București, Tipografia Curierul Judiciar S.A., 1943, 94 p. (coautor Ovid Stănculescu);

*Principiile dreptului civil român*, Editura de Stat, București, 1947(coautori I. Rosetti - Bălănescu și Nic. G. Nedelcu), 800 p.;

*Principiile dreptului civil român*, Editura de Stat, București, 1947, ediția a II-a completată cu ultimele modificări legislative(coautori I. Rosetti - Bălănescu și Nic. G. Nedelcu);

*Codul civil promulgat la 4 decembrie 1864 și pus în aplicare la 1 decembrie 1865. coordonat cu toate textele modificatoare și cu referințe la izvoare*, București, Editura Librăria și Anticaria „Juridica”, 1947, 336p.;

În ședința din 31 mai 1939<sup>12</sup> a Academiei Române , volumul *Scrieri de drept civil și procedură civilă* primește, parte, 10.000 de lei, din premiul C.G. Vernescu în valoare totală de 50.000 de lei. Premiul a fost partajat cu George Sofronie, *Le principe des nationalités et les traités de paix de 1919-1920* (30.000 de lei) și Mircea Georgescu, *Măsurile de siguranță pentru apărarea și ocrotirea individuală organizate prin codul penal și de procedură penală «Regele Carol II»* (10.000 de lei).

La baza acordării premiului a stat raportul semnat de Andrei Rădulescu din care cităm<sup>13</sup>: *“Întocmirea lucrării dovedește nu numai o serioasă pregătire, cunoașterea unei întinse bibliografii și mai ales folosirea ei în chip inteligent, ci și întrebuintarea unei metode potrivite cercetărilor științifice.*

*Sprrijinit pe un important material documentar și jurisprudențial, atât român cât și străin și utilizând și lucrările Consiliului legislativ în vederea unor noi coduri, autorul nu s-a mulțumit să le înregistreze, cum se face de multe ori; el le-a supus unui sever examen critic combătând ceea ce nu intră în vederile sale și deseori cu multă dreptate.*

*O mențiune remarcabilă merită și modul de aranjare și de înfățișare a chestiunilor studiate. Din toate se vede că autorul posedă însușiri alese pentru asemenea cercetări și este de așteptat că nu se va opri aici.”*

După sfârșitul celui de-al Doilea Război Mondial, Ovidiu Sachelarie devine, alături de o întreagă generație, victimă a istorie.

La 16 octombrie 1947<sup>14</sup> este îndeplătit din universitate, iar în ianuarie 1948, după apariția legii nr.3 pentru desființarea barourilor de avocați și înființarea colegiilor de avocați din România din 17 ianuarie 1948, din avocatură<sup>15</sup>, profesie în care găsisese un liman în anul 1946. Revistele juridice al căror colaborator a fost vreme de două decenii își încetează apariția.

Celui caracterizat de Andrei Rădulescu drept *cel mai bun magistrat al generației sale*<sup>16</sup> nu i se mai deschid decât ușile temnițelor comuniste<sup>17</sup>.

După ispășirea osândeii de a fi fost intelectual, era de așteptat ca cercetările sale juridice să se oprească pentru totdeauna, iar el să se topească în neant, însă este recuperat de Andrei Rădulescu în *Colectivul pentru vechiul drept românesc*, în care, ca într-un cabinet de curiozități, se regăsesc, în obsedantul deceniu, supraviețuitorii indezirabili ai lumii juridice de ieri: avocați, magistrați, universitari.

Va ocupa, prin concurs, poziția de cercetător științific la Institutul de Istorie Nicolae Iorga. Reușește, încă o dată, să strălucească.

Numele său rămâne legat de următoarele volume:

*Codul Calimach (ediție critică)*, Editura Academiei Republicii Populare Române, 1958, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris III (coautor, participă doar la o parte din lucrări);

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

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

*Noțiunea actului și faptului de comerț în lumina legislației românești*, coautor Pătrășcanu, Petru V.), p.127-141, în lucrarea *Instituții de drept comercial internațional. Culegere de studii* (coordonatori Octavian Căpățână și Victor Tănăsescu), București, Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1973;

*Titluri de credit în comerțul internațional (Cambia și biletul la ordin)*, Craiova, „Scrisul românesc”, 1975, (coautor Petru V.Pătrășcanu);

*Judecata domnească în Țara Românească și Moldova (1611 - 1831). Partea a II a. Procedura de judecată*, București, Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1982, (coautor Georgescu, Valentin Al.);

*Instituții feudale din Țările Române. Dicționar*, (coordonatori: Ovid Sachelarie și Nicolae Stoicescu), București, Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1988 (volum colectiv, coautor);

*Istoria dreptului românesc*, (colectiv sub direcția lui Ioan Ceterchi) București, ed. Academiei, 1980 (3 vol.);

Îi regăsim semnătura și în periodice precum *Studii-revista de istorie*, *Studii și materiale de istorie medie*, *Recherches sur l'histoire des institutions et du droit*, *Revue roumaine des Sciences Sociales-Série de Sciences Juridiques*, *Revista Română de Drept* sau  *Glasul Bisericii*.

Participant activ la viața intelectuală, este consemnat în procesul-verbal al ședinței din 5 aprilie 1967 a Societății de Studii Clasice ca invitat<sup>18</sup>.

Mai mult, în anul 1981, se numără printre redactorii revistei *Recherches sur l'histoire des institutions et du droit*, oficios al *Association d'histoire comparative des institutions et du droit*. Acestei publicații și sesiunilor de comunicări științifice ale asociației le dedică ultimii ani din viață. După pensionare a continuat să lucreze la domiciliul său din strada Nicolae Iorga, pe care-l părăsea arareori<sup>19</sup>.

Grație oficiosului asociației am reușit identificarea următoarelor comunicări științifice efectuate de Ovid Sachelarie:

*Le commencements du droit commercial en Valachie et en Moldavie* (27 februarie 1979)(coautori Dan Berindei, Al.Constantinescu, Aurel Golimas);

*La formation de l'Etat roumain moderne* (30 ianuarie 1979);

*Le droit commercial roumain entre 1859-1918* (30 octombrie 1980);

*La vie et l'oeuvre juridico-historiques d Andrei Rădulescu. L'anniversaire du centenaire de sa naissance* (10 decembrie 1980) (Coautori Vasile Gionea, Irina-Rădulescu-Valasoglu, Valentin Al. Georgescu, Petre Strihan);

*La vie et l'oeuvre d'Alexandre Degré* (26 martie 1981);

*Le code civil de 1865 et ses traits caractéristiques* (12 ianuarie 1982);

*L'historique des institutions publiques hongroises, par Charles d'Eszlary* (9 februarie 1982);

*Aspects du droit processuel moldavo-valaque avant la réforme de Const. Mavrocordat* (26 noiembrie 1982, session scientifique avec la thème: "Les sources du droit roumain et les principales étapes de son développement jusqu'à la fin du XVIIe siècle");

*Innovations dans la procédure civile roumaine (1739-1831)* (24 februarie 1983);

*La forme testamentaire dans la Valachie et la Moldavie á la fin du XVIII-e et le commencement du XIX-e siècle.* (27 mai 1983, session scientifique avec la thème: "Le développement du droit roumain durant le XVIII-e siècle");

*L'evolution de la succesion testamentaire dans le droit moldo-valaque* (15 decembrie 1983, session scientifique avec la thème: "Le développement du droit roumain durant la première moitié du XIX-e siècle");

*La coutume dans le Code Civil de 1864* (29 mai 1984, session scientifique avec la thème: "L'évolution du droit et des institutions roumains dans la seconde moitié du XIX-e siècle");

*Grand juristes et historiens du droit roumain: Andrei Rădulescu* (19 decembrie 1984) coautori: Vasile Gionea, Petre Strihan, Const.C Theodorescu și Pompiliu Pasăre);

*Alexandru Degré* (30 octombrie 1986, session scientifique avec la thème: "Portraits de juristes roumains du XIX-e siècle");

Ovid Sachelarie trece în eternitate la 9 octombrie 1987.

Față de mulți dintre colegii de generație dispăruți în morminte nemarcate sau gropi comune, Ovid Sachelarie se bucură de alocuțiuni ținute în fața catafalcului, precum cea a lui Petre Strihan, devenită ulterior text al necrologului *Ovid Sachelarie (1906-1987)*, publicat în revista *Recherches sur l'histoire des institutions et du droit*, XIII, 1988.

În cotidianul *România liberă* am identificat un număr de trei anunțuri la rubrica *Decese*. Le redăm în totalitate:

I. *Colegii din Institutul de Istorie N. Iorga aduc omagiul lor memoriei lui Ovid sachelarie ale cărui eminente calități științifice și sufletești le vor păstra mereu în amintire. (1487) (România liberă, anul XLV, nr.13353, luni, 12 octombrie 1987, p. a 4-a, rubrica Decese, col.5;)*

II. *Aura Sachelarie, Gigi și Sandi Șerbănescu anunță cu durere încetarea din viață fulgerător a iubitului lor frate și unchi Ovid Sachelarie. Ceremonia de doliu va avea loc luni 12 octombrie, ora 13 la biserica Sf. Vasile din Calea Victoriei nr.198. Informații tel.11.38.53. (România liberă, anul XLV, nr.13353, luni, 12 octombrie 1987, p. a 4-a, rubrica Decese, col.6;)*

III. *Colegii din asociația de Istorie Comparativă a instituțiilor și Dreptului anunță cu durere încetarea din viață, în ziua de 9 oct., a ilustrului prof. universitar Ovid Sachelarie, om de o mare noblețe sufletească și modestie. (1474) (România liberă, anul XLV, nr.13354, marți, 13 octombrie 1987, p. a 4-a, rubrica Decese, col.6;)*

La ceasul la care anunțul decesului făcut de colegii din *Asociația de Istorie Comparativă a instituțiilor și Dreptului* poposea în fața ochilor cititorilor ziarului *România liberă*, ultima sa comunicare științifică, *Const. Nacu*, se făcea auzită, în lectura lui Vasile Gionea, în sesiunea de comunicări științifice cu tema "*Portraits de juristes roumains du XIX-e siècle*" (13 octombrie 1987). În urma sa rămân manuscrise nepublicate printre care și unul pare-se destul de important atât pentru autorul lui, cât și pentru știința dreptului, de vreme ce este menționat nominal de Petre Strihan: *Istoria succesiunilor*.

Vasile Gionea a lăsat un portret literar, delicat și frumos trasat<sup>20</sup>, al celui care a fost Ovid Sachelarie:

*În anii războiului am făcut cunoștință cu lucrările unui nou jurist care încredința tiparului rodul strădaniilor sale, pentru elucidarea problemelor controversate ridicate de aplicarea legiurilor civile-sau descoperirii unor noi sensuri a cunoscutelor instituții. Studii publicate în revistele de specialitate și lucrări cu caracter monografic ieșeau de sub pana acestui jurist într-un ritm-demonstrând că el se rupsesse de ispitele și plăcerile vieții-jertfindu-se pentru adâncirea cunoștințelor și pentru scris.*

*(...) În afară de originalitatea ideilor, am reținut expunerea metodică și claritatea ei, fără de care subiectul analizat, devine groi, chiar pentru specialiști, iar pentru intelectualul dornic să-și lărgască aria cunoștințelor, imposibil de urmărit. Orice exprimare clară este rezultatul unei gândiri temeinice, putem spune, parafrazînd pe Boileau.*

*Într-o toamnă l-am zărit pe culoarele Palatului de Justiție, doar pentru câteva clipe. Eram cu un coleg de breaslă care l-a salutat respectuos, iar el a răspuns jovial, voind parcă să-i întindă mâna, dar s-a răzgîndit, văzînd că nu e singur. Salutul și mai cu seamă răspunsul la salut, îți dezvăluie firea omului. Un răspuns mecanic, plictisit, sau refuzul de*

răspuns, îți arată că omul este copleșit de importanța funcției și persoanei lui; un răspuns cald, voios, îți arată pe omul binevoitor, apropiat și deschis. Magistratul Ovid Sachelarie făcea parte din această categorie. -"Îl cunoști?", m-a întrebat colegul meu de breaslă. - "Nu". - "Este Ovid Sachelarie". - Îl cunosc din scris", am răspuns eu. (...)

Era în jur de 40 de ani, nu prea înalt, șaten, cu obrazul rotunjor, cu ochi vioi și chipul luminat de un zîmbet cald și bun. Cred că oricui i s-a întâmplat să vadă pe cineva o singură dată și fără să știe nimic despre firea și viața acestuia, să-l simtă aproape, ca pe un vechi prieten. Așa l-am simțit eu atunci și mereu după aceea; l-am păstrat în amintire timp de vreo 3 decenii, întrebându-mă adesea, pe unde îl poartă pașii și ce face? Abia în 1973 am avut prilejul să-l cunosc personal. Trecuseră anii peste noi, nu fără a lăsa urme, mai ales în înfățișare. Tînărul întîlnit fugar, cu mulți ani în urmă, era acum un om în vîrstă, cu obrazul palid și cutat, în care tănuia cu grijă-dintr-o înăscută discreție-grijile, frămîntările și necazurile trăite de-a lungul anilor. Ochii lui erau totuși vioi și acelaș zîmbet cald și blînd îi lumina fața. Cunoșcîndu-l, m-am apropiat și mai mult de omul pe care-l consideram prieten de atîta vreme, fără ca el să bănuiască măcar; mi-am dat seama că era același om întreg la minte și nelenevos, cum zice cronicarul. Nealterat îi rămăsese și caracterul. Mi se dezvăluia ca o figură de o înaltă conștiință, probitate profesională și intelectuală, muncitor, retras, dar bucuros să-ți strîngă mîna, cu căldură, la orice oră i-ai fi trecut pragul. A fost și a rămas pînă astăzi un coleg sincer, un om delicat, prevenitor și mereu atent să nu te jignească. Este modest și rezervat, echilibrat, timid și conciliant. Savurează deschis un cuvînt de spirit și o glumă decentă, avînd o pudoare de adolescent. Nu se poate trece cu vederea ca Ovid Sachelarie face parte din categoria, socotită din păcate demodată, a celor care nu cunosc invidia și răzbunarea, străin de orice duplicitate și ipocrizie, departe de orice pornire care înjosește pe om: lăcomia, egoismul și delațiunea.

Am reușit identificarea unui număr însemnat de note, articole și studii purtînd semnătura lui Ovid Sachelarie:

#### În colaborare cu Andrei Rădulescu <sup>21</sup>

##### 1937

*Rassegna di legislazione romana. Anno 1932, în revista Legislazione internazionale*(Roma), XLI, 1937, vol.I, fasc.4, pg.581-606; extras, 1937, pg.581-606;

*Rassegna di legislazione romana. Anno 1932, în revista Legislazione internazionale*(Roma), XV, 1937, vol.IV, fasc.4, pg.999-1009; extras, 1937, pg.999-1009;

##### 1938

*Rassegna di legislazione romana. Anno 1936-1937, în revista Legislazione internazionale*(Roma), XVI, 1938, vol.VI, tom.I, pg.323 - 412; extras, 1938, pg.323 - 412;

##### 1939

*Rassegna di legislazione romana. Anno 1938, în revista Legislazione internazionale*(Roma), XVII, 1939, vol.VII, tom.II, pg.1072 - 1175; extras, 1939, pg.1072 - 1175;

**1941**

*Rassegna di legislazione romana. Anno 1931*, în *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (Roma), IX, 1941, vol.XI, parte 2,, pg.11 - 146; extras, 1941, pg.11 - 146;

**1942**

*Rassegna di legislazione romana. Anno 1939*, în revista *Legislazione internazionale*(Roma), XX, 1942, vol.VIII, tom.II, pg.1053 - 1128; extras, 1941, pg.1053 - 1128;

**Revista de Drept Comercial și Studii Economice (doctrină, adnotări, note, jurisprudență română și străină)**

vol.VII (1940)

*Regimul funcționării societăților anonime pe acțiuni și în comandită pe acțiuni potrivit decretelor-legi din 19 octombrie 1940 și 7 Noemvrie 1940* (pg.569 Doctrină);

vol.VIII (1941)

*Regimul funcționării societăților anonime pe acțiuni și în comandită pe acțiuni în urma decretului-lege din 20 decembrie 1940* (pg.36 Doctrină);

*Inexistența și nulitatea actelor juridice în dreptul fiscal*(pg.316 Doctrină);

**Revista Dreptul**

*Privilegiile fiscalului*, vol.II, partea I, pg.397-407;

**Revue roumaine de droit privé<sup>22</sup>**

*Régimes matrimoniaux*, rubrica *Chroniques de jurisprudence*, nr.1, janvier-mars 1937, p.125-128; nr.2-3, avril-septembre 1937, p.179-189;

**Curierul judiciar**

**1932<sup>23</sup>**

Considerațiuni asupra situației bancrutarilor în urma admiterii beneficiului legii lichidării judiciare, 26, 403;

**1935<sup>24</sup>**

Obligațiunea pe care o are locatorul, de garantare a viciilor lucrului. Și celelalte obligații de predare în bună stare de folosință a lucrului închiriat (Notă la jurn. Trib. Ilfov a. V-a c.cor., nr.2552 din 9 Febr.1935), 22, 347;

Problema părții introductive a Codului Civil, de Octavian Ionescu (Recenzie), 30, 470;

**1937<sup>25</sup>**

Codul comparat al obligațiunilor, de G.P. Docan (Recenzie), 30, 410;

Legea pentru accelerarea judecăților, de Eug. Herovanu (Recenzie), 40, 631;

**1939<sup>26</sup>**

Dreptul succesoral al colateralilor ordinari în regimul codului civil român și a leگیilor fiscale, 16, 241;

**1940<sup>27</sup>**

Unificarea legislativă. Încercările trecutului și sugestii pentru prezent, 31-32, 465;

**1941<sup>28</sup>**

Responsabilitatea pentru fapte ilicite în codul civil din 1940-8, 113; 9, 129; 10, 146;11, 161;

Frauda la lege în dreptul penal, 29, 449;

**1942<sup>29</sup>**

Câteva observațiuni pe marginea noului cod de procedură fiscală, 19, 289;

Considerațiuni asupra măsurilor de prevenire și de reprimare a speculii ilicite și a sabotajului economic, 34, 513; 35, 529; 36, 545; 37/38, 561; 39/40, 578;

**1943<sup>30</sup>**

Considerațiuni asupra măsurilor de prevenire și de reprimare a speculii ilicite și a sabotajului economic, 1, 3; 2, 17;

**1944**

Privilegiile fiseului, 15, 225-229;

**Anexă: *Materialele publicate de Ovid Sachelarie(singur sau în colaborare) în „Pandectele Române” potrivit Tablelor de materii pe ani ale publicației***<sup>31</sup>

**1931<sup>32</sup>**

Asupra fundamentului daunelor datorite prin desfacerea logodnei, II.244

**1932<sup>33</sup>**

Calificarea dispoziției testamentare în care evenimentul morții primului legatar înainte de majorat servă de condiție rezolutorie pentru acesta și de condiție suspensivă pentru cel de-al doilea (legat dublu condițional). (Notă) I.93

**1933<sup>34</sup>**

Interpretarea juridprudențială a art.432 cod.com. și §52 și 53 din regulamentul de transport al căilor ferate române, I.123

**1934<sup>35</sup>**

Limitarea dreptului creditorilor de a uza de acțiunea pauliană din punct de vedere al datelor creanțierilor, II.158

**1935<sup>36</sup>**

Logodna în proiectul codului civil român, IV.9  
Principiile privitoare la dreptul de dispoziție și de activare al expeditorului și al destinatarului în materie de transporturi feroviare, I.89  
Condițiunile necesare unei acțiuni în anulare renunțării la succesiune, II.148

**1936<sup>37</sup>**

Determinarea întinderii dreptului văduvei sărace venind în concurs cu descendenții soțului predecedat, I.33  
Ce influență are hotărârea dată în penal asupra acțiunii civile, ce se judecă separat de cea publică, de către instanțele civile?, III.65  
Dacă intentarea unei acțiuni pentru abuz de drept este admisibilă împotriva unei persoane care execută o hotărâre pronunțată cu execuția provizorie?, II.47  
Dacă faptul unui hotelier de a avea ca locatari și prostituate constituie o contravenție, III.99  
Dacă într-un concordat provenit din lichidarea judiciară debitorul poate face apel la sentința de omologare, în cazul când cererea i-a fost admisă în alte condițiuni decât cele propuse de el, II.76  
dacă convențiunile încheiate între concubini, după încetarea relațiilor lor, sunt valabile, II.86  
Răspunderea legatarului universal care, prin actele sale, este considerat că a acceptat legatul, însă a făcut inventar pentru datoriile succesiunii, II.178  
Responsabilitatea decurgând pentru un sindicat din neexecutarea convenției colective de muncă, III.290

**1937<sup>38</sup>**

Împiedecarea de a testa și efectele ei. (Doctrină), IV.17  
Împăcarea soților ca fine de neprimire a acțiunii de divorț, II.33  
Partajul de ascendent, II.52

**1938<sup>39</sup>**

Deosebirea dintre dreptul român și cel francez în privința regimului legal al clauzei de reîntrebuințare dintr-un act dotal și dacă soluția trebuie să fie aceeași sau diferită în cele două sisteme legislative. (Adnotare), II.1  
Puterile administratorului provizoriu numit interzisului (Adnotare), III.19  
Dacă se mai poate reveni asupra acceptării unei succesiuni (Adnotare), II.17  
Publicațiile Institutului de studii legislative din Roma. (Recenzie), IV.33  
caracterul și efectele partajului de ascendent făcut printr-un testament. (Adnotare), I.91  
Valabilitatea testamentelor mistice, primite la judecătoriile de ocoale.  
Valabilitatea ca testament olograf a unui testament mistic, care nu întrunește condițiile de validitate necesare.



Condițiile în care amestecul unui terț la redactarea testamentului nu influențează asupra validității acestuia.

Sfera de aplicațiune a dispozițiilor art.190 cod.civ. (Adnotare), III.123

Dacă veniturile dotale pot fi urmărite după desfacerea căsătoriei, pentru o datorie contractată de femeie în timpul căsătoriei. (Adnotare), II.137

Dacă rudele prin alianță pot prevedea punerea sub interdicție. (Adnotare), III.235

dacă obligația alimentară este transmisibilă prin testament. (Adnotare), III.336

Dacă sugestia și captația pot prin ele înseși să constituie cauze de anularea testamentului. (Adnotare), III.241

Pentru a se ordona sechestrul penal în materie de brevet de invenție, este nevoie de o acțiune penală. (Adnotare), III.245

### **1939<sup>40</sup>**

Dacă în principiu acțiunile căilor ferate contra expeditorului și destinatarului, rezultând din contractul de transport, se prescriu în termenul prevăzut de regulament.

Dacă o acțiune de plata unor diferențe de taxe tarifare și amendă are caracter contractual sau delictual și în consecință dacă e supusă prescripției speciale sau aceleia de drept comun, II.1

Noțiunea de «persoană»incertă în materie de liberalități, II.26

Distincțiunea între depozitul obișnuit și depozitul neregulat, III.29

Admistrarea legală a averii minorului, II.68

Dreptul uzufructuarilor și nuzilor proprietari indivizi de a cere împărțeala plinei proprietăți, IV.105

Dacă este valabilă o donațiune adresată unei persoane juridice, care a fost acceptată de donatară în timpul vieții, însă autorizarea acceptării a fost dată de către Stat ulterior morții dispunătorului, II.155

Cazurile în care devine operantă o renunțare la succesiune.

Dacă renunțarea implică acceptare.

Care sunt textele aplicabile renunțărilor abdicative.

Dacă o renunțare, considerată ca donațiune, este supusă raportului, II.145

### **1940<sup>41</sup>**

Prescripția acțiunilor derivând din contractul de transport, prin trecerea aceluiași termen de un an, indiferent dacă sunt exercitate de C.F.R. sau de expeditor și destinatar, I.19

Despre obligațiunile naturale, III.45

Chestiunea autorității lucrului judecat în penal asupra civilului

Responsabilitatea păzitorului în cazul coliziunii a două vehicule, II.62

Dacă femeia căsătorită care și-a ucis pruncul poate fi dată în judecată pentru pruncucidere sau trebuie supusă prevederilor art.465 c.civ.

Care este regimul de probațiune prin care se poate stabili neligitimitatea pruncului ucis?, II.89

Din publicațiunile Institutului italian de studii legislative (Giurisprudenza comparata di diritto commerciale, maritimo, aeronautico, industriale e d autore). Anul IV, vol,IV (Recensie), IV.110

Bibliografie juridică, IV.144

Răspunderea debitorului când neexecutarea obligațiunii are loc din dolul său.

Dreptul de preferință al judecătorului sindic pentru datoriile rezultate din operațiunile sale.

Când ia ființă creanța de daune interese, II.142

Deosebirea dintre procedura falimentului declarat la cererea creditorului și aceea a falimentului declarat din oficiu, III.221

#### **1941<sup>42</sup>**

Dacă acordarea daunelor moratorii, pe lângă daunele compensatorii izvorâte dintr-un delict saub quasi-delict, se face pe data intentării acțiunii, pe data pronunțării hotărârii condamnatorii, sau pe data săvârșirii pagubei?, I.220

Dacă pentru daunele produse prin moartea unui accidentat au acțiune în despăgubire numai rudele, sau și alte persoane cari ar fi avut o afecțiune deosebită pentru victimă?, II.28

Cum se poate dovedi filiațiunea și gradul de rudenie al moștenitorilor în materie de succesiune?, I.53

Dacă în urma coliziunii între două automobile, a cărei cauză a rămas necunoscută, fiecare dintre gardieni trebuie să repare totalitatea prejudiciului suferit de celălalt, III.112

Împărțeala responsabilității între autorul prejudiciului și victimă, în caz de culpă din partea acesteia, III.113

Validitatea testamentelor făcute prin scrisori adresate altor persoane decât instituții. Condiții, III.116

Răspunderea erezilor pentru plata datoriilor succesoriale când au acceptat succesiunea sub beneficiu de inventar. Aplicațiune când datoria consistă în creanța văduvei, I.113

Din publicațiunile institutului italian de studii legislative. Giurisprudenza comparata di diritto civile, anul VI, vol.VI. (recensie), IV.158

Natura responsabilității civile a unei uzine de apă, decurgând din inundarea locuinței, prin spargerea conductei, III.211

Bibliografie, IV.172

Giurisprudenza comparata di diritto commerciale, marittimo, aeronautico, industriale e d autore, anul VI, vol.VI. (recensie), IV.190

#### **1942<sup>43</sup>**

Înteruperea civilă a prescripției, I.36

Compensarea fructelor cu despăgubirile datorate de proprietarul fondului pe care a construit un terț. Dreptul la dobânzi al constructorului pe locul altuia, II.82

Impozibilitatea garanției depuse de administratorul societăților anonime, II.112

Diritto italiano seconde il nuovo codice. (Recensie), III.168

Bibliografie, IV.192

Contestarea legitimității de către însuși copilul nelegitim, I.557

Bibliografie, IV.199

Responsabilitatea civilă în cazul coliziunii de vehicule în codul civil italian. (Doctrină). IV.201

Bibliografie, IV.208

#### **1943<sup>44</sup>**

Asigurarea obligatorie a responsabilității proprietarilor de autovehicule destinate transportului public de călători, I.22

Din publicațiile Institutului italian de studii legislative. Giurisprudenza comparata di diritto commerciale, maritimo, aeronautico, industriale e d autore. (Bibliografie), IV.55

Din publicațiile Institutului italian de studii legislative. Giurisprudenza comparata di diritto civile. (Recensie), IV.46

Annuario di diritto comparato e di studi legislativi. (Recensie), IV.100

Efectele condiției ilicite înscrisă în testament.

Dreptul de acrescământ.

Caracteristicile substituției fideicomisare, I.103

Din publicațiile Institutului italian de studii legislative. Giurisprudenza comparata di diritto corporative, sindacale e del lavoro. (Bibliografie), IV.115

Bibliografia internazionale sui nuovi codici d Italia (Codici civile, della navigazione e di procedura civile). (Bibliografie), IV.106

Suma minimă de care încep strigările în vânzarea silită, III.131

Competința în contestațiile la executare, I.141

#### **1944<sup>45</sup>**

Dreptul de moștenire al colateralilor dela gradul IV înainte, I.12

Dovada filiațiunii în acțiunile de ereditate.

Împărțirea succesiunii pe linii între colaterali privilegiați, II.17

Obligațiunea de rezultat a cărăușului. Aplicația sky-lift, III.70

Calea de atac a hotărârilor date în contestațiile la execuțiile silite imobiliare, II.69

Moștenitorii și depunerea prețului adjudecării, IV.72

Sancțiunea civilă a unui contract de vânzare care nu respectă prețurile stabilite de autorități,

II.182

#### **1945<sup>46</sup>**

Anularea legitimării prin căsătoria subsecventă cerută de însuși copilul recunoscut, II.1

Admisibilitatea acțiunii intentată de o logodnică în contra persoanei responsabile de moartea logodnicului său, III.30

Sancțiunea liberalităților deghizate sau prin persoane interpose făcute de un soț în favoarea soțului din a doua căsătorie când sunt copii din căsătoria anterioară, II.17

Sancțiunea necompletării petiției de apel cu domiciliul apelantului, I.64

Testamentul autentic făcut de surzi, muți și surdo-muți, III.127

Compunerea denumirii unei societăți anonime, II.93

#### **1946<sup>47</sup>**

Revocarea legatelor pentru survenire de copii.

Aplicația teoriei cauzei impulsive și determinante în materia survenirii unui copil, ulterior facerii unui tratament, I.6

Prezumția juris tantum din art.39 al legii pentru abrogarea legislației antievreiești, II.17

Consimțământul ascendenților la adopția unui minor cu părinți decedați, II.8

Momentul producerii efectelor unui testament.

Dreptul instanței de fond de a interpreta un testament.

Revocarea legatelor pentru delict, cruzimi sau injurii grave, II.60

Semnătura și data incompletă într-un testament olograf, III.133

Responsabilitatea civilă ce se poate declanșa cu ocazia transfuziilor de sânge, III.134

#### **1947<sup>48</sup>**

Contribuțiuni la studiul liberalităților. Doctrină, IV.87

Prescripția acțiunii în daune pentru culpa penală a organelor C.F.R., I.60

Jurnalele interlocutorii, II.35

### **Perioada postbelică**

#### **Studii-revista de istorie**

*Cercetările lui Nicolae Iorga privitoare la istoria statului și dreptului* (coautor Gheorghe Cronț), Tom 20, 1967, № 2, p.313-323;

*Unirea din 1918 și problema unificării legislației*, tom.21, № 6, 1968, p.1185-1198; (coautor Valentin Al.Georgescu )

*Privilegiul masculinității în Țara Românească până la jumătatea secolului al XVII-lea*, Tom 23, 1970, № 3, p.493-499;

*Georgescu Al. Valentin, Emanuela Popescu, Legislația agrară a Țării Românești (1775-1782), Ediție critică, București, Edit. Academiei, 1970, 236p. (Colecția Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris, VIII), anul XXV, 1972, № 6, p.1347-1349; (recenzie) (coautor Florin Constantiniu)*

*Dimitrie Cantemir, istoric al dreptului și al instituțiilor juridice*, tom 26, № 5, 1973, p.957-970;

#### **Recherches sur l'histoire des institutions et du droit**

*Valentin Al. Georgescu et Emanuela Popescu, Legislația urbană a Țării Românești (1765-1782), ediție critică, editura Academiei Republicii Socialiste România, Institutul de studii sud-est europene, București, 1975, 216 p. Colecția surselor vechiului drept românesc scris X, I, 1977, p.108-111;*

*Alexandru Herlea: Sur l'histoire de la condition juridique de l'enfant en Roumanie, Bruxelles, 1977, Société Jean Bodin, 100p. (recenzie), II, 1978, p.193-196;*

*Reflections sur l'histoire du statut juridique de l'enfant en Roumanie, V, 1980, p.186-193;*

*Brèves considérations sur le concept d'institution, VI, 1981, p.59-60;*

*Une application inédite du Code Caradja (1818) par une Justice de paix, VII-VIII, 1982-1983, pg.69-72;*

### **Studii și materiale de istorie medie**

*Contribuții la studiul formulei „Pradalică să nu fie”, VI, 1973, p.193-206;*

*Autoritatea hotărârilor judecătorești în vechiul drept românesc, VII, 1974, p.243-250;*

*Cronț, Gh., Al. Constantinescu, Anicuța Popescu, Theodora Rădulescu, C. Tegăneanu, acte judiciare din Țara Românească,1775-1781, București, Edit. Academiei, 1973, 1064 p. (Recenzie), IX, 1978, p.201-203;*

### **Revue roumaine des Sciences Sociales-Série de Sciences Juridiques**

*L'origine et l'autorité des recueils de jurisprudence dans l'ancien droit roumain, Tome 14, 1970, № 1, p.157-170; (coautor Valentin Al.Georgescu)*

*Note sur les périodiques et les recueils de jurisprudence au cours du dernier siècle, Tom 15, 1971, №2, p.185-193;*

*La tradition juridiques et le réformes en droit roumain, Tome 22, 1978, № 1, p.65 - 78;(coautor Valentin Al.Georgescu)*

*La modernisation du droit en Roumanie au XIX-e siècle et la problème de la coutume, Tome 29, 1985, № 2, p.170-174; (lucrare prezentată la Congresul internațional al Societății Jean Bodin pentru istoria comparată a instituțiilor, Bruxelles, 1-5 octombrie 1984)*

### **Revue Roumaine d'Histoire**

*Alexandru Herlea, Studii de istorie a dreptului. Organizarea de stat. (Etudes d'histoire du droit. Organization d'Etat) ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1983, 312p. (recenzie), Tom XXIV, 1985, № 3, p.284-287;*

*Alexandru Herlea, Studii de istorie a dreptului, II. Dreptul de proprietate. (Etudes d'histoire du droit, II. Le droit de propriété) ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1985, 198 p. (recenzie), Tom XXV, 1986, № 4, p.357-360;*

### **Alte publicații**

*Reglementarea navigației aeriene privind transporturile interne și internaționale, Revista Română de Drept, an. XXIII, nr.11/1967, pg.23-32(coautor Petre Pătrășcanu)*

*Moștenirea monahilor în vechile noastre orânduiri juridice, Glasul Bisericii, an XXVIII, nr.1-2, ianuarie-februarie 1969, p.103-110;*

*Éléments de droit pénal aérien romain (Le code aérien de 1953 et les Codes pénal ed de procédure pénale de 1969), Paris, Sirey, 1970; Revue Français de Droit Aérien, nr.4, Octobre-December 1970, 20 p.:(coautor Petre V.Pătrășcanu)*

*Les contacts entre le droit moldave et le droit autrichien au début du XIX-eme siècle, in Festschrift für Ernst Carl Hellbling zum 70. Geburtstag, Wilhelm Fink Verlag Salzburg, 1971, p.159-193 (coautor Valentin Al. Georgescu) ;*

*Testament. Ultima voință. Interpretare. Revocare. Delicte și cruzimi.(Art.831, 856, 920, 930 C.civ.)(Curtea de Apel Craiova, decizia civilă nr.43 din 29 mai 1945, Victoria Negulescu ș.a. Cu Eugenia Col. Constantinescu cu notă de Ovid Sachelarie, Pandectele române nr.2 / 2005, partea a V-a (Din arhiva Pandectelor), №134, p.124-126);*

*Instituții publice fundamentale în cele trei țări românești (sec.XVII), Studii și articole de istorie*, XX, 1972, p.129-138; (coautor Constantinescu, Alexandru);

Recueils d'Actes des Congrès de la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'Etats :

*Les Assemblées d'États en Valachie et en Moldavie (1831-1858)*, Bruxelles, 1973, pg.225-253, Commission internationale pour l'Histoire des assemblées d'états ancien. Pays et Assemblies d'états, 62; (Coautor Radu Dimiu)

*Le passage du régime d'Assemblées d'états au régime parlementaire en Roumanie*. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1977, pg.163-173, Sonderdruck aus Herrschaftsvertrage, Wahlkaptulationen, Fundamentalgesetze. Herausgegeben von Rudolf Vierhaus; (Coautor Radu Dimiu);

Se consemnează publicarea mai multor lucrări în *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions*.<sup>49</sup>

---

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

\*\*judecător, Judecătoria Sectorului 1 București, e-mail: cristina\_ionescu@just.ro;

<sup>1</sup> *Agenda și Anuarul Magistraturii și Baroului 1936*, edițiune oficială publicată cu autorizația Ministerului Justiției, "Cartea Românească" S.A., București, pg.258, col.1;

<sup>2</sup> Universitatea din București (1928-1929), Institutul de Arte Grafice «Bucovina», I.E. Torouțiu, 1930, p.115, col.2, poz.118;

<sup>3</sup> Lucia Hossu Longin, *Memorialul durerii: Întuneric și lumină*, vol.2, Humanitas, București, 2013, p.179;

<sup>4</sup> Petre Strihan, *Ovid Sachelarie (1906-1987), Recherches sur l'histoire des institutions et du droit*, XIII, 1988, p. 147;

<sup>5</sup> *Agenda și Anuarul Magistraturii și Baroului 1936*, edițiune oficială publicată cu autorizația Ministerului Justiției, "Cartea Românească" S.A., București, pg.258, col.1;

<sup>6</sup> *Compunerea completelor de judecată pentru anul 1937*, *Curierul Judiciar* anul XLVI, nr.1 vineri, 1 ianuarie 1937, pg.16;

<sup>7</sup> *Compunerea instanțelor de judecată în vigoare la 1 ianuarie 1938*, *Curierul judiciar*, an XLVII, nr.1, sâmbătă, 1 ianuarie 1938;

<sup>8</sup> pagina de gardă a volumului *Scrieri de drept civil și procedură civilă*, Tipografia Ziarului Universul, 1938;

<sup>9</sup> *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, col.2;

<sup>10</sup> *Rubrica Informații*, „*Gazeta Tribunalelor*”, an XIX, nr. 7-8 din 20 iulie-20 aug 1939, pg 8 col.3;

<sup>11</sup> Mihail M. Andreescu, *Facultatea de Drept a Universității din București:1859-2009: File de istorie*, Monitorul Oficial, București, 2009, pg.198, nr.120;

<sup>12</sup> *Analele Academiei Române, Desbaterile, Tomul LIX, 1938-1939*, Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, Imprimeria Națională, București, 1940, p.257-263;

<sup>13</sup> *Analele Academiei Române, Desbaterile, Tomul LIX, 1938-1939*, Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, Imprimeria Națională, București, 1940, p.263;

- <sup>14</sup> Mihail M. Andreescu , *Op.cit.*, pg.198, nr.120;
- <sup>15</sup> Mihail I. Ghiga, *Apel pentru respectarea dispozițiilor legale în vigoare privind asigurarea fondurilor necesare plății pensiilor actuale pentru limită de vârstă, ale avocaților cu activitate îndelungată în profesie și pentru asigurarea viabilității și dezvoltării în viitor a sistemului casei de Asigurări a Avocaților* ([http://unbr.ro/ro/wp-content/uploads/2014/12/memoriu\\_av\\_mihai\\_ghiga\\_and\\_others\\_041114-website-OK-BT.pdf](http://unbr.ro/ro/wp-content/uploads/2014/12/memoriu_av_mihai_ghiga_and_others_041114-website-OK-BT.pdf)) (site consultat la data de 31.10.2015);
- <sup>16</sup> Irina Rădulescu-Vasaloglu, *Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei Române, Palatul de Justiție*, nr.5/1998, pg.11, col.3;
- <sup>17</sup> Doina Uricariu-Scara leilor, vol.I, Polirom, Iași, p.254;
- <sup>18</sup> *Studii Clasice*, X, 1968, p.380;
- <sup>19</sup> Petre Strihan, *Ovid Sachelarie (1906-1987), Recherches sur l'histoire des institutions et du droit*, XIII, 1988, p.147;
- <sup>20</sup> Vasile Gionea, *Oameni pentru care mi-a bătut inima (Portrete și amintiri)*, Ploiești, 1990, p.89-92 (anexa la *Recherches sur l'histoire des institutions et du droit*, nr.XV, 1990);
- <sup>21</sup> Andrei Rădulescu-Pagini *inedite din istoria dreptului românesc*, Editura Academiei Române, București, 1991, pg.214-215;
- <sup>22</sup> Notă: Anul I de apariție al revistei cuprinde două numere simple și unul dublu după cum urmează: nr. 1 a apărut, cel mai probabil, în cursul anului calendaristic 1937, în vreme ce nr.2-3 și 4 au văzut lumina tiparului la Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, Imprimeria Națională, București în anul 1938. Anul II cuprinde un singur volum, care raportat la numărul de pagini și prețul afișat, este un număr cvadruplu, tipărit la același stabiliment tipografic, în anul 1940.
- <sup>23</sup> *Curierul judiciar, Tabla de materii pe anul XLI (1932), Articole și monografii*, 1933, Atelierele „Curierul judiciar”, S.A., București, pg.10 col. 2;
- <sup>24</sup> *Curierul Judiciar, Tabla de materii pe anul XLIV(1935)*, Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1936, pg.12 col.1;
- <sup>25</sup> *Curierul Judiciar, Tabla de materii pe anul XLVI(1937)*, Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1938, p.13 col.1;
- <sup>26</sup> *Curierul judiciar, Tabela de materii pe anul XLVIII(1939)*, București, Atelierele „Curierul judiciar”, S.A., 1940, p.14 col.2;
- <sup>27</sup> *Curierul Judiciar, Tabla de materii pe anul XLIX(1940)*, Atelierele „Curierul Judiciar”, S.A., 1940, p.13, col.2;
- <sup>28</sup> *Curierul judiciar, Tabela de materii pe anul L(1941)*, București, Atelierele „Curierul judiciar”, S.A., 1942 p.12 col.2;
- <sup>29</sup> *Curierul judiciar, Tabla de materii pe anul LI(1942)*, București, Atelierele „Curierul judiciar”, S.A., 1943, p.13 col.1;
- <sup>30</sup> *Curierul judiciar, Tabla de materii pe anul LII(1943)*, București, Atelierele „Curierul judiciar” S.A., 1944, p.11 col.1;
- <sup>31</sup> 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.
- <sup>32</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1931. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, p.43 col.1;

- <sup>33</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1932. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, p.41col.2;*
- <sup>34</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1933. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, p.49col.1;*
- <sup>35</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1934. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, p.46 col.1;*
- <sup>36</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1935. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, p.55 col.1;*
- <sup>37</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1936. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, p.63 col.2;*
- <sup>38</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1937. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, p.52 col.3;*
- <sup>39</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1938. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, p.50 col.2;*
- <sup>40</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1939. (6) Tabla alfabetică pe numele comentatorilor, p.48col.2;*
- <sup>41</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe anul 1940 (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, p.41 col.3;*
- <sup>42</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe anul 1941(6) Tabla alfabetică pe numele comentatorilor, p.101 col.3-p.102 col.1;*
- <sup>43</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1942. (6) Tabla alfabetică pe numele comentatorilor, pg.63 col.2;*
- <sup>44</sup> *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.83 col.2;*
- <sup>45</sup> *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.72 col.1;*
- <sup>46</sup> *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.59 col.3;*
- <sup>47</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1946 (redactată de d-l M.T. Popovici, avocat). (6) Tabla alfabetică pe numele comentatorilor, pg.50 col.3;*
- <sup>48</sup> *Pandectele Române, Tabla de materii pe 1947 (redactată de d-l M.T. Popovici, avocat). (6) Tabla alfabetică pe numele comentatorilor, pg.51 col.3;*
- <sup>49</sup> Petre Strihan, *Op.cit.*, p.148.